

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Vizepräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende sowie durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. C***** GmbH, *****, 2. W*****gesellschaft mbH, *****, beide vertreten durch Dr. Andreas Manak, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei U***** GmbH, *****, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte OG in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert je 31.000 EUR), über den Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 27. Oktober 2011, GZ 1 R 153/11v-25, mit welchem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 13. Mai 2011, GZ 22 Cg 120/10f-11, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagenden Parteien haben ihre Kosten des Revisionsrekursverfahrens, einschließlich jener des Vorabentscheidungsverfahrens, vorläufig selbst zu tragen.

Die beklagte Partei hat ihre Kosten des Revisionsrekursverfahrens, einschließlich jener des Vorabentscheidungsverfahrens, endgültig selbst zu tragen.

B e g r ü n d u n g :

Die Erstklägerin ist Inhaberin der Rechte an den Filmwerken „Wickie und die starken Männer“ und „Pandorum“, die Zweitklägerin ist Inhaberin der Rechte am Filmwerk „Das weiße Band“. Diese Filme wurden auf der unter der Domain *kino.to* betriebenen Website öffentlich zugänglich gemacht, ohne dass die Rechteinhaber zugestimmt hatten. Vielmehr war diese Website darauf angelegt, Nutzern in großem Umfang den Zugang zu geschützten Filmwerken zu ermöglichen. Die Nutzer konnten die Filme entweder im Weg des „Streaming“ betrachten, wofür auf ihren Endgeräten eine flüchtige Vervielfältigung erfolgte; sie konnten sie aber auch herunterladen und so - in der Regel zum privaten Gebrauch - eine dauerhafte Vervielfältigung vornehmen.

Die Beklagte ist ein großer österreichischer Access-Provider, der seinen Kunden den Zugang zum Internet ermöglicht. Es ist mit Sicherheit anzunehmen, dass einzelne seiner Kunden auch auf das Angebot von *kino.to* zugegriffen haben.

Die Klägerinnen beantragen, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten,

„ihren Kunden im Internet den Zugang zur Website *kino.to* zu vermitteln, wenn den Kunden der beklagten Partei auf dieser Website die Filmwerke 'Wickie und die starken Männer'

und/oder 'Pandorum' (hinsichtlich der Erstklägerin) oder 'Das weiße Band' (hinsichtlich der Zweitklägerin) ganz oder in Ausschnitten online zur Verfügung gestellt werden.“

Weitere Anträge, die die Klägerinnen als „Eventualbegehren“ bezeichnen, richten sich darauf, den Hauptantrag durch *Beispiele* für bestimmte Sperrmaßnahmen zu konkretisieren (DNS-Sperre der Domain *kino.to*; Blockade der jeweils aktuellen IP-Adresse der Website, dies allenfalls erst nach deren Bekanntgabe durch die Klägerinnen [vgl zu diesen Methoden *Heidinger*, ÖBl 2011, 153]). Zur Begründung stützen sich die Klägerinnen auf § 81 Abs 1a UrhG. Die Beklagte vermittele Inhalte, die auf *kino.to* rechtswidrig zur Verfügung gestellt würden. Das begehrte Verbot sei allgemein zu formulieren; die Frage der Möglichkeit oder Zumutbarkeit konkreter Maßnahmen sei erst in einem allfälligen Exekutionsverfahren zu prüfen. Jedenfalls eine DNS-Sperre und die Blockade der jeweiligen IP-Adressen seien der Beklagten zuzumuten.

Die Beklagte wendet ein, mit den Betreibern von *kino.to* in keiner Beziehung zu stehen. Diese Betreiber „bedienten“ sich daher nicht der Beklagten, um die Filme öffentlich zugänglich zu machen. Vielmehr vermittele die Beklagte nur ihren eigenen Kunden den Zugang zum Internet. Diese handelten nicht rechtswidrig. Der Urheberrechtseingriff liege im Zurverfügungstellen der Filme durch die Betreiber von *kino.to*; dies werde von der Beklagten nicht unterstützt und erfolge unabhängig davon, ob die Beklagte ihren Kunden den Zugang zum Internet gewähre oder nicht. Abgesehen davon sei es der Beklagten weder möglich noch zumutbar, ihre Kunden ohne jede Einschränkung am Zugang zu *kino.to* zu hindern. Jede Sperre könne technisch umgangen werden; das von den Klägerinnen begehrte generelle Verbot ginge

daher jedenfalls zu weit. Die konkret genannten Maßnahmen (DNS-Sperren und IP-Blockaden) seien ineffektiv, für die Beklagte aber mit hohen Kosten verbunden. Sie verstießen daher gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Weiters müsste die Beklagte regelmäßig prüfen, ob sich die rechtsverletzenden Inhalte (noch) auf der Website befänden. Auch das könne ihr nicht zugemutet werden. Schließlich würden mit IP-Sperren auch Betreiber anderer Seiten getroffen, da IP-Adressen regelmäßig mehreren Nutzern zugeordnet würden.

Das Erstgericht untersagte der Beklagten, ihren Kunden den Zugang zu *kino.to* zu vermitteln, wenn dort die drei von den Klägerinnen genannten Filme zur Verfügung gestellt würden, und zwar insbesondere durch DNS-Sperre der Domain *kino.to* und durch Blockieren der aktuellen sowie der in Zukunft von der Beklagten nachgewiesenen weiteren IP-Adressen von *kino.to*. Es nahm als erwiesen an, dass eine DNS-Sperre und eine IP-Blockade (im jeweiligen Einzelfall) ohne erheblichen Aufwand möglich seien, aber sehr leicht umgangen werden könnten. Dennoch handle es sich dabei um die effektivsten Methoden, um die Nutzer am Zugang zu *kino.to* zu hindern. Hingegen sei nicht erwiesen, dass sich die Domain *kino.to* die IP-Adressen mit anderen Servern teile, die allenfalls unbedenkliche Inhalte anböten.

Das Rekursgericht untersagte der Beklagten, ihren Kunden den Zugang zu *kino.to* zu vermitteln, wenn dort die drei von den Klägerinnen genannten Filme zur Verfügung gestellt würden; Beispiele für konkrete Maßnahmen nannte es nicht. Den Revisionsrekurs ließ es zu, weil Rechtsprechung zum Grund des geltend gemachten Anspruchs und zur konkreten Formulierung des Unterlassungsgebots fehle.

§ 81 Abs 1a UrhG setze Art 8 Abs 3 Info-RL um; er sei daher unionsrechtskonform auszulegen. Nach Erwägungsgrund 59 Info-RL sei Vermittler jeder, der Rechtsverletzungen eines Dritten im Internet übertrage. Das treffe auf die Beklagte zu, weil auf *kino.to* Filme ohne Zustimmung der Berechtigten, also rechtswidrig, zugänglich gemacht würden und die Beklagte - wie andere Access-Provider - ihren Kunden faktisch den Zugriff ermögliche. Ob die Kunden selbst rechtswidrig handelten oder sich auf die Ausnahme für Privatkopien berufen könnten, sei daher unerheblich. Die Einwände der Beklagten, die vom Erstgericht genannten Maßnahmen seien unverhältnismäßig teuer, trotzdem ineffektiv und daher nicht verhältnismäßig, seien unbeachtlich: Der Anspruch nach § 81 Abs 1a UrhG diene dem Schutz eines absoluten Rechts. Für andere absolute Rechte - insbesondere das Eigentum - sei es nach österreichischem Recht anerkannt, dass dem Beklagten nur der Eingriff (der Erfolg) verboten werden dürfe; die Wahl der - möglichen und zumutbaren - Mittel stehe ihm frei. Das sei auch auf den Schutz des Urheberrechts zu übertragen. Das Verbot habe daher auf Unterlassen des Eingriffs zu lauten. Behaupteten die Klägerinnen in weiterer Folge einen Verstoß und führten sie auf dieser Grundlage Exekution, könne die Beklagte ohnehin einwenden, dass sie alles ihr Mögliche und Zumutbare getan habe. Dies würde dann in einem gerichtlichen Verfahren geprüft; treffe der Einwand zu, würden keine Beugestrafen verhängt. Daher seien im Verfahren zur Erlassung der einstweiligen Verfügung Möglichkeit und Zumutbarkeit nicht zu prüfen; das Gericht habe keine konkreten Maßnahmen aufzutragen. Aus diesem Grund erübrigten sich weitere Feststellungen zu Kosten und Nutzen einzelner Maßnahmen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich ein Revisionsrekurs der Beklagten, mit dem sie weiterhin die Abweisung aller Anträge der Klägerinnen anstrebt. Die Klägerinnen beantragen in der Revisionsrekursbeantwortung, dem Rechtsmittel nicht Folge zu geben.

Aufgrund des Revisionsrekurses legte der Oberste Gerichtshof dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. Ist Art 8 Abs 3 RL 2001/29/EG (Info-RL) dahin auszulegen, dass eine Person, die ohne Zustimmung des Rechteinhabers Schutzgegenstände im Internet zugänglich macht (Art 3 Abs 2 Info-RL), die Dienste der Access-Provider jener Personen nutzt, die auf diese Schutzgegenstände zugreifen?

2. Wenn Frage 1 verneint wird:

Sind eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch (Art 5 Abs 2 lit b Info-RL) und eine flüchtige und begleitende Vervielfältigung (Art 5 Abs 1 Info-RL) nur dann zulässig, wenn die Vorlage der Vervielfältigung rechtmäßig vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich zugänglich gemacht wurde?

3. Wenn Frage 1 oder Frage 2 bejaht wird und daher gegen den Access-Provider des Nutzers gerichtliche Anordnungen nach Art 8 Abs 3 Info-RL zu erlassen sind:

Ist es mit dem Unionsrecht, insbesondere mit der danach erforderlichen Abwägung zwischen den Grundrechten der Beteiligten, vereinbar, einem Access-Provider ganz allgemein (also ohne Anordnung konkreter Maßnahmen) zu verbieten, seinen Kunden den Zugang zu einer bestimmten Website zu ermöglichen, solange dort ausschließlich oder doch weit überwiegend Inhalte ohne Zustimmung der Rechteinhaber zugänglich gemacht werden, wenn der Access-Provider Beugestrafen wegen Verletzung dieses Verbots durch den Nachweis abwenden kann, dass er ohnehin alle zumutbaren Maßnahmen gesetzt hat?

4. Wenn Frage 3 verneint wird:

Ist es mit dem Unionsrecht, insbesondere mit der danach erforderlichen Abwägung zwischen den Grundrechten der Beteiligten, vereinbar, einem Access-Provider bestimmte Maßnahmen aufzutragen, um seinen Kunden den Zugang zu einer Website mit einem rechtswidrig zugänglich gemachten Inhalt zu erschweren, wenn diese Maßnahmen einen nicht unbeträchtlichen Aufwand erfordern, aber auch ohne besondere technische Kenntnisse leicht umgangen werden können?

Der EuGH hat diese Fragen mit Urteil vom 27. März 2014, C-314/12, wie folgt beantwortet:

1. Art 8 Abs 3 Info-RL ist dahin auszulegen, dass eine Person, die ohne Zustimmung des Rechteinhabers Schutzgegenstände im Sinne von Art 3 Abs 2 dieser Richtlinie auf einer Website öffentlich zugänglich macht, die Dienste des als Vermittler im Sinne von Art 8 Abs 3 der Richtlinie anzusehenden Anbieters von Internetzugangsdiensten der auf diese Schutzgegenstände zugreifenden Personen nutzt.
2. Die durch das Unionsrecht anerkannten Grundrechte sind dahin auszulegen, dass sie einer gerichtlichen Anordnung nicht entgegenstehen, mit der einem Anbieter von Internetzugangsdiensten verboten wird, seinen Kunden den Zugang zu einer Website zu ermöglichen, auf der ohne Zustimmung der Rechteinhaber Schutzgegenstände online zugänglich gemacht werden, wenn die Anordnung keine Angaben dazu enthält, welche Maßnahmen dieser Anbieter ergreifen muss, und wenn er Beugestrafen wegen eines Verstoßes gegen die Anordnung durch den Nachweis abwenden kann, dass er alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat; dies setzt allerdings voraus, dass die ergriffenen Maßnahmen zum einen den Internetnutzern nicht unnötig die Möglichkeit vorenthalten, in rechtmäßiger Weise Zugang zu den verfügbaren Informationen zu erlangen, und zum anderen bewirken, dass unerlaubte Zugriffe auf die Schutzgegenstände verhindert oder zumindest erschwert werden und dass die Internetnutzer,

die die Dienste des Adressaten der Anordnung in Anspruch nehmen, zuverlässig davon abgehalten werden, auf die ihnen unter Verletzung des Rechts des geistigen Eigentums zugänglich gemachten Schutzgegenstände zuzugreifen, was die nationalen Behörden und Gerichte zu prüfen haben.

In den Entscheidungsgründen führte der EuGH weiters aus, dass

- a. der Adressat eines Erfolgsverbots vor der „Entscheidung“ über die Auferlegung einer Sanktion die Möglichkeit haben müsse, vor Gericht geltend zu machen, dass er ohnehin alle Maßnahmen ergriffen habe, die von ihm erwartet werden konnten (Rz 54);
- b. auch Kunden des Access-Providers die Möglichkeit haben müssten, ihr Recht auf rechtmäßigen Zugang zu Informationen vor Gericht geltend zu machen, sobald die vom Provider aufgrund eines Erfolgsverbots getroffenen Maßnahmen bekannt seien (Rz 56 f).

Nach Einlangen der Vorabentscheidung stellte der Senat den Parteien frei, sich zu dieser Entscheidung und zu deren Folgen für die Erledigung des Rechtsmittels zu äußern.

Die Beklagte brachte vor, dass die Vorgaben des EuGH nach derzeitiger österreichischer Rechtslage ein Erfolgsverbot ausschließen. Zum einen könne ein Provider, dessen Sperrmaßnahmen erfolglos geblieben seien, die Unzumutbarkeit weiterer Maßnahmen nicht vor Verhängung einer Beugestrafe (§ 355 EO), sondern erst danach - in einem Impugnationsprozess (§ 36 EO) - geltend machen. Zum anderen hätten Kunden des Providers keine (realistische) Möglichkeit, nach Bekanntwerden bestimmter Sperrmaßnahmen ihre Rechte gerichtlich geltend zu machen.

Die Klägerinnen hielten entgegen, dass die Impugnationsklage in Verbindung mit einem Aufschiebungsantrag ausreichenden Rechtsschutz gewähre.

Sollte die Entscheidung des EuGH jedoch strengere Anforderungen stellen, könne der Provider analog § 358 Abs 2 EO schon im Exekutionsbewilligungsverfahren Gründe vorbringen, weshalb trotz des Verstoßes gegen das Erfolgsverbot keine Strafe zu verhängen sei. Kunden des Providers könnten ihre Rechte auf vertraglicher Grundlage gegen diesen durchsetzen.

Der Revisionsrekurs ist aus den vom Rekursgericht genannten Gründen zulässig, er ist aber nicht berechtigt.

1. Aufgrund der Vorabentscheidung steht fest, dass ein Anbieter, der Schutzgegenstände im Internet rechtswidrig zur Verfügung stellt, auch die Dienste der Access-Provider seiner Kunden iSv Art 8 Abs 3 Info-RL „nutzt“. Schon das führt zur Anwendbarkeit dieser Bestimmung. Auf die Frage, ob auch eine (dauerhafte oder flüchtige) Vervielfältigung der rechtswidrig zur Verfügung gestellten Inhalte durch die Kunden des Access-Providers rechtswidrig ist, kommt es daher nicht an (vgl dazu nun EuGH C-435/12, *ACI Adam BV*).

2. Es ist bescheinigt, dass die Website, auf die sich die beantragte Anordnung bezieht, darauf angelegt war, Nutzern ohne Zustimmung der Berechtigten in großem Umfang den Zugang zu geschützten Filmwerken zu ermöglichen; dass es dort auch rechtmäßig zur Verfügung gestellte Inhalte gegeben hätte, die von einer Sperre ebenfalls erfasst würden, ist nicht hervorgekommen. Eine Sperre greift daher nach derzeitiger Bescheinigungslage nicht in das vom EuGH betonte Recht der Nutzer auf rechtmäßigen Zugang zu Informationen ein. Damit besteht dem Grunde nach kein Zweifel, dass gegen den beklagten Access-Provider eine „gerichtliche Anordnung“ nach Art 8 Abs 3 Info-RL zu

erlassen ist. Diese Bestimmung ist in § 81 Abs 1a UrhG umgesetzt. Auf dieser Grundlage können die Klägerinnen einen Unterlassungsanspruch gegen den beklagten Provider geltend machen.

3. Dieser Unterlassungsanspruch ist auf Unterlassung der Mitwirkung an einem Eingriff in ein absolut geschütztes Recht gerichtet. Ein weitergehender Anspruch auf konkrete Maßnahmen ergibt sich daraus nach geltendem Recht nicht.

3.1. Im Bereich nachbarrechtlicher Ansprüche ist unstrittig, dass der Kläger dem Beklagten nur die Einwirkung (den Eingriff) untersagen kann (7 Ob 562/77 = SZ 50/99; 1 Ob 658/82; 2 Ob 656/87 = SZ 61/278; 8 Ob 635/92 = SZ 65/145; RIS-Justiz RS0010526, RS0010566). Der Verpflichtete hat dafür zu sorgen, dass sein Nachbar nicht durch unzulässige Immissionen beeinträchtigt wird; die Auswahl der Mittel bleibt dabei ihm überlassen (8 Ob 635/92 = SZ 65/145; 8 Ob 135/06w = SZ 2007/106; RIS-Justiz RS0010566 [insb T2]; RS0010526; zuletzt etwa 4 Ob 99/12f = EvBl 2012/125 [Zoppel]). Dieser Auffassung liegt - neben dem Wortlaut des § 364 ABGB - zugrunde, dass der Kläger kein berechtigtes Interesse am Setzen bestimmter Maßnahmen hat, weil es für ihn gleichgültig ist, auf welche Weise der Beklagte die unzulässigen Immissionen verhindert. Folgerichtig gewährt ihm sein Eigentum nur einen Abwehranspruch gegen Einwirkungen, nicht einen weitergehenden Anspruch auf bestimmte Maßnahmen zu deren Vermeidung. Dies wiederum ermöglicht es dem Beklagten, die für ihn günstigste noch zielführende Maßnahme zu ergreifen. Dabei handelt er zwar auf eigenes Risiko, muss er doch bei einer Fehleinschätzung mit einer Beugestrafe nach § 355 EO rechnen. Dem steht jedoch gegenüber, dass er sein Verhalten

an eine Änderung der Verhältnisse anpassen kann, ohne an bestimmte Anordnungen gebunden zu sein. Diese Flexibilität ist gerade bei Unterlassungsansprüchen von Bedeutung, die weder zeitlich befristet sind noch durch eine einmalige Erfüllungshandlung erlöschen.

3.2. Der hier strittige Anspruch, das Vermitteln des Zugangs zu einer bestimmten Website zu unterlassen, ist gleich zu beurteilen. Denn auch dabei geht es um die Abwehr eines Eingriffs in ein dinglich wirkendes Ausschließungsrecht. Der unmittelbare Täter hat diese Rechtsverletzung als solche zu unterlassen; der Access-Provider - als nach Art 8 Abs 3 Info-RL (§ 81 Abs 1a UrhG) in Anspruch genommener Vermittler - das Ermöglichen des Zugangs. Folgerichtig ordnet § 81 Abs 1a UrhG an, dass der Vermittler auf „Unterlassung“ geklagt werden kann. Ein Anspruch auf bestimmte Maßnahmen lässt sich weder aus diesem Wortlaut noch aus dem ihm zugrunde liegenden Ausschließungsrecht ableiten; vielmehr genügt auch zur Verwirklichung dieses Rechts ein Erfolgsverbot. Die Beschränkung darauf sichert, wie der EuGH in der Vorabentscheidung ausführt (Rz 51 f), die unternehmerische Freiheit des Access-Providers, weil dieser selbst entscheiden kann, welche Maßnahmen er zur Unterbindung des Zugangs ergreift. Zwar wäre rechtspolitisch auch eine andere Lösung denkbar; nach geltendem österreichischen Recht hat es aber auf dieser Grundlage bei der Beschränkung der in Art 8 Abs 3 Info-RL genannten „Anordnungen“ auf Erfolgsverbote zu bleiben. § 81 Abs 1a UrhG bietet daher keine Grundlage, dem Access-Provider konkrete Maßnahmen zur Verhinderung des Zugangs zu einer Website mit rechtsverletzenden Inhalten vorzuschreiben.

4. Ein solches Erfolgsverbot ist allerdings nach der Vorabentscheidung nur zulässig, wenn der Provider vor der „Entscheidung“ über das Auferlegen einer Sanktion einwenden kann, dass er alle ihm zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat, um einen Zugriff auf die Website zu verhindern.

4.1. Dieses Erfordernis scheint im österreichischen Recht derzeit nicht erfüllt.

(a) Nach einhelliger Rechtsprechung hat die betreibende Partei im Exekutions- oder Strafantrag nach § 355 EO zwar konkrete Behauptungen über das angebliche Zuwiderhandeln des Verpflichteten aufzustellen (RIS-Justiz RS0004808). Sie muss dieses Zuwiderhandeln aber nicht beweisen oder bescheinigen; ihre Behauptung ist im Exekutionsverfahren nicht auf ihre inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen (RIS-Justiz RS0004808 [T11]; RS0000709 [T12]; zuletzt etwa 3 Ob 226/10x). Beim hier zu beurteilenden Erfolgsverbot müsste die betreibende Partei daher nur behaupten, dass ein Nutzer zu einem bestimmten Zeitpunkt durch die Dienste des zur Unterlassung verpflichteten Access-Providers auf die vom Verbot erfasste Website zugegriffen hatte. Auf dieser Grundlage würde die Exekution bewilligt und eine Beugestrafe verhängt.

(b) In weiterer Folge könnte der Verpflichtete zwar mit einer Impugnationsklage nach § 36 EO geltend machen, dass das Vorbringen im Exekutions- oder Strafantrag nicht zutreffe, weil gar kein Zugriff erfolgt sei (3 Ob 205/07d = RdW 2008, 463; RIS-Justiz RS0123123; *Klicka in Angst*, EO² § 355 Rz 22 mwN), oder dass ihn an einem solchen Zugriff kein Verschulden treffe (3 Ob 185/94 = SZ 68/151; RIS-Justiz RS0107694; zuletzt etwa 3 Ob 115/13b = ÖBl 2014, 38 [*Anzenberger*] - Ö3 Eurowuchtern). Unter dem letztgenannten Impugnationsgrund wäre auch der Einwand zu

subsumieren, dass der Verpflichtete alle ihm *zumutbaren* Maßnahmen ergriffen habe, um seinen Kunden den Zugriff auf die vom Verbot erfasste Website zu verwehren. Dies würde allerdings erst nach Verhängung der Beugestrafe geprüft. Daraus könnte geschlossen werden, dass (auch) ein Erfolgsverbot nach derzeitiger Rechtslage unzulässig ist.

4.2. Diese unionsrechtlich begründete Auffassung wäre jedoch - ebenfalls aus unionsrechtlicher Sicht - höchst problematisch. Denn sie führte faktisch zur Unanwendbarkeit von § 81 Abs 1a UrhG, wodurch Österreich seine auf Art 8 Abs 3 InfoRL beruhende Pflicht verletzte, im nationalen Recht Regelungen vorzusehen, wonach Rechteinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler erwirken können. Es ist daher zu prüfen, ob das österreichische Exekutionsrecht nicht doch eine unionsrechtskonforme Ausgestaltung von Sperranordnungen gegen Access-Provider ermöglicht.

4.3. Denkbar wäre zunächst eine Prüfung der Zumutbarkeit weiterer Maßnahmen schon im Verfahren über den Exekutions- oder Strafantrag.

(a) Grundlage dafür könnte eine analoge Anwendung von § 358 Abs 2 EO und § 361 EO sein. Nach der erstgenannten Bestimmung hat das Gericht (außer bei Gefahr im Verzug) dem Verpflichteten vor Verhängung einer Geldstrafe Gelegenheit zu einer Äußerung zu den Strafzumessungsgründen zu geben; nach der zweitgenannten darf die (Beuge-)Haft nur verhängt werden, wenn der maßgebende Sachverhalt „bewiesen“ ist, was (schon) im Verfahren über den Exekutions- oder Strafantrag zu prüfen ist. Beide Bestimmungen sind zwar im vorliegenden Zusammenhang nicht unmittelbar anwendbar, weil es hier einerseits nicht um die Höhe, sondern um den Grund der Strafe geht und weil andererseits regelmäßig nur eine

Geldstrafe verhängt werden wird; Beugehaft gegen einen Organwalter der verpflichteten Partei ist bei der Exekution nach § 355 EO - anders als bei jener nach § 354 EO (3 Ob 48/11x = SZ 2011/62 - Canon IV) - von vornherein unzulässig (3 Ob 111/05b = JBl 2006, 120; RIS-Justiz RS0079250). Sie zeigen jedoch, dass der Exekutionsordnung eine Beteiligung des Verpflichteten und eine Prüfung des beanstandeten Verhaltens jeweils schon im Verfahren über den Exekutions- oder Strafantrag nicht ganz fremd ist. Dies könnte im gegebenen Zusammenhang als Grundlage dafür herangezogen werden, schon in diesem Verfahren zu prüfen, ob tatsächlich ein Zugriff auf die zu sperrende Website erfolgte und ob die verpflichtete Partei in diesem Fall alle ihr zumutbaren Maßnahmen gesetzt hatte, um diesen Zugriff zu verhindern.

(b) Gegen diese Vorgangsweise sprechen aber verfahrensrechtliche Gründe. Zunächst würde durch eine auch bei Geldstrafen erfolgende Prüfung des Titelverstoßes im Verfahren über den Exekutions- oder Strafantrag eine Ausnahme vom Regelverfahren geschaffen, deren Grenzen nur schwer absehbar wären. Denn es sind auch andere Fälle denkbar, in denen grundrechtliche Erwägungen der (sofortigen) Verhängung einer Geldstrafe entgegenstehen könnten; etwa beim Verbot bestimmter Äußerungen in der öffentlichen Debatte (Art 10 EMRK, Art 11 GRC) oder der Ausübung bestimmter Tätigkeiten in einem Gewerbebetrieb (Art 6 StGG, Art 16 GRC). Weiters wäre in Fragen, die potentiell über den Einzelfall hinausreichen, die Leitfunktion des Obersten Gerichtshofs beeinträchtigt, weil bestätigende Beschlüsse des Rekursgerichts nicht angefochten werden könnten (§ 528 Abs 2 Z 2 ZPO iVm § 78 EO), und die Beweiswürdigung des Erstgerichts wäre nach einer

unmittelbaren Beweisaufnahme - etwa durch Einvernahme eines Sachverständigen - im Rekursverfahren nicht überprüfbar (6 Ob 650/93 = SZ 66/164 [verstärkter Senat]; speziell für das Exekutionsverfahren 3 Ob 170/94; RIS-Justiz RS0012391 [insb T1]). Es bestehen daher gewichtige Gründe, auch im hier erörterten Zusammenhang die Behauptung des Titelverstoßes im Verfahren über den Exekutions- oder Strafantrag ausreichen zu lassen und das dem Antrag zugrunde liegende Verhalten erst im Impugnationsprozess zu prüfen.

4.4. Entscheidet man sich für diese Vorgangsweise, können die verfahrensrechtlichen Anforderungen des EuGH nach Ansicht des Senats durch eine unionsrechtskonforme Anwendung der Regelungen über die Aufschiebung der Exekution erfüllt werden.

(a) Auch eine Unterlassungsexekution kann nach § 42 Abs 1 Z 5 EO aufgrund einer Impugnationsklage aufgeschoben werden (3 Ob 12/06w = SZ 2006/46 mwN; RIS-Justiz RS0120687, RS0114378; zuletzt etwa 3 Ob 268/08w und 3 Ob 29/09z); diese Aufschiebung bildet dann auch die Grundlage für die allenfalls erforderliche Aufschiebung einer Exekution zur Hereinbringung der Geldstrafe (3 Ob 12/06w = SZ 2006/46 mwN; RIS-Justiz RS0120687). Allerdings setzt sie nach § 44 Abs 1 EO im Allgemeinen voraus, dass die Weiterführung der Exekution trotz der Möglichkeit einer Rückzahlung der Strafen mit Nachteilen verbunden wäre, deren Ersatz die verpflichtete Partei von der betreibenden Partei nicht erlangen könnte, falls die Exekutionsführung zu Unrecht erfolgt (3 Ob 342/99m; RIS-Justiz RS0114378; zuletzt etwa 3 Ob 268/08w und 3 Ob 29/09z); zudem ist sie ausgeschlossen, wenn die Klageführung mit hoher Wahrscheinlichkeit als aussichtslos zu beurteilen ist (RIS-Justiz RS0001979; vgl auch

RS0001522; zuletzt ausführlich 3 Ob 163/13m = ecolex 2013, 994).

(b) Von diesen Erfordernissen könnte jedoch in unionsrechtskonformer Auslegung des österreichischen Rechts abgesehen werden, um das Erfordernis einer Prüfung des beanstandeten Verhaltens vor einer „Entscheidung“ über das Auferlegen einer Sanktion zu erfüllen. Denn bei wertender Betrachtung kann unter dieser Formulierung auch das (allenfalls exekutive) Einbringen der Geldstrafe verstanden werden; die Verhängung im Exekutionsverfahren wäre dann nur ein (weiterer) Zwischenschritt bei der gerichtlichen Durchsetzung der materiell-rechtlichen Sperrverpflichtung. Die zwingend mit einer Aufschiebung der Exekution verbundene Impugnationsklage wäre in diesem Fall die vom EuGH geforderte Möglichkeit des Providers, vor „Auferlegen“ der Sanktion gerichtlich geltend zu machen, dass er ohnehin alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen habe. Er stünde bei dieser Vorgangsweise nicht schlechter als bei einer Prüfung im Exekutionsverfahren. Denn in beiden Varianten kann er vor Wirksamwerden der Strafe eine inhaltliche Prüfung seines Verhaltens erzwingen. Dass die Strafe in der einen Variante erst nach dieser Prüfung verhängt, in der anderen hingegen zwar schon vorher verhängt, aber erst danach durch einen weiteren Hoheitsakt umgesetzt wird, begründet nur einen formalen, nicht aber einen inhaltlichen Unterschied. Denn tatsächlich eingewirkt wird auf den Verpflichteten erst durch die faktische Wirksamkeit der Strafe, die erst durch die - allenfalls exekutive - Eintreibung eintritt. Zwar muss der Provider in der zweiten Variante - durch Erheben einer Klage - aktiv werden, um die Strafe abzuwenden. Auch das zwingt aber nicht zu einer Prüfung des beanstandeten Verhaltens im Verfahren über den

Exekutions- oder Strafantrag. Denn zum einen können auch dort nach § 56 Abs 2 EO Säumnisfolgen eintreten, was den Provider zu einem Tätigwerden zwingt, und zum anderen verlangt der EuGH ohnehin keine amtswegige Prüfung, sondern nur die Möglichkeit des Providers, seinen Standpunkt gerichtlich geltend zu machen.

(c) Die von keinen weiteren Bedingungen abhängige Aufschiebung des Exekutionsverfahrens bei Erheben einer Impugnationsklage erfüllt daher ebenfalls das vom EuGH genannte Erfordernis, wonach es möglich sein muss, das beanstandete Verhalten vor „Auferlegen“ einer Sanktion auf Antrag des Providers inhaltlich zu prüfen. Damit stehen - jeweils aufgrund unionsrechtskonformer Auslegung exekutionsrechtlicher Bestimmungen - zwei Lösungen zur Verfügung, um die Vorgaben des EuGH zu erfüllen. Nach Ansicht des Senats ist die Impugnationsklage mit zwingender Aufschiebung vorzuziehen. Denn sie lässt die vom Gesetz vorgegebene Trennung zwischen Exekutions- und Impugnationsverfahren unberührt und greift daher deutlich weniger in das System der Zwangsvollstreckung ein als eine Verschiebung der Prüfung in das Exekutionsverfahren. Zudem stellt sie sicher, dass über die Zumutbarkeit konkreter Maßnahmen - auch im Interesse der verpflichteten Partei - in einem Verfahren mit den Rechtsschutzgarantien des Zivilprozesses entschieden wird. Dass die Geldstrafe zunächst ohne weitere Prüfung verhängt wird, wiegt als bloße Formalität nicht schwer genug, um ein anderes Ergebnis zu erzwingen.

4.5. Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass das Erfordernis einer Prüfung des beanstandeten Verhaltens vor Auferlegen einer Sanktion einem Erfolgsverbot nicht entgegensteht. Ein aufgrund eines solchen Verbots

eingeleitetes Exekutionsverfahren ist jedoch auch ohne Vorliegen einer Gefährdung iSv § 44 Abs 1 EO und ohne Prüfung der Erfolgsaussichten aufzuschieben, wenn die verpflichtete Partei eine Impugnationsklage erhebt und darin vorbringt, dass der im Exekutionsverfahren behauptete Zugriff auf die zu sperrende Website tatsächlich nicht erfolgt sei oder dass sie alle ihr zumutbaren Maßnahmen gesetzt habe, um einen solchen Zugriff zu verhindern.

5. Eine weitere Bedingung für die Zulässigkeit eines Erfolgsverbots liegt nach Auffassung des EuGH darin, dass auch Kunden des Providers die Möglichkeit haben müssen, ihr Recht auf rechtmäßigen Zugang zu Informationen vor Gericht geltend zu machen, sobald die vom Provider aufgrund eines Erfolgsverbots getroffenen Maßnahmen bekannt sind (Rz 56 f).

5.1. Dieses Erfordernis ist im österreichischen Recht schon deswegen erfüllt, weil Kunden ihren Provider auf vertraglicher Grundlage in Anspruch nehmen können, wenn sie Sperrmaßnahmen für unzulässig oder überschießend halten. Denn der Vertrag zwischen dem Access-Provider und seinen Kunden wird im Regelfall dahin auszulegen sein, dass alle - aber auch nur solche - Website-Sperren zulässig sind, die den Vorgaben des EuGH entsprechen. Schon diese Möglichkeit genügt, um das vom EuGH betonte Recht der Nutzer auf rechtmäßigen Zugang zu Informationen zu wahren. Um der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen entgegenzuwirken, wird der Provider in diesem Fall dem Rechteinhaber, der eine Sperre veranlasst hat, den Streit verkünden können.

5.2. Darüber hinaus kann erwogen werden, dass Nutzer ihr Recht auf rechtmäßigen Informationszugang auch unmittelbar gegen einen Rechteinhaber geltend machen

können, der es - mittelbar - durch die Veranlassung unzulässiger oder überschießender Sperrmaßnahmen verletzt. Denn der EuGH geht offenkundig davon aus, dass dieses Recht allseitige Wirkung hat und daher auch von Dritten zu beachten ist. Trifft das zu, könnte ein Nutzer nach Einleitung eines Exekutionsverfahrens auch Exszindierungsklage gegen den betreibenden Rechteinhaber erheben. Denn diese Klage steht grundsätzlich auch bei der Exekution zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen zur Verfügung (*Jakusch in Angst*², § 37 Rz 3 mwN; RIS-Justiz RS0000994 [zu § 353 EO]). Es genügt, wenn der Betreibende ein Verhalten des Verpflichteten erzwingen will, das in ein absolut geschütztes Recht eines Dritten eingreift, der diesen Eingriff nicht aufgrund einer besonderen Rechtsbeziehung zum Betreibenden zu dulden hat (3 Ob 174/97b). Ein solcher Fall läge im gegebenen Zusammenhang vor, wenn aufgrund der Ausführungen des EuGH ein absolut geschütztes Recht auf rechtmäßigen Zugang zu Informationen anzunehmen ist.

5.3. Es mag zwar zutreffen, dass faktisch nur wenige Nutzer den Gerichtsweg beschreiten werden, um eine unzulässige oder überschießende Sperre durch ihren Provider zu bekämpfen. Die Vorgaben des EuGH sind allerdings schon durch die Möglichkeit einer solchen Rechtsdurchsetzung erfüllt. In eindeutigen Fällen - wie dem vorliegenden - wird ohnehin kaum ein Nutzer an einer gerichtlichen Auseinandersetzung mit seinem Provider oder einem Rechteinhaber interessiert sein; dies schon deswegen, weil auch er beim Download - abgesehen möglicherweise von einer bloß flüchtigen Vervielfältigung (Streaming) - rechtswidrig handelt (EuGH C-435/12, *ACI Adam BV*). Ist der Sachverhalt demgegenüber zweifelhaft, so wird allein die Möglichkeit einer gerichtlichen Auseinandersetzung mit Nutzern sowohl

Rechteinhaber als auch Provider zu einer bedachten Vorgangsweise im Streit über Sperranordnungen veranlassen.

6. Dem vom Rekursgericht mit einstweiliger Verfügung erlassenen Erfolgsverbot stehen daher keine unionsrechtlichen Gründe entgegen. Der angefochtene Beschluss ist zu bestätigen. Die dieser Entscheidung zugrunde liegenden Erwägungen können wie folgt zusammengefasst werden:

Werden auf einer Website Schutzgegenstände ohne Zustimmung der Rechteinhaber zugänglich gemacht, kann Access-Providern von Nutzern untersagt werden, ihren Kunden den Zugang zu dieser Website zu vermitteln. Das gilt nicht, wenn dadurch auch der rechtmäßige Zugang zu Informationen verhindert würde. Konkrete Maßnahmen zur Verhinderung des Zugangs können nicht angeordnet werden.

Im Fall einer Exekution nach § 355 EO kann der Provider mit Impugnationsklage geltend machen, dass er alle zumutbaren Maßnahmen zur Verhinderung des Zugangs gesetzt habe. Wird eine solche Klage erhoben, ist das Exekutionsverfahren ohne Prüfung von deren Erfolgsaussichten und ohne Vorliegen einer Gefährdung iSv § 44 Abs 1 EO aufzuschieben.

7. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 40, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 24. Juni 2014
Dr. S c h e n k
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: