

# TE OGH 2009/11/25 3Ob195/09m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.11.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Prückner als Vorsitzenden sowie die Hofräte und Hofrätinnen Hon.-Prof. Dr. Sailer, Dr. Lovrek, Dr. Jensik und Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei T\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Michael Krüger Rechtsanwalt GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Ö\*\*\*\*\*, vertreten durch Korn Rechtsanwälte OG in Wien, wegen Unzulässigkeit einer Exekution (§ 36 EO), über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Landesgerichts Feldkirch als Berufungsgericht vom 26. Mai 2009, GZ 2 R 160/09h-25, womit über Berufung beider Parteien das Urteil des Bezirksgerichts Bregenz vom 5. März 2009, GZ 8 C 869/08w-19, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

Es werden die Revisionen der klagenden Partei zur Gänze, die der beklagten Partei nur in Ansehung der Entscheidung zum Verstoß durch Beilage ./J1 zurückgewiesen.

Im Übrigen wird der Revision der beklagten Partei dahin Folge gegeben, dass das Urteil insgesamt lautet:

„Die mit Beschluss des Erstgerichts vom 11. August 2008, GZ 9 E 2699/08a-2, bewilligte Exekution ist in Ansehung des Berichts der klagenden Partei vom 28. Juli 2008 (Beilage ./J1) unzulässig.

Das Mehrbegehren, diese Exekution werde auch in Ansehung der Berichte B1, C1, D1, E1, F1, G1, H1, I1, und K1 für unzulässig erklärt, wird abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen an Prozesskosten 6.887,50 EUR (darin 20 EUR Barauslagen und 1.144,58 EUR USt) zu ersetzen.“

Die klagende Partei ist weiters schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen an Kosten des Rechtsmittelverfahrens 4.886,96 EUR (darin 194,40 EUR Barauslagen und 782,09 EUR USt) zu ersetzen, und zwar für das Berufungsverfahren 2.795,41 EUR (darin 46,40 EUR Barauslagen und 458,17 EUR USt) und für das Revisionsverfahren 2.091,55 EUR (darin 148 EUR Barauslagen und 323,92 EUR USt).

## Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Partei bietet Online-Dienste an und veröffentlicht über die Website vor\*\*\*\*\*.at von eigenen Dienstnehmern verfasste Textbeiträge zu aktuellen Themen mit Vorarlberg-Bezug. Auch die klagende Partei veröffentlicht über ihr Online-Portal V\*\*\*\*\* (www.v\*\*\*\*\*.at) laufend Nachrichten. Die Streitteile stehen zueinander in einem „Konkurrenz- und Wettbewerbs“-Verhältnis.

Der Oberste Gerichtshof verbot mit einstweiliger Verfügung vom 11. März 2008, AZ4 Ob 248/07k, der klagenden Partei, ab sofort bis zur rechtskräftigen Erledigung des Rechtsstreits über die Unterlassungsklage, über das von ihr

betriebene Online-Portal V\*\*\*\*\* Textbeiträge zur Verfügung zu stellen, die Sprachwerke im Sinn des Urheberrechts sind und an denen der beklagten Partei die ausschließlichen Verwertungsrechte zustehen, wie etwa (... Hinweis auf angeschlossene Beilagen); weiters, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs von Mitarbeitern der beklagten Partei hergestellte und von der beklagten Partei über vor\*\*\*\*\*.at verbreitete Textbeiträge (... Hinweis auf angeschlossene Beilagen) dadurch glatt zu übernehmen, dass diese entweder zur Gänze oder zum Teil über das von ihr betriebene Internetportal V\*\*\*\*\* verbreitet werden.

Das Erstgericht bewilligte der beklagten Partei mit Beschluss vom 11. August 2008 als Exekutionsgericht antragsgemäß die Exekution nach § 355 EO aufgrund von zehn behaupteten Verstößen gegen den Exekutionstitel (Beil .B1 - K1) und drohte der klagenden Partei vorerst eine Geldstrafe an.

Die klagende Partei erhob gegen diese Exekutionsbewilligung - neben einem erfolglosen Rekurs - Einwendungen nach § 36 EO und machte in der Klage im Wesentlichen geltend, es handle sich - als unkommentierte Wiedergaben von Tagesneuigkeiten - bei den als geschützt angesehenen Textbeiträgen nicht um Sprachwerke im Sinn des § 44 UrhG, an den von ihr veränderten Sprachwerken stünden der beklagten Partei keine Verwertungsrechte zu und schließlich hätten ihre eigenen Mitarbeiter die Beiträge selbst recherchiert und verfasst.

Die beklagte Partei wendete - mit eingehender Begründung - ein, all ihren gegenständlichen Textbeiträgen komme die Qualität von Sprachwerken zu. Auch bearbeitete und auf Agenturmeldungen basierende Werke seien geschützt. Die klagende Partei habe keine eigenen Recherchen angestellt.

Das Erstgericht erklärte mit Urteil die Exekution in Ansehung der behaupteten Verstöße durch die Berichte der klagenden Partei D1, E1, H1, I1 und J1 für unzulässig und wies das Mehrbegehren ab.

Über Berufung beider Parteien änderte das Gericht zweiter Instanz diese Entscheidung dahin ab, dass es - unter Einbeziehung unangefochtener Teile des Ersturteils - dem Klagebegehren in Ansehung der Berichte E1, G1, H1, I1 und J1 stattgab und in Ansehung der Berichte B1, C1, D1, F1 und K1 das Klagebegehren abwies. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands bei jedem einzelnen Titelverstoß 4.000 EUR, nicht aber 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei.

Das Berufungsgericht erachtete über den jeweils ausschließlich geltend gemachten Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung beide Berufungen als teilweise berechtigt, und zwar die der klagenden Partei in Ansehung der Beilage G1 und jene der beklagten Partei in Ansehung der Beilage D1.

Es beurteilte den Einwand der beklagten Partei in ihrer Berufung, eine Überprüfung der rechtlichen Qualifikation des der Unterlassungsexekution zugrunde liegenden Sachverhalts sei im Impugnationsprozess ausgeschlossen, als Verstoß gegen das Neuerungsverbot und die Eventualmaxime, weil sie den Einwand nicht in erster Instanz erhoben habe. Da aber das Rekursgericht im Exekutionsverfahren ausdrücklich erklärt habe, die von ihm inhaltlich nicht abschließend geprüften angeblichen Verstöße zu C1 - K1 seien im Impugnationsprozess zu prüfen, habe das Berufungsgericht - selbst wenn jene Aussage unrichtig sein sollte - diese Verstöße auch inhaltlich einer Überprüfung zu unterziehen. Wie offenbar schon das Erstgericht sah es darin, dass es sich jeweils um Online-Beiträge der beklagten Partei handelte, kein Hindernis für die Annahme eines Werkcharakters im Sinn des UrhG. Im Einzelnen verneinte das Gericht zweiter Instanz allerdings beim Beitrag G die Voraussetzungen eines zu schützenden Sprachwerks, es liege bloß eine einfache Mitteilung über Tagesfragen nach § 44 Abs 3 UrhG vor. Beim Beitrag D bejahte es dagegen anders als das Erstgericht den Werkcharakter. Im Übrigen trat es der jeweiligen Beurteilung des Erstgerichts zu den Beiträgen C, H und I (jeweils zum Vorliegen eines Sprachwerks) und J (selbständige neue Schöpfung der klagenden Partei) bei.

Die ordentliche Revision sah das Berufungsgericht für zulässig an, weil noch keine ständige und gefestigte Rechtsprechung zum Werkcharakter von Online-Beiträgen vorliege, auch sei überprüfenswert, ob der Einwand, es liege kein Impugnationsgrund vor, weil schon das Exekutionsgericht eine entsprechende Prüfpflicht gehabt habe, „schon in erster Instanz“ erhoben werden müsse.

### **Rechtliche Beurteilung**

1. Die Revision der klagenden Partei ist nicht zulässig.

Ob eine Schöpfung ein urheberrechtlich geschütztes Werk ist, hängt regelmäßig von den Umständen des Einzelfalls ab und hat keine darüber hinausgehende Bedeutung (4 Ob 85/06p; 4 Ob 103/07m = RIS-Justiz RS0122254). Dass das Berufungsgericht in diesem Punkt die Revision zu Unrecht für zulässig erklärte, entspricht ohnehin dem - von der

beklagten Partei geteilten - eigenen Standpunkt der klagenden Partei, die erklärte, ihre Revision wegen der möglichen Zulassung der angekündigten Revision der Gegenseite zu erheben. Selbst versucht sie gar nicht, Rechtsfragen von der in § 502 Abs 1 ZPO bezeichneten Qualität darzulegen.

Ihre Revision ist daher zurückzuweisen.

2. Die Revision der beklagten Partei ist dagegen überwiegend zulässig und berechtigt.

2.1. Die Zulässigkeit ergibt sich allerdings nicht aus dem ersten der vom Berufungsgericht angegebenen Gründe. Auch die - von der dem Berufungsurteil, wie auch schon dem Exekutionstitel des Obersten Gerichtshofs, ohnehin zugrunde liegenden Rechtsansicht, auch ein Online-Werk sei ein geschütztes Sprachwerk, im klageabweisenden Teil ja begünstigte - beklagte Partei wendet sich gar nicht gegen diese Auffassung, sondern lehnt sogar die berufsgerichtlichen Ausführungen zur Zulassung ausdrücklich ab. Somit kann der vom Berufungsgericht angeführte Grund die Zulässigkeit der Revision der beklagten Partei nicht rechtfertigen.

Dagegen releviert die beklagte Partei zu Recht ein Abweichen des Berufungsgerichts von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung in der Frage eines Verstoßes gegen das Neuerungsverbot (des § 482 ZPO). Dass eine Änderung der rechtlichen Argumentation einer Partei beziehungsweise die Geltendmachung eines neuen Gesichtspunktes bei der rechtlichen Beurteilung auch im Rechtsmittelverfahren zulässig ist, sofern die hierzu erforderlichen Tatsachen bereits im Verfahren erster Instanz behauptet oder festgestellt wurden, judiziert der Oberste Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0016473). Ein solcher Fall eines neuen (hier: verfahrens-)rechtlichen Einwands liegt hier vor, was die Beurteilung des Werkcharakters der Beiträge E, G, H und I der beklagten Partei betrifft.

2.2. Die Revision ist insoweit auch berechtigt.

Dafür bildet entgegen der Ansicht des Gerichts zweiter Instanz auch die Eventualmaxime des § 36 Abs 2 dritter Satz iVm § 35 Abs 3 EO kein Hindernis. Wie der erkennende Senat bereits entschied (3 Ob 135/08m), kann es gar keinem Zweifel unterliegen, dass jedenfalls in erster Instanz die Eventualmaxime neuen rechtlichen Erwägungen nicht entgegenstehen kann; dies allerdings nur, soweit es keiner Erweiterung der Tatsachengrundlage bedarf (Deixler-Hübner, Die Eventualmaxime im Oppositionsverfahren, ÖJZ 1995, 170 [174]; Dullinger in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO § 35 Rz 83; Jakusch in Angst, EO<sup>2</sup> § 35 Rz 86). Das muss schon aus Gründen der Waffengleichheit natürlich auch dem Beklagten zugute kommen (RIS-Justiz RS0119637). Für das Verfahren zweiter Instanz kann aber - im Rahmen des Neuerungsverbots (zutr Dullinger aaO Rz 82) - auch nichts anderes gelten. Die Tatsachengrundlagen für die Beurteilung der Zulässigkeit des Impugnationsgrundes des mangelnden Vorliegens von Sprachwerken im Sinn des § 44 UrhG lagen hier notwendigerweise bereits mit der Klage vollständig vor, waren doch die Texte schon Grundlage der Exekutionsbewilligung.

Zutreffend macht allerdings die beklagte Partei geltend, dass nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs das Rekursgericht, wenn es dem Rekurs gegen eine Exekutionsbewilligung nicht Folge gegeben habe, über die Zulässigkeit der Exekutionsführung endgültig mit der Wirkung entschieden habe, dass über denselben Anfechtungsgrund nicht mehr, und zwar auch nicht mehr im Wege einer Klage nach § 36 EO entschieden werden dürfe (3 Ob 506/33 = SZ 15/139; 3 Ob 234/03p ua; RIS-Justiz RS0001545; zustimmend Jakusch in Angst, EO<sup>2</sup> § 36 Rz 10). Im vorliegenden Fall hat nun die jetzt klagende Partei schon im Exekutionsverfahren zu allen Berichten der beklagten Partei laut Exekutionsantrag geltend gemacht, ein Verstoß gegen den Exekutionstitel liege deshalb nicht vor, weil es sich dabei um keine Sprachwerke handle. Dem Rekurs gab ein Senat des nunmehrigen Berufungsgerichts nicht Folge, auch wenn er diesen Einwand nur in Ansehung des Beitrags laut Beilage .B für unberechtigt erklärte und im Übrigen meinte, die übrigen Berichte nicht prüfen zu müssen, weil schon ein Verstoß die Exekutionsbewilligung rechtfertige (s dagegen aber 3 Ob 225/06v mwN). Da jedoch das Erstgericht die Exekution wegen insgesamt zehn Verstößen bewilligt und somit auch das Rekursgericht mit seiner bestätigenden Entscheidung im Ergebnis den Einwänden der klagenden Partei den Erfolg in Ansehung aller dieser Verstöße versagt hat, ist der beklagten Partei zuzustimmen, dass die aufgrund der vorgelegten Ausdrücke vorgenommene rechtliche Beurteilung der Sprachwerkqualität der Beiträge endgültig bejaht wurde. Wie die beklagte Partei zutreffend ausführt, ist es eine vom Gericht zu lösende Rechtsfrage, ob eine Schöpfung urheberrechtlichen Schutz genießt (stRsp, RIS-Justiz RS0043530).

Die Richtigkeit dieser Erwägung wird auch durch den vorletzten Halbsatz von § 36 Abs 1 EO untermauert, wonach eine Impugnationsklage nur zulässig ist, wenn eine Einwendung gegen die Exekutionsbewilligung nicht mit Rekurs

vorgenommen werden kann. Bestreitet der Verpflichtete, dass der behauptete Sachverhalt rechtlich ein Zuwiderhandeln gegen das titelmäßige Duldungs- oder Unterlassungsgebot darstellt, steht ihm dafür nur der Rekurs, nicht auch die Impugnationsklage zur Verfügung. Bestreitet er hingegen, den als Zuwiderhandlung behaupteten Sachverhalt verwirklicht zu haben, kann er sowohl gegen die Exekutionsbewilligung als auch gegen den Strafbeschluss Impugnationsklage nach § 36 Abs 1 Z 1 EO erheben (3 Ob 205/07d). Im vorliegenden Fall konnte die jetzt klagende Partei mit Rekurs geltend machen, es liege rechtlich mangels Werkcharakters der Beiträge der beklagten Partei gar kein Zuwiderhandeln vor. Schließlich prüfte ja das Rekursgericht im Exekutionsverfahren - wenn auch nur in einem Punkt - genau diese Rechtsfrage. Wenn auch der betreibende Gläubiger bei der Unterlassungsexekution ein Zuwiderhandeln des Verpflichteten gegen den Exekutionstitel nur konkret und schlüssig behaupten muss, sind dennoch vorgelegte Bescheinigungsmittel (wie Urkunden) bei der Beurteilung seines Vorbringens mit einzubeziehen. Wäre danach die Behauptung unrichtig, wäre der Exekutions- oder spätere Strafantrag abzuweisen (3 Ob 298/99s uva; RIS-Justiz RS0113988). Da sich nach dem Titel das Unterlassungsgebot (Verbot) nur auf Sprachwerke nach dem UrhG bezieht und dem Erstgericht die Belege vorlagen, war diese Qualität auch schon bei der Bewilligung der Exekution zu prüfen. Bei Verneinung der Werkqualität wäre schon in erster, erst Recht aber auf den dies sogar ausdrücklich geltend machenden Rekurs hin in zweiter Instanz der Exekutionsantrag abzuweisen gewesen.

Daraus folgt aber, dass entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts die neuerliche Prüfung der rechtlichen Qualifikation der Internet-Beiträge ./B - ./K der beklagten Partei diesem im Impugnationsprozess entzogen war. In dritter Instanz wird der Einwand der selbständigen Neuschöpfung nur zum Bericht H1 aufrecht erhalten, aber nicht näher (iSd Voraussetzungen nach der Judikatur: s etwa RIS-Justiz RS0076503) konkretisiert. Demnach kann die Entscheidung des Berufungsgerichts zu den Urkunden ./E, ./G, ./H und ./I keinen Bestand haben.

2.3. Das alles gilt aber nicht für den vom Berufungsgericht verneinten Verstoß gegen die Exekutionsbewilligung durch den Bericht J1 („Schwitzen statt sitzen - Geldstrafe abarbeiten“). In diesem Punkt hatte die klagende Partei mit ihrem - der Sache nach erhobenen - Einwand Erfolg, es handle sich dabei um eine selbständige neue Schöpfung. Dazu hatte die klagende Partei - was ihr wegen des Neuerungsverbots im Rekurs versagt war - auch mit Erfolg konkret behauptet, sie habe den Beitrag aufgrund eigener Recherchen grundlegend anders als die beklagte Partei (teilweise mit gegenteiliger Aussage) verfasst. Zu diesem Bericht leitet die beklagte Partei die Zulässigkeit der Revision aus einem angeblichen Verstoß des Berufungsgerichts gegen die ständige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage einer selbständigen Neuschöpfung ab. Sie stützt sich allerdings ausschließlich auf Literaturstellen, worin nur eine einzige über eine auf die §§ 1, 2 UWG gestützte Klage ergangene Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zitiert wird, die aber gerade nicht urheberrechtliche Fragen behandelt (4 Ob 23/00m = MR 2000, 384 [Korn]). Dass die Frage einer freien Nachschöpfung nach § 5 Abs 2 UrhG nur im Einzelfall anhand eines Gesamtvergleichs beurteilt werden kann, vertritt auch der erste der in der Revision zitierten Autoren. Solche Einzelfallentscheidungen werfen regelmäßig keine erheblichen Rechtsfragen auf (s die oben zu 1. zitierten Entscheidungen zum Werkcharakter; so auch richtig die beklagte Partei zu Punkt 5. ihrer Revision); dass gerade hier eine krasse Fehlentscheidung vorläge, vermag sie nicht aufzuzeigen. Insoweit ist ihre Revision daher als unzulässig zurückzuweisen.

Entgegen der in dritter Instanz nicht wiederholten Rechtsansicht der beklagten Partei steht einer teilweisen Klagestattgebung (wie auch schon nach den Entscheidungen der Vorinstanzen) nichts entgegen. Nach ständiger Rechtsprechung ist eben einer Impugnationsklage gegen eine Unterlassungsexekution soweit stattzugeben, als die betreibende Partei einen in Wahrheit nicht bestehenden Vollstreckungsanspruch für sich in Anspruch nahm (RIS-Justiz RS0116292).

3. Die Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen bedingt eine abweichende Kostenentscheidung für das Verfahren der Vorinstanzen. Bei anzunehmender Gleichwertigkeit der in der Klage bekämpften Verstöße obsiegte die klagende Partei in erster Instanz nur zu einem Zehntel. Demnach hat die beklagte Partei nach § 43 Abs 1 ZPO Anspruch auf neun Zehntel ihrer Barauslagen (abzüglich eines Zehntels der Pauschalgebühr für die klagende Partei) und vier Fünftel ihrer Rechtsanwaltskosten. Nicht zu honorieren sind der beklagten Partei die gesonderte Vollmachtvorlage und der Schriftsatz ON 8, mit dem ein Vorbringen korrigiert wurde. In beiden Fällen ist die Notwendigkeit gesonderter Schriftsätze nicht dargetan worden.

Im Rechtsmittelverfahren gründet sich die Kostenentscheidung auf § 50 iVm § 41 und § 43 Abs 1 ZPO. Während letztlich die klagende Partei mit ihren Rechtsmitteln zur Gänze unterlag und daher ihrem Gegner die Kosten der Rechtsmittelbeantwortungen zu ersetzen hat, obsiegte die beklagte Partei jeweils mit vier Fünfteln. Sie hat daher

Anspruch auf je vier Fünftel ihrer Barauslagen und drei Fünftel der Kosten ihres Rechtsvertreters. Bei einer Bemessungsgrundlage von nur 694 EUR nach § 16 Abs 1 Z 1 lit d GGG im Impugnationsverfahren beträgt die Pauschalgebühr zweiter Instanz allerdings statt der verzeichneten 1.753 EUR nur 58 EUR (wie schon das Berufungsgericht klarstellte).

**Schlagworte**

ORF ON II/Vorarlberg Online III/Internetportal VI,

**Textnummer**

E92858

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:0030OB00195.09M.1125.000

**Im RIS seit**

25.12.2009

**Zuletzt aktualisiert am**

25.11.2010

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)