



RECHTSANWÄLTE
Univ.-Lekt. Dr. Stefan Lausegger, LLM (LSE)
Dr. Ulrich O. Daghofer, LLM (SMU) em.

KOOPERATIONSANWÄLTE
 Mag. Gudrun Draxler*
 Mag. Robert Rexeis*
 Mag. Natascha Vrabié*

RECHTSANWALTSANWÄRTER
Mag. Harald Günther

A-8020 Graz, Nikolaiplatz 4
Tel. +43 (0) 316 72 22 95
Fax +43 (0) 316 26 97 70-70
office@lsr.at | www.lsr.at

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

per e-mail: team.s@bmi.gv.at;
begeutachungsverfahren@parlament.gv.at

Graz, am 15.10.2020
LSR/Publik/L/Gü

Betreff: Punktuelle Stellungnahme zum Ministerialentwurf 50/ME XXVII. GP betreffend ein Bundesgesetz, mit dem straf- und medienrechtliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Hass im Netz getroffen werden

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zu einzelnen Themenbereichen des oben angeführten Entwurfes erlauben wir uns die folgenden Anmerkungen:

I. Zu Art 1 Z 2 (120a StGB)

I.1. Es handelt sich bei der vorgeschlagenen Strafbestimmung um einen (offensichtlich bewusst) eng gefassten Tatbestand, der nur einige wenige Phänomene von, die Privat- und Intimsphäre verletzenden, Bild- und Videoaufnahmen erfasst.

Beigetreten wird der Ausführung von Univ.-Prof. Dr. Reindl-Krauskopf in der Stellungnahme vom 30.09.2020, wonach etwa Bildaufnahmen von außen in Wohnungen hinein in vielen Fällen nicht erfasst wären – Foto- und Videoaufnahmen, die geradezu exemplarisch als „Voyeurismus“ eingestuft werden, sind also nicht unter § 120a StGB idFd ME subsumierbar.

Der Verwendung des Begriffes „Raum“ wirft Auslegungsfragen dahingehend auf, ob etwa Personen in einem FKK-Badebereich sich in einem „gegen Einblick besonders geschützten Raum“ befinden – reicht ein solchen Fällen ein Sichtschutzzaun aus, um einen solchen „gegen Einblick besonders geschützten Raum“ zu schaffen?

Es ergeben sich auch weitere Auslegungsfragen, etwa hinsichtlich des verwendeten Begriffes „Unterwäsche“ im Wortlaut der vorgeschlagenen Bestimmung:

Die Ausführungen in den Erläuterungen zu „Leggings“, die - unter einem Kleid oder Rock getragen - nicht als Unterwäsche zu qualifizieren wären,¹ werfen etwa die Frage auf, ob auch eine Badehose, unter einem Rock getragen, zu einer Straflosigkeit einer „Upskirting“-Aufnahme führen kann. Geht man davon aus, dass es sich bei Badekleidung grundsätzlich nicht um „Unterwäsche“ iSd § 120a StGB handelt, käme es bei einer solchen „Upskirting“-Aufnahme letztendlich nur auf das Material der Badehose an – eine normale Baumwollunterhose unter einem Rock getragen wäre wohl als „Unterwäsche“ zu qualifizieren, während eine Unterhose aus Lycra nicht als „Unterwäsche“ zu qualifizieren wäre.

Geht man andererseits davon aus, dass es nicht auf das Material der „Unterkleidung“ ankommt, sondern darauf, dass diese Kleidung *bestimmungsgemäß* unter anderer Kleidung getragen wird, muss auch (entgegen den Ausführungen in den Erläuterungen) eine „Upskirting“-Aufnahme, bei der das Opfer Leggings trägt, zur Strafbarkeit führen.

Andererseits ist es auch möglich, den Begriff „Unterwäsche“ als die *unterste Schicht der Bekleidung* zu verstehen² – dies führt freilich zu Beweisfragen dahingehend, wie viele Schichten das Opfer unter der auf Foto- und Videoaufnahmen sichtbaren Bekleidung getragen hat (etwa, wenn das Opfer unter den abgebildeten Leggings keine Unterwäsche trägt; diesfalls stellt sich auch die Frage, ob dem Beschuldigten dieser Umstand bewusst war).

Die Kommentatoren schlagen daher vor, die Begriffe „Unterwäsche“ und „gegen Einblick besonders geschützter Raum“ (zumindest in den Gesetzesmaterialien) näher zu beschreiben.

I.2. Ebenso wie im Rahmen von § 120 StGB können in der Praxis Fälle auftreten, in denen die (auch absichtliche) Herstellung (und Veröffentlichung) von Bildaufnahmen, die § 120a StGB sanktionieren will, nicht strafwürdig erscheint. Der Ibiza-Skandal hat aufgezeigt, dass Fälle denkbar sind, in denen in die Privatsphäre eingreifende Bild- und Tonaufnahmen gerechtfertigt erscheinen.³ Zu denken ist etwa an eine Aufnahme eines Politikers in einer Umkleidekabine, die dessen (öffentlich gelegnete) großflächige Hakenkreutztattoos bzw dessen mit rechtsradikalen Runen verzierte Unterwäsche dokumentiert.

Weder § 120 StGB noch der vorgeschlagene § 120a StGB sehen diesbezügliche Rechtfertigungsgründe vor. Zwar wäre die Bestimmung des § 120a StGB auch ohne einfachgesetzliche

¹ Erläuterungen, 6.

² So die Definition des Duden („unmittelbar auf dem Körper getragene Wäsche“), vgl <https://www.duden.de/rechtschreibung/Unterwaesche>, abgerufen am 09.10.2020.

³ Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass der OGH in der Entscheidung 6 Ob 236/19b aufgrund der Umstände des Falles (die verpönte Art der Erlangung der Aufnahmen, sowie der Plan, das Video gewinnbringend zu verkaufen) die *Herstellung* der Videoaufnahmen als rechtswidrig beurteilte.

Regelung einer Rechtfertigung nach Art 10 EMRK zugänglich,⁴ jedoch wäre es wünschenswert, wenn dieser Umstand zumindest Erwähnung in den Gesetzesmaterialien findet. Nur verwiesen werden soll an dieser Stelle dabei auf die etwa von *Thiele*⁵ dargelegten diesbezüglichen Streitfragen in Lehre und Rsp betreffend Rechtfertigungsgründe.

I.3. Hinsichtlich des Tatbestandes des § 120a Abs 2 StGB können sich in der fotojournalistischen Praxis schwierige Auslegungsfragen stellen. Nach den Erläuterungen (illustriert am Beispiel eines Pressefotografen, der Prominente beim Aussteigen aus einem Auto ablichtet, wobei deren Unterwäsche sichtbar wird,⁶ und einer nachfolgenden Veröffentlichung des Lichtbildes durch eine dritten Journalisten) soll eine Strafbarkeit des - das Foto veröffentlichten - Journalisten gegeben sein, wenn der Journalist bei der Veröffentlichung mit bedingtem Vorsatz dahingehend handelt, dass es dem Pressefotografen bei der Anfertigung der Aufnahme gerade auf die Sichtbarkeit der Unterwäsche ankam. Fehlt dem Journalisten dieser bedingte Vorsatz (weil er etwa davon ausgeht, dass dem Pressefotografen eine solche Aufnahme „passiert“ ist), soll die Strafbarkeit nach § 120a Abs 2 StGB offensichtlich entfallen.

Diese Lösung erscheint vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Novelle nicht sachgerecht.

§ 120a Abs 2 StGB sollte unseres Erachtens ein eigenständiges Delikt normieren, ein Verknüpfen mit dem Delikt des § 120a Abs 1 StGB auf Ebene der Schuld erscheint zwar dogmatisch zulässig, aber aus pragmatischer Hinsicht und vor allem in Hinblick auf den Opferschutz verfehlt. Möglich wäre unseres Erachtens die Normierung einer Strafbarkeit einer anschließenden Veröffentlichung unabhängig von der subjektiven Tatseite des Fotografen bei der Herstellung des Lichtbildes. Andererseits wäre denkbar, die Strafbarkeit des bloßen Verbreiters nach § 120a Abs 2 StGB vom Wissen um die mangelnde Einwilligung der fotografierten Person abhängig zu machen.

Jedenfalls aber kann es (in Bezug auf das Verbreiten der Aufnahmen) nicht ausschlaggebend sein, ob das Lichtbild den intimsten Lebensbereich der abgebildeten Person absichtlich oder nur versehentlich abbildet. Dieses Kriterium ist unseres Erachtens nicht geeignet, um die Strafbarkeit des *Verbreiters* nach § 120a Abs 2 StGB zu bejahen oder zu verneinen – der Handlungsunwert des veröffentlichten Täters hängt nicht von der subjektiven Vorwerfbarkeit der Handlungen des Lichtbildherstellers ab.

⁴ Vgl dazu mit Verweis auf EGMR 24.02.2015, 21830/09 (Haldimann) und auf OGH 23.01.2020, 6 Ob 236/19b *Soyer/Marsch*, § 120 StGB und die Meinungsfreiheit nach Art 10 EMRK, JSt 2020, 210.

⁵ *Thiele* in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (22. Lfg 2010) zu § 120 StGB Rz 74 ff.

⁶ Erläuterungen, 6.

I.4. Die Erläuterungen führen aus, dass die Anwendung von § 63 DSG (auf die Herstellung von „Upskirting“-Bildaufnahmen) immer dann scheitern würde, wenn lediglich eine Bildaufnahme des Intimbereichs vorliegt, weil nur Bildaufzeichnungen, die die betreffende Person *erkennen* lassen, personenbezogene Daten sind und in den Schutzbereich des § 63 DSG fallen.⁷

Die Aussage, wonach „*nur Bildaufzeichnungen, die die betreffende Person erkennen lassen, personenbezogene Daten sind*“ ist unseres Erachtens in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Unter Berücksichtigung der Definition in Art 4 Z 1 DSGVO, und der bisherigen Lehre und Rechtsprechung, genügt es für die Anwendbarkeit des § 63 DSG, wenn die Identität einer betroffenen Person *bestimbar* ist, allenfalls auch nur indirekt.⁸

Auch ist (unabhängig davon) darauf zu verweisen, dass viele von § 120a StGB erfasste Bildaufnahmen auch Körperbereiche zeigen werden, anhand derer die abgebildete Person sehr wohl *erkennbar* sein wird.

Das Konkurrenzverhältnis zwischen § 63 DSG und § 120a StGB bedarf daher unseres Erachtens einer Klärung und schließen sich die Kommentatoren dem bereits von anderen Kommentatoren vorgebrachten Vorschlag an, zumindest Erwägungen zur Art der Konkurrenz in die Gesetzesmaterialien aufzunehmen.

II. Zu Art 2 Z 8 (§ 8 Abs 1 und 2 MedienG)

II.1. Die Umstrukturierung und einheitliche Regelung der Kriterien und Höchstbeträge von Entschädigungsbeträgen in § 8 Abs 1 MedienG erleichtert die Handhabung der §§ 6 ff MedienG und wird ausdrücklich begrüßt.

II.2. Die inhaltliche Neugestaltung der Bemessungskriterien für die Höhe von Entschädigungsbeträgen bedarf einiger Anmerkungen:

II.2.1. Der Entwurf schlägt vor, dass bei „*bei Websites⁹ auch [die] Zahl der Endnutzer, die die Veröffentlichung aufgerufen haben*“ für die Bemessung eines Entschädigungsbetrages zu berücksichtigen ist. In den Erläuterungen wird dazu ausgeführt, dass im Regelfall den Medieninhaber die Behauptungs- und Bescheinigungslast für diese Zahl treffen wird.¹⁰

⁷ Erläuterungen, 5 unter Berufung auf *Salimi* in Höpfel/Ratz (Hrsg), WK² § 63 DSG Rz 28.

⁸ Vlg dazu *Thiele*, Datenschutzstrafrecht, in Pachinger (Hrsg), Datenschutz – Recht und Praxis (2019) 213 (224) mwN.

⁹ Es stellt sich die Frage, ob der Begriff „Website“ hier sachgerecht ist, weil es auch bei anderen Formen der massenmedialen Verbreitung von Inhalten (wie etwa bei mobilen Apps) zumindest technisch möglich wäre, die Anzahl der Nutzer, die einen konkreten Inhalt abgerufen haben, zu erfassen.

¹⁰ Erläuterungen, 8.

Diese Beweislastverteilung erscheint – als Ausnahme von der Regel – nicht sachgerecht, und stellt sich die Frage, ob eine derartige Reichweitendarlegung in Bezug auf einzelne Veröffentlichung technisch überhaupt möglich ist, dies gerade bei medialen Veröffentlichungen von Privatpersonen auf Facebook, oder generell dann, wenn eine Abrufstatistik individueller Artikel vom Medieninhaber nicht durchgeführt wird.

Technisch praktikabler (und bis dato auch gängige Praxis) ist es daher, von den durch einschlägige Institutionen objektiv erhobenen Reichweitenzahlen des Mediums an sich auszugehen (ÖWA, etc.), unabhängig davon, welche Reichweite¹¹ der jeweils inkriminierte Artikel erreicht hat. Andernfalls stünde es im – auf Beweisebene nicht widerleglichen – Belieben des Antragstellers, zu behaupten, dass besonders viele Endnutzer die Veröffentlichung aufgerufen haben, um damit einen höheren Entschädigungsbetrag zu erstreiten.

II.2.2. Entschädigungen bis zu € 100.000 sollen nach dem vorgeschlagenen § 8 Abs 1 MedienG (bezüglich die §§ 6, 7 oder 7c) unter den kumulativen Voraussetzungen besonders schwerwiegender Auswirkungen der Veröffentlichung und „*einem besonders schwerwiegenden Verstoß gegen die gebotene journalistische Sorgfalt*“ möglich sein.

In den Erläuterungen wird dazu ausgeführt, dass damit der Aspekt einer „*Bewertung des Sorgfaltsvorstoßes auf Seiten des Mediums*“ bei der Bemessung der Entschädigung eingebracht werden soll und die besondere Höhe der Entschädigung mit einer „*Anknüpfung an eine Art eines Verschuldens*“ gerechtfertigt werden kann.¹²

II.2.2.1. Die medienrechtliche „*Entschädigung*“ stellt allerdings (de lege lata) keine Strafe in dem Sinn dar, dass die strafprozessrechtlichen Parameter der Strafzumessung (also etwa die Schuld der Antragsgegnerin im Sinne einer Anwendung des § 32 StGB) bei der Bemessung eine Rolle spielen würden,¹³ sondern ist eine „*Entschädigung*“ für immaterielle (ideelle) Schäden des Antragstellers.¹⁴

Für den Zuspruch einer Entschädigung kommt es daher nur auf die Erfüllung des objektiven Tatbestandes und auf die „*erlittene Kränkung*“ (nunmehr: die „*Verletzung*“) beim Betroffenen an – nicht aber auf die Schuld des Medieninhabers. Eine Verschuldenskomponente ist dabei den Entschädigungstatbeständen der §§ 7 ff MedienG noch viel weniger inhärent, als etwa dem § 6 MedienG, der immerhin auf die Erfüllung des objektiven Tatbestandes anderer

¹¹ Hingewiesen werden darf in diesem Zusammenhang am Rande darauf, dass im Rahmen der Reichweitenerhebung unterschiedliche Definitionen Anwendung finden: (Unique) Visitor, Unique User, Unique Client, etc.

¹² Erläuterungen, 8.

¹³ Rami in Höpfel/Ratz (Hrsg), WK² Vor §§ 6 – 7c MedienG Rz 7/1.

¹⁴ Berka/Heindl/Höhne/Koukal, Mediengesetz Praxiskommentar⁴ (2019) Vor §§ 6 – 8a Rz 43 ff; Röggla/Wittman/Zöchbauer, Medienrecht (2012) §§ 6 ff Rz 2 mwN; Hager/Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz im Straf- und Medienrecht⁴ (2000) 52; Rami in Höpfel/Ratz (Hrsg), WK² Vor §§ 6 – 7c MedienG Rz 7 mwN.

Straftatbestände abstellt (§§ 111, 115, 297 StGB), die im jeweiligen Grunddelikt Vorsatzdelikte sind.¹⁵

Es muss daher wohlüberlegt sein, bei der Bemessung der Entschädigungsbeträge einen Verschuldensaspekt einzuführen, der (nach der Systematik der Regelung) ausschließlich zum Nachteil des belangten Medieninhabers zum Tragen kommen kann.¹⁶

II.2.2.2. Es findet sich im Gesetz kein Anhaltspunkt dafür, um unter Berufung auf die Einhaltung der journalistischen Sorgfalt (bzw unter Berufung auf einen nur geringwertigen und entschuldbaren Verstoß gegen die gebotene journalistische Sorgfalt) eine *niedrigere* Entschädigung zu erwirken. Zwar wird unter Berufung auf die Rsp des EGMR (zutreffend) argumentiert, dass Medien grundsätzlich (also auch über die positivrechtlich normierten diesbezüglichen Strafausschlussgründe hinaus) haftungsfrei zu bleiben haben, wenn sie journalistisch sorgfältig agiert haben,¹⁷ jedoch ist dies für den belangten Medieninhaber regelmäßig in der Praxis wenig hilfreich.

Will man daher einen „Verschuldensaspekt“ bei der Bemessung von Entschädigungsbeträgen einführen, erscheint es angebracht, die Einhaltung der journalistischen Sorgfalt auch zugunsten des belangten Medieninhabers als Aspekt bei der Bemessung von Entschädigungsbeträgen positivrechtlich zu verankern.

II.2.2.3. Es lassen die Erläuterungen weiters Beispiele von Verhaltensweisen, die einen „*besonders schwerwiegenden Verstoß gegen die gebotene journalistische Sorgfalt*“ darstellen, vermissen. Dazu liegt naturgemäß auch keine belastbare Rechtsprechungslinie vor. Stellt schon eine tendenziöse Auswahl von Interviewpartnern oder Teilnehmern an Gesprächsrunden¹⁸ einen schweren Sorgfaltsvorstoß dar? Unter welchen Umständen stellt die Nichteinhaltung einer Stellungnahme von Betroffenen¹⁹ einen (schweren) Sorgfaltsvorstoß dar?

II.2.2.4. Unseres Erachtens ist daher fraglich, ob dieses Kriterium angemessen ist, um besonders hohe Entschädigungsbeträge zu rechtfertigen: Einerseits ist aus *dogmatischer* Sicht festzuhalten, dass der Beweis der Einhaltung der journalistischen Sorgfalt (als medienrechtlicher Spezialfall des Gutglaubensbeweises) primär dann zum Tragen kommen soll, wenn die Wahrheit der inkriminierten Behauptung nicht bewiesen werden kann, trifft die „*Presse doch*

¹⁵ Lambauer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (22. Lfg 2010) Vorbem §§ 111 bis 117 StGB Rz 92.

¹⁶ Abgesehen von den Ausschlussgründen in den §§ 6 ff MedienG, bei welchen der Einhaltung der „gebundenen journalistischen Sorgfalt“ Relevanz zukommt.

¹⁷ Rami in Kier/Wess (Hrsg), Handbuch Strafverteidigung (2017) Rz 19.11 unter Berufung auf EGMR 26.04.1995, 15974/90 und EGMR 02.11.2006, 19710/02 mwN.

¹⁸ Berka/Heindl/Höhne/Koukal, Mediengesetz Praxiskommentar⁴(2019) § 6 Rz 37.

¹⁹ Zu der Verpflichtung zur Einholung einer Stellungnahme vgl die ausführliche Darstellung bei Mersch, Die journalistische Sorgfalt: on- und offline (2013) 117 ff.

*nur die Pflicht zur Wahrhaftigkeit“.²⁰ Andererseits ist aus pragmatischer Sicht auf die zutreffende Anmerkung von *Heindl* zu verweisen, wonach das „*mehrheitliche Scheitern des Beweises der journalistischen Sorgfalt in der Natur der Sache* [liegt]: Ein Journalist, der qualitätsvoll recherchiert und mit gutem Grund von der Richtigkeit der Behauptung überzeugt ist, sitzt eben vergleichsweise selten einer Fehlinformation auf, sodass die verbreiteten Tatsachen bei Einhaltung der gebotenen Kriterien in aller Regel wahr sind.“²¹*

II.2.3. Es erscheint kein sachlicher Grund zu bestehen, Entschädigungsbeträge bis zu € 100.000 nur betreffend die §§ 6, 7 und 7c vorzusehen, insbesondere, wenn nach gelgendem Recht²² nur hinsichtlich §§ 6 und 7c MedienG eine solche erhöhte Obergrenze vorgesehen ist.

Es wäre wünschenswert, würden die Erläuterungen Überlegungen dazu enthalten, warum hinsichtlich der §§ 7a und 7b MedienG keine erhöhte Obergrenze vorgesehen wurde bzw warum nunmehr ergänzend nur hinsichtlich § 7 MedienG eine solche erhöhte Obergrenze vorgesehen wurde.

Aufgrund der im Gesetzestext enthaltenen mehrdimensionalen Bewertung der Entschädigungsbeträge spricht unseres Erachtens nichts dagegen, idente Höchstbeträge vorzusehen.

II.2.4. Die Schaffung einer Untergrenze von € 100,- erscheint unangemessen niedrig. Gerade Gemeindeblätter, Vereinszeitungen und Flyer (die Beispiele der Erläuterungen²³) richten sich oft an den Betroffenen nahestehende Personenkreise, also jene Personen, deren Wertschätzung für die betroffenen Personen am wichtigsten ist. Es erscheint nicht sachgerecht, für Verletzungen im engeren sozialen Umfeld derartige Bagatellbeträge anzudeuten, und ein unseres Erachtens falsches Signal in Richtung eines Freibriefes für Medien, die keine „Massenmedien“ sind.

III. Zu Art 2 Z 5 (§ 7a Abs 1a MedienG)

III.1. Eine einheitliche Auffassung hinsichtlich der (Un)Zulässigkeit der Veröffentlichung von identifizierenden Angaben über Zeugen ist für Österreich nicht dokumentiert. Der Pressekodex des deutschen Presserats sieht in Richtlinie 8.1. (4) vor, dass bei Zeugen Namensnennung und Fotoveröffentlichung in der Regel unzulässig sind, der Ehrenkodex für die österreichische Presse schweigt sich zur Berichterstattung über Zeugen aus.

²⁰ RS0031856.

²¹ Berka/Heindl/Höhne/Koukal, Mediengesetz Praxiskommentar⁴ (2019) § 29 Rz 12a.

²² Was auch in den Erläuterungen angemerkt wird (Seite 8).

²³ Erläuterungen, 8.

In den Erläuterungen wird zu § 7a Abs 1a MedienG ausgeführt²⁴, dass der Entwurf vorschlagen würde, „*den Kreise der geschützten Personen auf Angehörige (§ 72 StGB) von Opfern sowie auf Zeugen in Strafverfahren auszudehnen.*“

Die vorgeschlagene Formulierung des § 7a Abs 1a Z 1 iVm mit der neu vorgeschlagenen Formulierung des § 7a Abs 1 Z 1 und Z 2 (!) dehnt tatsächlich den Kreis der geschützten Personen auf *Angehörige von Opfern* (Abs 1 Z 1) und auf *Angehörige von Verdächtigen und Verurteilten* (Abs 1 Z 2) aus.

Es sollte eine Klarstellung vorgenommen werden. Weil der Identitätsschutz ohnehin von der „*Verletzung schutzwürdiger Interessen*“ der jeweiligen Person abhängig ist, erscheint es sachgerecht, diesen Identitätsschutz sowohl Angehörigen der Opfer- als auch der Täterseite zu gewähren.

III.2. Sollte eine Ausdehnung auch auf Angehörige von Verdächtigen und Verurteilten geplant sein, so ist dazu anzumerken, dass sich die bisherige Rechtsprechung zu schutzwürdigen Anonymitätsinteressen von Opfern, Verdächtigen und Verurteilten nur bedingt auf die *schutzwürdigen Anonymitätsinteressen von Angehörigen von Verdächtigen und Verurteilten* umlegen lässt.²⁵

Es wäre hilfreich, den Materialien konkrete Beispiele beizugeben, unter welchen Umständen die schutzwürdigen Interessen von Angehörigen von Verdächtigen und Verurteilten verletzt sein könnten. Denkbar wäre es auch, zur Klarstellung diesbezüglich die Szenarien in § 7a Abs 2 MedienG zu ergänzen.

Eine derartige Klarstellung auf Gesetzesebene erscheint umso angezeigt, als der Angehörigenbegriff des § 72 StGB ungemein weit ist.

III.3. Darüber hinaus erfasst die vorgeschlagene Formulierung des § 7a Abs 1a Z 2 MedienG nicht, wie in den Erläuterungen angeführt,²⁶ generell „*Zeugen in Strafverfahren*“, sondern dem Wortlaut nach nur „*Zeuge[n] einer mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlung*“. Hier ist darauf hinzuweisen, dass diese Begriffe nicht deckungsgleich sind:

Es muss nicht zwangsläufig jede Person, die in einem Strafverfahren als Zeuge aussagt, auch tatsächlich Zeuge einer mit Strafe bedrohten Handlung gewesen sein (insb die Verwendung der Vergangenheitsform impliziert, dass in der vorgeschlagenen Bestimmung des § 7a Abs 1a Z 2 MedienG darauf abgestellt wird, dass bestimmte Personen im tatsächlichen Sinn eine Straftat beobachtet haben und nicht bloß als Zeuge in einem Strafverfahren vernommen werden). Denkbar sind etwa Zeugen, die zum Zustand einer Sache vor deren Zerstörung

²⁴ Erläuterungen, 9.

²⁵ Vgl dazu die bereits in den Erläuterungen zum Ministerialentwurf zitierten Stellen bei Berka/Heindl/Höhne/Koukal, Mediengesetz Praxiskommentar⁴ (2019) § 7a Rz 23, 25 ff.

²⁶ Erläuterungen, 9.

durch den Angeklagten vernommen werden, oder Zeugen, die zum geistigen Zustand eines Täters vor oder nach der Tat vernommen werden. Auch Zeugen vom Hörensagen wären regelmäßig nicht aktiv legitimiert.

Die Kommentatoren schlagen vor, diesbezügliche Ausführungen in den Materialien zu präzisieren.

III.4. Nach dem Entwurf ist nur die Veröffentlichung des Namens oder des Bildes künftig nach § 7a Abs 1a MedienG geschützter Personen unzulässig. (Medienrechtlich) zulässig wäre aber die Veröffentlichung „anderer Angaben“, aus denen sich freilich auch die Identität eines Angehörigen ergeben kann.

Dies ist ein pragmatischer Ansatz, er erscheint aber angesichts der Schutzrichtung des Entwurfes nicht sachgerecht. Wenn man das Merkmal „schutzwürdige Interessen“ als Korrektiv berücksichtigt, so spricht nichts dagegen, auch „*andere Angaben, die geeignet sind, in einem nicht unmittelbar informierten größeren Personenkreis zum Bekanntwerden der Identität*“ zu führen, in den neuen § 7a Abs 1a MedienG aufzunehmen.

Gleichzeitig wäre gesetzlich klarzustellen, dass eine zulässige Offenbarung der Identität eines Opfers, eines Verdächtigen oder eines Täters (§ 7a Abs 1 MedienG) schutzwürdige Interessen von Angehörigen nie verletzen kann. Damit wäre klargestellt, dass nur die ohne Not geschehende Identifizierbarkeit von Angehörigen pönalisiert ist, nicht aber die, sich denklogisch aus einer zulässigen Identifizierung von Tätern / Opfern / Verdächtigen ergebende Identifizierbarkeit.

IV. Zu Art 2 Z 2, 3, 4, 5, 6 („Entschädigung für die erlittene Verletzung“)

Die Neueinführung der Wortfolge „*Entschädigung für die erlittene Verletzung*“ (auf die abweichende Formulierung in § 7c MedienG wird unter Punkt V. eingegangen) anstelle der Wendung „*Entschädigung für die erlittene Kränkung*“ in den §§ 6, 7, 7a und 7b MedienG stellt nach den Ausführungen in den Erläuterungen eine inhaltliche und nicht bloß redaktionelle Anpassung dar, weil in den Erläuterungen ausgeführt wird, dass „*abgesehen davon, dass der Begriff Kränkung durch den Begriff Verletzung ersetzt werden soll, inhaltliche [sic!] Änderungen in § 6 Abs 1, § 7 Abs 1, § 7a Abs 1, § 7b Abs 1 und 7c Abs 1 MedienG nicht vorgeschlagen*“ werden.²⁷

Es stellt sich jedoch diesfalls die Frage, worin die inhaltliche Änderung besteht, die durch die Ersetzung des Begriffes „*Kränkung*“ durch das Wort „*Verletzung*“ bewirkt werden soll. Die Erläuterungen verweisen diesbezüglich auf „*den [mit 48/ME XXVII. GP] vorgeschlagenen*

²⁷ Erläuterungen, 7.

§ 20 ABGB“, dennoch bleibt (auch unter Berücksichtigung der dazu veröffentlichten Erläuterungen) die inhaltliche Änderung unklar.

In der bisherigen Lehre und Rechtsprechung wird grds vertreten, dass der medienrechtliche Entschädigungsbetrag die erlittene Kränkung im Sinne eines „*immateriellen (Gefühls)schadens*“ ausgleichen soll,²⁸ wobei sich allerdings der abzugeltende Schaden allein aus der Verwirklichung des Tatbestands ergebe, weswegen keine „*Kränkung*“ behauptet oder nachgewiesen werden muss.²⁹

Sollte es die Intention des Gesetzgebers sein, diese Auslegung (wonach der Betroffene keine „*Verletzung*“ bzw. keinen „*Grundschaden*“ behaupten und nachweisen muss) beizubehalten, erscheint es zweckmäßig, diesen Umstand, auch im Sinne einer Hilfestellung für die Rsp, in die Erläuterungen aufzunehmen, um vorausschauend Diskussionen über die Natur der durch das Wort „*Verletzung*“ bewirkten Gesetzesänderung den Boden zu entziehen.

V. Zu Art 2 Z 7 (§ 7c Abs 1 MedienG)

In der derzeit geltenden Fassung weisen die §§ 6 – 7c MedienG einheitlich die Formulierung „*Entschädigung für die erlittene Kränkung*“ auf.

Während der Entwurf diese Formulierung (einheitlich) hinsichtlich §§ 6, 7, 7a und 7b durch die Wortfolge „*für die erlittene Verletzung*“ und einen Verweis auf den vorgeschlagenen § 8 Abs 1 MedienG ersetzt, weist die vorgeschlagene Fassung des § 7c Abs 1 MedienG die Wortfolge „*Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung* (§ 8 Abs 1)“ auf.

Eine Erklärung für die abweichende Formulierung in § 7c Abs 1 MedienG liefern die Erläuterungen nicht, wo lediglich ausgeführt wird, dass (siehe oben) „*abgesehen davon, dass der Begriff Kränkung durch den Begriff Verletzung ersetzt werden soll [...] inhaltliche Änderungen in § 6 Abs. 1, § 7 Abs. 1, § 7b Abs. 1 und § 7c Abs. 1 MedienG*“ nicht vorgeschlagen werden.³⁰

In der geltenden Fassung des § 7c Abs 1 MedienG wird zur Bemessung der Entschädigung auf die Grundsätze des § 6 Abs 1 2. Satz MedienG verwiesen, ein Grund für eine abweichende Formulierung in der vorgeschlagenen Fassung des § 7c Abs 1 MedienG erschließt sich nicht. Auch der vorgeschlagene § 8 Abs 1 MedienG trifft für § 7c MedienG hinsichtlich der Entschädigung keine spezielle Regelung.

²⁸ Berka/Heindl/Höhne/Koukal, Mediengesetz Praxiskommentar⁴ (2019) Vor §§ 6-8a Rz 43; Rami in Höpfel/Ratz (Hrsg), WK² Vor §§ 6 -7c MedienG Rz 7 mwN.

²⁹ Rami in Höpfel/Ratz (Hrsg), WK² Vor §§ 6 -7c MedienG Rz 5 mwN.

³⁰ Erläuterungen, 7.

Es erlauben sich die Kommentatoren den Vorschlag, die Formulierung in § 7c MedienG an die für § 6 Abs 1, § 7 Abs 1, § 7a Abs 1, § 7a Abs 1a und § 7b Abs 1 MedienG vorgeschlagene Formulierung anzupassen und auch hier den Begriff „*Verletzung*“ zu verwenden.

VI. Zu Art 2 Z 9 (§ 8a Abs 2 MedienG)

Die Erleichterung der Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen für bestimmte Personen stellt eine politische Entscheidung dar, auf die an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden soll. Im Sinne der Vermeidung der Zersplitterung der Rechtslage sollte unseres Erachtens freilich danach getrachtet werden, einheitliche Verjährungsfristen walten zu lassen.

Wird daher die sechsmonatige Frist des § 8a Abs 2 MedienG als zu kurz empfunden, so sollte diese durchgreifend auf ein Jahr verlängert werden, um eine einheitliche Handhabung, um aber auch unterschiedliche Verjährungsfristen zu Lasten von Personen, die allesamt durch das gleiche Medieninhaltsdelikt betroffen sind, zu vermeiden.

VII. Zu Art 2 Z 25 („*Einziehung wegen Beeinträchtigung des Arbeits- oder Dienstgebers*“)

Die Möglichkeit des entwurfsgegenständlichen § 33a MedienG, wonach der Arbeit- und Dienstgeber unter bestimmten Umständen einen Antrag auf Einziehung zu stellen berechtigt ist, soll nach den Erläuterungen ein „*weiteres Kernstück der Maßnahmen sein, die zu verbessertem Persönlichkeitsschutz und damit auch zu verbesserten Instrumentarien gegen „Hass im Netz“ führen sollen*“.³¹

Ob auf Grund des doch sehr engen Anwendungsbereiches die gesetzgeberische Maßnahme rechtfertigende Fallzahlen bei Gericht anhängig gemacht (einerseits), und ob (andererseits) Arbeitgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch machen werden, ist unseres Erachtens zweifelhaft.

Auch wäre zu hinterfragen, ob nicht durch das Abstellen auf (ausschließlich) Interessen des Dienstgebers Situationen auftreten können, in denen ein Dienstgeber entgegen den Interessen des betroffenen Dienstnehmers Anträge auf Einziehung oder Löschung stellt. Zu denken wäre hier insb an den Fall, dass ein Dienstnehmer bewusst von einer gerichtlichen Geltendmachung absieht (um etwa den Täter nicht zu weiteren Angriffen „aufzustacheln“, oder weil es sich bei dem Täter um einen nahen Angehörigen handelt), während der Dienstgeber (im eigenen Interesse) Anträge nach § 33a MedienG stellen will.

³¹ Erläuterungen, 12.

Möglicherweise könnte hier die arbeitsrechtlich gebotene Abwägung von Dienstnehmer- und Dienstgeberinteressen³² zur Lösung im Sinne einer Vermeidung eines den Interessen des Dienstnehmers widersprechenden Tätigwerdens des Dienstgebers nach § 33a MedienG beitragen, allerdings spricht unseres Erachtens nichts gegen die pragmatische Lösung, einen Antrag des Dienstgebers nach § 33a MedienG von der (nicht grundlos/rechtsmissbräuchlich zu verweigernden) Zustimmung des betroffenen Dienstnehmers abhängig zu machen.

VIII. Zu Art 2 Z 29 („Durchsetzung der Einziehung, der Beschlagnahme und der Urteilsveröffentlichung bei Websites gegen Diensteanbieter“)

Mit der Einfügung eines § 36b MedienG soll die Durchsetzung der Einziehung, der Beschlagnahme und der Urteilsveröffentlichung sichergestellt werden in Fällen, in denen der Medieninhaber nicht in Anspruch genommen werden kann.

VIII.1. Unseres Erachtens differenziert der Entwurf unnotwendigerweise dabei zwischen zwei Sachverhalten: Dem im Ausland befindlichen Medieninhaber einerseits und jenem Medieninhaber, der aus anderen Gründen nicht belangt werden kann („*Kann der Medieninhaber aufgrund eines Sitzes im Ausland oder aus anderen Gründen nicht belangt werden, so hat das Gericht auf Antrag [...]*“).

Unseres Erachtens ist - dies auch im Sinn der Bestimmung³³ - eine vereinfachende Textierung sachgerechter, indem nur auf die Greifbarkeit des Medieninhabers abgestellt wird: „*Kann der Medieninhaber vom Antragsteller, insbesondere mangels Sitz im Inland, nicht belangt werden, so hat das Gericht auf Antrag ...*“.

VIII.2. Angemerkt werden darf in diesem Zusammenhang, dass der Entwurf unseres Erachtens in (denkbaren) Konstellationen nicht Abhilfe schafft, in denen ein Beschluss nach § 36a Abs 2 MedienG wider einen im Inland ansässigen Medieninhaber vorliegt, dieser jedoch ungeachtet der Verhängung von Geldbußen die zugesprochene Einziehung oder Beschlagnahme nicht bewerkstelligt (etwa weil der Medieninhaber verhängte Geldbußen schlicht ignoriert und eine amtswegige Durchführung nicht in Frage kommt³⁴).

Auch für derartige Fälle wäre anzudenken, eine subsidiäre Durchsetzbarkeit dieser bereits zuerkannten Ansprüche auch gegenüber Hostingdiensteanbietern in § 36b MedienG vorzusehen.

³² Vgl dazu Mosler in Neumayr/Reissner (Hrsg), ZellKomm³ (2018) § 18 AnG Rz 3 ff.

³³ Erläuterungen, 13.

³⁴ Rami in Höpfel/Ratz (Hrsg), WK² § 33 MedienG Rz 9/5; Berka/Heindl/Höhne/Koukal, Mediengesetz Praxiskommentar⁴ (2019) § 36a Rz 1.

IX. Zu Art 3 Z 7 (§ 71 Abs 1 StPO)

Die Wiedereinführung des Ermittlungsverfahrens für die in § 71 StPO idFd ME genannten Delikte wird ausdrücklich begrüßt. Die Abschaffung des vorgesetzten Ermittlungsverfahrens mittels der StPO-Novelle 2008 wurde somit zumindest für diesen Bereich rückgängig gemacht.

Mit hochachtungsvollen Grüßen

Dr. Stefan Lausegger

Mag. Harald Günther