



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Jensik, Dr. Schwarzenbacher, Dr. Rassi und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache des Klägers \*\*\*\*\*verband \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Florian Pitner, Rechtsanwalt in Pregarten, gegen die Beklagte A\*\*\*\*\* GmbH & Co KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Lansky, Ganzger + partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 15.000 EUR), Leistung (1.320 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 3.000 EUR), über die Revision des Beklagten (Revisionsinteresse 16.320 EUR) gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 31. Jänner 2017, GZ 2 R 5/17w-15, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 31. Oktober 2016, GZ 39 Cg 59/15t-9, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit 1.175,22 EUR (darin enthalten 195,87 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

#### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Der Berufsfotograf W\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* hat ein Lichtbild von P\*\*\*\*\* W\*\*\*\*\*, einem 1982 erschossenen Wilderer, angefertigt. Mit der Wahrnehmung seiner ihm an dem Lichtbild zufallenden Leistungsschutzrechte betraute er treuhändig den klagenden Verband.

Die Beklagte betreibt einen österreichweit empfangbaren Privatfernsehsender. In einer von diesem ausgestrahlten Reportage über einen bekannten Soziologen

wurde auch die Lebensgeschichte von P\*\*\*\*\* W\*\*\*\*\*, der 1982 beim Wildern von Jägern erschossen wurde, behandelt; Thema war insbesondere der noch aktuelle „Kampf um Gerechtigkeit“ des Bruders des Wilderers, nachdem der (aus Sicht des Bruders) „Mörder“ von P\*\*\*\*\* W\*\*\*\*\* dessen Meinung nach zu Unrecht für nur eineinhalb Jahre ins Gefängnis habe müssen. In dieser Sendung wird das vom Kläger hergestellte Lichtbild des Wilderers mindestens 13 mal eingeblendet, und zwar ohne den Fotografen als Urheber zu nennen. Das Lichtbild ist als Aufdruck auf der Krawatte des Bruders, als Aufdruck auf Flugzetteln und im Hintergrund als eingerahmtes Familienfoto an der Wand des Esszimmers des Bruders zu sehen. Teilweise kommt das Bild in einer Szene auch mehrmals vor. Diese Sendung wurde jedenfalls einmal im Fernsehen ausgestrahlt, und zwar 2013 oder 2014. Der Fotograf hat der Beklagten bzw dem Bruder keine Werknutzungsrechte am Lichtbild übertragen.

Der Kläger beehrte, die Beklagte schuldig zu erkennen, es zu unterlassen, Lichtbilder, deren Hersteller der genannte Fotograf ist, insbesondere solche P\*\*\*\*\* W\*\*\*\*\* zeigend, ohne Werknutzungsbevolligung hiefür sowie ohne Bezeichnung des Urhebers zu veröffentlichen. Weiters beehrte der Kläger die Leistung von 1.320 EUR sowie die Urteilsveröffentlichung. Es liege kein „Bildzitat“ vor, weil der seit 1. 10. 2015 eingeführte § 42f Abs 1 Z 5 UrhG voraussetze, dass nur einzelne Stellen eines erschienenen Werks in einem selbstständigen neuen Werk angeführt werden, was in concreto nicht der Fall sei; das Lichtbild werde nämlich mehrfach geradezu bildfüllend eingeblendet. Auch fehle die für den Zitatzweck erforderliche Belegfunktion, weil weder auf das Lichtbild noch auf den Hersteller Bezug genommen werde. Der Entschädigungsanspruch von

1.320 EUR wurde auf § 87 Abs 3 UrhG gestützt.

Die Beklagte wendete ein, die Veröffentlichung sei im Rahmen eines zulässigen Bildzitats erfolgt. Dem urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch stehe auch das durch Art 10 EMRK geschützte Recht der freien Meinungsäußerung entgegen. Das begehrte Entgelt sei zu hoch angesetzt.

Das Erstgericht gab dem Unterlassungsbegehren und dem Leistungsbegehren statt und wies das Urteilsveröffentlichungsbegehren ab. Als Bildzitat sei nur die Zitierung einzelner Stellen eines erschienenen Werks in einem selbstständigen neuen Werk zulässig, nicht aber die wiederholte Veröffentlichung eines kompletten Lichtbilds im Rundfunk. Die Beklagte habe auch nicht darlegen können, warum ihr Recht auf Meinungsfreiheit ohne Veröffentlichung des Bildes bzw ohne vorherige Zahlung von Entgelt verletzt gewesen wäre. Für die redaktionelle Einblendung von Lichtbildern in Vollprogramme stehe nach den entsprechenden Richtlinien der Bundesinnung der Österreichischen Fotografen für eine Einblendungsdauer von bis zu 10 Sekunden ein Honorarsatz von 130 EUR zu. Da das Lichtbild im Anlassfall nur kurz und in schlechter Qualität ausgestrahlt worden sei, erscheine das vom Kläger begehrte Entgelt von 600 EUR samt USt ebenso angemessen wie der verfolgte Schadenersatzanspruch.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR, nicht aber 30.000 EUR übersteige und die Revision zulässig sei, weil oberstgerichtliche Judikatur zum „Bildzitat“ nach Inkrafttreten der §§ 42e und 42f UrhG fehle und ein Unterlassungsanspruch nur dann zu bejahen sei, wenn das beanstandete Verhalten auch gegen das neue Recht

verstoße.

Inhaltlich nur gegen den Unterlassungsanspruch richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Antrag, die Klage zur Gänze abzuweisen; in eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt in seiner Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

1.1. Das Leistungsschutzrecht an Lichtbildern steht dem Hersteller zu (§ 74 Abs 1 UrhG).

1.2. Dieses Schutzrecht ist ua durch die in §§ 42e und 42f UrhG normierten freien Werknutzungen begrenzt (§ 74 Abs 7 UrhG).

1.3. Mit der UrhG-Novelle 2015 wurden die §§ 42e und 42f in das UrhG eingefügt. Die Bestimmungen lauten:

*Unwesentliches Beiwerk*

*§ 42e Werke dürfen vervielfältigt, verbreitet, durch Rundfunk gesendet, der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt und zu öffentlichen Vorträgen, Aufführungen und Vorführungen benutzt werden, wenn sie dabei nur zufällig oder beiläufig und ohne Bezug zum eigentlichen Gegenstand der Verwertungshandlung genutzt werden.*

*Zitate*

*§ 42f (1) Ein veröffentlichtes Werk darf zum Zweck des Zitats vervielfältigt, verbreitet, durch Rundfunk gesendet, der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt und zu öffentlichen Vorträgen, Aufführungen und Vorführungen benutzt werden, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Zulässig ist dies insbesondere, wenn*

*1. einzelne Werke nach ihrem Erscheinen in ein die Hauptsache bildendes wissenschaftliches Werk aufgenommen werden;*

*ein Werk der in § 2 Z 3 bezeichneten Art oder ein Werk der bildenden Künste darf nur zur Erläuterung des Inhaltes aufgenommen werden;*

*2. veröffentlichte Werke der bildenden Künste bei einem die Hauptsache bildenden wissenschaftlichen oder belehrenden Vortrag bloß zur Erläuterung des Inhaltes öffentlich vorgeführt und die dazu notwendigen Vervielfältigungsstücke hergestellt werden;*

*3. einzelne Stellen eines veröffentlichten Sprachwerkes in einem selbstständigen neuen Werk angeführt werden;*

*4. einzelne Stellen eines veröffentlichten Werkes der Tonkunst in einer literarischen Arbeit angeführt werden;*

*5. einzelne Stellen eines erschienenen Werkes in einem selbstständigen neuen Werk angeführt werden.*

*(2) Für die Zwecke dieser Bestimmung ist einem erschienenen Werk ein Werk gleichzuhalten, das mit Zustimmung des Urhebers der Öffentlichkeit in einer Weise zur Verfügung gestellt wurde, dass es für die Allgemeinheit zugänglich ist.*

2.1. In Österreich gab es vor dem Inkrafttreten der §§ 42e und 42f UrhG mit 1. 10. 2015 – anders als in Deutschland (§ 57 dUrhG) – keine gesetzlich geregelte freie Werknutzung des „unwesentlichen Beiwerks“. Ungeregelt war auch das Zitat von Werken der bildenden Künste – wie etwa Lichtbilder – außerhalb von wissenschaftlichen Werken. Die Rechtsprechung wendete § 54 Abs 1 Z 3a UrhG aF, wonach es zulässig war, einzelne erschienene Werke der bildenden Künste in einem die Hauptsache bildenden wissenschaftlichen Werk zu vervielfältigen, analog auch auf Fälle an, in denen das zitierende Medium kein wissenschaftliches Werk war, allerdings beschränkt auf einen durch den Zweck gebotenen Umfang, weil das Recht des Urhebers nicht stärker beeinträchtigt werden darf, als es die Ausübung der im

Interesse der geistigen Kommunikation eingeräumten Zitierfreiheit erfordert (4 Ob 224/00w, *Schüssels Dornenkrone I* mwN).

2.2. Der Senat hat auch schon ausgesprochen, dass dem urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch das durch Art 10 EMRK geschützte Recht der freien Meinungsäußerung entgegenstehen kann. Ob dies der Fall ist, ist durch eine Abwägung der vom Urheber oder seinem Werknutzungsberechtigten verfolgten Interessen mit dem Recht der freien Meinungsäußerung zu beurteilen (RIS-Justiz RS0115377). Diese Rechtfertigung setzt insbesondere voraus, dass das Grundrecht ohne den Eingriff nicht oder nur unzulänglich ausgeübt werden kann (4 Ob 66/10z, *Lieblingshauptfrau* mwN). Dies wurde bejaht, wenn sich der Beklagte inhaltlich mit jenem Werk auseinandergesetzt hatte, dessen Vervielfältigung der Urheber beanstandete (4 Ob 127/01g, *Medienprofessor*). Hingegen wurde die Rechtfertigung des Eingriffs verneint, wenn das Foto nach dem Inhalt des Berichts nur dazu diente, diesen zu illustrieren, und daher – anders als in der erstgenannten Fallgruppe – keine Zitat- oder Belegfunktion hatte (4 Ob 105/03z, *Foto des Mordopfers*; 4 Ob 195/06i, *unsachliche Berichterstattung*; 4 Ob 172/10p; 4 Ob 42/12y).

2.3. Die beanstandeten Eingriffe in das vom Kläger wahrgenommene Ausschließungsrecht erfolgten vor Inkrafttreten der UrhG-Novelle 2015. Auf Basis der bis dahin geltenden Rechtslage und der dazu ergangenen – zuvor referierten – Rechtsprechung lässt sich eine freie Werknutzung des klagsgegenständlichen Lichtbilds durch die Beklagte in Form eines zulässigen Bildzitats nicht rechtfertigen, diente das Lichtbild doch bloß dazu, den Inhalt der TV-Reportage der Beklagten zu illustrieren, sodass ihm

keine Zitat- oder Belegfunktion zukam. Die Beklagte unternimmt es in ihrer Revision auch gar nicht, die Zulässigkeit der Verwendung des Lichtbilds in ihrer TV-Sendung mit der zum Zeitpunkt ihrer Ausstrahlung geltenden Rechtslage zu begründen; sie stützt ihre Bestreitung des Urheberrechtsverstoßes ausschließlich auf eine freie Werknutzung gemäß den erst nach erfolgtem Verstoß in Kraft getretenen §§ 42e und 42f UrhG. Die Verletzung des vom Kläger geltend gemachten Leistungsschutzrechts nach der zum Zeitpunkt des Eingriffs geltenden Rechtslage bedarf daher keiner weiteren Begründung.

3.1. Die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr verlangt aber, dass das beanstandete Verhalten nicht nur nach alter, sondern auch auf Basis der neuen Rechtslage verboten ist (vgl. RIS-Justiz RS0123158). Der Beklagte darf nämlich nicht zu einer Unterlassung verurteilt werden, zu der er bei richtiger Auslegung des materiellen Rechts zum Zeitpunkt der Urteilsfällung nicht (mehr) verpflichtet ist (vgl. 4 Ob 47/16i).

3.2.1. Zweck der Bestimmung des § 42e UrhG ist (nach dem Vorbild des § 57 dUrhG), zu verhindern, dass die Zustimmung des Rechteinhabers eingeholt werden muss, wenn der Schutzgegenstand nur zufällig oder beiläufig und ohne Bezug zum eigentlichen Gegenstand der Verwertungshandlung genutzt wird und deshalb seine Interessen nicht berührt werden (*Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht, 18. Lieferung [2015] § 42e Rz 3). Die Bestimmung ergänzt damit den Kanon der freien Werknutzungen (*Mitterer* in *Kucsko/Handig*, *urheber.recht*<sup>2</sup> § 42e Rn 4).

3.2.2. Um „unwesentlich“ iSd § 42e UrhG zu sein, muss das Beiwerk ein Gegenstand sein, dem noch weniger als geringe oder untergeordnete Bedeutung zukommt,



wobei die Voraussetzungen dafür nicht überzogen werden dürfen, um der Ausnahmebestimmung nicht ihre Wirksamkeit zu rauben (so zutreffend *Mitterer* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht<sup>2</sup> § 42e Rz 6 mwN).

Auch der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) sprach zu I ZR 177/13, GRUR 2015, 667, aus, dass eine enge Auslegung für die Qualifizierung eines Werks als „unwesentliches Beiwerk“ (so wie generell bei allen gesetzlichen Schranken des Urheberrechts) angebracht sei. Von Relevanz sei diesbezüglich der Äußerungszusammenhang. Von einer Unwesentlichkeit sei dann auszugehen, wenn das Werk weggelassen oder ausgetauscht werden könne, ohne dass die Gesamtwirkung des Hauptgegenstands beeinflusst werde. Sobald ein Werk erkennbar stil- oder stimmungsbildend sei oder eine bestimmte Wirkung oder Aussage unterstreichend in den eigentlichen Gegenstand der Verwertung einbezogen werde, einen dramaturgischen Zweck erfülle oder sonst charakteristisch sei, sei es nicht mehr unwesentliches Beiwerk (ähnlich *Mitterer* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht<sup>2</sup> § 42e Rz 8; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrheberrechtsG<sup>5</sup> § 57 dUrhG Rz 2; *Grübler* in *Ahlberg/Götting*, Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht<sup>15</sup> § 57 dUrhG Rz 6). Dem ist zuzustimmen.

3.2.3. Im vorliegenden Fall kann die Wiedergabe des Lichtbilds des Wilderers nicht als ein unwesentliches Beiwerk iSd § 42e UrhG beurteilt werden.

Das Lichtbild zeigt jene Person, um die sich der Beitrag im Wesentlichen dreht, und es wird absichtlich (wiederholt) in das Werk einbezogen, erfüllt darin einen dramaturgischen Zweck, unterstreicht die Wirkung bzw die Aussage des Beitrags und ist wohl auch stimmungsbildend. Den Revisionsausführungen kann deshalb nicht darin

zugestimmt werden, dass dem Zuschauer gar nicht auffallen würde, wenn auf der Krawatte, den Flugblättern oder im Bilderrahmen ein anderes Bild zu sehen wäre: Das Lichtbild des Wilderers ist vielmehr gerade nicht beliebig austauschbar, es wird weder zufällig, noch beiläufig verwendet und steht eindeutig auch in einem Bezug zum Thema der Reportage.

3.3.1. Die Wiedergabe des Lichtbilds fällt auch nicht unter das Zitatrecht nach § 42f UrhG.

Ein nach § 42f UrhG zulässiges Bildzitat muss erkennbar der Auseinandersetzung mit dem übernommenen Werk dienen, etwa als Beleg oder Hilfsmittel der eigenen Darstellung. Es muss eine innere Verbindung zwischen dem eigenen und dem fremden Werk hergestellt werden. Zu fragen ist immer, ob der Zitatzweck nicht auch anders gleichermaßen erreicht werden hätte können, zB durch Einholung einer Zustimmung des Rechteinhabers zur Übernahme des Schutzgegenstands oder durch dessen Darstellung mit eigenen Worten (vgl. *Mitterer/G. Korn* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht<sup>2</sup> § 42f UrhG Rz 24 mwN).

Sofern sich der Nutzer darauf beruft, ist auch zu prüfen, ob die Verneinung der freien Werknutzung einem dringenden sozialen Bedürfnis im Sinne der Judikatur des EGMR zur Notwendigkeit eines Eingriffs in die Meinungsäußerungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft dient. Dazu zählt nicht die bloße Befriedigung von Neugierde oder Sensationslust. So überwiegt etwa die bloße Illustrierung eines Berichts über einen Mordfall mit einem Bild ohne weitere (kritische) Auseinandersetzung mit dem Bild nicht das finanzielle Interesse des Fotografen, die Verwendung seines Lichtbilds abgegolten zu bekommen (4 Ob 105/03z, *Foto des Mordopfers*; *Mitterer/G. Korn* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht<sup>2</sup> § 42f UrhG Rz 15–16 mwN).

3.3.2. Es entsprach bereits vor Einführung des § 42f UrhG der gefestigten Rechtsprechung, dass es Voraussetzung für die Zulässigkeit der Veröffentlichung von Lichtbildern als Bildzitat ist, dass das in einem Bericht jeweils wiedergegebene Bild Zitat- und Belegfunktion hatte und nicht nur dazu diente, die Berichterstattung zu illustrieren, um so die Aufmerksamkeit der Leser auf den Bericht zu lenken (RIS-Justiz RS0124069, 4 Ob 42/12y). An dieser Rechtsprechung ist auch nach Einführung des § 42f UrhG, der diese Rechtsprechung noch untermauert, festzuhalten.

3.3.3. Im vorliegenden Fall hatte die wiederholte Einblendung des Lichtbilds lediglich Illustrationsfunktion für die Berichterstattung. Eine Belegfunktion oder inhaltliche Auseinandersetzung mit der Reportage ist nicht erkennbar. Somit liegt auch kein zulässiges Bildzitat iSd § 42f UrhG vor.

4. Der Unterlassungsanspruch des Klägers sowie der – in der Revision von der Beklagten nicht näher thematisierte – Schadenersatzanspruch besteht daher zu Recht. Der Revision ist somit nicht Folge zu geben.

5. Die Kostenentscheidung gründet auf den §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 26. September 2017  
Dr. V o g e l  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: