

1. Lichtbilder sind als Lichtbildwerke iSd § 3 Abs 2 UrhG zu beurteilen, sofern nur die eingesetzten Gestaltungsmittel eine Unterscheidbarkeit bewirken. Dieses Kriterium der Unterscheidbarkeit ist immer schon dann erfüllt, wenn man sagen kann, ein anderer Fotograf hätte das Lichtbild möglicherweise anders gestaltet.

2. Der zweidimensionalen Wiedergabe eines in der Natur vorgefundenen Objekts (hier: Weinreben) ist dann urheberrechtlicher Werkcharakter zuzubilligen, wenn die selbst gestellte Aufgabe, eine möglichst naturgetreue Abbildung zu erreichen, dennoch ausreichend Spielraum für eine individuelle Gestaltung zulässt.

3. Wer einen Tatbeitrag leistet, haftet für Urheberrechtsverstöße nur dann, wenn er den Verletzer bewusst fördert. Ein Buchhändler ist demnach nur bei positiver Kenntnis oder bei Kennenmüssen der Unwahrheit von urheberrechtswidrigen Tatsachen, die in den von ihm vertriebenen Büchern enthalten sind, zur Unterlassung nach § 81 UrhG verpflichtet. Ein Buchhändler haftet daher dann als Gehilfe, wenn für ihn – auf den Urheberrechtsverstoß des Dritten hingewiesen – die Verletzung für ihn unschwer zu erkennen ist.

4. Die Benützung eines Werks bei der Schaffung eines anderen macht dieses dann nicht zur Bearbeitung, wenn es im Vergleich zu dem benützten Werk ein selbständiges neues Werk ist. Die freie Benützung setzt also voraus, dass das fremde Werk nicht in identischer oder umgestalteter Form übernommen wird, auch nicht als Vorbild oder Werkunterlage, sondern lediglich als Anregung für das eigene Werkschaffen dient.

5. Angesichts des schier unerschöpflichen Fundus an frei benützbarem Material ist es jedoch gerechtfertigt, die freie Benützung der Werke auf jenes Mindestmaß zu beschränken, das erhalten bleiben muss, will man die Freiheit künstlerischen Schaffens nicht über Gebühr einengen und damit ersticken; an das Vorliegen einer freien Benützung iSd § 5 Abs 2 UrhG sind daher strenge Anforderungen zu stellen.

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

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß und Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Peter O*****, vertreten durch Dr. Georg Zanger, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. F***** Kommanditgesellschaft *****, 2. G***** Verlag GmbH, ***** beide vertreten durch Dr. Rainer Kornfeld, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung, Rechnungslegung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 40.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 26. September 2003, GZ 3 R 91/03d-17, den

Beschluss

gefasst: Der außerordentliche Revisionsrekurs wird gemäß §§ 78, 402 EO iVm § 526 Abs 2 Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 528a iVm § 510 Abs 3 ZPO).

Begründung:

1. Lichtbilder sind nach der jüngeren Rechtsprechung des erkennenden Senats dann als Lichtbildwerk iSd § 3 Abs 2 UrhG zu beurteilen, wenn sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind, ohne dass es eines besonderen Maßes an Originalität bedürfte. Entscheidend ist, dass eine individuelle Zuordnung zwischen Lichtbild und Fotograf insofern

möglich ist, als dessen Persönlichkeit auf Grund der von ihm gewählten Gestaltungsmittel (Motiv, Blickwinkel, Beleuchtung uvm) zum Ausdruck kommt. Eine solche Gestaltungsfreiheit besteht jedenfalls nicht nur für professionelle Fotografen bei Arbeiten mit dem Anspruch auf hohes künstlerisches Niveau, sondern auch für die Masse der Amateurfotografen, die alltägliche Szenen in Form von Landschafts-, Personen- oder Urlaubsfotos festhalten; auch solche Lichtbilder sind als Lichtbildwerke zu beurteilen, sofern nur die eingesetzten Gestaltungsmittel eine Unterscheidbarkeit bewirken.

Dieses Kriterium der Unterscheidbarkeit ist immer schon dann erfüllt, wenn man sagen kann, ein anderer Fotograf hätte das Lichtbild möglicherweise anders gestaltet (MR 2001, 389 [M.Walter] = ÖBl 2003, 39 [Gamerith] - Eurobike). Der zweidimensionalen Wiedergabe eines in der Natur vorgefundenen Objekts ist dann urheberrechtlicher Werkcharakter zuzubilligen, wenn die selbst gestellte Aufgabe, eine möglichst naturgetreue Abbildung zu erreichen, dennoch ausreichend Spielraum für eine individuelle Gestaltung zulässt (MR 2003, 162 [M.Walter] - Felsritzbild).

Das Rekursgericht hält sich im Rahmen dieser Rechtsprechung, wenn es die vom Kläger angefertigten Lichtbilder als urheberrechtlich geschützte Lichtbildwerke beurteilt hat, sind diese doch auf Grund der vom Kläger gewählten Gestaltungsmittel (Motiv, Blickwinkel, Beleuchtung uvm) trotz der Vorgabe, naturgetreue Lichtbilder von Früchten, Reben und Blättern "sortentypischer" Rebsorten herzustellen, ausreichend individuell und unterscheidungskräftig gegenüber Lichtbildern anderer Fotografen mit ähnlichem Motiv (dies etwa auf Grund der charakteristischen Anordnung von jeweils einem Weinblatt links, einem kurzen Stück Rebe und einer daran hängenden Traube pro Rebsorte und Foto).

2. An das Vorliegen einer freien Benützung iSd § 5 Abs 2 UrhG sind angesichts des schier unerschöpflichen Fundus an frei benützbarem Material strenge Anforderungen zu stellen (SZ 65/49 = ÖBl 1992, 75 - Servus Du mwN). Die Benützung eines Werks bei der Schaffung eines anderen macht dieses dann nicht zur Bearbeitung, wenn es im Vergleich zu dem benützten Werk ein selbständiges neues Werk ist. Für diese "freie Benützung" ist kennzeichnend, dass trotz des Zusammenhangs mit einem anderen Werk ein von diesem verschiedenes, selbständiges Werk vorliegt, demgegenüber das Werk, an das es sich anlehnt, vollständig in den Hintergrund tritt (ÖBl 2001, 279 - C-Compass mwN). Angesichts der Eigenart des neuen Werks müssen die Züge des benützten Werks verblassen. Freie Benützung setzt also voraus, dass das fremde Werk nicht in identischer oder umgestalteter Form übernommen wird, auch nicht als Vorbild oder Werkunterlage, sondern lediglich als Anregung für das eigene Werkschaffen dient, wobei die Züge des benützten Werks angesichts der Individualität der neuen Schöpfung verblassen (SZ 65/49 = ÖBl 1992, 75 - Servus Du mwN; ÖBl 1995, 14 - Hallo Pizza). Um beurteilen zu können, ob eine Übereinstimmung - sei es ein glattes Plagiat, sei es eine Bearbeitung im Sinn des § 5 Abs 1 UrhG - oder aber eine selbständige Neuschöpfung (§ 5 Abs 2 UrhG) vorliegt, sind beide Werke in ihrer Gesamtheit zu vergleichen (MR 1996, 188 [M.Walter] = ÖBl 1997, 199 - AIDS-Kampagne mwN), wobei insbesondere auch der Frage eines möglichen Wettbewerbs zwischen ihnen Bedeutung zukommen kann (ÖBl 1983, 173 - Die rote Briefftasche; SZ 65/49 = ÖBl 1992, 75 - Servus Du).

Die Zweitbeklagte hat in dem von ihr verlegten Weinatlas 5. Auflage (Beil./F) mehrfach Rebsorten durch Früchte illustriert, wobei die gedruckten Bilder auf Aquarellen beruhen, die ausschließlich nach Lichtbildern des Klägers als Vorlage angefertigt worden sind. In diesen Fällen stimmen die Konturen der jeweiligen Traube samt Ast und ein Großteil der einzelnen Beeren in ihrer Anordnung innerhalb der Traube zwischen Druckbild und Lichtbild überein oder sind nahezu ident; Unterschiede bestehen allein im blässeren Farbton der gedruckten Bilder, die gegenüber den Lichtbildern weniger brillant sind, und beim Weinblatt, das im Druckbild entweder ganz fehlt (Pinot blanc und Chenin blanc, S. 27) oder sich im Hintergrund in der Mitte befindet (Pinot noir, S. 25). Der Kläger hat seine Lichtbilder zur Illustration eines Rebsortenbuchs verwendet, das er im Eigenverlag herausgebracht hat.

Die Auffassung des Rekursgerichts, die Veröffentlichung der zuvor näher beschriebenen Illustrationen im Weinatlas der Zweitbeklagten ohne Zustimmung des Klägers verletzte - angesichts der vielfachen Übereinstimmung zwischen Vorlage und Aquarellen und des bestehenden

Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Streitparteien - Urheberrechte des Lichtbildherstellers, wendet die zuvor aufgezeigten Grundsätze höchstgerichtlicher Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen Bearbeitung und freier Nachschöpfung im Rahmen des ihm zur Verfügung stehenden Beurteilungsspielraums fehlerfrei auf den Einzelfall an.

Steht aber damit schon auf Grund der Publikation und des Vertriebs des Weinatlases 5. Auflage eine Urheberrechtsverletzung fest, hängt die Entscheidung nicht weiter von der im Rechtsmittel breit ausgeführten Frage einer angeblichen Aktenwidrigkeit des Rekursgerichts im Zusammenhang mit der weiteren Publikation "Der neue Weinatlas" und der Würdigung der Beilage ./G ab.

3. Als Mittäter haftet im Wettbewerbs-, Urheber- und Markenrecht, wer tatbestandsmäßig handelt (MR 1997, 28 - Des Kaisers neue Kleider = ÖBl 1997, 140 - Nacktfoto[montage]; ÖBl 2001, 269 = GRUR Int 2002, 265 - CICLON); wer einen Tatbeitrag leistet, haftet nur dann, wenn er den Täter bewusst fördert (ÖBl 1991, 101 = WBl 1991, 330 - Einstandsgeschenk; MR 1995, 60 = ÖBl 1995, 84 = WBl 1995, 125 - Telefonstudien; ÖBl 2001, 269 = GRUR Int 2002, 265 - CICLON).

Bewusste Förderung setzt voraus, dass der Gehilfe die Tatbestandsmerkmale kennt, die die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens begründen. Dem Kennen dieser Umstände ist das vorwerfbare Nichtkennen gleichzuhalten. In der Person des Gehilfen müssen nicht nur die objektiven Tatbestandsmerkmale, sondern auch allfällige subjektive Tatbestandsmerkmale verwirklicht sein. Gehilfe in diesem Sinn kann auch ein selbstständiger Unternehmer sein, der es übernommen hat, für einen Auftraggeber bestimmte Leistungen zu erbringen (ecolex 2000/19 = ÖBl 1999, 229 = RdW 1999, 473 = wbl 1999/230 - ERINASOLUM mwN; ÖBl 2001, 269 = GRUR Int 2002, 265 - CICLON).

Zum Unterlassungsanspruch nach § 1330 ABGB wird vertreten, dass einem Buchhändler - um die im Interesse der Öffentlichkeit liegende tägliche Tätigkeit des Buchhandels nicht über Gebühr zu erschweren und ihn auch nicht in einer unzumutbaren Weise mit einer Zensur der von ihm vertriebenen Bücher zu überfordern - grundsätzlich keine Prüfungspflicht in Ansehung der von ihm vertriebenen Bücher obliegt.

Er ist somit nur bei Kennen oder bei Kennenmüssen der Unwahrheit von kreditschädigenden Tatsachen, die in den von ihm vertriebenen Büchern enthalten sind, zur Unterlassung verpflichtet. Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens besteht im Bereich des "Kennenmüssens" darin, dass die Unrichtigkeit der Tatsachen bei Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt erkennbar ist und die Tatsachen dennoch verbreitet werden (SZ 72/144 = MR 1999, 34 - Die roten Bosse).

Die angefochtene Entscheidung hält sich im Rahmen dieser Rechtsprechung, wenn sie eine Haftung der Erstbeklagten als Buchhandlungsunternehmen, die das Werk "Der Weinatlas 5. Auflage" im Inland vertreibt, für die darin begangenen Urheberrechtsverletzungen an Werken des Klägers bejaht hat. Spätestens seit Zustellung der Klage war der Erstbeklagten der vom Kläger erhobene Vorwurf der Rechtsverletzung im Detail bekannt, ohne dass sie darauf mit Einstellung des Vertriebs der beanstandeten Bücher reagiert hätte; wenn sie im Verfahren vielmehr einen Urheberrechtsverstoß bestritten und (offenbar der Auskunft der zweitbeklagten Verlegerin vertrauend:

siehe Beil./S) am beanstandeten Verhalten festgehalten hat, tat sie dies - angesichts der vom Kläger aufgezeigten und auch von der Erstbeklagten an Hand der vorgelegten Urkunden unschwer zu erkennenden vielfachen Übereinstimmungen zwischen seinen Lichtbildern und den Abbildungen in den Büchern - auf ihr eigenes Risiko.

4. Ob die englische Künstlerin, die nach den Lichtbildern des Klägers Aquarelle hergestellt hat, nach den Gesetzen ihres Heimatstaats Urheberrechtsschutz an ihren Bildern besitzt, ist für die hier allein entscheidende Frage, ob Urheberrechte des Klägers durch eine ohne seine Zustimmung erfolgte Bearbeitung seiner Lichtbilder verletzt worden sind, ohne Bedeutung.

Anmerkung*

I. Das Problem

Der Kläger hat Lichtbilder angefertigt, die der Vorgabe entsprachen, naturgetreue Fotos von Früchten, Reben und Blättern „sortrentypischer“ Rebsorten herzustellen. Der Kläger hat seine Lichtbilder zur Illustration eines Rebsortenbuchs verwendet, das er im Eigenverlag herausgebracht hat

Die Zweitbeklagte hat (durch eine nicht weiter belangte englische Künstlerin) in dem von ihr in 5. Auflage verlegten „Weinatlas“ mehrfach Rebsorten durch Früchte illustrieren lassen, wobei die gedruckten Bilder auf Aquarellen beruhen, die ausschließlich nach Lichtbildern des Klägers als Vorlage angefertigt worden sind. In diesen Fällen stimmen die Konturen der jeweiligen Traube samt Ast und ein Großteil der einzelnen Beeren in ihrer Anordnung innerhalb der Traube zwischen Druckbild und Lichtbild überein oder sind nahezu ident. Unterschiede bestehen allein im blässeren Farbton der gedruckten Bilder, die gegenüber den Lichtbildern weniger brillant sind, und beim Weinblatt, das im Druckbild entweder ganz fehlt (Pinot blanc und Chenin blanc, S. 27) oder sich im Hintergrund in der Mitte befindet (Pinot noir, S. 25).

Die Erstbeklagte sorgt als Buchhandlungsunternehmen (X-VerlagsgmbH) für die Publikation und den Vertrieb des Werkes „Der Weinatlas, 5. Auflage“ in Österreich. Der Kläger forderte die Erstbeklagte durch qualifiziertes Abmahnschreiben auf, den Vertrieb der beanstandeten Bücher zu unterlassen. Dies hielt jedoch an dem beanstandeten Verhalten fest, obwohl aufgrund der vom Kläger aufgezeigten und der Erstbeklagten übermittelten Urkunden unschwer vielfache Übereinstimmungen zwischen seinen Lichtbildern und den Abbildungen in den Büchern zu erkennen waren.

Die Gerichte hatten zunächst die Schutzfähigkeit der klägerischen Lichtbilder, daran anschließend den behaupteten Eingriff durch die Abbildungen im Buch des zweitbeklagten Verlegers und schließlich eine allfällige Gehilfenhaftung des Buchhändlers zu klären.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Die Gerichte bejahten alle drei Haftungsvoraussetzungen und erließen das beantragte Unterlassungsgebot im Sicherungsverfahren.

Zunächst hält der OGH fest, dass nach der jüngeren Rsp Lichtbilder dann als Lichtbildwerke iSd § 3 Abs 2 UrhG zu beurteilen sind, wenn sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind, ohne dass es eines besonderen Maßes an Originalität bedürfe. Eine solche Gestaltungsfreiheit besteht jedenfalls nicht nur für professionelle Fotografen bei Arbeiten mit dem Anspruch auf hohes künstlerisches Niveau, sondern auch für die Masse der Amateurfotografen, die alltägliche Szenen in Form von Landschafts-, Personen- oder Urlaubsfotos festhalten. Es genügt für die Einordnung als Lichtbildwerk, wenn man sagen kann, ein anderer Fotograf hätte das Lichtbild möglicherweise anders gestaltet. Die im konkreten Fall vom Kläger selbst gestellte Aufgabe, eine möglichst naturgetreue Abbildung zu erreichen, lässt ausreichend Spielraum für eine individuelle Gestaltung (z.B. charakterische Anordnung von jeweils einem Weinblatt links, einem kurzen Stück Rebe und einer daran hängenden Traube pro Rebsorte und Foto).

Durch die Wiedergabe der so geschützten klägerischen Lichtbildwerke als nachgemalte Aquarelle im Weinatlas der Beklagten sind die Grenzen der – zulässigen – freien Benützung iSd § 5 Abs 2 UrhG überschritten worden. Das Höchstgericht betont, dass angesichts des schier unerschöpflichen Fundus an frei benützbarem Material strenge Anforderungen zu stellen sind. Für die „freie Benützung“ ist daher kennzeichnend, dass trotz des Zusammenhangs mit einem anderen Werk ein von diesem verschiedenes, selbständiges Werk vorliegt, demgegenüber das Werk, an das es sich anlehnt, vollständig in den Hintergrund tritt. Um beurteilen zu können, ob eine Übereinstimmung -

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at.

sei es ein glattes Plagiat, sei es eine Bearbeitung im Sinn des § 5 Abs 1 UrhG - oder aber eine selbständige Neuschöpfung (§ 5 Abs 2 UrhG) vorliegt, sind beide Werke in ihrer Gesamtheit zu vergleichen, wobei insbesondere auch der Frage eines möglichen Wettbewerbs zwischen ihnen Bedeutung zukommen kann. Unter Abwägung dieser Kriterien billigt der OGH den von den Vorinstanzen gezogenen Schluss, dass gegenständlich ein vorwerfbarer Urheberrechtseingriff stattgefunden hat.

Zur Mithaftung des erstbeklagten Buchhändlers hält der OGH fest, dass er den Urheberrechtseingriff bewusst gefördert hat, da er es übernommen hat, für den zweitbeklagten Auftraggeber bestimmte Leistungen (hier: Vertrieb des Buches im Inland) zu erbringen. Spätestens mit der außergerichtlichen Abmahnung durch den Klagsanwalt hätte der Buchhändler die Urheberverletzung unschwer erkennen können.

III. Kritik und Ausblick

Das Verhältnis von § 5 Abs 1 zu § 5 Abs 2 UrhG erscheint auf den ersten Blick verwirrend: Übersetzungen und andere Bearbeitungen sind unter der Voraussetzung ausreichender Originalität wie Originalwerke geschützt gemäß § 5 Abs 1 UrhG. Sie dürfen jedoch – als eigenständige künstlerische Werke – nur mit Zustimmung des Originalurhebers verwertet werden. Demzufolge statuiert § 14 Abs 2 UrhG eine doppelte Erlaubnis zur Verwertung, was den „dienenden Charakter der Übersetzung“ bzw. Bearbeitung verdeutlicht (so zutreffend *Noll*, Handbuch zum Übersetzungsrecht und Übersetzer-Urheberrecht [1994], 85 ff mwN).

Nicht originelle Änderungen eines Werkes (hier: der Vorlage) dürfen aufgrund des Änderungsverbot nach § 21 Abs 1 UrhG grundsätzlich ebenfalls nur mit Zustimmung des Urhebers erfolgen. Insoweit besteht ein Gleichlauf mit der Übersetzung bzw. Bearbeitung. Diese Parallelität ist auch gerechtfertigt, da Übersetzungen idR originell sind (Ausnahme: banale Wort-für-Wort Übersetzungen oder einfachste Texte).

Wird ein Werk jedoch so tiefgreifend bearbeitet, dass das Originalwerk zwar (gerade) noch erkennbar ist, die Bearbeitung aber als neues Werk zu qualifizieren ist, substituiert § 5 Abs 2 UrhG die Zustimmung des Originalurhebers zur Verwertung durch die „gesetzliche Lizenz“ der freien Bearbeitung. Die Rsp ist allerdings völlig zu Recht sehr streng bei Annahme dieser abhängigen Neuschöpfung und verlangt ein „völliges Verblässen des Originalwerks“ (OGH 7.4.1992, 4 Ob 13/92 – *Servus Du*, ecolex 1992, 488 = MR 1992, 238 m Anm *Walter* = ÖBl 1992, 75 = SZ 65/49). Die freie Bearbeitung in diesem Sinn ist mE auch Grundlage für die Lösung der Frage, ob Parodien oder Karikaturen in die Rechte des Originalurhebers eingreifen, wobei die Besonderheiten dieser (Klein-)Kunstgattung zu berücksichtigen sind (vgl. dazu auch die Anmerkung zu *MA 2412 II*, abrufbar unter http://www.eurolawyer.at/pdf/OGH_6_Ob_287_02b).

Bemerkenswert sind vorliegend vor allem die Ausführungen des Höchstgerichtes zur urheberrechtlichen Gehilfenhaftung, die anders als z.B. nach deutschem Rechtsverständnis stets „wissentliche Förderung“ voraussetzt. Die vom OGH aufgestellten Gehilfenhaftungskriterien der positiven Kenntnis bzw. fahrlässigen Unkenntnis vom Urheberrechtsverstoß sind mE durchaus auch für die Providerhaftung für urheberrechtswidrige Inhalte auf gehosteten Websites gültig. Spätestens ab Darlegung der Urheberrechtsverletzung „in unschwer erkennbarer Weise“ z.B. durch ein fundiertes anwaltliches Aufforderungsschreiben werden die für eine Haftung notwendigen subjektiven Tatbestandsmerkmale beim Gehilfen verwirklicht (vgl. auch jüngst zu dieser Problematik aus deutscher Sicht *Kitz*, Urheberrechtsverletzung: Auskunftspflicht des Zugangsvermittlers, GRUR 2003, 1014).

IV. Zusammenfassung

Fremde Fotografien in Aquarelltechnik abzumalen und zu Illustrationszwecken in einem Buch zu verwenden stellt nach Auffassung des Höchstgerichtes keine „freie Benützung“ iSd § 5 Abs 2 UrhG (mehr) dar, sondern eine zumindest zustimmungspflichtige Bearbeitung eines Lichtbildwerkes.

Berücksichtigt man die Konkurrenzsituation zum Kläger, der selbst ein Buch mit seinen Fotos herausgegeben hat, haftet nicht nur der beklagte Buchverlag, sondern auch der Buchhändler, der die vorprozessuale Abmahnung unberücksichtigt lässt als Gehilfe des Urheberrechtsverletzers.