

# TE OGH 2017/9/26 4Ob156/17w

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.09.2017

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat 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 der klagenden Partei W\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Daniel Schöpf und andere Rechtsanwälte in Salzburg, gegen die beklagte Partei L\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, beide vertreten durch Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung, Rechnungslegung und Zahlung (Stufenklage) sowie Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 70.000 EUR), über den Rekurs und den „Revisionsrekurs“ (richtig: Rekurs) der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungs- und Rekursgericht vom 11. Mai 2017, GZ 133 R 16/17a-136, womit die Entscheidung des Handelsgerichts Wien vom 29. Oktober 2016, GZ 43 Cg 47/14f-130, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die Rekurse werden zurückgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen deren mit 2.289,60 EUR (darin 381,60 EUR Umsatzsteuer) bestimmte Kosten des Rekursverfahrens in der Hauptsache zu ersetzen.

Die klagende Partei hat die Kosten ihrer Rekursbeantwortung im Sicherungsverfahren vorläufig selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Die Parteien betreiben Werbeagenturen, die miteinander ständig im Wettbewerb stehen. Beide nahmen im Jahr 2009 an der Ausschreibung des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie (kurz: BMVIT) für eine Kampagne zum Thema „Alkohol im Straßenverkehr“ teil. Dabei präsentierten sie in zwei Bieterrunden Vorschläge für eine Werbekampagne, darunter Slogans und Werbespots. Das zweite, überarbeitete Konzept der beklagten Partei stimmte in den wesentlichen Gestaltungselementen mit dem Werbekonzept der klagenden Partei überein. Die für das BMVIT im Vergabeverfahren handelnde Bundesbeschaffung GmbH informierte das Ministerium, dass sowohl der Slogan als auch der Spot der beklagten Partei eine starke Ähnlichkeit mit den ursprünglichen von der klagenden Partei eingereichten Vorschlägen aufwiesen. Mögliche rechtliche Schritte wegen einer Urheberrechtsverletzung seien nicht auszuschließen. Der Vertreter des BMVIT gab an, dass ihm die Ähnlichkeit aufgefallen sei, es scheine aber nicht unmöglich, dass mehrere Kreative den gleichen Zugang zum Thema fänden. Ein Nachweis von Urheberrechtsverletzungen werde nicht wirklich möglich sein. Letztlich lag die beklagte Partei nach einer knappen

Entscheidung der Vergabekommission vor der klagenden Partei und erhielt den Zuschlag. Das Erstgericht konnte nicht feststellen, „ob und durch wen die Beklagte zwischen der ersten und zweiten Bierrunde ... vom Konzept und dem Spot der Klägerin Kenntnis erlangt hat“.

Die klagende Partei begehrt, der beklagten Partei zu untersagen, Werbemittel unter gänzlicher oder wesentlicher Verwendung von Kreationen der klagenden Partei anzubieten oder zu vertreiben, sowie derartige Werbemittel als ausschließliche Eigenkreationen in der Öffentlichkeit darzustellen. Sie stellt zum Unterlassungsbegehren ähnlich lautende Eventualbegehren und begehrt gleichzeitig Rechnungslegung, Auskunftserteilung und Zahlung (Stufenklage). Zur Sicherung ihres Unterlassungsanspruchs stellt sie einen gleichlautenden Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Die klagende Partei brachte im Wesentlichen vor, dass die Version der beklagten Partei ganz offensichtlich eine fast komplette Kopie der Arbeit der klagenden Partei gewesen sei. Aufbau, Drehbuch und Tonalität des Werbespots sei ihrem Konzept entnommen worden. Für den völligen Wechsel im Konzept der beklagten Partei in Richtung der von der klagenden Partei bereits präsentierten Entwürfe gebe es keine andere Erklärung als jene, dass sich die beklagte Partei das Konzept der klagenden Partei widerrechtlich habe aneignen können. Eine zufällige Parallelentwicklung bis in die Details sei ausgeschlossen. Durch die glatte Übernahme habe die beklagte Partei gegen § 1 UWG verstoßen. Wettbewerbswidrig sei auch der Auftritt der beklagten Partei in der Öffentlichkeit, weil bei den angesprochenen Verkehrskreisen der irrtümliche Eindruck entstehe, dass die Kampagne eine ausschließliche Eigenkreation der beklagten Partei sei. Das Kopieren der klägerischen Arbeit und ihre Veräußerung in leicht abgeänderter Form zu Zwecken der Veröffentlichung greife auch in die (Werknutzung-)Rechte der Klägerin nach dem UrhG ein.

Die beklagte Partei wandte ein, sie habe keine Kenntnis vom Kampagnenvorschlag der klagenden Partei gehabt und diesen auch nicht nachgeahmt. Die Werbespots unterschieden sich deutlich, die Ähnlichkeiten seien angesichts der Vorgaben des BMVIT nicht überraschend. Es liege weder eine Verwechslungsgefahr noch eine unmittelbare Leistungsübernahme im Sinne des UWG vor. Die Werbekonzepte und -slogans seien nicht urheberrechtlich geschützt. Zudem liege, selbst wenn die Spots ähnlich sein sollten, eine sogenannte Doppelschöpfung vor, die urheberrechtlich zulässig sei.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag und die Klage ab. Es ging davon aus, dass eine Übereinstimmung zwischen beiden Konzepten in mehreren Stilelementen vorliege. Daraus lasse sich noch nicht zwingend ableiten, ob eine urheberrechtlich relevante Bearbeitung bzw. eine glatte Übernahme oder aber eine unproblematische Doppelschöpfung vorliege. Es sei auch denkbar, dass das neue Konzept von der beklagten Partei eigenständig entwickelt worden sei. Dem Urheberrecht sei das Prioritätsprinzip unbekannt, sodass bei einer Doppelschöpfung parallele Urheberrechte entstünden. Mangels Nachweises einer glatten Übernahme bzw. einer aktiven Ausbeutung oder einer Urheberrechtsverletzung seien daher alle Begehren abzuweisen. Auch der Sicherungsantrag sei abzuweisen, weil die klagende Partei im Hauptverfahren nicht durchgedrungen sei. Zudem liege die Möglichkeit eines allfälligen (neuerlichen) Wettbewerbsverstoßes nur abstrakt vor, sodass es am Rechtsschutzinteresse der klagenden Partei mangle; eine weitere konkrete Konkurrenzsituation sei weder vorgebracht noch bescheinigt worden.

Das Berufungs- und Rekursgericht gab den dagegen erhobenen Rechtsmitteln der klagenden Partei Folge, hob das Urteil und den Beschluss auf und wies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück.

In der Hauptsache bejahte es den urheberrechtlichen Werkcharakter der Umsetzung der Vorgaben des BMVIT durch die klagende Partei. Die beklagte Partei habe nach dem Gesamteindruck das im Werbespot der klagenden Partei entwickelte Gestaltungskonzept übernommen. Bei den Unterschieden zwischen den Werbespots handle es sich um bloße Abweichungen ohne wesentlichen originellen Beitrag. Das zweite Konzept der beklagten Partei zeige frappierende Ähnlichkeiten mit jenem der klagenden Partei im allein relevanten Bereich der wesentlichen Gestaltungselemente. Damit sei der klagenden Partei der Anscheinsbeweis im Sinn der primären Urheberrechtsverletzung gelungen. Im Gegensatz zur Ansicht des Erstgerichts sei es Sache desjenigen, der eine jüngere Parallelschöpfung behaupte, sich vom Anschein freizubeweisen, das ältere Werk habe ihn inspiriert. Das Erstgericht habe in diesem Zusammenhang die Beweis- und Behauptungslast verkannt. Zur Vermeidung einer sogenannten Überraschungsentscheidung werde das Erstgericht die Beweislastverteilung insbesondere für eine Doppelschöpfung mit den Parteien zu erörtern und ihnen Gelegenheit zu ergänzendem Vorbringen zu geben haben.

Wegen der aufgezeigten Frage der Beweislastverteilung sei nicht beurteilbar, inwieweit die beklagte Partei eine

Leistung der klagenden Partei übernommen habe, weshalb auch eine abschließende Beurteilung eines allfälligen Lauterkeitsverstoßes nicht möglich sei. Auch eine glatte Übernahme einer Werbeidee könne schmarotzerisch und wettbewerbswidrig sein, was aber ähnlich wie bei der Urheberrechtsverletzung die Kenntnis des Nachgeahmten voraussetze.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und der Rekurs zulässig sei, weil der Oberste Gerichtshof die Frage der Beweislastverteilung bei der Doppelschöpfung bisher nur in einem obiter dictum angesprochen habe.

Zum Sicherungsantrag führte es aus, dass die Beweislast entsprechend den für das Hauptverfahren referierten Grundsätzen zu lösen sei. Das Erstgericht werde die Berechtigung des Sicherungsantrags anhand eines davon ausgehenden, als bescheinigt angenommenen Sachverhalts neu zu beurteilen haben. Entgegen der Ansicht des Erstgerichts seien dabei das Sicherungsinteresse bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptsache zu bejahen und die Wiederholungsgefahr nicht zweifelhaft.

Das Zweitgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und der Rekurs zulässig sei, weil für das Provisorialverfahren nicht geklärt sei, ob beim Einwand der Doppelschöpfung dieselben Regeln für die Bescheinigungslast anzuwenden seien wie im Zivilprozess.

### **Rechtliche Beurteilung**

Zum Rekurs gegen die Entscheidung im Berufungsverfahren:

Der Rekurs ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Berufungsgerichts mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage nicht zulässig. Weder in der zweitinstanzlichen Zulassungsbegründung noch im Rechtsmittel wird eine solche Rechtsfrage ausgeführt.

1.1 Für die Beurteilung, ob eine eigentümliche geistige Schöpfung vorliegt, ist nach ständiger Rechtsprechung allein die individuelle Eigenart maßgebend. Eine Leistung ist individuell eigenartig, wenn sie sich vom Alltäglichen, Landläufigen, üblicherweise Hervorgebrachten abhebt (RIS-Justiz RS0115496). Ob dies für die Werbemittel (insb den TV- und den Radio-Spot) der klagenden Partei zutrifft, ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen und wirft daher grundsätzlich keine erhebliche Rechtsfrage auf (4 Ob 85/06p). Die Bejahung des Werkcharakters durch das Berufungsgericht ist im Hinblick auf die eigenartige konkrete Umsetzung der Vorgabe der BMVIT jedenfalls vertretbar (4 Ob 118/15d).

1.2 Im Plagiatsstreit entscheidet allein die Übereinstimmung zwischen dem Original und dem Verletzungsgegenstand im schöpferischen, also in jenem Teil des Originals, das diesem das Gepräge der Einmaligkeit gibt (RIS-Justiz RS0076468). Ob sich eine Schöpfung aufgrund ihrer Originalität hinreichend deutlich von ähnlichen Schöpfungen unterscheidet und daher ein urheberrechtlich geschütztes Werk ist, hängt regelmäßig von den Umständen des Einzelfalls ab und hat keine darüber hinausgehende Bedeutung (RIS-Justiz RS0122254). In der Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass das zweite Konzept der beklagten Partei frappierende Ähnlichkeiten mit jenem der klagenden Partei im allein relevanten Bereich der wesentlichen Gestaltungselemente zeige, liegt keine krasse Fehlbeurteilung, sodass die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht darauf gestützt werden kann, dass die Werke unterschiedlich seien.

2. Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Beweislastverteilung und zum Anscheinsbeweis begründen keine erhebliche Rechtsfrage.

2.1 Entgegen dem Zulassungsausspruch und den Ausführungen im Rechtsmittel hat der Senat die Frage der Beweislast bei behaupteter Doppelschöpfung bereits in der Entscheidung 4 Ob 9/09s – Budget Style Hotel, beantwortet. Demnach bewirkt die Priorität eines Werks im Hinblick auf die typischen Geschehensabläufe einen prima facie Beweis dafür, dass es sich bei der späteren Schöpfung um eine Entlehnung handelt. Somit hat derjenige, der sich auf die Doppelschöpfung beruft, den Anscheinsbeweis gegen sich, dass er zu dem Werk durch das ältere inspiriert worden ist, dh tatsächlich keine Doppelschöpfung vorliegt. Diese Rechtsmeinung entspricht auch der (im Berufungsurteil zitierten) herrschenden Meinung im Schrifttum. Auch eine einzelne Entscheidung, zu der gegenteilige Entscheidungen nicht vorliegen und die sich mit der Lehre deckt, reicht für das Vorliegen einer gesicherten Rechtsprechung aus (RIS-Justiz RS0103384 [T3, T5, T6, T8], zuletzt etwa 4 Ob 76/17f).

2.2 Im Rechtsmittel werden gegen die Richtigkeit der Entscheidung 4 Ob 9/09s, die sich auch mit der Judikatur des BGH deckt (I ZR 44/68 GRUR 1971, 266 – Magdalenenarie; I ZR 17/78 GRUR 1981, 267 – Dirlada; I ZR 142/86 GRUR 1988, 812

– Ein bißchen Frieden; I ZR 72/89 BGH NJW-RR 1991, 812 – Brown Girl II), keine erheblichen Zweifel geweckt (RIS-Justiz RS0103384 [T4]). Ganz allgemein beruht ein Anscheinsbeweis darauf, dass bestimmte Geschehensabläufe typisch sind und es daher wahrscheinlich ist, dass auch im konkreten Fall ein derartiger gewöhnlicher Ablauf und nicht ein atypischer gegeben ist (RIS-Justiz RS0040266). Das Rechtsmittel vermag nicht im Ansatz aufzuzeigen, dass der Fall einer Doppelschöpfung nicht dem atypischen Ablauf entspricht, zumal eine solche Rechtsfigur, die im Schrifttum plastisch als „weißer Rabe“ bezeichnet wird (Schricker in Steindorff, Zur Harmonisierung des Urheberrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft [1990] 1443), sehr selten auftritt (vgl. I ZR 44/68 GRUR 1971, 266 – Magdalenenarie: „nach menschlicher Erfahrung nahezu ausgeschlossen“). Die bisherige Rechtsprechung stellt daher auf den typischen Geschehensablauf ab. Es liegt kein Anlass vor, von dieser Linie abzugehen.

2.3 Auch die von den Umständen des Einzelfalls geprägte Schlussfolgerung des Berufungsgerichts, dass die festgestellten Übereinstimmungen den Anscheinsbeweis auch im Anlassfall rechtfertigen, bedarf keiner Korrektur durch gegenteilige Sachentscheidung. Ob nach den festgestellten Umständen ein Tatbestand vorliegt, der eine Verschiebung des Beweisthemas und der Beweislast im Sinn des sogenannten Anscheinsbeweises zulässt, ist zwar nach herrschender Ansicht (auch) eine (revisible) Rechtsfrage (RIS-Justiz RS0040196 [T5, T15, T17]). Der Lösung dieser Frage kommt allerdings im Hinblick auf die Vielzahl denkbarer Fälle keine erhebliche Bedeutung zu (RIS-Justiz RS0022549 [T3]). Im Anlassfall hing es stark von den Umständen des Einzelfalls ab, ob die festgestellten Gemeinsamkeiten beider Werke für die Anwendung des Anscheinsbeweises ausreichen. In der Beurteilung des Berufungsgerichts ist kein krasser Rechtsirrtum zu erkennen.

2.4 Auch mit dem Hinweis, dass der Senat den Anscheinsbeweis im Fall der Doppelschöpfung nur in einem obiter dictum bejaht habe, kann die Zulässigkeit des Rekurses nicht begründet werden. Ein solches obiter dictum (lat. „nebenbei Gesagtes“) ist eine in einer Entscheidung eines Gerichts geäußerte Rechtsansicht, die nicht die gefällte Entscheidung trägt, sondern nur geäußert wurde, weil sich die Gelegenheit dazu bot.

Wohl bewirkt ein obiter dictum weder die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO (RIS-Justiz RS0042672) noch das Vorliegen gesicherter Judikatur. In der Entscheidung 4 Ob 9/09s, Budget Style Hotel, zog der Senat zur Vertragsauslegung die urheberrechtliche Rechtslage zur Doppelschöpfung (analog) heran, wodurch der Gedanke des dort vertretenen Anscheinsbeweises zum tragenden Element der Entscheidung wurde. Die Heranziehung der Wertungen des Urheberrechts für die dort vorzunehmende Vertragsauslegung ging über ein bloßes obiter dictum hinaus.

2.5 Entgegen der von der klagenden Partei in der Rechtsmittelbeantwortung vertretenen Ansicht deckt sich die Rechtsansicht des Berufungsgerichts zur gebotenen richterlichen Anleitung bzw. zum Verbot von Überraschungsentscheidungen bei Verkennung der Beweislast mit der Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0037270; RS0037121). § 182a ZPO hat zwar nichts daran geändert, dass es keiner richterlichen Anleitung zu einem Vorbringen bedarf, gegen das der Prozessgegner bereits Einwendungen erhoben hat (RIS-Justiz RS0122365). Die klagende Partei hat aber nur zuletzt vorgebracht, dass „prima facie alles dafür spricht, dass es sich beim Spot der Beklagten aus der zweiten Bieterunde nur um ein Plagiat und eine Bearbeitung des von der Klägerin in der ersten Runde geschaffenen Werkes handeln kann“. Das Berufungsgericht ist jedenfalls vertretbar davon ausgegangen, dieses Vorbringen reiche nicht aus, um bereits daraus auf die Beweislastverteilung bzw. die Anwendbarkeit der Beweiserleichterung des Anscheinsbeweises zu schließen.

3. Im Fall einer Doppelschöpfung können beide Urheber die Rechte an solchen unabhängig geschaffenen Werken nebeneinander und unabhängig voneinander in Anspruch nehmen (4 Ob 9/09s). Die vom Berufungsgericht vertretene Ansicht, dass die geltend gemachten Ansprüche beim Vorliegen einer Doppelschöpfung zu verneinen wären (wovon auch das Erstgericht ausgegangen ist), hält sich im Rahmen dieser Rechtsprechung, weshalb der Hinweis im Rechtsmittel, es sei noch nicht geklärt, welche rechtliche Konsequenzen bei einer Doppelschöpfung heranzuziehen seien, keine Frage im Sinn des § 502 ZPO begründet.

4. Zweck des Rekurses nach § 519 Abs 1 Z 2 ZPO ist die Überprüfung der Rechtsansicht der zweiten Instanz durch den Obersten Gerichtshof. Ist die dem Aufhebungsbeschluss zugrunde liegende Rechtsansicht – wie hier – nicht zu beanstanden, kann in dritter Instanz nicht überprüft werden, ob sich die angeordnete Ergänzung des Verfahrens oder der Feststellungen tatsächlich als notwendig erweist (RIS-Justiz RS0042179 [T3, T17, T21, T22]).

5. Da somit Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung nicht zu lösen sind, ist der Rekurs der beklagten Partei zurückzuweisen.

6. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 und § 50 Abs 1 ZPO. Die Rekursbeantwortung der klagenden Partei enthält begründete Ausführungen zur mangelnden Zulässigkeit des Rekurses und ist daher zu honorieren.

Zum Rekurs gegen die Entscheidung im Rekursverfahren:

7. Der „Revisionsrekurs“ (richtig: Rekurs – § 527 Abs 2 ZPO) ist mangels erheblicher Rechtsfrage im Sinne des § 528 Abs 1 ZPO iVm § 402 Abs 4 und § 78 EO ungeachtet des den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruchs des Rekursgerichts (§ 526 Abs 2 ZPO) nicht zulässig.

8. Die Zulässigkeit des Rechtsmittels kann auch im Sicherungsverfahren nicht auf die bereits im Hauptverfahren aufgeworfenen Rechtsfragen gestützt werden. Ebenso wenig begründet das Fehlen einer Rechtsprechung zur Bescheinigungslastverteilung beim Einwand der Doppelschöpfung im Sicherungsverfahren eine erhebliche Rechtsfrage. Nach gesicherter Rechtsprechung ist im Sicherungsverfahren die Bescheinigungslast nämlich gleich zu verteilen wie die Beweislast im Hauptverfahren (RIS-Justiz RS0039939 [T24]). Das Rekursgericht ist im Sinne dieser Judikatur für das Sicherungsverfahren von einem derartigen Gleichlauf ausgegangen, was keiner Korrektur bedarf.

9. Schließlich begründen auch die knappen Behauptungen zum mangelnden Rechtsschutzbedürfnis bzw zum Wegfall der Wiederholungsgefahr keine erhebliche Rechtsfrage (RIS-Justiz RS0042721, RS0012064 [insb T28]).

10. Der Ausspruch über die Kosten der klagenden Partei – sie hat in ihrer Rekursbeantwortung auf die Unzulässigkeit des Rekurses hingewiesen – beruht auf § 393 Abs 1 EO.

#### **Schlagworte**

Werbekampagne ? Alkohol im Straßenverkehr,

#### **Textnummer**

E119461

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2017:0040OB00156.17W.0926.000

#### **Im RIS seit**

10.10.2017

#### **Zuletzt aktualisiert am**

07.06.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

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