

Fototapeten als Leinwand der Dogmatik

Die BGH-Lösung der „schlichten Einwilligung“ und ihre Implikationen für das österr Urheberrecht

Der Beitrag schnell gelesen

Die Frage, welchen Erklärungswert der uneingeschränkte Vertrieb einer urheberrechtlich geschützten Fototapete hat, war bislang ungeklärt. Nun hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden, ob das Anfertigen von Aufnahmen vor einer solchen Tapete und das anschließende Hochladen ins Internet aufgrund einer konkludenten Einwilligung als gerechtfertigt eingeordnet werden kann; er hat sich dabei auch mit der Judikatur des OGH befasst. Fototapeten stehen hier nur beispielhaft für die größere Frage, wie ein bei Alltagshandlungen auftretender Urheberrechtskonflikt interessengerecht zu lösen ist. Die Erhebung der „schlichten Einwilligung“ zu einem allgemeinen

Rechtsprinzip führt zum interessengerechten Ziel, lässt jedoch erhebliche Zweifel an der dogmatischen Vertretbarkeit und Praktikabilität dieses Lösungsansatzes aufkommen. Wie ist diese Thematik in das österr Urheber(vertrags)recht und den unionsrechtlichen Rahmen einzuordnen?

Urheberrecht

§ 13 Satz 1, § 16 Abs 1, §§ 19a, 57 dt UrhG; § 242 BGB
BGH 11. 9. 2024, I ZR 139/23; BGH 11. 9. 2024, I ZR 140/23;
BGH 11. 9. 2024, I ZR 141/23

ÖBI 2025/43



MARIE-THERESE WIRTZ, International Associate, Schönherr Rechtsanwälte, Wien.

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Im Ergebnis praxisgerecht und lebensnah
- C. Zusammenfassung des gewählten Lösungswegs
- D. Die „schlichte Einwilligung“ als allgemeines Rechtsprinzip?
 1. Fehlende Zwangsläufigkeit der dogmatischen Grundannahmen
 - a) Das Kriterium der Dinglichkeit
 - b) Das Kriterium der Anspruchs begründung
 2. Die Widerrufbarkeit als praktische Schwäche
 3. Ein Blick auf das österr Urheberrechtssystem
 - a) OGH 4 Ob 238/86
 - b) Zur österr Dogmatik
 - c) OGH: Mozart Symphonie No 42 I und II
 4. Von der schlichten Einwilligung zum passenden Auslegungsmaßstab
 5. Und was sagt das Unionsrecht?
- E. Status quo: Auslegung am Maßstab der Üblichkeit und Vorhersehbarkeit aus Sicht eines objektiven Empfängers
- F. Fazit: Keine Übertragbarkeit auf das österreichische Urheberrecht

A. Einleitung

Man könnte meinen, zu den dogmatischen Feinheiten des (deutschen) Urhebervertragsrechts sei bereits alles gesagt. Nutzungsrechte auf der einen, schuldrechtliche Gestattungen auf der anderen Seite – und über all dem schwebt der Zweckübertragungsgrundsatz. In dubio pro auctore! Oder etwa nicht?

In seinen drei gleichlaufenden *Fototapeten*-E verleiht der BGH einer bislang auf den rein digitalen Raum beschränkten Rechtsfigur neue Tragweite: Die „schlichte Einwilligung“, die als vierte, niedrigschwellige Zustimmungsförm des Urhebers neben die Nutzungsrechteinräumung und Gestattung treten soll. Ursprünglich in den

Vorschau-E als pragmatische Lösung eingeführt, wird sie nun – viele Jahre später – weiter ausformuliert, konkretisiert und zum „allgemeinen Rechtsprinzip“ erhoben. Was als bloße Frage zu Hintergrundgestaltungen begann, könnte sich zu einer grundlegenden Weichenstellung im Urheber(vertrags)recht entwickeln. Mit der Konstruktion der „schlichten Einwilligung“ etabliert der BGH einen Lösungsansatz, der die Grenzen zwischen abstrakt-objektiver Zulässigkeit und individueller Zustimmung verwischen lässt. Die Maximen der Vorhersehbarkeit und Üblichkeit gewinnen damit weiter an Gewicht.

Dieser Beitrag setzt sich kritisch mit dem gewählten Ansatz auseinander, beleuchtet denkbare Bruchstellen und wirft die Frage auf, ob die schlichte Einwilligung als „tapetenfester“ Grundsatz Bestand haben sollte. Ein Blick auf das österr Recht zeigt: Die dogmatische Begründung ist jedenfalls nicht zwingend, das verfolgte Ziel indes ein geteiltes.

Zum Sachverhalt und zu den Entscheidungsgründen siehe in diesem Heft ÖBI 2025/50, 163.

B. Im Ergebnis praxisgerecht und lebensnah

Aus ergebniszentrierter Sicht kommen die drei beinahe identen Entscheidungen¹ des obersten dt Zivilgerichts in der Causa „Fototapete“ in keiner Weise unerwartet. Der BGH führt die zentralen Fragen zur Nutzung von Fototapeten als Hintergrund privater und gewerblicher Aufnahmen zusammen. Insofern soll die umfassende Entscheidungsbegründung eine Klärung der in den Vorinstanzen sowie anderen Verfahren durchaus uneinheitlich bewerteten Rechtslage bringen. In Einklang mit vorausgegangenen Entscheidungen des LG Düsseldorf,² des OLG Düsseldorf³ sowie des LG Stuttgart⁴ hält der BGH an der Annahme einer **sch aus den Vertriebsmodalitäten ergebenden Rechtfertigung** der

¹ BGH 11. 9. 2024, I ZR 139/23; BGH 11. 9. 2024, I ZR 140/23; BGH 11. 9. 2024, I ZR 141/23.

² LG Düsseldorf 19. 4. 2023, 12 O 129/22.

³ OLG Düsseldorf 8. 2. 2024, 20 U 56/23.

⁴ LG Stuttgart 25. 10. 2022, 17 O 39/22.

streitgegenständlichen Nutzungshandlungen fest. Der vom LG Köln in ähnlich gelagerten Fällen vertretenen gegenteiligen Ansicht wird hingegen eine ausdrückliche Absage erteilt.⁵

Dieses nunmehr klare Ergebnis ist für sich genommen durchaus zu begrüßen. Es wäre realitätsfremd, Fototapeten, die im Hintergrund regelmäßig zum mehr oder weniger bewussten Motiv von Foto- und Videoaufnahmen werden, als Grundlage für einen sanktionierbaren Urheberrechtsverstoß heranzuziehen. Dies hätte eine erhebliche Rechtsunsicherheit sowie chilling effects bei zahlreichen Alltagshandlungen zur Folge, die nicht zuletzt im Zeitalter von User Generated Content kaum praxisgerecht wären. Eine Entscheidung zugunsten der Kl hätte lediglich die berechtigte Kritik an einem im Digitalzeitalter nicht mehr zeitgemäßen, ausufernden Schutz von Fotoaufnahmen über das Leistungsschutzrecht genährt.⁶

Ob die in den drei Verfahren streitgegenständlichen Aufnahmen im kulturgeprägten oder jedenfalls innovationsgetriebenen Urheberrecht richtig aufgehoben sind, sei dem persönlichen Urteil des geneigten Lesers überlassen. Die den jeweiligen E zugrundeliegenden Fototapeten-Motive waren folgende:



I ZR 139/23



I ZR 140/23



I ZR 141/23

C. Zusammenfassung des gewählten Lösungswegs

Der BGH geht in den drei verhandelten Fällen zunächst von einem urheberrechtlichen Schutz der Fotografien als Motive der Fototapeten aus⁷ und ordnet das Anfertigen und Hochladen der Aufnahmen als relevante Nutzungshandlungen in Form der Vervielfältigung gem § 16 dt UrhG und der öffentlichen Zugänglichmachung gem § 19a dt UrhG ein. Er sieht diese Nutzungshandlungen im Ergebnis unter Würdigung der Gesamtumstände jedoch als gerechtfertigt an.

Als Grundlage der Rechtfertigung wird nicht die in den Vorinstanzen diskutierte Schrankenregelung des § 57 dt UrhG betreffend „unwesentliches Beiwerk“ herangezogen, sondern eine dem Berechtigten zugerechnete Zustimmung. Ob die Tapeten aufgrund ihrer präsenten Rolle für die Raumgestaltung das Raumbild bestimmen und damit nicht mehr als unwesentliches Beiwerk iSd Ausnahme gelten können, bleibt offen.⁸

Stattdessen verfestigt der BGH seine Rechtsprechungslinie zu den Einschränkungen des Urheberrechts unabhängig von Schrankenregelungen – auf Basis eines Berechtigten-Verhaltens. In Fortführung der Entscheidungen zu Vorschaubildern (sog Thumbnails) bei Internetsuchmaschinen⁹ werden die Erscheinungsformen einer Zustimmung zu urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlungen weiter ausdifferenziert. Dabei **unterscheidet der BGH** nun ausdrücklich zwischen

- ▶ der Einräumung eines dinglichen Nutzungsrechts (einfach oder ausschließlich)¹⁰
- ▶ der schuldrechtlichen Gestattung und
- ▶ der „schlichten Einwilligung“,

wobei alle Formen der Zustimmung auch konkludent, dh auf Basis schlüssigen Verhaltens, erfolgen können. Je nach Einordnung sei ein unterschiedlicher Auslegungsmaßstab heranzuziehen, wobei der Zweckübertragungsgrundsatz aus § 31 Abs 5 dt UrhG auf den Fall der konkludenten Einräumung von Nutzungsrechten beschränkt sei. Von einer solchen geht der BGH hier – anders als die Vorinstanzen – jedoch nicht aus. An dieser Stelle kommt es zu einer impliziten Absage an die Auffassung des LG Köln, das in vergleichbaren Fällen den urheberrechtsspezifischen Zweckübertragungsgrundsatz als Auslegungshilfe herangezogen und entschieden hatte, dass in dubio pro auctore nicht von einer konkludenten Nutzungsrechteinräumung oder einer sonstigen Zustimmung auszugehen sei.¹¹

D. Die „schlichte Einwilligung“ als allgemeines Rechtsprinzip?

Schon vor der E *Vorschaubilder I* zog der BGH ein konkludentes Verhalten als Grundlage für die Rechtfertigung einer Urheberrechtsverletzung heran, ohne die Einräumung von Nutzungsrechten anzunehmen.¹² Grundlage dafür ist ua die ausdrücklich normierte Alternative der schuldrechtlichen Gestattung in § 29

⁵ Vgl LG Köln 18. 4. 2024, 14 O 60/23 ZUM-RD 2024, 472; LG Köln 18. 8. 2022, 14 O 350/21, GRUR-RS 2022, 43572.

⁶ Vgl hierzu auch die Urteilsbesprechung von *Schack* in GRUR 2024, 1698, der den Weg über eine grundlegende Abkehr von einem inflationären Schutz von Lichtbildern als nachhaltigste Lösung vergleichbarer Konfliktfälle sieht.

⁷ Zur Kritik an der fehlenden Eindeutigkeit, ob der Schutz über § 72 dt UrhG oder als Lichtbildwerk der „kleinen Münze“ erfolgt; *Schack*, GRUR 2024, 1698 (1699).

⁸ Hierzu krit *Brтка*, GRUR-Prax 2024, 719, Praxishinweis.

⁹ BGH 29. 4. 2010, I ZR 69/08, *Vorschaubilder I*, GRUR 2010, 628; BGH 19. 10. 2011, I ZR 140/10, *Vorschaubilder II*, GRUR 2012, 602; BGH 21. 9. 2017, I ZR 11/16, *Vorschaubilder III*, GRUR 2018, 178.

¹⁰ Das Gericht spricht in den Entscheidungen ganz allgemein von der „Einräumung von Nutzungsrechten“. In den betrachteten Fällen kommt mangels Exklusivitätswirkung jedoch allenfalls ein einfaches Nutzungsrecht als bloß positives Benutzungsrecht in Betracht. Im österr Recht ist die Abgrenzung zwischen einfachem und ausschließlichem Nutzungsrecht am ehesten mit derjenigen zwischen der Werknutzungsbewilligung und dem Werknutzungsrecht vergleichbar, wobei hier jedoch relevante Unterschiede bestehen.

¹¹ LG Köln 18. 8. 2022, 14 O 350/21 GRUR-RS 2022, 43572, Rn 52 ff; LG Köln 11. 4. 2024, 14 O 75/23 GRUR-RS 2024, 10431, Rn 58 ff.

¹² Vgl BGH 17. 7. 2003, I ZR 259/00, *Paperboy*, GRUR 2003, 958; dazu ausf v *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369.

Abs 2 dt UrhG.¹³ Die im Laufe der Zeit durch die Rsp entwickelten zusätzlichen allgemeinen zivilrechtlichen Zustimmungsmöglichkeiten bestehen nach Auffassung des BGH neben und unabhängig von den Wertungen der Nutzungsrechteinräumung des Urhebervertragsrechts. Dies hat der BGH in seinen Entscheidungen nun wiederum ausdrücklich bestätigt.

Die so vorgenommene **Verfestigung der Rechtsprechungslinie zur „schlichten Einwilligung“** kann man aus verschiedenen Gründen kritisieren. In Literatur und Praxis werden die Entscheidungen mit gemischten Gefühlen aufgenommen. Unstreitig ist, dass die Urteile vom Ergebnis her korrekt gedacht wurden.¹⁴ Der vom Gericht gewählte Lösungsweg über eine schlichte Einwilligung auf Rechtfertigungsebene stößt jedoch auf eine gewisse Skepsis.¹⁵ Als vorzuziehende Lösung wird auf eine nachhaltige Reform des Lichtbildschutzes¹⁶ oder die Ausnahme für unwesentliches Beiwerk in § 57 dt UrhG¹⁷ verwiesen. Als **zentrale Kritikpunkte** können dogmatische wie praktische Schwächen des Lösungsansatzes hervorgehoben werden.

1. Fehlende Zwangsläufigkeit der dogmatischen Grundannahmen

Die vom BGH genannten **charakteristischen Unterschiede** zwischen den verschiedenen Zustimmungsmöglichkeiten sind nicht so zwingend, wie anzunehmen sein könnte.

Der BGH benennt als solche die **dingliche Rechtsnatur** sowie das „Ob“ des **Begründens durchsetzbarer Ansprüche**. Beide Aspekte seien im Falle der schlichten Einwilligung nicht gegeben. Den verschiedenen Zustimmungformen sei im Ergebnis lediglich ihre **rechtfertigende Wirkung** gemein (Rn 16). Der BGH nimmt hier folglich eine negative Abgrenzung vor.

Auf den ersten Blick scheint diese Differenzierung durchaus nachvollziehbar, basiert sie doch auf tradierten Kategorien zur Einordnung der Rechtsnatur verschiedener Rechtspositionen. Weniger klar erscheint die Abgrenzung zwischen den Zustimmungformen jedoch bei genauerer Betrachtung. Schon die Grundannahmen dieses Differenzierungsansatzes kann man in Frage stellen:

a) Das Kriterium der Dinglichkeit

Ein Ausgangspunkt für das Verständnis der vom BGH vorgenommenen Abgrenzung sind die Annahmen zur Rechtsnatur der gem §§ 31 ff dt UrhG eingeräumten Nutzungsrechte. Der BGH geht hier mit der dt hM davon aus, dass es sich sowohl beim ausschließlichen als auch beim einfachen Nutzungsrecht um **dingliche** Rechtspositionen handelt. Letzteres sei mit Blick auf den Sukzessionsschutz in § 33 dt UrhG jedenfalls ein „(beschränkt) dingliches Recht mit Ausschließlichkeitscharakter“.¹⁸ Die Frage nach der Dinglichkeit des einfachen Nutzungsrechts wird jedoch auch in der dt Literatur nicht eindeutig beantwortet.¹⁹ Maßgeblicher Faktor für die Beantwortung der Frage muss sein, ob im Fall der Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts eine **Verfügung** über das Urheberrecht getroffen wird. So gibt es durchaus Stimmen, die dies mit überzeugenden Argumenten widerlegen und für eine **rein schuldrechtliche Wirkung** plädieren.²⁰ Ob der Sukzessionsschutz aus § 33 dt UrhG den Verfügungscharakter impliziert, ist – nicht zuletzt mit Blick auf das österr Recht – fraglich, jedenfalls aber nicht zwingend.

Das Kriterium der Dinglichkeit kann ohnehin nur auf der ersten Abgrenzungsebene, namentlich der Trennung zwischen Nutzungsrechten und der schuldrechtlichen Gestattung nach § 29 Abs 2 dt UrhG als rangnächste Zustimmungform, dienen. Der schlichten Einwilligung wird der dingliche Charakter unstreitig

ebenso fehlen wie der bloßen schuldrechtlichen Gestattung, so dass dieses Merkmal spätestens auf der zweiten Abgrenzungsebene entfällt.

b) Das Kriterium der Anspruchsbeurteilung

Damit bleibt für die weitere Abgrenzung das Merkmal der **Anspruchsbeurteilung**. Auch dieses weist bei genauerer Prüfung nur eine bedingte Trennschärfe auf. Was sind Anwendungsfall und Inhalt der Ansprüche, die bei Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts oder bei einer schuldrechtlichen Gestattung entstehen?

Die dt hM nimmt im Fall des einfachen Nutzungsrechts, ungeachtet der behaupteten beschränkt dinglichen Wirkung, gerade **kein eigenes Klagerecht seines Inhabers** an. Eine Aktivlegitimation gegen Dritte kann sich mangels Einräumung eines Verbotsrechts nur auf Basis einer vom Urheber oder vom Berechtigten zusätzlich eingeräumten gewillkürten Prozessstandschaft ergeben.²¹ Die Frage nach einer Anspruchsbeurteilung wird damit allein für solche Fälle relevant, in denen die Interessen des berechtigt Nutzenden **gegenüber dem Urheber** durchgesetzt werden sollen. Gleiches gilt für die bloß relativ wirkende schuldrechtliche Gestattung.

Was genau wird man auf dieser Basis gegenüber dem Urheber einfordern? Hier kann es schon aufgrund des Inhalts der Rechtspositionen allein um die Geltendmachung eines **positiven Benutzungsrechts** gehen, erhält doch nur der ausschließliche Nutzungsrechteinhaber Ausschlussrechte. Was meint aber „positives Benutzungsrecht“ im Anspruchskontext konkret?

Ein Anspruch ist gem § 194 Abs 1 BGB das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Als aktives Tun könnte man an etwaige Unterstützungshandlungen zur Realisierung der Nutzung denken. Diese sind aber schon keine Frage des Urheberrechts, sondern der parallel verlaufenden Ausgestaltung des Verhältnisses der Beteiligten über das allgemeine Zivilrecht. Die Herausgabe des Werkstücks als typische Notwendigkeit für die urheberrechtliche Werknutzung bemisst sich nach miet-, leih- oder sonstigen besitzrechtlichen Regelungen zwischen den Parteien, nicht nach dem Urheberrecht. Anspruchsinhalt kann damit nur ein Unterlassen und damit die **bloße Duldung** der Nutzung durch den Urheber bzw Berechtigten sein.

Der Urheber verpflichtet sich demnach, sowohl im Fall des einfachen Nutzungsrechts als auch bei der schuldrechtlichen Gestattung, dem Vertragspartner die Nutzung zu gestatten und sein Verbotsrecht nicht auszuüben.²² Ginge der Urheber gegen einen berechtigten Nutzenden vor, könnte dieser seinen Anspruch auf Nichtausübung des Verbotsrechts geltend machen. Wie der BGH

¹³ Zur „Stufenleiter der Gestattungen“ Ohly in Schrickler/Loewenheim, UrhR⁶ (2020) § 29 Rn 23.

¹⁴ Brtka, GRUR-Prax 2024, 719, Praxishinweis.

¹⁵ Leistner bezeichnet die schlichte Einwilligung bereits nach ihrer Einführung in der Vorschaubilder-Rsp als „*behelfsmäßige Lösung*“ mit methodischen Problemen, IIC 2011, 417 (440).

¹⁶ Schack, GRUR 2024, 1698 (1699).

¹⁷ Brtka, GRUR-Prax 2024, 719, Praxishinweis; Wypchal, ZUM 2023, 688.

¹⁸ Vgl LG München I 19. 5. 2004, 21 O 6123/04 ZUM 2004, 861, 863; BGH

26. 3. 2009, I ZR 153/06, Reifen Progressiv, GRUR 2009, 946, 948; BGH

19. 7. 2012, I ZR 70/19, M2Trade, GRUR 2012, 916.

¹⁹ Übersicht über die Meinungslandschaft bei Wandtke/Bullinger, UrhR⁶ (2022) § 31 Rn 33f;

²⁰ Stellvertretend Fromm/Nordemann, UrhG § 31 Rn 11f; vermittelnd Ohly in Schrickler/Loewenheim, UrhR⁶ § 31 Rn 46f.

²¹ Dreier/Schulze, UrhG⁷ (2022) § 31 Rn 51; Wandtke/Bullinger, UrhR⁶ § 31 Rn 34.

²² Ohly in Schrickler/Loewenheim, UrhR⁶ § 29 Rn 28, mVA die früher hL von der „negativen Lizenz“.

betont, haben alle Zustimmungformen aber ohnehin ihre abstrakte Rechtfertigungswirkung gemein.²³ In welchen Fällen bedarf es also noch einer Durchsetzung dieses Anspruchs?

An diesem Punkt stellt sich zudem die Frage, ob bei der gleichsam rechtfertigenden schlichten Einwilligung nicht auch von einer faktischen Pflicht zur Duldung auszugehen ist. Wo liegt der Unterschied zu einer Duldung mit Anspruchscharakter?

Dieser wird wohl va in der freien **Widerrufbarkeit** der schlichten Einwilligung liegen, die auch der BGH selbst in seiner *Vorschaubilder-I-E* betont hatte.²⁴ Eine Einschränkung der Widerrufbarkeit setzt das Entstehen einer gewissen Bindung voraus. Diese ist aber erst mit der Anspruchs begründung gegeben. Für die Abgrenzung zwischen schuldrechtlicher Gestattung und schlichter Einwilligung ist diese daher der final maßgebliche Faktor. Dies hätte der BGH in seinen *Fototapeten-E* zur besseren Verständlichkeit möglicherweise stärker betonen können.

2. Die Widerrufbarkeit als praktische Schwäche

In der Praxis stößt die schlichte Einwilligung daher auf große Bedenken. Verneint man mangels Anspruchs begründung das Bestehen einer verfestigten Pflicht, wird die schlichte Einwilligung als Rechtfertigungseinwand wacklig: Der Urheber kann sich ohne Weiteres und jederzeit entscheiden, eine übliche und vorhersehbare Nutzung ohne Anlass unzulässig werden zu lassen.

Hieraus ergibt sich ein weniger dogmatisches, dafür umso praktischeres Problem: Mit der ständigen Gefahr eines Widerrufs geht auch eine immense **Rechtsunsicherheit** einher.²⁵ Der Widerruf wirkt zwar nur **ex nunc**,²⁶ sodass in der Vergangenheit liegende Nutzungen unberührt bleiben. Dem Anbringen einer Fototapete ist aber eine gewisse Dauerhaftigkeit immanent. Was, wenn diese an einem Ort angebracht ist, wo regelmäßig Aufnahmen stattfinden und die Fototapete in den Blick kommen kann? Muss sich der Influencer, Hotelbetreiber oder Werber dann vor jeder Aufnahme erneut erkundigen, ob in der Zwischenzeit ein Widerruf ergangen ist? Oder noch drastischer, könnte ein lange Zeit zulässiger Hintergrund plötzlich zu einem unzulässigen werden?

Auch aus Urhebersicht bringt das Institut der schlichten Einwilligung **praktische Unsicherheiten** mit sich. Als allgemeines Rechtsprinzip zunächst auf alle Werknutzungskontexte ohne vorrangige vertragliche Abreden anwendbar, erfordert dieses zur wirksamen Verhinderung der unbefugten Nutzung nun stets einen ausdrücklichen Hinweis der Einschränkung. Wurde dieser versäumt, wann und wie wäre dieser nachträglich vorzunehmen?

Die Konsequenzen für Nutzungsinteressierte und Urheber werden also maßgeblich davon abhängen, wie ein solcher Widerruf zu erfolgen hat, ob dieser also etwa aktiv gegenüber dem jeweiligen Nutzer erklärt werden muss, damit dieser Kenntnis von der „Änderung“ erlangt.

Wie ein **wirksamer Widerruf** der schlichten Einwilligung praktisch auszugestalten wäre, bleibt unbeantwortet und wäre wohl ohnehin nur im Einzelfall zu beurteilen.²⁷ Die vom BGH in der *Vorschaubilder-I-Rsp* geäußerten Anforderungen technischer Art lassen sich jedenfalls nicht auf den Anwendungsfall analoger Fototapeten übertragen.²⁸ Auch der *actus-contrarius*-Gedanke hilft hier kaum weiter, da *Üblichkeit* und *Vorsehbarkeit* als objektive Kriterien gerade keinen subjektiven Erklärungsgehalt aufweisen, man die ursprüngliche Form der (unterstellten) Willensäußerung also nicht einfach spiegeln könnte.

Die Entscheidungen des BGH sind indes nicht der erste Ausgangspunkt für Unsicherheiten im Hinblick auf die Rücknahme

einer zuvor erteilten Zustimmung im Immaterialgüterrecht. Anlass bot dazu bereits im Markenrecht der Umgang der österr Gerichte mit der EuGH-E *Martin Y Paz*.²⁹ Wie die Entscheidung des EuGH zu verstehen ist und inwiefern sich die dortige Annahme des EuGH, eine Unwiderruflichkeit stünde im Widerspruch zum ausschließlichen Recht des Markeninhabers, auf andere Sachverhalte übertragen lässt, war schon als solches fraglich.³⁰ Zwei Verfahren vor den österr Gerichten hätten Klärung bringen können, brachten jedoch nur weitere Unklarheit bezüglich der Abgrenzung verschiedener Zustimmungformen mit sich.³¹ In der Praxis kann man die so entstandene Rechtsunsicherheit spüren.

Eine Lösung über die Reform des Leistungsschutzrechts oder der Schranke des unwesentlichen Beiwerks brächte in Fällen wie den vorliegenden vermutlich eine verlässlichere Klärung.

3. Ein Blick auf das österr Urheberrechtssystem

Nicht ohne Weiteres nachvollziehbar ist der dogmatische Begründungsansatz zudem aus Sicht der österr Urheberrechtstradition.

a) OGH 4 Ob 238/86

Eingangs ist die in der Revision zitierte und vom BGH erwähnte OGH-E von 1986 (4 Ob 328/86) zu berücksichtigen, deren zugrundeliegender Sachverhalt zahlreiche Ähnlichkeiten zu den jetzt vorliegenden Verfahren aufwies: Auch dort ging es um die Einbindung von Fototapeten als Hintergrund kommerzieller Aufnahmen. Motiv der Tapeten waren Landschaftsaufnahmen, der kommerzielle Anwendungsfall Werbeaufnahmen für Marken. Der Fotograf klagte gegen die die Aufnahmen erstellende Fotografieagentur.

Der OGH entschied sich ausdrücklich gegen die Annahme einer schlüssigen Zustimmung auf Basis einer etwaigen Üblichkeit.

Die in den verschiedenen Instanzen maßgebliche Rechtsfrage war auch hier, ob das urheberrechtlich relevante Verhalten der Bekl aufgrund der Erwerbsumstände gerechtfertigt war. Der OGH befand, dass es an der Einräumung einer erforderlichen Werknutzungsbewilligung fehlte. Eine solche sei weder schlüssig erfolgt noch könne sie aus dem Schweigen zur der von der Bekl beim Kauf geäußerten Nutzungsabsicht hergeleitet werden. Im Ergebnis habe es an der erforderlichen Zustimmung des Berech-

²³ So auch *Ohly* in *Schricker/Loewenheim*, UrhR⁶ § 29 Rn 28.

²⁴ Kritisch zu diesem Aspekt des gewählten Lösungswegs *Schack*, GRUR 2024, 1698 (1700); zur Abgrenzung der schlichten Einwilligung gegenüber der schuldrechtlichen Gestattung nach § 29 Abs 2 UrhG anhand des Merkmals der Widerruflichkeit *Ohly* in *Schricker/Loewenheim*, UrhR⁶ § 29 Rn 29 und FN 70.

²⁵ *Ohly* in *Schricker/Loewenheim*, UrhR⁶ § 29 Rn 23, 29.

²⁶ Hierzu auch *v Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369 (371).

²⁷ Als wirksamer Widerruf der schlichten Einwilligung in den *Vorschaubilder*-Fällen, die auf Basis eines freien öffentlichen Zugänglichmachens der eigenen Werke im Internet angenommen wurde, wird zB eine Löschung oder Sperrung des Zugriffs für Suchmaschinen gefordert; *Wandtke/Bullinger*, UrhR⁶ Vor §§ 31 ff Rn 44.

²⁸ BGH 29. 4. 2010, I ZR 69/08, *Vorschaubilder I*, GRUR 2010, 628; dazu ohnehin krit *Klass*, ZUM 2013, 1, 6.

²⁹ EuGH 19. 9. 2013, C-661/11, *Martin Y Paz*, ECLI:EU:C:2013:577.

³⁰ Vgl *Plasser*, ÖB 2014, 52, der auch die Übertragbarkeit des Grundgedankens auf andere Immaterialgüterrechte wie das Urheberrecht würdigt; *Schumacher*, *ecolex* 2014, 652.

³¹ OLG Linz 5. 6. 2019, 2 R 73/19k; OGH 21. 2. 2020, 4 Ob 151/19p; s Editorial *Schumacher*, ÖB 2020, 145.

tigten gefehlt.³² Diese könne nicht durch eine von der Bekl behauptete **Branchenüblichkeit** der erfolgten Nutzung oder der Eigenart der Tapete als „Gebrauchsgegenstand des täglichen Lebens“ ersetzt werden.

b) Zur österr Dogmatik

Darüber hinaus lässt sich der Begründungsansatz des BGH auch nicht mit der österr Urheberrechtsdogmatik in Einklang bringen. Kaum nachvollziehbar erscheint dabei bereits die **Differenzierung** zwischen einer **einfachen Werknutzungsbewilligung** und einer **schuldrechtlichen Gestattung**.

Schon der **Wortlaut** in § 24 Abs 1 UrhG weicht von dem dem Normzweck nach vergleichbaren dt Vorschrift in § 31 dt UrhG ab. Während nach dt Fassung auch einfache Nutzungsrechte „eingräumt“ werden, spricht der österr Gesetzestext im Falle der Werknutzungsbewilligung von einer „**Gestattung**“. Dies erklärt sich auch vor dem Hintergrund des österr Verständnisses der Rechtsnatur einer Werknutzungsbewilligung. So wird hinsichtlich dieser gerade kein dinglicher Charakter angenommen. Vielmehr gehen Literatur wie Rsp von einer **rein schuldrechtlichen Wirkung** in Form einer **Nichtangriffsverpflichtung** des Urhebers bzw Berechtigten aus.³³

Ein dinglicher Charakter der Werknutzungsbewilligung wird abgelehnt, auch wenn zunächst mit dem dt Recht vergleichbare Annahmen zur tatsächlichen Wirkung dieses nicht ausschließlichen Rechts bestehen. So stützt die herrschende dt Meinung den dinglichen Charakter insb auf die Aussage des **§ 33 dt UrhG**.³⁴ In dieser Norm wird auch für das einfache Nutzungsrecht ein Fortwirken gegenüber später eingeräumten Nutzungsrechten festgeschrieben. Daraus auf den dinglichen Charakter des nicht-ausschließlichen Nutzungsrechts zu schließen, scheint mit Blick auf das österr Urheberrecht jedoch in keiner Weise zwangsläufig. So findet sich in **§ 24 Abs 2 UrhG** eine ähnliche Regelung. Es kommt hierdurch aus österr Sicht aber lediglich zu einer Erweiterung der schuldrechtlichen Wirkung einer Werknutzungsbewilligung um einen normierten **Sukzessionsschutz**, nicht zu einer Aufwertung zum dinglichen Recht.

Ob neben einer so verstandenen Werknutzungsbewilligung Raum für eine „bloße schuldrechtliche Gestattung“ oder gar eine „schlichte Einwilligung“ bleibt, ist stark anzuzweifeln. Dies gilt insb vor dem Hintergrund, dass eine mit § 29 Abs 2 dt UrhG vergleichbare Norm, die neben der Einräumung von Nutzungsrechten ausdrücklich auch „schuldrechtliche Einwilligungen“ im Hinblick auf das Urheberrecht vorsieht, im österr Recht nicht existent ist.

c) OGH: Mozart Symphonie No 42 I und II

Interessant erscheint vor diesem Hintergrund eine **OGH-Entscheidung aus dem Jahr 2011**.³⁵ Der OGH hatte sich mit einem Sachverhalt zu beschäftigen, der dem der hiesigen Entscheidung I ZR 141/23 nahekam. Dort ging es nicht um Fototapeten, sondern um Werke der bildenden Kunst, die in Absprache mit der Künstlerin einer Verkaufsausstellung in einem Wiener Hotel zugeführt wurden. Während dieser Ausstellung fertigte die beklagte Hotelbetreiberin Aufnahmen der mit den Werken ausgestatteten Räumlichkeiten an. Ohne dies explizit mit der Künstlerin abzusprechen, wurden diese Aufnahmen auf der Hotelwebsite veröffentlicht.

Das Gericht verneinte in der Entscheidung zum **Sicherungsverfahren** den Eingriffscharakter der Handlungen der Bekl. Da die Werke nur sehr kleinformatig im Hintergrund zu sehen seien und damit keine Grundlage für einen dem originalen gleich-

kommenden Werkgenuss geschaffen würde, handle es sich – in Abgrenzung zur og E *Bildtapete* von 1986 – nicht um eine Verletzung der urheberrechtlichen Verwertungsrechte. Dies sei auch damit zu begründen, dass hier keine Beeinträchtigung der Verwertungsinteressen der Urheberin erfolge.³⁶ Diese Entscheidung kann als judikativer Vorläufer der später normierten Ausnahme des unwesentlichen Beiwerks verstanden werden.³⁷

Im **Hauptverfahren** korrigierte der OGH diese Begründung und reagierte damit insb auf in der Literatur laut gewordene Kritik an dem bloßen Abstellen auf Verwertungsinteressen.³⁸ Auf dieser Basis nahm er nun doch einen Eingriff in das Urheberrecht an. Damit wurde die von der Bekl erhobene Einrede, die Kl habe dem Anfertigen und Hochladen der Aufnahmen implizit zugestimmt, relevant. So sei die Künstlerin während des Anfertigens der Aufnahmen mitunter vor Ort gewesen und habe nicht widersprochen. Der OGH entschied vor diesem Hintergrund, dass die Bekl aufgrund des Verhaltens der Kl gerechtfertigt gewesen sei. Zur Begründung zog der OGH ausdrücklich die Rsp des BGH zur „(schlichten) Einwilligung“ im Fall *Vorschaubilder*³⁹ heran.

Erhob der OGH die Rechtsfigur der schlichten Einwilligung schon lange vor den dt Fototapeten-Entscheidungen auch außerhalb digitaler Verbreitungskanäle zum allgemeinen Rechtsprinzip?

Die Annahme liegt nicht nahe, dass es dem OGH hier darauf ankam, sich gerade der dogmatischen Herleitung der Rechtsfigur durch den BGH anzuschließen. Realitätsnäher erscheint vielmehr, dass es dem OGH auf eine **interessengerechte Lösung** ankam, die mangels Existenz der erst 2015 in das österr UrheberrechtsG implementierten Ausnahme des „unwesentlichen Beiwerks“ nur auf diesem Wege erreicht werden konnte. Dafür spricht auch, dass der OGH die Rechtsfigur über das Konstrukt des **Verzichts** einleitet und sich nicht näher mit ihrer dogmatischen Natur oder der Abgrenzung zu einer konkludent erteilten Werknutzungsbewilligung auseinandersetzt. Man kann demnach nicht davon ausgehen, dass das Urteil zu *Mozart Symphonie No 42 II* eine generalisierbare Aussage zur Existenz dieser Rechtsfigur im österr Recht trifft.

³² Während das ErstG zugunsten des Kl entschied (LG Linz 6. 11. 1985, 1 Cg 268/85-5), argumentierte das RekG (OLG Linz 15. 1. 1986, 2 R 310/85-9) zugunsten der Bekl, dass eine Untersagung mangels Urheberkennzeichnung lediglich durch den bevollmächtigten Verleger hätte erfolgen können und eine solche nicht behauptet worden sei. Der OGH entschied, dass es auf die Frage nach dem konkret Bevollmächtigten nicht ankomme.

³³ *Büchele in Handig/Hofmarcher/Kucsko*, urheber.recht³ § 24 Rz 10 (Stand 1. 8. 2023, rdb.at); OGH 24. 5. 2004, 4 Ob 63/05 a.

³⁴ Krit zu diesem Schluss bereits *Ohly in Schrickler/Loewenheim*, UrhR⁶ § 31 Rn 46f.

³⁵ OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 101/11y, *Mozart Symphonie No 42 II*, ecolex 2011, 405 (*Heil*).

³⁶ OGH 23. 2. 2010, 4 Ob 208/09f, *Mozart Symphonie No 42 I*, ecolex 2010, 215 (*Horak*).

³⁷ Vgl Entscheidungsbesprechung *Zemann* zu OGH 26. 9. 2017, 4 Ob 81/17s ecolex 2018, 33.

³⁸ Entscheidungsbesprechungen bei *Walter*, MR 2020, 206; *Handig*, ÖBL-LS 2010/124; *Horak*, ecolex 2010, 215.

³⁹ OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 101/11y Rn 5.3; Verweis auf BGH 29. 4. 2010, I ZR 69/08, *Vorschaubilder I*, GRUR 2010, 628.

4. Von der schlichten Einwilligung zum passenden Auslegungsmaßstab

Warum wählt der BGH diesen dogmatisch diffizilen und praktisch herausfordernden Lösungsansatz? Der zentrale Unterschied zwischen der Einräumung von Nutzungsrechten und etwaigen schuldrechtlichen Gestattungen und Einwilligungen liegt aus Sicht des BGH bei genauerer Betrachtung der Entscheidungen va darin, **welcher Auslegungsmaßstab** heranzuziehen ist.

Der Rückgriff auf eine „schlichte Einwilligung“ ermöglicht dem BGH die **Auslegung nach objektiven Richtwerten abseits der strengen Maßstäbe des Urheberrechts**. Wie er betont, käme der Zweckübertragungsgrundsatz aus § 31 Abs 5 dt UrhG nur dort zur Anwendung, wo es um das „Ob“ und den Umfang der Einräumung von Nutzungsrechten geht (Rn 32). Der BGH öffnet durch das Institut der schlichten Einwilligung folglich die Tür zu einer objektiven Auslegung nach dem Kriterium der **Üblichkeit**.

Ob diese Öffnung notwendig ist, kann man infrage stellen. Der sich aus dem Zweckübertragungsgrundsatz ergebende Zweifelsatz zugunsten des Urhebers kommt eigentlich erst dann zur Anwendung, wenn sich auch nach erfolgter Auslegung der Erklärungen der Parteien keine Eindeutigkeit ergibt. In der österr Kommentarliteratur zu der noch recht jungen Normierung des Grundsatzes wird ebenfalls von einem Vorrang der (auch ergänzenden) Vertragsauslegung ausgegangen. Diese richtet sich ohnehin stets nach allgemeinen Regeln zur objektivierten Vertragsauslegung aus §§ 914ff ABGB.⁴⁰ Zwar erkennt der BGH an, dass sich der Parteiwille auch aus den Begleitumständen und dem schlüssigen Verhalten der Bekl ergeben kann.⁴¹ Dieser erweiterten Auslegung hat er in eigener Rsp jedoch enge Grenzen gesetzt. So bedarf es für die Annahme der konkludenten Nutzungsrechteinräumung einer **Unerlässlichkeit** für das Erreichen des Vertragszwecks. Sie wird damit zur absoluten Ausnahme postuliert.⁴² Eine Unerlässlichkeit der öffentlichen Zugänglichmachung von Fototapeten als Hintergrund von Fotoaufnahmen lässt sich kaum, eine niedrigerschwellige Üblichkeit durchaus leichter begründen.

5. Und was sagt das Unionsrecht?

Der für das Institut der „schlichten Einwilligung“ herangezogene objektivierte Auslegungsmaßstab wirkt auch vor dem Hintergrund des **Unionsrechts** nicht unproblematisch. Der BGH legt das Verhalten des Berechtigten nach dem objektiven Empfängerhorizont aus und greift dabei ausdrücklich nicht auf den speziell für das Urheberrecht entwickelten Zweckübertragungsgrundsatz zurück, welcher dem Schutz der Urheberinteressen dient. Vielmehr wird auf die Üblichkeit der jeweiligen Nutzungshandlung aus rein objektiver Sicht abgestellt. Bei strenger Betrachtung wählt das Gericht hier also einen Rechtfertigungsansatz, der im Ergebnis mehr dem Charakter einer Schrankenregelung entspricht als dem einer tatsächlich rechtsgeschäftlichen Ausgestaltung des Urheberrechts.⁴³ Insofern wird die Nähe zu einer „**fair use**“-Klausel kritisiert⁴⁴ oder von einer bloß **fingierten Willenserklärung** gesprochen.⁴⁵

Dies wäre allerdings kaum mehr mit den klaren Vorgaben der Union zur abschließenden Natur der harmonisierten Schranken in Art 5 RL 2001/29/EG zu vereinen. Wo sich ausdrücklich kein Spielraum für die mitgliedstaatliche Ausdifferenzierung urheberrechtlicher Ausnahmen ergibt, darf eigentlich auch kein dogmatischer Umweg über das Institut einer „schlichten Einwilligung“ die Harmonisierungsbestrebungen unterlaufen. Dies gilt erst recht im Hinblick auf eine zu allgemein formulierte Einschränkung des Urheberrechts – gleich welcher Rechtsnatur – die im

Ergebnis einer „fair use“-Klausel gleichkommt, der der EU-Gesetzgeber sowie der EuGH iSd europäischen Urheberrechtstradition eine klare Absage erteilen muss.⁴⁶ Die seitens der Revision geäußerte Mahnung, das Institut der konkludenten Einwilligung sei angesichts der eindeutigen Schrankenregelungen „*mit besonderer Zurückhaltung anzuwenden*“ (Rn 22), erscheint in diesem Licht durchaus eingängig.

E. Status quo: Auslegung am Maßstab der Üblichkeit und Vorhersehbarkeit aus Sicht eines objektiven Empfängers

Der BGH befasst sich mit Blick auf das Entscheidungsziel im Kern va mit der Frage, welcher **Auslegungsmaßstab** zur Ermittlung einer möglicherweise konkludent erfolgten Zustimmung des Urhebers heranzuziehen ist. Für den hier gewählten Weg über die dogmatische Figur einer schlichten Einwilligung sind nach Ansicht des BGH die **allgemeinen Grundsätze der rechtfertigenden Einwilligung** und die an ihre konkludente Erteilung zu stellenden Anforderungen anzuwenden. Maßgeblich sei danach, **wie das Verhalten des Berechtigten aus Sicht eines objektiven Dritten in der Position des Empfängers verstanden werden muss**.

An dieser Stelle der Entscheidungsbegründung kommt es zu der aus Praxissicht **zentralen Aussage**, dass für die Annahme einer konkludenten Einwilligung maßgeblich sein wird, ob es um eine nach den Umständen **übliche Nutzungshandlung** geht. In den vorliegenden Fällen kam es insb darauf an, ob der Berechtigte – sollte er die Fototapeten ohne konkrete Einschränkungen als solche vertreiben – damit rechnen musste, dass die streitgegenständlichen Nutzungshandlungen erfolgen.

Nach Ansicht des BGH wird es beim Fehlen einer ausdrücklichen Zustimmung in Zukunft folglich va darauf ankommen, ob die in Streit stehende Art der Nutzung **üblich** und damit für den Berechtigten **vorhersehbar** ist. Eine Zustimmungspflichtigkeit und die damit verbundene Möglichkeit des Abschlusses einer vergütungspflichtigen Lizenz werden sich nur noch dort ergeben, wo der Berechtigte eine ausdrückliche Beschränkung vorab erklärt.⁴⁷ Wie ein solcher ausdrücklicher Hinweis auszugestalten ist, bleibt zunächst offen.⁴⁸

F. Fazit: Keine Übertragbarkeit auf das österreichische Urheberrecht

Der BGH folgt in seinen Entscheidungen einer vermehrt zu beobachtenden Neigung bei der Auslegung und Anwendung des

⁴⁰ Hofmarcher in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht³ § 24c Rz 15, 34.

⁴¹ BGH 15. 3. 1984, I ZR 218/81, *Bestellvertrag*, GRUR 1984, 528.

⁴² Vgl BGH 22. 4. 2004, I ZR 174/01, *Comic-Übersetzungen III*, GRUR 2004, 938; BGH 29. 4. 2010, I ZR 68/08, *Restwertbörse*, GRUR 2010, 623; Dreier/Schulze, UrhG⁷ § 31 Rn 122; Hofmarcher in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht³ § 24c Rz 14.

⁴³ Vgl schon zur *Vorschaubilder*-Rsp: Klass, ZUM 2013, 1.

⁴⁴ Brtka, GRUR-Prax 2024, 719, Praxishinweis; vgl auch: Schack in GRUR 2024, 1698 (1700); Wandtke/Bullinger, UrhR⁶ Vor §§ 31ff Rn 44.

⁴⁵ Vgl Schack in GRUR 2024, 1698 (1699); krit zu einem fingierten Willen des Urhebers auch Ohly in Schrickler/Loewenheim, UrhR⁶ Vor §§ 31ff Rn 30; v Ungern-Sternberg, GRUR 2009, 369, 371.

⁴⁶ Vgl umfassend zu den Argumenten gegen eine Fair-Use-Klausel im europäischen Urheberrecht vor dem Hintergrund des Pastiche-Begriffs Kraetzig, ZUM 2024, 1 (4).

⁴⁷ Bei vorhandener Üblichkeit der Nutzung bleibt offen, ob ein solches restriktives Vorgehen dann wiederum nicht als unzulässige Rechtsausübung einzuordnen wäre, vgl Brtka, GRUR-Prax 2024, 719, Praxishinweis.

⁴⁸ Ein Hinweis auf der Fototapete selbst erscheint jedenfalls lebensfremd.

Urheberrechts. Zugunsten der Entwicklungsoffenheit und Vereinbarkeit mit den sich wandelnden Gesellschaftsinteressen wird immer häufiger auf die Faktoren der Üblichkeit und Vorhersehbarkeit abgestellt.

Die dahinterstehende Praxisnähe ist durchaus zu begrüßen. Sie sollte jedoch auf einer dogmatisch schlüssigen und nachhaltigen Begründung basieren. Der gewählte Lösungsweg in Form eines „Opt-out“-Systems⁴⁹ kann im Ergebnis nur bedingt überzeugen. Es droht ein Unterlaufen der urheberrechtlichen Wertungen entgegen der Harmonisierungsbestrebungen der EU. Die „schlichten Einwilligung“ aus dem begrenzten Sachverhalt der *Vorschaubilder*-Rsp zu einem allgemeinen Rechtsprinzip zu erheben, welches somit nicht nur auf eindeutige Fälle der freiwilligen Zugänglichmachung geschützter Inhalte im Internet anzuwenden wäre, erscheint „dogmatisch überaus fragwürdig“⁵⁰ und führt zu neuen Herausforderungen in der Praxis.

Eine unmittelbare Übertragbarkeit der Entscheidungsbegründung auf das österr Recht liegt angesichts der zentralen Unterschiede in der urheberrechtlichen Gestattungsdogmatik fern: Es fehlt an einem normativen Ansatzpunkt für die Existenz einer „schlichten Einwilligung“ als alternative Zustimmungsmöglichkeit. Schon die in Deutschland anerkannte Unterscheidung von schuldrechtlicher Gestattung und einfachem Nutzungsrecht mit dinglichem Charakter ist angesichts der unstrittig angenommenen bloß schuldrechtlichen Wirkung der Werknutzungsbewilligung im österr System fremd. Die Entscheidungsbegründung des OGH im Hauptverfahren zur Rs *Mozart Symphonie No 42*⁵¹ sollte daher nicht als Bestätigung des dogmatischen Lösungsansatzes des BGH missverstanden werden. Dem OGH ging es hier vielmehr um eine praxisgerechte Lösung vor dem Hintergrund, dass eine Ausnahme zugunsten „unwesentlichen Beiwerks“ im österr Urheberrecht zu diesem Zeitpunkt noch fehlte.⁵²

Von einer Fortgeltung der restriktiven Wertungen des OGH-Urteils aus 1986 kann jedoch ebenfalls nicht ausgegangen werden. Die damals zugunsten des Fotografen ausgefallene Entscheidung erging wiederum lange vor Einführung der Schranke des unwesentlichen Beiwerks. Diese wurde erst mit der Urheberrechtsnovelle von 2015 in § 42e UrhG verankert. Zudem haben sich die Verwertungsrealitäten infolge massenhafter Nutzung auf digitalen Kanälen erheblich verändert. Die dem Urheberrecht immanente Interessenabwägung muss vor diesem Hintergrund neu vorgenommen werden.

Wie ein Urteil der österr Gerichte in einem vergleichbaren Fall heute ausfallen würde, lässt sich nur vermuten. Schon wegen der erheblichen Unterschiede in der Zustimmungsdogmatik würde der Begründungsweg sehr wahrscheinlich über eine Auslegung und Anwendung der nächstliegenden Ausnahmeregelungen verlaufen. Eine Perspektive lässt sich daher vermutlich am besten mit Blick auf die österr Judikatur zur Ausnahme in § 42e UrhG zeichnen.

Wie weit diese Ausnahme reicht, wurde durch die Gerichte bereits in Teilen konkretisiert. Zu den wichtigsten Entscheidungen zählt die sog *Wilderer-E*,⁵³ in der sich der OGH erstmalig mit der Anwendung des § 42e UrhG beschäftigte. In dieser kam es darauf an, ob das wiederholte Zeigen eines Portraits der zentralen Person einer dokumentarischen Aufarbeitung als „zufällig oder beiläufig“ iSd Ausnahme bewertet werden kann. Das Portrait war dabei immer wieder im Hintergrund, auf Kleidungsstücken oder auf Flugzetteln sichtbar, während es inhaltlich um die Aufarbeitung des Todes der Person ging.

Sobald das Werk erkennbar stil- oder stimmungsbildend sei oder eine bestimmte Wirkung oder Aussage mit Bezug zum ei-

gentlichen Gegenstand der Verwertung erzielt werden solle, könne nicht mehr von einem unwesentlichen Beiwerk ausgegangen werden. Das Gericht traf somit die grundlegende Aussage, dass es für die Einordnung als „unwesentliches Beiwerk“ va auf den **Äußerungskontext und die Austauschbarkeit** ankomme. Bei Filmen sei die Ausnahme bei einer bewussten Verwendung des Werks zu dramaturgischen Zwecken – wie im Fall der Einblendung des Wilderer-Portraits – im Ergebnis nicht einschlägig.

Die Frage nach der Wesentlichkeit einer Fototapete für den Raumeindruck lässt der BGH in den drei Entscheidungen ausdrücklich offen. Hierfür müsste es wohl auf die Relevanz der Werkverwendung im **konkreten Äußerungszusammenhang** ankommen. Im Hinblick auf die eher geringe Einprägsamkeit der streitgegenständlichen Motive liegt eine Austauschbarkeit wohl nahe. § 57 dt UrhG würde hier also ebenfalls eine Korrektur des weiten Lichtbildschutzes erlauben.

Plus

ÜBER DIE AUTORIN

Marie-Therese Wirtz ist International Associate, Schönherr Rechtsanwälte, Wien.

E-Mail: ma.wirtz@schoenherr.eu

VON DERSELBEN AUTORIN ERSCHIENEN

- ▶ OLG Wien 11. 6. 2024, 33 R 180/23t ecolex 2025/156 (*Marie-Therese Wirtz/Gudrun Irsa-Klingspiegl*);
- ▶ *Thomas Hoeren/Marie-Therese Wirtz*, Kunst und Recht: Leitfaden für Künstlerinnen und Künstler, Wissenschaftliche Schriften der Universität Münster: Reihe III; Bd 53 (2024).

HINWEIS

Zum Sachverhalt und zu den Entscheidungsgründen siehe in diesem Heft ÖBl 2025/50, 163.

BUCHTIPP

Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht, 3. Auflage (2023)

shop.manz.at



⁴⁹ So schon zur *Vorschaubilder*-Rsp *Klass*, ZUM 2013, 1, 7.

⁵⁰ Ebenfalls noch zur *Vorschaubilder*-Rsp *Wandtke/Bullinger*, UrhR⁶ Vor §§ 31 ff Rn 44, § 31 Rn 39, die davon ausgingen, der Begründungsansatz aus der *Vorschaubilder*-Rsp sei „kaum verallgemeinerungsfähig“; daher auch differenzierte Verwendung durch LG Köln 18. 4. 2024, 14 O 60/23 ZUM-RD 2024, 472, 481; vgl auch *Grünberger*, ZUM 2021, 395, 400.

⁵¹ OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 101/11y, *Mozart Symphonie No 42 II*.

⁵² Vgl auch Kritik an der Entscheidungsbegründung des OGH im EV-Verfahren *Glosse Walter* zu OGH 23. 2. 2010, 4 Ob 208/09f MR 2010, 206 (Pkt 5).

⁵³ OGH 26. 9. 2017, 4 Ob 81/17s ecolex 2018/33, 54 (*Zemann*).