



Die Eigentümlichkeit des bekannten Torschreis „Tooor, Tooor, Tooor, Tooor, Tooor, Tooor! I wer´ narrisch!“ liegt im – durchaus nicht alltäglichen und sogar sensationellen – Erfolg des österreichischen Fußballnationalteams bei der WM 1978 in Argentinien, nicht aber in der Verwendung des Ausrufs „Tor“ in Kombination mit einem (gebräuchlichen) Wiener Mundart-Ausdruck selbst, sodass dafür kein Urheberrechtsschutz iSv § 2 UrhG in Betracht kommt.

Leitsatz verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der Klägerin A***** F*****, vertreten durch Dr. Wolfgang Blaschitz, Rechtsanwalt in Wien, gegen die Beklagte U***** GmbH, *****, vertreten durch die Schmidmayr/Sorgo/Wanke Rechtsanwälte OG in Wien, und die Nebenintervenienten auf Seiten der Beklagten 1. M***** F*****, und 2. E***** F***** jun., *****, vertreten durch Mag. Peter M. Wolf, Rechtsanwalt in Mödling, wegen Unterlassung und Rechnungslegung (Gesamtstreitwert 36.000 EUR sA), über die außerordentliche Revision der Klägerin gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 31. Jänner 2013, GZ 5 R 227/12g-30, den

Beschluss

gefasst: Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO).

Begründung:

Die Klägerin ist die Witwe und Alleinerbin des Sportreporters Edi Finger sen. Dieser hatte in der Radio-Übertragung vom 21. 6. 1978 im Österreichischen Rundfunk beim Spiel zwischen Österreich und Deutschland im Rahmen der Fußballweltmeisterschaft in Argentinien nach dem Treffer zum 3:2 für Österreich den Ausruf „Tooor, Tooor, Tooor, Tooor, Tooor, Tooor! I wer´ narrisch!“ getätigt.

Die Beklagte ist ein Unternehmen der Unterhaltungsbranche, welches die originale Aufnahme dieses Ausspruchs verwendet und verbreitet und ihn auch als Klingelton zum Download anbot. Sie schloss mit der Ehefrau des Zweitnebenintervenienten, der Erstnebenintervenientin, einen exklusiven Bandübernahmevertrag.

Die Klägerin begehrt Unterlassung der „widerrechtlichen akustischen Verwendung“ des genannten Ausspruchs sowie Rechnungslegung und Bezahlung des sich daraus ergebenden Betrags. Der besagte Ausspruch sei ein Werk im Sinn des UrhG, die Beklagte greife durch seine Verbreitung und Verwendung in die „akustischen Vermarktungsrechte“ der Klägerin ein.

Die Beklagte bestritt einen derartigen Eingriff. Die Senderechte gemäß § 17 UrhG stünden dem ORF als Rundfunkunternehmen zu, dem jede Art der Verwertung vorbehalten sei. Das Unterlassungsbegehren sei wegen des Zusatzes „widerrechtlich“ unbestimmt.

Das *Erstgericht* wies die Klage ab. Die Klägerin besitze auch als Gesamtrechtsnachfolgerin des E***** F***** sen. keine Rechte an der Aufnahme. Das Recht, die Verbreitung und Vervielfältigung einem Dritten zu überlassen, stehe gemäß § 76a UrhG dem Rundfunkunternehmer zu. Eine Verletzung der Urheberpersönlichkeitsrechte iSv § 16 ABGB sei nicht gegeben, da die Beklagte keine Veränderungen an der Aufnahme vorgenommen habe. Der gegenständliche Ausruf sei nicht unüblich und es fehle ihm die erforderliche Kreativität, sodass der Werkcharakter im Sinn des Urheberrechts zu verneinen sei.

Das *Berufungsgericht* bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei, weil die Beurteilung des Werkcharakters des klagsgegenständlichen Ausspruchs in ihrer Bedeutung nicht über den Einzelfall hinausgehe. Es handle sich um einen Jubelruf, der in keiner nennenswert originellen Wortwahl seinen Ausdruck finde.

Die Klägerin macht in ihrer außerordentlichen Revision geltend, die Erheblichkeit der Rechtsfrage ergebe sich schon aus dem Bekanntheitsgrad des Ausspruchs, räumt jedoch selbst ein, dass die Frage des Werkcharakters iSv § 1 UrhG nach den Umständen des Falls zu prüfen sei. Die jüngere Rechtsprechung fordere keine Werkhöhe. Aus einer Gesamtschau ergebe sich, dass dem Ausspruch Werkcharakter iSd § 1 Abs 1 UrhG zukomme.

Die *Revision* ist in Ermangelung von erheblichen Rechtsfragen iSv § 502 Abs 1 ZPO *nicht zulässig*.

1. Ein Sprachwerk iSv § 2 UrhG muss ua die Anforderungen einer eigentümlichen geistigen Schöpfung iSd § 1 UrhG erfüllen (*Ciresa*, Österr. Urheberrecht § 2 Rz 4; *G. Korn in Kucsko*, urheber.recht 121). Mit dem Begriff *Schöpfung* wird im Allgemeinen ein Schaffensvorgang verbunden, der eine gewisse Gestaltungshöhe, einen Qualitätsgehalt besitzt. Von einer *Schöpfung* spricht man üblicherweise nur dann, wenn etwas noch nicht Dagewesenes geschaffen wird (*Schulze in Dreier/Schulze*, UrhG⁴ § 2 Rn 16). Bei Sprachwerken, denen im Gegensatz zu anderen Werkkategorien eine jedem Menschen eigene Fähigkeit zugrunde liegt, kommt es in besonderer Weise auf Art und Umfang des Werks an (*G. Korn* aaO). Je kürzer die jeweilige Formulierung ist, desto mehr muss sie sich durch eine fantasievolle Wortwahl oder Gedankenführung von üblichen Formulierungen abheben (*Schulze* aaO Rz 83).

2. Der Oberste Gerichtshof judiziert zu den Anforderungen an Sprachwerke, dass dafür zwar keine besondere „Werkhöhe“ vorliegen muss (4 Ob 92/94; RIS-Justiz RS0076550). Wohl aber muss der Beitrag - wie jedes Werk - eine individuelle geistige Leistung des Verfassers zum Ausdruck bringen (4 Ob 248/07k). Die individuelle eigentümliche Leistung muss sich vom Alltäglichen, Landläufigen, üblicherweise Hervorgebrachten abheben (RIS-Justiz RS0076397). Die Schöpfung muss zu einem individuellen und originellen Ergebnis geführt haben. Beim Werkschaffenden müssen persönliche Züge zur Geltung kommen (4 Ob 175/08a).

3. Das Berufungsgericht verneinte den Werkcharakter der streitgegenständlichen Aussage, es handle sich um einen Jubelruf, der konkret in keiner nennenswert originellen Wortwahl seinen Ausdruck finde. Mit dieser Beurteilung hält sich das Berufungsgericht im Rahmen der oben zitierten Rechtsprechung. Die Verneinung einer individuellen geistigen Leistung im Zusammenhang mit dem Ausruf „Tor, ... I wer' narrisch“ ist jedenfalls vertretbar, lag doch die Eigentümlichkeit im - durchaus nicht alltäglichen und sogar sensationellen - sportlichen Erfolg der österreichischen Fußballnationalmannschaft gegenüber dem deutschen Team, nicht aber in der Verwendung des Ausrufs „Tor“ in Kombination mit einem (gebräuchlichen) Wiener Mundart-Ausdruck.

4. Auf einen allfälligen Eingriff in Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen war nicht einzugehen, weil sich die Klägerin im Rechtsmittelverfahren nicht mehr auf diesen Anspruchsgrund stützte.

Anmerkung*

I. Das Problem

Die verwitwete Klägerin und Alleinerbin des Radioreporters Edi Finger senior beehrte auf dem Klagswege die Unterlassung der „widerrechtlichen akustischen Verwendung“ des anlässlich des Fußballländerspiels bei der WM 1978 getätigten Ausspruchs ihres verstorbenen Mannes „Tooor, Tooor, Tooor, Tooor, Tooor, Tooor! I wer' narrisch!“ sowie Rechnungslegung und Bezahlung des sich daraus ergebenden Betrags. Es würde sich um ein urheberrechtlich geschütztes Werk handeln, das ohne ihre Zustimmung zu kommerziellen Zwecken genutzt wurde. Das beklagte Unternehmen der Unterhaltungsbranche gebrauchte nämlich die originale Radioaufnahme geschäftlich, indem sie ihn als Klingelton zum Download anbot. Die Beklagte wendete ein, die Senderechte stünden dem ORF zu, mit dem sie vertraglich abgesichert wäre. Im Übrigen läge gar kein geschütztes Werk vor.

Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Der Ausruf sei nicht unüblich, ihm fehle die erforderliche Kreativität, er sei kein Werk im Sinn des Urheberrechts.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der OGH wies die außerordentliche Revision der Klägerin zurück. Eine eigentümliche geistige Schöpfung iS des Urheberrechts verlangte, dass sich die individuelle eigentümliche Leistung des Schöpfers vom Alltäglichen, Landläufigen, üblicherweise Hervorgebrachten abheben würde. Diese Voraussetzung hatte das Berufungsgericht vertretbar verneint. Die Eigentümlichkeit lag auch vielmehr im sensationellen sportlichen Erfolg der österreichischen Fußballnationalmannschaft gegenüber dem deutschen Team, nicht aber in der Verwendung des Ausrufs „Tor“ in Kombination mit einem (gebräuchlichen) Wiener Mundartausdruck.

* RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), *Anwalt.Thiele@eurolawyer.at*; Gerichtlich beeideter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insbesondere Neue Medien und Webdesign. Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Cordoba 1978 – ein Fußballspiel ist zu einem sozialen Code¹ österreichischer Identität geworden. Maßgeblichen Anteil daran hat der für viele Menschen unvergessliche Radiokommentar des 1989 verstorbenen Edi Finger sen. Hier noch einmal zum Nachhören² und zum Nachlesen: „*Tooor, Tooor, Tooor, Tooor, Tooor, Tooor! I wer' narrisch! Krankl schießt ein – 3:2 für Österreich! Meine Damen und Herren, wir fallen uns um den Hals; der Kollege Rippel, der Diplom-Ingenieur Posch – wir busseln uns ab. 3:2 für Österreich durch ein großartiges Tor unseres Krankl. Er hat olles überspielt, meine Damen und Herren. Und warten's noch ein bisserl, warten's no a bisserl; dann können wir uns vielleicht ein Viertel genehmigen. [...] Jetzt hammas gschlagn! [...] Noch einmal Deutschland am Ball. Eine Möglichkeit für Abramczik. Und!? Daneeeben! Also der Abraaaamczik – obbusseln möcht' i den Abramczik dafür. Jetzt hat er uns gehoooolfn. Allein vor dem Tor stehend. Der braaave Abramczik hot daneben gschossn. Der Orme wird si' ärgern. [...] Und jetzt ist auuus! Ende! Schluss! Vorbei! Aus! Deutschland geschlagen!*“

Die Versagung urheberrechtlicher Werkqualität für den Anfangssatz steht durchaus mit der bisherigen Rsp im Einklang. Die österreichischen Gerichte haben den urheberrechtlichen Schutz bejaht für

- ✓ „*Man trägt wieder Herz*“;³
- ✓ „*Wohl ist die Welt so groß und weit*“;⁴
- ✓ „*Voll Leben und voll Tod ist diese Erde*“⁵ oder
- ✓ „*So ein Tag, so wunderschön wie heute*“⁶

und in folgenden Fällen verneint:

- ❖ „*Den Brand löscht nur die Feuerwehr, löscht man den Durst, muss Stadtbräu her*“;⁷
- ❖ „*Wiener Spaziergänge*“⁸;
- ❖ „*Ramtha*“⁹ und
- ❖ „*Musiktruch'n*“¹⁰

Für vertretbar, wenngleich möglicherweise nicht für vollends überzeugend, hält das Höchstgericht die Beurteilung der Unterinstanzen, dass letztlich die Originalität des zu beurteilenden Torschreis nicht ausreicht, eine individuelle geistige Leistung des Verfassers

¹ Der soziale Code ist das grundlegende Klassifikationssystem der Wirklichkeit, auf dem das Denken der Menschen über die Welt basiert (vgl. *Sahlins, Kultur und praktische Vernunft* (1994). Übers. von B. Luchesi, Ausgabe Suhrkamp, 65). Dabei wird der Begriff „Code“ für Kommunikationskonventionen verwendet, der kollektive Assoziationen weckt wie zB der Sieg des Kleinen gegenüber dem Großen.

² Der Torschrei ist abrufbar unter www.youtube.com/watch?v=CXbS_EqwWNY (8.11.2013)

³ OGH 13.6.1933, 3 Ob 291/33, *Man trägt wieder Herz*, JBHR 1934/1401 = JBI 1933, 370 (Zimble) = SZ 15/132.

⁴ HG Wien 21.9.1984, 39 Cg 267/84, *Wohl ist die Welt*, MR 1985/1, A 13 (zust. Walter).

⁵ OGH 10.7.1990, 4 Ob 72/90, *Das Lied von der Erde*, ecolex 1990, 679 = MR 1990, 227 = ÖBI 1990, 283 = wbl 1990, 382.

⁶ OGH 23.10.1990, 4 Ob 136/90, *So ein Tag*, ecolex 1991, 184 = MR 1991, 22 = ÖBI 1991, 42 = wbl 1991, 66.

⁷ OGH 18.2.1964, 4 Ob 301/64, *Reklamespruch*, SZ 37/27

⁸ OGH 17.3.1964, 4 Ob 356/63, *Wiener Spaziergänge*, ÖBI 1964, 102.

⁹ OGH 22.4.1997, 4 Ob 96/97i, *Ramtha*, ecolex 1997, 681 (Schanda) = ÖBI 1998, 53 = MR 2000, 30 (Walter).

¹⁰ OGH 15.2.2011, 4 Ob 110/10w, *Volksmusik-Radiosendung*, MR 2011, 99 = ecolex 2011/247, 640 (Horak) = ÖBI-LS 2011/54/55/70 = ÖBI 2011/38, 165.

zum Ausdruck bringen. Die Bekanntheit stellt im Urheberrecht keine prägende Werkeigenschaft dar. Die vorliegende Beurteilung hält auch einer Nachprüfung anhand des europäischen Werkbegriffs stand. Für eine Einordnung als „Werk“ muss es sich bei dem betreffenden Objekt nämlich um ein Original in dem Sinne handeln, dass es eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstellt.¹¹ So kann ein Objekt (z.B. Fotografien, Worte, Bilder) urheberrechtlich geschützt sein, sofern es, was das nationale Gericht im Einzelfall zu prüfen hat,

- (1) die eigene geistige Schöpfung des Urhebers darstellt,
- (2) in der dessen Persönlichkeit zum Ausdruck kommt und
- (3) die sich in dessen bei ihrer Herstellung getroffenen freien kreativen Entscheidungen ausdrückt.

Dabei ist der Schutz eines Objekts (zB Porträtfotografie) nicht schwächer als derjenige, der anderen Werken, insbesondere anderen fotografischen Werken, zukommt.¹²

Ausblick: Die vorliegende Entscheidung wirft abschließend die (mangels Revisionsgegenständlichkeit akademische) Frage auf, ob die Klägerin das Gewünschte unter Berufung auf eine unrechtmäßigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen erreichen hätte können. Die Rsp¹³ zur Reichweite des postmortalen Persönlichkeitsschutzes steht in Österreich erst relativ am Anfang und ist bezüglich der Stimme eines Menschen¹⁴ überhaupt (noch) nicht entwickelt.

Für die Praxis bedeutet der oberste Richterspruch, dass mangels eines urheberrechtlichen Schutzes der Torschrei insoweit frei verwendet werden darf. Wer ihn für sich monopolisieren möchte, sollte eine Anmeldung als Hörmarke¹⁵ riskieren.

IV. Zusammenfassung

Nach Ansicht der österreichischen Gerichte stellt der Ausruf des bekannten Radioreporters Edi Finger sen. anlässlich der Übertragung des Spiels zwischen Österreich und Deutschland im Rahmen der Fußballweltmeisterschaft in Argentinien 1978 „Tooor, Tooor, Tooor, Tooor, Tooor, Tooor! I wer´ narrisch!“ kein Sprachwerk iS des § 2 UrhG dar.

¹¹ EuGH 4.10.2011, C-403/08, *FAPL*, Rz 97f, ZfRV-LS 2011/66, 256 = wbl 2012/8, 40 = MR 2011, 272 (*Wittmann*) = ecolex 2012/32, 68 = ecolex 2012, 187 = UVS-Slg 2011/245, 182 = jusIT 2012/21, 49 (*Staudegger*); vgl. auch 16.7.2009, C-5/08, *Infopaq International*, Rz 37, jusIT 2009/62, 133 (*Staudegger*) = MR-Int 2009, 56 = RdW 2009/481, 505 = EuGRZ 2009, 480 = MR-Int 2010, 91 = ecolex 2010/58, 175 = ÖBLS 2009/293 (*Büchele*).

¹² EuGH 1.12.2011, C-145/10, *Painer*, Rz 98, RdW 2012/5, 1 = wbl 2012/51, 153 = ecolex 2012, 58 (*Handig*) = MR 2012, 73 (*Walter*).

¹³ Vgl. OGH 7.11.2007, 6 Ob 57/06k, *Ernst-Happel-Briefmarke*, EvBl 2008/48 = MR 2008, 145 (krit *Thiele* und *Warzilek*) = ecolex 2008/198, 550 (*Schachter*) = RZ 2008/EÜ 266, 209 = EFSlg 116.170 = SZ 2007/171.

¹⁴ Vgl. OGH 20.3.2003, 6 Ob 287/02b, *MA 2412 II*, MR 2003, 92 (*Korn*) = MR 2003, 96 (*Höhne*) = RdW 2003/442, 509 = ÖBLS 2003/140/141/142 = ÖBLS 2004/13, 39 (*Gamerith*) = ecolex 2004/96, 193 (*Schumacher*) = SZ 2003/24.

¹⁵ Vgl. EuGH 27.11.2003, C-283/01, *Shield Mark*, ecolex 2004, 585 = ZER 2004/359, 117 = ÖBLS 2004/45 = ÖBLS 2004/36, 133 (*Kucsko*).