

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltsek, Gottfried Musger,
Walter Holzer

Mai 2015

03

97 – 152

Beiträge

Die Benutzung einer fremden Marke in eigener Gewinnspielwerbung

Katharina Majchrzak und Silke Graf ➔ 100

Monopol versus Unionsrecht – zurück zum Start?

Arthur Stadler und Nicholas Aquilina ➔ 108

Leitsätze

Nr 18 – 28 ➔ 113

Rechtsprechung

**Schifahrerwerbung – Unterlassungsanspruch bei Verletzung
von Persönlichkeitsrechten Dritter** *Hannes Seidelberger* ➔ 115

**Landesausspielung II – Neuerlich zur Inländerdiskriminierung
im Glücksspielrecht** ➔ 119

**MCDONALD'S – Zur mittelbaren Verwechslungsgefahr
bei Serienmarken** *Katharina Schmid* ➔ 122

**Ediktsdatei II – Zum Umfang der Entscheidungsveröffentlichung
nach § 37 Abs 1 KartG** *Thomas Mildner* ➔ 126

Online-Archiv II – Überwachungspflichten bei Online-Archiven
Susanne Kissich ➔ 133

**Copydan Båndkopi – Zum „gerechten Ausgleich“ bei
multifunktionalen Trägern** *Roman Heidinger* ➔ 137

**Kausalsenat – Zur Besetzung des Rechtsmittelsenats in Verfahren
des gewerblichen Rechtsschutzes** *Philipp Anzenberger* ➔ 148

Bericht

AIPPI-Kongress 2014 *Rainer Beetz und Marc Keschmann* ➔ 151

Rechtsprechung

Gottfried Musger

→ Unterlassungsanspruch bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten Dritter

Verwendet ein Medienunternehmen in seiner Werbung Bilder bekannter Sportler, ohne zuvor deren Zustimmung eingeholt zu haben, verstößt es gegen die berufliche Sorgfalt und handelt daher unlauter

Sachverhalt:

Die Kl ist Medieninhaberin der „Kronen Zeitung“, ihr obliegt die redaktionelle Gestaltung dieser Tageszeitung sowie ua auch die Durchführung von Werbeaktivitäten.

Die Bkl ist Medieninhaberin der Sonntags- und Feiertagsausgaben des periodischen Druckwerks „Österreich“. Zwischen den Parteien besteht ein Wettbewerbsverhältnis.

Am Sonntag, dem 4. 12. 2011, veröffentlichte die Bkl auf Seite 17 der Innenausgabe von „Österreich“ die Abbildung 1 ersichtliche Ankündigung „Österreich morgen um nur 70 Cent“, wobei es sich bei den abgebildeten Sportlern um Benni Raich und Elisabeth Görgl handelt. Am Sonntag, dem 15. 1. 2012, veröffentlichte sie auf Seite 30 der Innenausgabe ihrer Tageszeitung die in Abbildung 2 ersichtliche Ankündigung „In Österreich der beste Sport um 70 Cent“. Bei den dort abgebildeten Sportlern handelt es sich um Anna Fenninger und Marcel Hirscher.

Bei den genannten Sportlern handelt es sich um Mitglieder des Nationalkaders des Österreichischen Skiverbands (ÖSV). Die Bkl hat keine Zustimmung zur Veröffentlichung dieser Lichtbilder eingeholt, weder bei den abgebildeten Sportlern noch beim ÖSV.

Die Kl begehrt – bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils – die Erlassung der EV, der Bkl möge geboten werden, es zu unterlassen, bei Herausgabe und/oder Vertrieb periodischer Druckschriften, insb der Tageszeitung „Österreich“, Bildnisse von Mitgliedern des Alpin-Nationalkaders des ÖSV ohne deren Zustimmung und/oder ohne Zustimmung des ÖSV zu Werbezwecken zu verwenden, insb es zu unterlassen, das Bildnis der zuvor genannten Sportler iZm der Bewerbung der Tageszeitung „Österreich“, insb mit deren gleichzeitiger Bezeichnung als „beste Sport-Zeitung“, zu veröffentlichen bzw zu verwenden.

Die Vorgehensweise der Bkl verstoße gegen § 1 UWG und sei auch nach § 2 UWG zu beurteilen. Die Veröffentlichungen seien irreführend, weil tatsächenswidrig der Eindruck erweckt werde, dass die Sportler die Zeitung der Bkl als die Zeitung mit dem besten Sport empfehlen würden. Durch die Veröffentlichung werde auch der Rechtsbruch iSv § 1 UWG verwirklicht. Die konsenslose Verwendung der Fotos verstoße gegen § 78 UrhG. Im Übrigen sei die Durchführung kommerzieller Werbung unter Verwendung von Personenbildnissen ohne Zustimmung des Abgebildeten nach nunmehr geltender Rechtslage eine unlautere Geschäftspraxis iSd § 1 Abs 1 Z 1 UWG. Das Verhalten der Bkl sei geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflus-

iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG. Der Unterlassungsanspruch kann von Mitbewerbern geltend gemacht werden.

sen; es führe zu einer Entwertung der von der Kl abgeschlossenen Sponsorverträge. Die Bkl erziele durch die konsenslose Verwertung der Lichtbilder einen Wettbewerb, ohne dafür einen finanziellen Aufwand

ÖBI 2015/24

§ 1 Abs 1 Z 1 UWG

OGH 17. 9. 2014,
4 Ob 62/14 t
(OLG Wien
5 R 106/13 i;
HG Wien
30 Cg 43/12 v)

Schifahrer-
werbung



Abbildung 1



Abbildung 2



zu tätigen, und verschaffe sich damit einen Wettbewerbsvorsprung. In der beanstandeten Verwendung dieser Bilder liege eine sonstige unlautere Handlung iSd § 1 Abs 1 Z 1 UWG. Genauso, wie es Standard sei, in der Berichterstattung dem Gebot der journalistischen Sorgfalt zu entsprechen, sei es allgemein gültiger Standard, im Bereich der Werbung jene Rechte vorweg vertraglich zu erwerben, die man für die Durchführung von Werbemaßnahmen benötige.

Die Verletzung von Persönlichkeitsrechten Dritter kann einen Unterlassungsanspruch von Mitbewerbern begründen.

Die Bekl hielt dem entgegen, die abgebildeten Skifahrer hätten keinen Einwand gegen die Veröffentlichung ihrer Bildnisse erhoben. Die Lichtbilder seien im Rahmen der Ankündigung redaktioneller Berichterstattung abgedruckt worden; niemand gewinne den Eindruck, die abgebildeten Rennfahrer würden für die Zeitung „Österreich“ werben. Die Bekl habe nicht einmal den Eindruck erweckt, dass sich diese Personen der Zeitung „Österreich“ entgeltlich zu Werbezwecken zur Verfügung gestellt hätten. Aber selbst wenn die Bekl berechnete Interessen der Abgebildeten verletzt hätte, wäre die Kl zur Geltendmachung von daraus abgeleiteten Ansprüchen nicht aktiv legitimiert.

Das ErstG erließ die beantragte EV. Es komme nach der neuen Rechtslage nicht darauf an, ob es sich bei der verletzten Norm um eine allgemein verbindliche Verhaltensnorm für jedermann handle oder um einen Eingriff in Rechte Dritter, über die diese selbst frei disponieren dürfen. Die konsenslose Verwendung von Fotos allgemein bekannter Persönlichkeiten verstoße gegen § 78 UrhG. Die Bekl habe daher gegen die dem Unlauterkeitsbegriff des § 1 Abs 1 Z 1 UWG zugrunde gelegene berufliche Sorgfalt verstoßen. [...]

Das RekG wies den Sicherungsantrag ab. [...] Es sei den Abgebildeten zu überlassen, zu beurteilen, ob eine Verletzung ihrer höchstpersönlichen Interessen vorliege. Würde man der Kl im Wege des Unterlassungsanspruchs nach dem UWG einräumen, ein Unterlassungsbegehren gegen die Bekl durchzusetzen, ohne dass die Kl aber das Recht auf Abwehr von Eingriffen in deren Bildnisschutz von den Berechtigten übertragen erhalten habe, käme es zu einer unerwünschten Einschränkung der Persönlichkeitsrechte der Abgebildeten, die ihrerseits über den ihnen vom Gesetz eingeräumten Unterlassungsanspruch nicht mehr disponieren könnten. Ihnen würde die Möglichkeit genommen abzuwägen, ob sie die Unterlassung ihrer Abbildung begehren oder einen zusätzlichen Bekanntheitsgrad lukrieren sollen. [...]

Der OGH stellte die vom ErstG erlassene EV wieder her.

Aus der Begründung:

1. Der Rechtsfrage, ob die konsenslose Bildnisveröffentlichung iZm Medienwerbung gegen die berufliche Sorgfalt von Medienunternehmen verstößt und – bejahendenfalls – ob der Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt als solcher lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche begründet, kommt in Ermangelung einer diesbezüglichen oberstgerichtlichen Rsp erhebliche Bedeutung iSv § 528 Abs 1 ZPO zu.

[Bisherige Rsp]

1.1. In der E 4 Ob 20/08 g¹⁾ hat der OGH die Frage geprüft, ob die Benutzung von Bildnissen öffentlich bekannter Personen ohne deren Zustimmung für die Bewerbung des eigenen Medienprodukts einen Wettbewerbsverstoß iSd § 1 UWG idF vor der Nov 2007 verwirklicht, und ist zum Ergebnis gekommen, dass die Bildnisveröffentlichung nicht schon deshalb unzulässig sei, weil sie ohne Einwilligung des Abgebildeten erfolgte. Schutzobjekt sei nicht das Bild an sich, sondern bestimmte, mit dem Bild verknüpfte Interessen. Es entspräche nicht dem Sinn und Zweck des § 78 UrhG, wenn ein Mitbewerber des Verletzers eine allfällige Verletzung der Interessen des Abgebildeten geltend machen könnte. Es könne aber auch nicht Zweck des Lauterkeitsrechts sein, allfällige Verletzungen des Rechts am eigenen Bild als Persönlichkeitsrecht eines Dritten zu verfolgen, wenn dieser Dritte darüber selbst frei disponieren und seine Rechte entsprechend wahrnehmen könne oder diese Rechte – aus welchen Gründen auch immer – nicht wahrnehme. Es sei daher nur der durch die Bildnisveröffentlichung in seinen Interessen Beeinträchtigte berechtigt, den Schutz seines Bildnisses in Anspruch zu nehmen. Ob das beanstandete Verhalten als „unlautere Geschäftspraktik“ gegen §§ 1 und 2 UWG idgF verstoße, wurde in der E offengelassen.

[Stellungnahmen im Schrifttum]

1.2. G. Korn argumentiert in einer Glosse zu dieser E (MR 2008, 123 [126]), dass nach objektiven Kriterien zu beurteilen sei, ob die von einer Bildveröffentlichung tangierten Interessen des Abgebildeten schutzwürdig seien. Die konsenslose Verwendung von Personenbildnissen – auch von Personen des öffentlichen Lebens – für Zwecke der kommerziellen (Wirtschafts-)Werbung sei generell unzulässig, da es keine öffentlichen Berichtsinteressen geben könne, die das Interesse des Abgebildeten am Unterbleiben der Verwendung seines Personenbildnisses für Zwecke einer von ihm gewollten (gemeint: nicht gewollten) Werbung überwiegen könnten.

1.3. In ÖBl 2008/37²⁾ führt derselbe Autor aus, die Durchführung kommerzieller Werbung unter Verwendung von Personenbildnissen ohne Zustimmung des Abgebildeten sei eine die journalistische Sorgfalt verletzende Medienberichterstattung und daher nach der nunmehr geltenden Rechtslage als „unlautere Geschäftspraktik“ iSd § 1 Abs 1 Z 2 UWG zu qualifizieren.

1.4. Horak (ecolex 2008/317) vermeint hingegen, es seien keine zwingenden Gründe zu erkennen, die gegen eine Beibehaltung der oben wiedergegebenen Rsp sprächen.

1.5. Nach Gamerith (ÖBl 2008/57) sollten auch in Fällen, in denen durch die Verletzungen des Urheberrechts Täuschungen anderer Marktteilnehmer herbeigeführt werden, Ansprüche aus §§ 1 und 2 UWG zugelassen werden, zumal das Verbraucherinteresse, vor (relevanter) Irreführung bei der Kaufentscheidung bewahrt zu bleiben, nicht zur Disposition des Urhebers stehen könne. Die Rsp, dass die Verletzung fremder Ausschluss-

1) *Prominentenbildnisse*, ÖBl 2008/57, 282 (Gamerith).

2) Korn, Die berufliche Sorgfalt im Wettbewerbsrecht, ÖBl 2008/37, 169.

rechte für sich allein keine Unlauterkeit begründe, die ein Dritter als Vorsprung durch Rechtsbruch geltend machen könne, bleibe aber aufrecht, soweit außenstehende Marktbeteiligte nicht betroffen seien.

[Neuerliche Prüfung der Frage]

2. Der Senat hat dazu erwogen:

2.1. Gem § 1 Abs 1 Z 1 UWG idF der UWGNov 2007 handelt derjenige unlauter, der im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen.

[„Berufliche Sorgfalt“ auch beim Mitbewerberschutz relevant]

2.2. Der Begriff der (wettbewerbsrechtlichen) Unlauterkeit wird im Gesetz nicht näher definiert. Nach der Rsp ist dieser Begriff durch Bedachtnahme auf Unternehmer-, Verbraucher- und Allgemeininteressen zu konkretisieren, wobei in § 1 Abs 1 Z 1 UWG die Interessen der Mitbewerber im Vordergrund stehen. Das nach dem Wortlaut nur für § 1 Abs 1 Z 2 UWG maßgebende Erfordernis der Einhaltung der beruflichen Sorgfalt ist auch dem mitbewerberschützenden Tatbestand der Z 1 zugrunde zu legen (vgl RIS-Justiz RS0123245; 4 Ob 225/07 b;³⁾ 4 Ob 185/08 x;⁴⁾ gezielte Behinderung von Mitbewerbern).

2.3. § 1 Abs 4 Z 8 UWG definiert den Begriff der beruflichen Sorgfalt als „den Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei dem billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass ihn der Unternehmer gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten in seinem Tätigkeitsbereich anwendet“. Darüber hinaus verweist Art 2 lit h RL-UGP noch auf den Grundsatz von „Treu und Glauben“ als rechtlichen Maßstab, der im Rahmen der richtlinienkonformen Interpretation ebenfalls zu berücksichtigen ist. Die beruflichen Sorgfaltspflichten ergeben sich daher aus den anständigen Marktgepflogenheiten sowie dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl Heidinger in Wiebe/Kodek, UWG² § 1 Rz 184 mwN). Aus der Sicht der Kommission sollte mit dem Begriff der „beruflichen Sorgfalt“ an den in den meisten MS bekannten Begriff des „ordnungsgemäßen Geschäftsgebarens“ oder der „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“ bzw der „unternehmerischen Sorgfalt“ angeknüpft werden (vgl Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG³² § 3 Rn 39).

[Konkretisierung der „beruflichen Sorgfalt“ im vorliegenden Fall]

2.4. Die Kl leitet die Verletzung von beruflichen Sorgfaltspflichten durch die Bekl aus einem Verstoß gegen die „journalistische Sorgfalt“ iSd § 29 MedienG sowie gegen die „Grundsätze für die publizistische Arbeit“ des Österreichischen Presserats („Ehrenkodex für die österreichische Presse“) ab.

Der „Ehrenkodex“ hat zwar keinen rechtsverbindlichen Charakter, ihm kommt aber als Festschreibung der Branchenusancen eine für die Interpretation von Normen wie der §§ 6 ff MedienG (Persönlichkeitsschutz), § 29 MedienG (Wahrnehmung journalistischer Sorgfalt) bzw § 1330 ABGB und § 111 StGB (üble

Nachrede) wichtige Bedeutung zu (Noll in Berka/Höhne/Noll/Polley, MedienG PraxKomm² § 2 Rz 14).

2.5. Gem Pkt 8.1 dieses Ehrenkodex dürfen bei der Beschaffung mündlicher und schriftlicher Unterlagen sowie von Bildmaterial keine unlauteren Methoden angewendet werden und Pkt 8.4 verlangt bei der Verwendung von Privatfotos die Zustimmung der Betroffenen, es sei denn, an der Wiedergabe des Bilds bestehe ein berechtigtes öffentliches Interesse. Laut Pkt 10.1 ist es in konkreten Fällen, insb bei Personen des öffentlichen Lebens, notwendig, das schutzwürdige Interesse der Einzelperson an der Nichtveröffentlichung eines Berichts bzw Bilds gegen ein Interesse der Öffentlichkeit an einer Veröffentlichung sorgfältig abzuwägen.

[Einholen der Zustimmung wäre erforderlich gewesen]

2.6. Die Veröffentlichung der Bilder von prominenten Sportlern – somit von Personen des öffentlichen Lebens – iZm Eigenwerbung des Mediums kann jedenfalls nicht mit einem Interesse der Öffentlichkeit gerechtfertigt werden. Auch sonst ist kein schützenswertes Interesse der Bekl ersichtlich, die Bilder prominenter Sportler – ohne deren Zustimmung – für Zwecke der Eigenwerbung zu nutzen. In sinngemäßer Anwendung der oben dargestellten Branchenusancen wäre nach den anständigen Marktgepflogenheiten daher vor der beanstandeten Veröffentlichung die Zustimmung der Abgebildeten zur Verwendung ihrer Bilder zu Werbezwecken einzuholen gewesen. Da dies – zugestandenermaßen – nicht erfolgte, liegt somit eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt seitens der Bekl vor.

[Kein Anhaltspunkt für vermutete Zustimmung]

2.7. Die Bekl kann die unterbliebene Einholung der Zustimmung zur Bildnisveröffentlichung auch nicht damit rechtfertigen, sie habe damit rechnen können, die Sportler würden wegen der damit verbundenen Erhöhung ihrer Bekanntheit der Veröffentlichung ihrer Bilder zu Werbezwecken zustimmen. Denn Sportlerfotos genießen einerseits einen hohen merkantilen Wert – wie aus der häufigen Heranziehung von Sportlern als Werbeträger geschlossen werden kann – und andererseits haben die dem ÖSV angehörenden Skirennläufer bekanntermaßen diesem die entsprechenden Rechte abgetreten. Die Bekl musste daher davon ausgehen, dass die abgebildeten Sportler – anders als dies bei Politikern der Fall wäre (vgl 4 Ob 20/08 g) – kein Interesse daran haben, auf diese Weise iZm kommerzieller Werbung in der Öffentlichkeit präsent zu sein. Insofern unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt ganz wesentlich von dem der E 4 Ob 20/08 g zugrunde liegenden.

[Abgrenzung zu Ansprüchen der Abgebildeten]

2.8. Die Sorgfaltsverletzung der Bekl bewirkt mittelbar auch eine Verletzung des Bildnisschutzes der abgebildeten Sportler gem § 78 UrhG. Die Kl macht aber nicht deren Abwehransprüche nach dem UrhG geltend, sondern stützt sich zur Begründung des Unterlassungsan-

3) Stadtrundfahrten, ÖBl 2008, 237 (Mildner).

4) Logoretusche, ÖBl 2009, 171 (Gamerith).

spruchs auf eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt durch zustimmungslose Bildveröffentlichung, von der die Kl als Mitbewerberin der Bekl betroffen ist (vgl *Gamerith*, ÖBL 2008/57). Damit greift die Kl nicht in die Verfolgungsrechte der Abgebildeten ein. Diesen steht es unabhängig vom Lauterkeitsrechtsanspruch der Kl frei, ihre Rechte gegenüber der Bekl geltend zu machen bzw dieser die Veröffentlichung zu gestatten. Eine nachträgliche Gestattung würde allerdings nichts an der bestehenden Wiederholungsgefahr ändern (vgl 4 Ob 124/09 b: Betrieb einer Anlage vor deren behördlicher Bewilligung). Im Vorhinein durfte die Bekl – wie gesagt – jedenfalls nicht mit einer Zustimmung der Sportler zur Bildveröffentlichung rechnen.

Zusammengefasst ist der Verstoß der Bekl gegen die berufliche Sorgfalt unlauter iSv § 1 Abs 1 Z 2 UWG und begründet als solcher einen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch.

[Eignung zur Beeinflussung des Wettbewerbs]

2.9. Das beanstandete Verhalten der Bekl ist zweifellos geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen. Bei den abgebildeten Sportlern handelt es sich um Weltmeister, Weltcupsieger bzw Olympiasieger. Der Werbewert dieser Spitzensportler ist enorm, sodass sich Leser zum Kauf der mit diesen beworbenen Zeitungen bzw Anzeigenkunden zur Schaltung von Inseraten entschließen. [...]

Anmerkung:

Diese E über die (auch) lauterkeitsrechtliche Unzulässigkeit der Abbildung von Spitzensportlern im Rahmen der Werbeeinschaltung einer Zeitung ohne deren Zustimmung ist nicht nur zu begrüßen, sondern in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert:

- Zunächst wird eine Rechtsschutzlücke geschlossen, weil in der Rechtslage vor der UWGNov 2007 von der Judikatur noch keine Möglichkeit für nach § 14 UWG klagebefugte Personen und Institutionen gesehen wurde, fremde (und eindeutige) Persönlichkeitsrechtsverletzungen (hier: Recht am eigenen Bild gem § 78 UrhG) bei werblicher Verwendung zu verfolgen.
- Außerdem wird der im UWG in Umsetzung der RL-UGP⁵⁾ zentrale Begriff der „beruflichen Sorgfalt“ mit Leben erfüllt.
- Schließlich ist eine mE relevante Irreführung unterbunden worden, womit sich die Entscheidungsbeurteilung aber nicht (mehr) befassen musste.

Rückblickend betrachtet kommt der OGH hier zu einem anderen Ergebnis als in der E *Prominentenbildnisse*⁶⁾. Allerdings war bei dieser E noch § 1 UWG idF vor der UWGNov 2007 anzuwenden und wurde eine Beurteilung der neuen Rechtslage ausdrücklich offengelassen. Der OGH setzt sich daher bei der aktuellen E zu den Sportlerbildern nicht nur mit den teilweise krit Anmerkungen von *Korn*⁷⁾ und *Gamerith*⁸⁾ zu der E *Prominentenbildnisse*, sondern va erstmals mit der Rechtslage nach Umsetzung der RL-UGP samt Einführung der beruflichen Sorgfalt als neuem Maßstab auseinander. Entgegen *Frauenberger*⁹⁾ rückte der OGH damit mE nicht von der bisherigen Judikatur insb zur Fallgruppe Rechtsbruch ab. Entscheidend ist vielmehr die Verletzung der beruflichen Sorgfalt. Nach Art 5 Abs 2 RL-UGP ist eine Geschäftspraktik unlauter, wenn sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und eine Eignung zur Beeinflussung des Durchschnittsverbrauchers besitzt. Dieses Erfordernis der beruflichen Sorgfalt ist nach stRsp des OGH auch dem mitbewerberschützenden Tatbestand in § 1 Abs 1 Z 1 UWG zugrunde zu legen.¹⁰⁾

Berufliche Sorgfalt wird gem Art 2 lit h RL-UGP als der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt definiert, bei dem billigerweise davon ausgegangen werden kann,

dass der Gewerbetreibende sie gegenüber dem Verbraucher gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten¹¹⁾ und/oder dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben in seinem Tätigkeitsbereich anwendet. Nach dem RL-Vorschlag der EK v 18. 6. 2003 (der OGH verweist darauf) sollte mit dem Begriff der „beruflichen Sorgfalt“ an den Begriff des „ordnungsgemäßen Geschäftsgebarens“ oder der „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“ angeknüpft werden, also an die unternehmerische Sorgfalt (s auch § 347 UGB, welcher von der Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers spricht).

Im bei der ggst E zu beurteilenden Medienbereich ist die journalistische Sorgfalt ein Anhaltspunkt auch für die branchentypische unternehmerische Sorgfalt, zumal sich gem § 29 Abs 1 MedienG der Medieninhaber auf diesen „Entlastungsbeweis“ berufen kann. Der Begriff der journalistischen Sorgfalt wird an objektiven Kriterien gemessen, wobei allfällige subjektive Mängel geistiger oder körperlicher Natur und individuelle organisatorische, technische oder finanzielle Schwächen außer Betracht zu bleiben haben.¹²⁾ Die Einhaltung der unternehmerischen Sorgfalt im Medienbereich ist daher nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen, wobei die journalistische Sorgfalt eine Vergleichsgrundlage bildet. Wie von der Maßfigur eines verantwortungsvollen, gewissenhaften, verständigen, sach- und fachkundigen Jour-

5) RL 2005/29/EG v 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr von Unternehmern gegenüber Verbrauchern, ABl L 2005/149, 22. Zum nachträglich berichtigten Titel s *Gamerith*, Die RL-UGP wurde berichtigt, ÖBL 2010/13, 58.

6) OGH 11. 3. 2008, 4 Ob 20/08 g, *Prominentenbildnisse*, ÖBL 2008/57, 282.

7) *Korn*, Die berufliche Sorgfalt im Wettbewerbsrecht, ÖBL 2008/37, 169, und *ders*, Anm zur E *Prominentenbildnisse*, MR 2008, 123 (125), welcher insb die Ansicht vertritt, dass die konsenslose Verwendung von Personenbildnissen für Zwecke der kommerziellen (Wirtschafts-)Werbung generell unzulässig ist und der beruflichen Sorgfalt der Medien widerspricht.

8) Die erfolgte Verneinung einer gem § 2 UWG tatbestandsmäßigen Irreführung anzweifeln *Gamerith*, Anm zur E *Prominentenbildnisse*, ÖBL 2008/57, 285; zust zur E *Prominentenbildnisse* in seiner Anm allerdings *Horak*, *ecolx* 2008/317, 841.

9) *Frauenberger*, Anm zur E *Schifffahrerwerbung*, MR 2014, 314 (317).

10) OGH 11. 3. 2008, 4 Ob 225/07 b, *Stadtrundfahrten*, ÖBL 2008/48, 237 (*Mildner*); RIS-Justiz RS0123245.

11) Auch die Erläuterung zur UWGNov 2007 (144 BlgNR 23. GP 3) verweisen noch einmal ausdrücklich auf deren Relevanz für die Ermittlung des Standards beruflicher Sorgfalt für den jeweiligen Berufsstand.

12) *Heindl* in *Berka/Heindl/Höhne/Noll*, *Praxiskommentar MedienG*³ § 29 Rz 17.



nalisten auszugehen ist, der sorgfältige Recherchen anstellt und dabei dem Grundsatz „audiatur et altera pars“ Rechnung trägt,¹³⁾ wird auch bei der Konkretisierung der beruflichen Sorgfalt ein verantwortungsvoller, gewissenhafter, verständiger, sach- und fachkundiger Medienunternehmer heranzuziehen sein.

Bspw wird ein sorgfältiger Buchverleger nicht ein in seinem Verlag erscheinendes Buch mit Karikaturen eines Künstlers illustrieren oder den Text mit Bildern unterlegen, ohne vom Künstler oder vom Fotografen die Zustimmung dafür eingeholt zu haben. Auch eine sorgfältige Werbeagentur wird keine Werbekampagne entwickeln, ohne die für die Durchführung erforderlichen Nutzungsberechtigungen beim Textautor, beim Komponisten bzw Interpreten (über die AKM) oder beim abgebildeten Model erlangt zu haben. Ein mit den rechtlichen Werten verbundener Medienunternehmer erwirbt die für seine unternehmerische Tätigkeit erforderlichen Rechte vom Berechtigten und zahlt das angemessene Entgelt, wenn er gesetzestreu und beruflich sorgfältig handelt.

Gem § 346 UGB kommt dem Handelsbrauch Relevanz zu und ist bei Unternehmern in Hinblick auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Geschäftsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Im konkreten Fall hat sich der OGH (auch) auf die Grundsätze für die publizistische Arbeit des Österreichischen Presserats („Ehrenkodex für die österreichische Presse“) gestützt, welche für die Verwendung von Privatfotos die Zustimmung verlangen und wonach bei der Beschaffung von Bildmaterial keine unlauteren Methoden angewendet werden dürfen. Außerdem ist nach diesem Regelungswerk bei Personen des öffentlichen Interesses das schutzwürdige Interesse des Abgebildeten an der Nichtveröffentlichung gegen ein Interesse der Öffentlichkeit an einer Veröffentlichung abzuwägen. Wie der OGH richtig ausführt, kann die Veröffentlichung von Bildern von prominenten Sportlern iZm einer Eigenwerbung des Mediums nicht mit einem Interesse der Öffentlichkeit gerechtfertigt werden. Unter Berücksichtigung dieser von einem breiten Konsens getragenen Branchenusancen und grundlegenden Handlungsanleitungen liegt somit eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt vor.¹⁴⁾

Ob eine Mitgliedschaft beim österr Presserat besteht oder – wie bei der Bekl – nicht, ist für die Frage der Marktüblichkeit ohne Relevanz. Maßgeblich ist, ob die vom österr Presserat zusammengefassten Verhaltensregulative repräsentativ für die Branche sind,¹⁵⁾ wobei ihnen ohne-

dies mangels Normwirkung nur Indiziencharakter zukommen kann. Auf solche gefestigten Branchenusancen bzw dokumentierten Marktgepflogenheiten ist aufzubauen, wenn man den Begriff der beruflichen Sorgfalt wie hier mit Leben erfüllen und damit eine wohl begründete Bewertung einer Geschäftspraktik vornehmen will. In gleicher Weise kann bspw eine ÖNorm als Maßstab für die Beurteilung dienen, was allgemein anerkannte Regel der Technik ist, ohne dass sie im Einzelfall als Vertragsbestandteil vereinbart worden sein muss.

Mit dieser E wurde eine Schutzlücke geschlossen. Es kann und wird gute Gründe dafür geben, dass die abgebildeten Sportler von einer Klage gegen ein Medium absehen, das während der laufenden Saison über sie berichtet. Umso wichtiger ist es, dass nicht nur diese uU „befangenen“ Rechteinhaber die eindeutige Verletzung ihrer Rechte und damit der beruflichen Sorgfalt geltend machen können.

Als zweites „Standbein“ für die Begründung einer Unlauterkeit wäre mE eine relevante Irreführung nach § 2 UWG anzunehmen. *Gamerith* hatte das in seiner Anm zur E *Prominentenbildnisse* (Abbildung von Politikern und Prominenten ohne deren Zustimmung mit dem Hinweis „Einer unserer 3 Millionen Leser“) angeregt,¹⁶⁾ die Klage war offenbar auch darauf gestützt. Die hier strittigen Veröffentlichungen sind zur Täuschung des Publikums geeignet, weil tatsächlich der Eindruck erweckt wird, die Sportler würden die Zeitung der Bekl als die Zeitung „mit dem besten Sport“ empfehlen. Der OGH geht auf diese weitere Anspruchsgrundlage nicht ein, weil er ohnehin einen Verstoß gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG annimmt.

Der Begriff der beruflichen Sorgfalt kann nach dieser E jedenfalls nicht mehr als weitgehende „Leerformel“ angesehen werden, wie es die Lit zur UWGNov 2007 teilweise noch befürchtet hatte.¹⁷⁾

Hannes Seidelberger

13) OGH 15 Os 125/08h; 15 Os 126/08f; 15 Os 127/08b, *Journalistische Sorgfalt*, MR 2009, 124.

14) Wie *Frauenberger* (MR 2014, 318, 2.3) fragend anmerkt, werden mE aber nicht alle (Detail-)Regelungen des Ehrenkodex automatisch ohne Differenzierung Eingang in die Beurteilung der beruflichen Sorgfalt nach dem UWG finden, wobei es einen erheblichen Unterschied ausmacht, ob bei einer Geschäftspraktik neben diesen Vorgaben auch noch individuelle Rechte Dritter verletzt werden.

15) Auch *Hofmarcher* sieht die Heranziehung des „Ehrenkodex für die österreichische Presse“ als gerechtfertigt an, Anm zu *ecolex* 2015/21, 51, *Sportlerbilder*.

16) Siehe FN 8.

17) W. *Schuhmacher*, Die UWG-Novelle 2007, wbl 2007, 557 (560).

