

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltschek, Gottfried Musger,
Walter Holzer

September 2014

05

197 – 244

Beiträge

Postmortaler Brief- und Bildnisschutz

Joachim Pierer ⌚ 200

„Öffentliche Wiedergabe“ im Wandel

Christian Handig ⌚ 206

Leitsätze

Nr 45 – 52 ⌚ 214

OGH 20. 5. 2014, 4 Ob 31/14h, Rauchfangkehrer

Gottfried Musger ⌚ 214

EuGH 19. 6. 2014, C-345/13, Karen Millen Fashions Ltd/Dunnes Stores,
Dunnes Stores (Limerick) Ltd Guido Donath ⌚ 215

Rechtsprechung

Fahnenmast – Werbung im Nahebereich eines Mitbewerbers
grundsätzlich zulässig David Plasser ⌚ 218

Jimi Hendrix I – Zur Unterscheidungskraft der Marke „Jimi Hendrix“

Katharina Schmid ⌚ 222

Umbrella Pricing – EuGH bejaht Schadenersatzanspruch

Raoul Hoffer ⌚ 225

YouTube-Nutzungsbedingungen – Rechteeinräumung
durch Hochladen auf YouTube Elisabeth Staudegger ⌚ 229

ACI Adam – Zulässige Privatkopie nur bei rechtmäßiger Vorlage

Johannes Burgstaller und Mona Philomena Ladler ⌚ 232

UPC Telekabel II – Sperrverfügungen gegen Access-Provider

Philipp Anzenberger ⌚ 237

→ Sperrverfügungen gegen Access-Provider

1. § 81 Abs 1 a UrhG

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.

Sachverhalt:

Die ErstKl ist Inhaberin der Rechte an den Filmwerken „Wickie und die starken Männer“ und „Pandorum“, die ZweitKl 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 idR zum privaten Gebrauch eine dauerhafte Vervielfältigung vornehmen.

Die Bekl ist ein großer österr 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 Kl beantragen, der Bekl mit EV 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 ErstKl) oder ‚Das weiße Band‘ (hinsichtlich der ZweitKl) ganz oder in Ausschnitten online zur Verfügung gestellt werden.“

Weitere Anträge, die die Kl 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 Kl [vgl zu diesen Methoden *Heidinger*, ÖBl 2011, 153]). Zur Begründung stützen sich die Kl auf § 81 Abs 1 a UrhG. Die Bekl 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 Bekl zuzumuten.

Die Bekl wendet ein, mit den Betreibern von *kino.to* in keiner Beziehung zu stehen. Diese Betreiber „bedienten“ sich daher nicht der Bekl, um die Filme öffentlich zugänglich zu machen. Vielmehr vermittele die Bekl nur ihren eigenen Kunden den Zugang zum Internet. Diese handelten nicht rechtswidrig. Der Ur-

2. §§ 355, 42, 44 EO

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.

heberrechtseingriff liege im Zurverfügungstellen der Filme durch die Betreiber von *kino.to*; dies werde von der Bekl nicht unterstützt und erfolge unabhängig davon, ob die Bekl ihren Kunden den Zugang zum Internet gewähre oder nicht. Abgesehen davon sei es der Bekl 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 Kl begehrte generelle Verbot ginge daher jedenfalls zu weit. Die konkret genannten Maßnahmen (DNS-Sperren und IP-Blockaden) seien ineffektiv, für die Bekl aber mit hohen Kosten verbunden. Sie verstießen daher gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Weiters müsste die Bekl 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 RekG untersagte der Bekl, ihren Kunden den Zugang zu *kino.to* zu vermitteln, wenn dort die drei von den Kl genannten Filme zur Verfügung gestellt würden; Beispiele für konkrete Maßnahmen nannte es nicht. Den RevRek ließ es zu, weil Rsp zum Grund des geltend gemachten Anspruchs und zur konkreten Formulierung des Unterlassungsgebots fehle. [...] Der OGH legte dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor [...].

Der EuGH hat diese Fragen mit U v 27. 3. 2014, C-314/12,¹⁾ 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 zureichenden 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 Maß-

ÖBl 2014/50

§ 81 Abs 1 a
UrhG;
§§ 42, 44, 355 EO;
Art 8 Abs 3 InfoRL

OGH 24. 6. 2014,
4 Ob 71/14 s
(OLG Wien
1 R 153/11 v;
HG Wien
22 Cg 120/10 f)

UPC Telekabel II

Der OGH setzt die Vorgaben des EuGH zu Sperrverfügungen gegen Access-Provider durch unionsrechtskonforme Auslegung des österr Exekutionsrechts um.

1) ÖBl 2014, 189 (*Heidinger*), UPC Telekabel (I).

nahmen 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 56f).“

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 Bkl brachte vor, dass die Vorgaben des EuGH nach derzeitiger österr Rechtslage ein Erfolgsverbot ausschlossen. 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 Kl hielten entgegen, dass die Impugnationsklage iVm 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.

Aus der Begründung:

Der RevRek ist [...] zulässig, [...] aber nicht berechtigt.

[Anspruch gegen Access-Provider besteht dem Grunde nach]

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 InfoRL „nutzt“. Schon das führt zur Anwendbarkeit dieser Be-

stimmung. 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-435/12,²⁾ *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 bekl Access-Provider eine „gerichtliche Anordnung“ nach Art 8 Abs 3 InfoRL zu erlassen ist. Diese Bestimmung ist in § 81 Abs 1 a UrhG umgesetzt. Auf dieser Grundlage können die Kl einen Unterlassungsanspruch gegen den bekl Provider geltend machen.

[Erfolgsverbot, nicht Anordnung konkreter Maßnahmen]

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 Kl dem Bkl 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 135/06 w SZ 2007/106; RIS-Justiz RS0010566 [insb T 2]; RS0010526; zuletzt etwa 4 Ob 99/12 f EvBl 2012/125 [Zoppel]). Dieser Auffassung liegt – neben dem Wortlaut des § 364 ABGB – zugrunde, dass der Kl kein berechtigtes Interesse am Setzen bestimmter Maßnahmen hat, weil es für ihn gleichgültig ist, auf welche Weise der Bkl 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 Bkl, 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,

2) ÖBl 2014/49 (Burgstaller/Ladler) in diesem Heft Seite 232.

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 InfoRL (§ 81 Abs 1 a UrhG) in Anspruch genommener Vermittler – das Ermöglichen des Zugangs. Folgerichtig ordnet § 81 Abs 1 a 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 österr Recht hat es aber auf dieser Grundlage bei der Beschränkung der in Art 8 Abs 3 InfoRL genannten „Anordnungen“ auf Erfolgsverbote zu bleiben. § 81 Abs 1 a UrhG bietet daher keine Grundlage, dem Access-Provider konkrete Maßnahmen zur Verhinderung des Zugangs zu einer Website mit rechtsverletzenden Inhalten vorzuschreiben.

[Prüfung der Zumutbarkeit von Maßnahmen vor Auferlegen einer Sanktion]

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.

[Unterlassungsvollstreckung nach der EO]

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

(a) Nach einhelliger Rsp 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 [T 11]; RS0000709 [T 12]; 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 zutrefte, 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, *Ö3 Eurowuch-teln*, ÖBl 2014, 38 [*Anzenberger*]). 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.

[Unionsrechtskonforme Ausgestaltung möglich?]

4.2. Diese unionsrechtlich begründete Auffassung wäre jedoch ebenfalls aus unionsrechtlicher Sicht höchst problematisch. Denn sie führte faktisch zur Unanwendbarkeit von § 81 Abs 1 a 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 österr Exekutionsrecht nicht doch eine unionsrechtskonforme Ausgestaltung von Sperranordnungen gegen Access-Provider ermöglicht.

[Prüfung der Zumutbarkeit im Exekutionsverfahren?]

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 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 EO nach § 355 – anders als bei jener nach § 354 (3 Ob 48/11 x, *Canon IV*, SZ 2011/62) – von vornherein unzulässig (3 Ob 111/05 b JBl 2006, 120; RIS-Justiz RS0079250). Sie zeigen jedoch, dass der EO eine Beteiligung des Verpflichteten und eine Prüfung des beanstandeten Verhaltens jeweils schon im Verfahren über den Exekutions- oder Strafantrag nicht ganz fremd sind. 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 OGH beeinträchtigt, weil bestätigende Beschlüsse des RekG nicht angefochten werden könnten (§ 528 Abs 2 Z 2 ZPO iVm § 78 EO), und die Beweiswürdigung des ErstG wäre nach einer unmittelbaren Beweisaufnahme – etwa durch Einvernahme eines Sachverständigen – im RekVerfahren nicht überprüfbar (6 Ob 650/93 SZ 66/164 [verstSen]; speziell für das Exekutionsverfahren 3 Ob 170/94; RIS-Justiz RS0012391 [insb T 1]). 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.

[Alternative: Automatische Aufschiebung der Exekution]

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 12/06 w SZ 2006/46 mwN; RIS-Justiz RS0120687; RS0114378; zuletzt etwa 3 Ob 268/08 w und 3 Ob 29/09 z); diese Aufschiebung bildet dann auch die Grundlage für die allenfalls erforderliche Aufschiebung einer Exekution zur Hereinbringung der Geldstrafe (3 Ob 12/06 w SZ 2006/46 mwN; RIS-Justiz RS0120687). Allerdings setzt sie nach § 44 Abs 1 EO iA voraus, dass die Weiterführung der Exekution trotz der Möglichkeit einer Rückzahlung der Strafen mit Nachteilen verbunden wäre, deren Ersatz die verpflP von der betrP nicht erlangen könnte, falls die Exekutionsführung zu Unrecht erfolgt (3 Ob 342/99 m; RIS-Justiz RS0114378; zuletzt etwa 3 Ob 268/08 w und 3 Ob 29/09 z); zudem ist sie ausgeschlossen, wenn die Klageführung mit hoher Wahrscheinlichkeit als aussichtslos zu beurteilen ist (RIS-Justiz RS0001979; vgl auch RS0001522; zuletzt auf 3 Ob 163/13 m ecolex 2013, 994).

(b) Von diesen Erfordernissen könnte jedoch in unionsrechtskonformer Auslegung des österr 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 verpflP – 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 verpflP 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.

[Rechtsschutz für Kunden des Providers]

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 österr. 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 Sperrmaßnahme 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 grds. 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 174/97 b). 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 Sperrung 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.

[Ergebnis]

6. Dem vom RekG mit EV erlassenen Erfolgsverbot stehen daher keine unionsrechtlichen Gründe entgegen. Der angefochtene Beschluss ist zu bestätigen. [...]

Anmerkung:

In seiner E ging der OGH zunächst zutreffend davon aus, dass § 81 Abs 1 a UrhG einen **Anspruch auf Unterlassung**, nicht aber auf Auferlegung bestimmter Maßnahmen zur Bewirkung der Unterlassung enthält. Dies sichert nicht zuletzt die unternehmerische Freiheit des Access-Providers ab, der dadurch selbst entscheiden könne, welche Schritte er zur Unterbindung des untersagten Erfolgs setzen will. Nun ist die Freiheit, die effizienteste Maßnahme zur Abwendung des im Unterlassungsgebot normierten Erfolgs zu wählen, für den Verpflichteten zwar in aller Regel von Vorteil. Gerade im Anlassfall ist sie aber deswegen problematisch, weil dieser den untersagten Erfolg aus technischen Gründen überhaupt nicht vollständig abwenden kann. Zwar ist er insofern auch nur zur Veranlassung der ihm zumutbaren Maßnahmen verpflichtet, dabei wandert er aber auf einem schmalen Grat: Gehen die von ihm gesetzten Schritte nicht weit genug, muss er mit der Verhängung von Beugestrafen im Rahmen einer Unterlassungsexekution durch die Rechteinhaber rechnen. Sind die von ihm ergriffenen Maßnahmen hingegen überschießend, verletzt er das Recht seiner Kunden auf rechtmäßigen Zugang zu Information (die sich wiederum im Klageweg gegen seine Maßnah-

men zur Wehr setzen können). Soweit daher ein Erfolg faktisch nicht verhindert, sondern bloß erschwert werden kann, birgt die von EuGH³⁾ und OGH ins Treffen geführte unternehmerische Freiheit nicht unbeträchtliche Rechtsunsicherheiten für den Verpflichteten. Dennoch ist der vom vierten Senat vertretenen Lösung zuzustimmen: Leitete man aus § 81 Abs 1 a UrhG einen Anspruch auf Auferlegung bestimmter Handlungen ab, hätte es nicht der Beklagte, sondern zunächst der **Kläger** durch Formulierung des Klagebegehrens **in der Hand**, die vom Provider zu setzenden **Maßnahmen zu bestimmen**. Zwar wäre vom Gericht zu prüfen, ob diese Maßnahmen in die Rechte der Internetnutzer eingreifen. Machen diese daraufhin aber ihr Recht auf rechtmäßigen Informationszugang geltend, kann ihnen das erste Urteil mangels Bindungswirkung nicht entgegengehalten werden (sofern nicht allen Kunden des Providers der Streit verkündet wurde). Insofern bestünde hier die eklatante Gefahr einander widersprechender Entscheidungen. Dass der aus § 81 Abs 1 a UrhG zur Unterlassung verpflichtete Provider nach der vom OGH vertretenen Ansicht die „goldene



3) EuGH 27. 3. 2014, C-314/12, *UPC/Constantin und Wega, UPC Telekabel*, ÖBl 2014, 189 (Heidinger).

Mitte“ im Weg der Heuristik („*trial and error*“) ermitteln muss, ist zwar nicht optimal, im Ergebnis aber noch immer die beste Lösung.

In seiner im Anlassverfahren ergangenen Vorabentscheidung⁴⁾ führte der EuGH aus, dass dem Adressaten eines Erfolgsverbots **vor Erlassung der Entscheidung** die Möglichkeit gegeben werden muss, gerichtlich geltend zu machen, dass er ohnehin alle Maßnahmen ergriffen habe, die von ihm erwartet werden konnten. Dieser Vorgabe kann nach Ansicht des vierten Senats dadurch entsprochen werden, dass der mit einer Impugnationsklage zu verbindende Aufschiebungsantrag nach § 42 Abs 1 Z 5 EO ohne das Vorliegen einer Gefährdung iSd § 44 Abs 1 EO und ohne Prüfung der Erfolgsaussichten⁵⁾ erhoben werden kann. Vom EuGH sei nämlich lediglich die Geltendmachung der Einwendungen **vor Auferlegung der Sanktion** gemeint. Dieser Lösung ist zuzugestehen, dass sie dem Sinngehalt der Auflagen des EuGH iW entsprechen dürfte und gleichzeitig das Regelungsgefüge der EO (im Vergleich zur inhaltlichen Prüfung im Rahmen des Exekutionsverfahrens) weitgehend unberührt lässt. Ein gewisses Unbehagen bleibt aber bestehen: Die Beseitigung der Beschränkungen des Aufschiebungsantrags führt nämlich dazu, dass nunmehr jede Unterlassungsexekution problemlos um die Dauer des Impugnationsprozesses verzögert werden kann, was den Unterlassungsanspruch gem § 81 Abs 1 a UrhG in seiner Wirksamkeit erheblich abschwächt. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die hier angestellten unionsrechtlichen Überlegungen nicht auch auf zahlreiche weitere Fallkonstellationen anzuwenden sind, in denen der Verpflichtete Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe für sein gegen ein Unterlassungsgebot verstoßendes Verhalten geltend machen kann. Dass die Beschränkungen des Aufschiebungsantrags dann

nur mehr eher lückenhaft anzuwenden wären, ist zwar nicht das Problem der Rsp, sollte aber mittelfristig vom Gesetzgeber durch eine mit den europarechtlichen Vorgaben in Einklang stehende einheitliche Regelung behoben werden.

Schließlich bestehen nach Ansicht des OGH aus Sicht der Internetkunden **zwei Möglichkeiten der Geltendmachung des Rechts auf rechtmäßigen Zugang zu Informationen**: Zunächst können sie ihren Provider auf vertraglicher Grundlage in Anspruch nehmen, wenn sie Sperurmaßnahmen für unzulässig oder überschießend halten. Außerdem soll ein Internetnutzer nach Einleitung des Exekutionsverfahrens gegen den betreibenden Rechteinhaber auch **Exszindierungsklage** erheben können. In diesem zweiten Punkt ist dem vierten Senat zu widersprechen: Eine Exszindierungsklage kann nur dann zum Erfolg führen, wenn **durch die Exekutionsführung** rechtswidrig in das Recht eines Dritten eingegriffen wird.⁶⁾ In der Anlasskonstellation greift aber nicht der betreibende Gläubiger im Weg der Exekutionsführung, sondern allenfalls der Verpflichtete in (überschießender) Umsetzung des Unterlassungsgebots und aufgrund des durch die Exekutionsführung erzeugten Drucks in das Recht des Dritten ein. Dieser bloß mittelbare Zusammenhang mit der Exekutionsführung kann eine Exszindierungsklage wohl noch nicht begründen.

Philipp Anzenberger,
Universität Graz

4) EuGH 27. 3. 2014, C-314/12, *UPC/Constantin und Wega*, *UPC Telekabel*, ÖBl 2014, 189 (Heidinger).

5) Etwa OGH 3 Ob 163/13 m ecolex 2013/401 = Zak 2013/631; RIS-Justiz RS0001979.

6) *Jakusch* in *Angst*, Kommentar zur Exekutionsordnung² (2008) § 37 EO Rz 2.

