



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

5 R 92/05v

Präsidium  
des Handelsgerichtes Wien  
eingel. am 25. JULI 2005  
fach, mit ..... Akten  
Halbschriften

23

eingel. am

02. Aug. 2005

Dr. Schartmüller

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr. Reitermaier als Vorsitzenden sowie die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr. Strolz und die KR Dr. Heinz in der Rechtssache der klagenden Partei **Rechtsschutzverband der Fotografen Österreichs**, Rudolf Sallinger Platz 1, 1030 Wien, vertreten durch Dr. Josef Schartmüller, Rechtsanwalt in Pregarten, wider die beklagte Partei [REDACTED]

[REDACTED] vertreten durch [REDACTED], Rechtsanwalt in Wien wegen Zahlung und Unterlassung (Streitwert: EUR 12.955,50), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 11.3.2005, 41 Cg 68/03p-19, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung in der Hauptsache wird **nicht Folge** gegeben.

Hingegen wird der Berufung im Kostenpunkt **Folge** gegeben und die angefochtene Kostenentscheidung (Punkt 3. des Urteilsspruchs) dahin abgeändert, dass sie wie folgt zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden

Partei die mit EUR 4.271,18 (darin EUR 486,15 USt, EUR 1.354,28 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu bezahlen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1.041,60 (darin EUR 173,60 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

**E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Zahlung von EUR 955,50 s.A. sowie die Unterlassung, von Susanne Spiel hergestellte Lichtbilder, insbesondere Portraitlichtbilder, zeigend Jacqueline [REDACTED], an denen der Klägerin und/oder Susanne Spiel die Urheber- und/oder Leistungsschutzrechte zukommen, ohne dafür über eine Werknutzungsbewilligung durch die Klägerin oder Susanne Spiel zu verfügen und/oder ohne die Letztgenannte als Herstellerin zu bezeichnen, zu veröffentlichen.

Zur Begründung führte sie aus, Susanne Spiel, eine Fotografin, sei Mitglied der Klägerin. Sie habe der Klägerin alle ihr hinsichtlich der von ihr angefertigten Portraitlichtbilder, zeigend Jacqueline [REDACTED], zustehenden Rechte nach den §§ 73f UrhG zur treuhändigen Wahrnehmung im eigenen Namen, jedoch im Interesse der Genannten und auf deren Rechnung übertragen. Die Beklagte sei Medieninhaberin und Herausgeberin der [REDACTED]

In der Ausgabe vom 27.9.2002 habe diese in der

Beilage „Lebenslust“ zwei Bilder von Jacqueline [REDACTED] die von Susanne Spiel hergestellt worden seien, veröffentlicht, ohne über eine Werknutzungsbewilligung durch die Fotografin oder die Klägerin zu verfügen und habe es auch unterlassen, die Fotografin als Herstellerin zu bezeichnen. Diese versehe jedes Lichtbild, das sie an Dritte weitergebe, mit einem Aufkleber auf der Rückseite, der ihren Namen als Herstellerin trage.

Aufgrund der widerrechtlichen Veröffentlichung habe die Fotografin der Beklagten das berechtigte Veröffentlichungshonorar in Höhe von EUR 955,50 fakturiert. Sie mache einen Entgelt- und Schadenersatzanspruch aufgrund der widerrechtlichen Veröffentlichung nach § 87 Abs 3 iVm § 86 UrhG geltend und begehre auch Schadenersatz aufgrund der unterlassenen Herstellerbezeichnung. Diese diene vor allem auch dem Zweck, sich als Fotografin einen Namen zu machen und es sei damit eine Werbewirkung verbunden, die bei der gegenständlichen Veröffentlichung entgangen sei, weshalb der dadurch entstandene Vermögensschaden mit dem einfachen Veröffentlichungsentgelt bewertet werde. Zudem sei die Beklagte zur Unterlassung weiterer Veröffentlichungen verpflichtet.

Die Beklagte wendete dagegen ein, sie habe in der von der Klägerin genannten Beilage „Lebenslust“ ein Foto einer Frau veröffentlicht. Daran stünden jedoch weder der Klägerin noch einer Frau Spiel Urheber- oder Leistungsschutzrechte zu, die sie durch diese

Veröffentlichung verletzt hätte.

Die Beklagte habe dieses Foto über mehrfaches Ersuchen von Veronika D. [REDACTED] und Sieglinde R. [REDACTED] veröffentlicht. Diese hätten unbedingt als Modell in Erscheinung treten wollen, weshalb sie Fotos unentgeltlich zur Veröffentlichung übermittelt hätten.

Da auf den übermittelten Lichtbildern kein Herstellervermerk angebracht gewesen sei, sei für die Beklagte nicht erkennbar gewesen, dass die Fotos von Frau Spiel als Fotografin gemacht worden sein sollten, sodass diese zur Einholung einer allfälligen Zustimmung nicht kontaktiert werden hätte können. Es treffe sie somit kein Verschulden an der Unterlassung der Veröffentlichung einer allfälligen Herstellerbezeichnung.

Aufgrund der objektiven Anhaltspunkte sei außerdem davon auszugehen gewesen, dass die auf dem Lichtbild abgebildete Person zur Verbreitung berechtigt gewesen sei. Da überdies der Fotografin bei Erstellung der Fotos und Vereinbarung des Honorars mit der Abgebildeten bekannt gewesen sei, dass diese der Förderung der Modell-Karriere diene und daher zur Veröffentlichung erstellt werde, sei die Zustimmung der Fotografin im Vorhinein für solche Zwecke erteilt worden. Die Fotografin sei für jede Art der Veröffentlichung vollständig entlohnt worden und sei mit dieser einverstanden gewesen, weshalb keine Ansprüche mehr bestünden.

Mit dem angefochtenen Urteil wurde dem eingangs

wiedergegebenen Zahlungs- und Unterlassungsbegehren stattgegeben. Das Erstgericht stellte dazu den aus den Seiten 5 und 6 seiner Entscheidung ersichtlichen Sachverhalt fest. Dieser wird auszugsweise wie folgt wiedergegeben:

Susanne Spiel arbeitet unter anderem als selbständige Fotografin. Sie führte mit Sieglinde R [REDACTED] und Veronika-Jacqueline D [REDACTED] auf Bestellung der Erstgenannten ein Fotoshooting durch. Über eine Veröffentlichung der Fotos von Veronika-Jacqueline D [REDACTED] wurde nicht gesprochen. Die den beiden genannten Personen übergebenen Fotos hatten auf der Rückseite einen Aufkleber mit dem Text „Copyright by Susanne Spiel“ samt Telefonnummer.

Am 2.9.2002 übermittelte Sieglinde R [REDACTED] der Beklagten das klagsgegenständliche Foto mit der Erklärung „Die Fotos von Jacqueline und mir, Sieglinde R [REDACTED] stellen wir Ihnen unentgeltlich bis auf Widerruf zur Verfügung [REDACTED] diese Erklärung ist von Sieglinde R [REDACTED] unterschrieben. Diese hatte von ihrer volljährigen Tochter Jacqueline, die nichts von der Übergabe der Fotos (in Kopie) wusste, keine Vollmacht für diese Erklärung.

In der Ausgabe der [REDACTED] zeitung vom 27.9.2002 erschien in der Beilage „Lebenslust“ auf der ersten und sechsten Seite ein von Susanne Spiel erstelltes Foto, zeigend Jacqueline-Veronika D [REDACTED] wobei als

Herstellerbezeichnung für dieses Foto [REDACTED] bzw. „Jacqueline-Veronika [REDACTED] aufschien.

Weder die Beklagte noch Sieglinde R [REDACTED] noch Jacqueline-Veronika D [REDACTED] hatten Susanne Spiel zwecks Veröffentlichung des Fotos kontaktiert.

Nach der Veröffentlichung legte Susanne Spiel der Beklagten eine Rechnung für Veröffentlichungshonorar, wobei sie für jedes Bild EUR 111,-- in Rechnung stellte, weiters für jede falsche Herstellerbezeichnung und den Vermögensschaden für entgangene Werbewirkung weitere EUR 111,-- sowie für die Veröffentlichung auf der Titelseite neuerlich EUR 153,-- (jeweils ohne USt).

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, die Beklagte habe von Susanne Spiel hergestellte Fotos veröffentlicht, ohne über eine Werknutzungsbewilligung zu verfügen. Die Fotos seien ihr weder von der darauf abgebildeten Jacqueline D [REDACTED] noch von der Fotografin zur Verfügung gestellt worden, sondern von einer dritten Person, nämlich Sieglinde R [REDACTED]. Diese habe erklärt, die Fotos „unentgeltlich bis auf Widerruf zur Verfügung zu stellen, habe aber ihrerseits nicht erklärt, über eine Werknutzungsbewilligung zu verfügen. Ebensowenig habe sie angegeben, dass die Fotos Privataufnahmen oder von ihr selbst hergestellt worden seien. („Anbei sende ich Ihnen Fotos meiner Tochter Jacqueline (20 Jahre), sie würde sich über eine Veröffentlichung sehr freuen!“; Beil./3).

Die Beklagte habe somit das Foto aufgrund dieser

unklaren und nicht von Berechtigten abgegebenen Erklärung veröffentlicht, ohne deren Herkunft näher zu hinterfragen; es sei auch nicht die offensichtlich volljährige Jacqueline-Veronika D. [REDACTED] um ihre Zustimmung zur Veröffentlichung gebeten worden, die Beklagte habe sich auf die Erklärung der Mutter verlassen.

In Ermangelung einer Herstellerbezeichnung auf dem Foto bzw mangels Erklärung über den Hersteller durch Sieglinde R. [REDACTED] sei die darauf Abgebildete als Hersteller selbst genannt und so allenfalls für sie ein Werbeeffect erwirkt worden, nicht aber für die tatsächliche Fotografin.

Die von Susanne Spiel geltend gemachten Veröffentlichungshonorare hielten sich im marktüblichen Rahmen, es stehe ihr das Entgelt für die Veröffentlichung gemäß § 86 UrhG zu.

Die Berechtigte sei von der Beklagten schuldhaft durch die Veröffentlichung ohne Einwilligung geschädigt worden, da diese sich auf sehr unklare, unvollständige Erklärungen einer offensichtlich nicht berechtigten Person gestützt habe. Sie habe daher die begehrte Entgelt- und Schadenersatzzahlung aufgrund der widerrechtlichen Veröffentlichung und der unterlassenen bzw falschen Herstellerbezeichnung nach § 74 Abs 1 bzw 3 UrhG iVm §§ 86, 87 Abs 3 UrhG zu bezahlen. Weiters bestehe gemäß § 81 UrhG der Anspruch auf Unterlassung einer widerrechtlichen Veröffentlichung.

Die Beklagte sei zur Abgabe einer

Unterlassungserklärung vor Klagseinbringung aufgefordert worden, habe eine solche nicht abgegeben, sondern gerichtlich vorgebracht, sie sei zur Veröffentlichung der Fotos berechtigt gewesen.

In seiner Kostenentscheidung verwies das Erstgericht auf § 41 ZPO. In der Kostennote des Klagevertreters seien nicht benötigte und daher zurücküberwiesene Barauslagen abzuziehen gewesen.

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten aus den Berufungsgründen der unrichtigen Tatsachenfeststellungen infolge unrichtiger Beweiswürdigung sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass das Klagebegehren abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Mit der Berufung wurde eine als Kostenrekurs bezeichnete Berufung im Kostenpunkt erhoben.

Die Klägerin beantragt, der Berufung weder in der Hauptsache noch im Kostenpunkt Folge zu geben.

Die Berufung in der Hauptsache ist nicht berechtigt.

In ihrer Beweistrüge wendet sich die Berufungswerberin dagegen, dass das Erstgericht den Sachverhaltsfeststellungen im Wesentlichen die Aussage der Zeugin Spiel, die als überzeugend und ruhig beschrieben wurde, zugrundelegte, während die Zeugin Sieglinde R [REDACTED]

[REDACTED] als unglaubwürdig erachtet wurde.

Soweit nach den weitwendigen Ausführungen



erkenntlich, wird die Feststellung bekämpft, dass die Fotos, die der Zeugin R [REDACTED] und ihrer Tochter von der Fotografin übergeben wurden, auf der Rückseite einen Aufkleber mit dem Text „Copyright bei Susanne Spiel“ samt Telefonnummer gehabt hätten. Diese Feststellung habe zu entfallen bzw hätte festgestellt werden müssen, dass ein Copyright-Hinweis auf diesen Lichtbildern gefehlt habe. Desweiteren möge festgestellt werden, dass die Zeugin R [REDACTED] aufgrund einer privaten Wohnadresse bei Bestellung und Erhalt der Fotos nicht erkennen habe können, dass Susanne Spiel eine gewerbliche Fotografin sei sowie dass erstere letztere darüber informiert habe, dass sie die Fotos im Internet verwenden und veröffentlichen wolle, sowie, dass die Zeugin Spiel auch anlässlich der Mitteilung einer Veröffentlichung im ORF keinerlei Vorbehalte gemacht habe.

Was die beiden letztgenannten Feststellungen betrifft, so sind diese nicht der Beweisrüge zuzuordnen, da nicht Ersatz-, sondern zusätzliche Feststellungen begehrt werden. Die Berufungswerberin macht somit sekundäre Feststellungsmängel geltend, führt aber nicht aus, aus welchem Grund es dann zu einer anderen rechtlichen Beurteilung gekommen wäre. Zusätzlich muss sie darauf verwiesen werden, dass sie ein derartiges Vorbringen im erstgerichtlichen Verfahren nicht erstattet hat, weshalb es auch keiner diesbezüglichen Feststellungen bedurfte.

Zum Herstellervermerk auf den Sieglinde R [REDACTED] übergebenen Fotos folgte das Gericht, wie schon erwähnt, der Aussage der Fotografin Susanne Spiel. Aus welchen Gründen diese Zeugin unglaubwürdig sein sollte, wohingegen der Aussage der Zeugin R [REDACTED] besondere Beweiskraft zukäme, kann die Berufungswerberin aber trotz ausführlichster Beweisrüge nicht stichhältig begründen.

Vielmehr ist dem Erstgericht beizupflichten, dass sich die Zeugin R [REDACTED] nicht durch besonderes Bemühen und Glaubhaftigkeit ausgezeichnet hat. Als es nämlich um das Thema „Copyright“ ging und sie gefragt wurde, ob die Fotos noch im Original existieren würden, gab sie - und dies ist entgegen den Berufungsausführungen nicht besonders glaubwürdig, sondern im Gegenteil wenig überzeugend - an, sie habe diese Fotos nicht mehr, weil sie keine Freude mehr mit ihnen gehabt habe. Der Umstand, dass einem Abgebildeten Fotos nicht mehr gefallen, ist aber vorweg kein Grund, diese sofort wegzuwerfen, zumal die Zeugin R [REDACTED] offenbar regelmäßig Fotos machen lässt, da sie als Modell tätig sein möchte, weshalb es noch weniger einleuchtet, dass sie dann einen Teil der im Rahmen dieser Bemühungen entstandenen Fotos nicht aufbewahrt, sondern einfach wegwirft.

Weiters kommt dazu, dass sie nach richterlicher Befragung zugab, dass die Fotos ihrer Tochter noch vorhanden seien. Als sie daraufhin befragt wurde, ob

sie sich bemüht habe, diese von ihrer Tochter zu bekommen, verneinte sie das. Wäre die Zeugin aber, wie die Berufung das hervorheben will, besonders am Hervorkommen der Wahrheit interessiert gewesen, so hätte sie sich doch wohl an ihre Tochter gewendet und um Vorlage der Fotos, insbesondere des klagsgegenständlichen, vor Gericht bemüht, um damit den von ihr behaupteten Nachweis zu erbringen, dass die Fotos keinen Copyright-Vermerk aufgewiesen haben. Dass sie dies - möglicherweise wohlweislich - unterlassen hat, spricht gerade nicht für, sondern gegen die Glaubwürdigkeit dieser Zeugin.

Auch der Umstand, dass die Zeugin R [REDACTED] an die Beklagte keine Originalfotos, sondern Kopien versendet hat, erscheint auffällig, dies auch unter Berücksichtigung des sicherlich richtigen Umstandes, dass es möglich gewesen wäre, dass sie die Originallichtbilder nicht mehr unversehrt zurückerhält. Wird nämlich nur eine Kopie eines Fotos übermittelt, so fehlt jedenfalls, falls nicht eine umfassende Vervielfältigung erfolgt, der auf der Rückseite angebrachte Herstellervermerk.

An der vom Erstgericht angenommenen Seriosität der Zeugin Spiel ändert auch der Umstand nichts, dass Diskrepanzen zwischen ihrer Aussage und jener der Zeugin R [REDACTED] zur Frage der Kosten für das Fotoshooting bestehen. Die Berufungswerberin versucht

der Zeugin Spiel zu diesem Punkt offenbar zu

unterstellen, sie hätte dieses Honorar „schwarz“ kassiert, weshalb sie unglaubwürdig sei.

Auch mit diesem Vorbringen ist die Beklagte aber nicht erfolgreich. Der Umstand, dass die beiden Zeuginnen zur Frage des Honorars widersprüchliche Aussagen abgegeben haben, spricht angesichts der schon dargelegten mangelnden Glaubwürdigkeit der Zeugin R [REDACTED] [REDACTED] jedenfalls nicht für diese und kann auch nicht zu Lasten der Zeugin Spiel gehen. Folge dieser unterschiedlichen Angaben könnte, was aber nicht entscheidungserheblich ist, nur sein, dass die Höhe des Fotohonorars eben nicht geklärt werden kann. Insbesondere kann daraus eine, ebenfalls nicht relevante, „Schwarzzahlung“ nicht ersehen werden.

Wenn die Berufungswerberin im Weiteren einwendet, die Zeugin Spiel habe ein eigenwirtschaftliches Interesse am Prozessausgang, so ist dazu zu ergänzen, dass auch die Zeugin R [REDACTED] nicht als unbeteiligte Zeugin angesehen werden kann, muss sie doch im Fall eines Prozessverlustes mit Regressansprüchen der Beklagten rechnen.

Weiters kann die Glaubwürdigkeit der Zeugin Spiel auch dadurch nicht beeinträchtigt werden, dass ihre Aussage nicht in allen Punkten mit dem Klagsvorbringen übereinstimmt. Wie es zu den von der Berufungswerberin relevierten Klagsbehauptungen kam, die nicht (ganz) mit der Aussage der Zeugin Spiel übereinstimmen, ist offen; möglicherweise sind sie auf Missverständnisse bei der

Informationsweiterleitung zurückzuführen. Jedenfalls  
erscheint es aber aus Sicht des Berufungsgerichtes  
nicht berechtigt, diesen Umstand allein als Anlass  
dafür herzunehmen, die Aussage der Zeugin Spiel vor  
Gericht als unglaubwürdig abzutun.

Schließlich haben die von der Berufungswerberin  
hervorgehobenen widersprüchlichen Punkte nicht unmittel-  
bar mit der bekämpften Feststellung zu tun, ob auf  
den übergebenen Lichtbildern ein Herstellervermerk  
angebracht war oder nicht. Dazu hat die Zeugin Spiel,  
dies anzuzweifeln besteht kein Grund, nachvollziehbar  
ausgesagt, sie drucke die entsprechenden Pickerln aus  
dem Computer aus und klebe sie auf sämtliche Fotos  
drauf. Warum dies im konkreten Fall, noch dazu, wo den  
Damen R [REDACTED] nach der Angabe der Zeugin  
Sieglinde R [REDACTED] zahlreiche Fotos übergeben  
wurden, nicht der Fall gewesen sein sollte, ist nicht  
erkennbar. Insbesondere ist es angesichts der behaupteten  
Anzahl von 40 ausgehändigten Fotos  
unwahrscheinlich, dass sich der Copyright-Hinweis auf  
sämtlichen Fotos gelöst haben oder vergessen worden  
sein sollte, weshalb dieser nicht ersichtlich gewesen  
sei.

Nicht dienlich ist letztlich auch die Behauptung  
der Berufungswerberin, bei der Zeugin Spiel habe es  
sich um eine welt- und menschenerefarene Fotografin  
gehandelt, während die Zeugin R [REDACTED] eine  
schlichte Angestellte sei. Weder finden sich dazu

Anhaltspunkte im Akt noch erscheint die insbesondere die Zeugin R [REDACTED] betreffende Aussage glaubwürdig, wenn man Bedacht auf das von der Beklagten vorgelegte Schreiben dieser Zeugin B [REDACTED] ./6 nimmt. Aus diesem geht, kurz gefasst, keinesfalls deren besondere Unbedarftheit hervor. Vor allem aber ist der Inhalt dieses Schreibens keineswegs geeignet, Zweifel an der erstgerichtlichen Beweiswürdigung, die sich im Rahmen des § 272 ZPO hält, hervorzurufen.

Da das Berufungsvorbringen somit nicht geeignet ist, an der erstgerichtlichen Beweiswürdigung stichhaltige Bedenken zu erwecken, übernimmt das Erstgericht diese und legt sie der rechtlichen Beurteilung zugrunde.

Unter dem Berufungsgrund „zur unrichtigen Tatsachenfeststellung infolge unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung“ macht die Berufungswerberin sodann (weitere) sekundäre Feststellungsmängel geltend, rügt aber auch neuerlich die Beweiswürdigung. Insoweit sie daher die Feststellung begehrt, die übermittelten Fotos hätten keinerlei Herstellerbezeichnung aufgewiesen, sei sie auf die vorangegangenen Ausführungen zur Beweisrüge verwiesen.

Ergänzend werden die Feststellungen begehrt, dass zwischen der Beklagten und der Zeugin R [REDACTED] im April 2002 eine Vereinbarung getroffen worden sei, wonach letztere ihre von ihr zur Verfügung gestellten Fotos der Beklagten unentgeltlich bis auf Widerruf zur

Verfügung stelle; sowie, dass das Schreiben der Zeugin R. [REDACTED] E. [REDACTED] ./3 inhaltlich wiedergegeben werde. Darin wird festgehalten, die Zeugin R. [REDACTED] [REDACTED] übersende Fotos ihrer Tochter Jacqueline (20 Jahre), die sich über eine Veröffentlichung sehr freuen würde; die Fotos von Jacqueline und Sieglinde R. [REDACTED] [REDACTED] würden diese der Beklagten unentgeltlich bis auf Widerruf zur Verfügung stellen.

Hätte das Erstgericht diese Feststellungen getroffen, so wäre es rechtlich zum Ergebnis gelangt, dass die Beklagte iVm dem schon vorangegangenen Schreiben davon ausgehen habe können, dass auch Jacqueline-Veronika D. [REDACTED] mit der Veröffentlichung einverstanden sei und diese sogar ausdrücklich gewünscht habe. Die Beklagte sei daher zu keinen weiteren Nachfragen veranlasst gewesen. Es treffe sie somit kein Verschulden, weshalb der verschuldensabhängige Leistungsanspruch nicht bestehe. Der Unterlassungsanspruch sei, auch hier mangels Rechtswidrigkeitsbewusstsein der Mitarbeiter der Beklagten, nicht berechtigt, schließlich bestehe auch keine Wiederholungsgefahr.

Die letztangeführte begehrte Feststellung hat das Erstgericht im Rahmen seiner rechtlichen Beurteilung „versteckt“ getroffen; im übrigen wird dazu auf die Rechtsausführungen verwiesen.

Die Klägerin begehrt unter Verweis auf die Verletzung eines Schutzrechtes nach § 74 Abs 1 bzw 3 UrhG einerseits Unterlassung gemäß § 81 und andererseits

Zahlung gemäß §§ 86, 87 Abs 3 dieses Gesetzes. Der Unterlassungsanspruch nach § 81 UrhG ist verschuldensunabhängig, weshalb die diesbezüglichen Berufungsausführungen für dieses Begehren nicht von Bedeutung sind.

Die weiters in Abrede gestellte Wiederholungsgefahr ist ebenfalls eine Anspruchsvoraussetzung. Dass sie weggefallen wäre, kann jedoch nicht bejaht werden. Sie ist nämlich solange gegeben, als der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage mit der Begründung aufrecht erhält, zur beanstandeten Handlung berechtigt zu sein. Selbst die, vorliegend nicht abgegebene, Erklärung, von künftigen Störungen Abstand nehmen zu wollen, schließt für sich allein regelmäßig die Wiederholungsgefahr nicht aus (vgl. dazu Dittrich, Urheberrecht<sup>4</sup>, E 7, 30, 41f zu § 81 UrhG). Eine nähere Begründung, warum die Wiederholungsgefahr nun angesichts dieser Rechtsprechung weggefallen sein sollte, bietet die Berufungswerberin nicht. Der Unterlassungsanspruch besteht daher zu Recht.

Richtig ist, dass es hinsichtlich des Zahlungsanspruchs gemäß §§ 86, 87 Abs 3 UrhG eines Verschuldens des Zuwiderhandelnden bedarf. Die Klägerin begehrt nämlich, folgt man dem festgestellten Sachverhalt, nicht nur das Veröffentlichungshonorar, sondern macht auch einen Vermögensschaden für entgangene Werbewirkung, dies pauschaliert, geltend. Die Höhe der geltend gemachten Beträge ist nach dem Sachverhalt bzw.



dem eingeholten Sachverständigengutachten gerechtfertigt, die Berufungswerberin wendet dagegen auch nichts mehr ein.

Der pauschalierte Schadenersatz nach § 87 Abs 3 UrhG setzt den Nachweis eines „Grundschadens“ nicht voraus, muss aber auf einer schuldhaften Verletzung von Verwertungs- oder Nutzungsrechten des Lichtbildherstellers beruhen (4 Ob 63/98p; 4 Ob 76/88 mwN). Nach den Feststellungen hat die Beklagte, ein österreichweit bekanntes und verbreitetes Medienunternehmen, das in Rede stehende Foto aufgrund des Schreibens der Zeugin R [REDACTED] vom 2.9.2002 B [REDACTED] ./3 veröffentlicht, in dem diese erklärte, die Fotos von Jacqueline und Sieglinde R [REDACTED] „stellen wir Ihnen unentgeltlich bis auf Widerruf zur Verfügung“. Unterzeichnet wurde das Schreiben nur von der Zeugin R [REDACTED].

Die Beklagte hinterfragte die zur Verfügung gestellten Fotos nun in keiner Weise. Weder erkundigte sie sich, ob Jacqueline D [REDACTED] die das Schreiben nicht unterzeichnet hatte, mit der Veröffentlichung ihres Fotos einverstanden war, noch, wer Hersteller des Lichtbildes war, zumal die in Kopie übermittelten Fotos laut Beklagtenvorbringen kein Copyright aufwiesen, noch ob der Hersteller einer Veröffentlichung zustimmte.

Von der Beklagten als dem beschriebenen bekannten Medienunternehmen konnte aber verlangt werden, dass sie sich vor Veröffentlichung eines Fotos vergewissert,

dass eine solche ohne Verletzung von Urheberrechten zulässig ist. Sie hätte daher Nachfragen bei der Übersenderin und je nach deren Ergebnis weitere Nachforschungen anzustellen gehabt, um den Urheberrechtsschutz des Herstellers des Fotos zu gewährleisten. Dass die Beklagte keinerlei Handlungen gesetzt und sich vor der Veröffentlichung nur auf das Schreiben B [REDACTED] ./3 verlassen hat, ist ihr jedenfalls als leichtes Verschulden anzulasten. Fahrlässigkeit genügt aber für eine Haftung nach § 87 Abs 1 und damit auch Abs 3 UrhG (4 Ob 76/88).

An dieser rechtlichen Beurteilung würde sich auch dann nichts ändern, wenn man das von der Berufungswerberin relevierte Schreiben der Zeugin R [REDACTED] vom 3.4.2002 berücksichtigen würde, gemäß dem die Genannte der Beklagten eigene Fotos bis auf Widerruf zur Verfügung gestellt hat. Dieses einige Monate vor dem gegenständlichen Vorfall verfasste Schreiben, das sich überdies nur auf Fotos der Person bezog, die diese zur Verfügung stellte, konnte bei der Beklagten keinesfalls zu der von ihr vermeinten Schlussfolgerung führen, sie sei beim nächsten Schreiben derselben Person ohne weitere Nachprüfung zu einer Veröffentlichung von fremden Fotos ohne Copyright berechtigt.

Dass sich Veronika D [REDACTED] laut Briefverfasserin schließlich über eine Veröffentlichung freuen würde, ändert ebenfalls nichts an der Verpflichtung der Beklagten zur Einhaltung der einschlägigen

urheberrechtlichen Bestimmungen; ebensowenig Einfluss hätte der - im Übrigen nicht festgestellte - Umstand, dass sich die abgebildeten Personen in einem Irrtum über ein unbeschränktes Veröffentlichungsrecht befunden hätten. Die Beklagte wäre auch diesfalls nicht davon befreit, die gesetzlichen Vorschriften einzuhalten.

Der Berufung war daher in der Hauptsache nicht Folge zu geben.

---