

**Institut für Zivilrecht**

Univ.-Ass. Dr. Joachim Pierer, LL.M. (Yale)
Schottenbastei 10-16
1010 Wien

T +43-1-4277-34846
F +43-1-4277-834846
joachim.pierer@univie.ac.at
<http://www.joachimpierer.at>

Wien, am 05.10.2020

Stellungnahme zum Ministerialentwurf 48/ME 27. GP betreffend das Bundesgesetz, mit dem zivilrechtliche und zivilprozessuale Maßnahmen zur Bekämpfung von Hass im Netz getroffen werden (Hass-im-Netz-Bekämpfungsgesetz – HiNBG)**1. Vorbemerkung**

Der Entwurf ist in seiner Gesamtheit zu befürworten und ist eine erfreuliche Stärkung des Schutzes von Persönlichkeitsrechten.

Die Positivierung allgemeiner Regelungen zur Wahrnehmung (§ 17a ABGB), zum Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch (§ 20 ABGB) sowie zur Interessenabwägung (§ 20a ABGB) wird maßgeblich zur Rechtssicherheit und zu einer einheitlichen Entwicklung des Persönlichkeitsschutzes beitragen. Damit wird insb die Schwierigkeit beseitigt, die sich aus einer Mischung historisch gewachsener Bestimmungen mit unterschiedlicher Textierung ergibt, nämlich das Arbeiten und Argumentieren mit allgemeinen Prinzipien, die nicht in allen persönlichkeitsrechtlichen Bestimmungen gleichermaßen zum Ausdruck kommen, sofern diese überhaupt ausdrücklich gesetzlich geregelt sind.

Zu befürworten ist auch der Entwurf des Mandatsverfahrens in § 549 ZPO, der Unterlassungsansprüchen zur raschen Durchsetzung verhilft und damit effizienten Rechtsschutz garantiert, weil gerade bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen das Ziel einer raschen Beseitigung im Vordergrund steht.

Diese Stellungnahme geht in der Folge auf vier Aspekte des Entwurfs näher ein, nämlich auf die Einwilligung in § 17a Abs 2 ABGB (dazu Punkt 2, ab Seite 2), den postmortalen Schutz in § 17a Abs 3 ABGB (dazu Punkt 3, ab Seite 2), auf § 20 Abs 1 ABGB, der Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche regelt (dazu Punkt 4, ab Seite 15) sowie auf das Mandatsverfahren in § 549 ZPO (dazu Punkt 5, ab Seite 19).

2. Zu § 17a Abs 2 ABGB

2.1. Allgemeines

Der Hinweis auf die guten Sitten als Grenze einer wirksamen Einwilligung in Satz 1 ist angesichts der immer häufigeren und auch aggressiveren kommerziellen Vermarktung persönlichkeitsrechtlicher Aspekte eine begrüßenswerte bewussteinbildende Maßnahme.

2.2. Einwilligung

§ 17a Abs 2 Satz 2 ABGB des Entwurfs lautet „Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist und soweit nicht eine zulässige kommerzielle Verwertung des Persönlichkeitsrechts im Vordergrund steht, kann die Einwilligung nur vom entscheidungsfähigen Träger des Persönlichkeitsrechts selbst erteilt werden“.

Die Wortfolge „und soweit nicht eine zulässige kommerzielle Verwertung des Persönlichkeitsrechts im Vordergrund steht“ birgt die Gefahr von Missverständnissen, insb in Zusammenschau mit § 17a Abs 1 ABGB, wonach Persönlichkeitsrechte – und damit auch die Möglichkeit der Einwilligung – nicht übertragbar sind. Die Einwilligung kann dem Gesetzestext nach nur vom entscheidungsfähigen Träger des Persönlichkeitsrechts selbst erteilt werden, außer es handelt sich um einen Fall zulässiger kommerzieller Verwertung. Die Materialien zu dieser Bestimmung sprechen keine konkreten Umstände an, wann die Einwilligung auch durch Dritte (also nicht vom Träger selbst) möglich sein könnte, sondern gehen nur auf die Verfolgung von Ansprüchen wegen Verletzung der wirtschaftlichen Interessen Dritter ein. Selbst im Rahmen eines Lizenzvertrags könnte der Träger des Persönlichkeitsrechts (der Lizenzgeber) die Möglichkeit zur Einwilligung in Eingriffe aufgrund der Höchstpersönlichkeit nicht an den Lizenznehmer abtreten, sofern diese über den Umfang des Lizenzvertrags hinausgehen würden. Der Lizenznehmer könnte an etwaige Sub-Lizenznehmer nur jene Rechte weitergeben, die er selbst hat, aber nicht in eine darüber hinausgehende Beeinträchtigung zulasten des Trägers der betroffenen Persönlichkeitsrechte (Lizenzgeber) einwilligen. Damit ist aber fraglich, was der Zweck der eben erörterten Wortfolge sein könnte. Versteht man den vorliegenden Entwurf des § 17a Abs 2 ABGB nicht in diesem Sinne, könnten Persönlichkeitsrechte bzw die Einwilligung zum handelbaren Gut ohne weitere Einflussmöglichkeiten des Trägers der einmal „veräußerten“ Persönlichkeitsrechte werden, was wohl nicht erwünscht ist. Die Wortfolge „und soweit nicht eine zulässige kommerzielle Verwertung des Persönlichkeitsrechts im Vordergrund steht“ könnte daher gestrichen werden. Zudem sollte es ohnehin keine Rolle spielen, welcher – vom Gesetz erlaubte – Zweck mit der Einwilligung verfolgt wird.

3. Zu § 17a Abs 3 ABGB

3.1. Allgemeines

§ 17a Abs 3 ABGB des Entwurfs ist eine begrüßenswerte Kodifikation des postmortalen Schutzes von Persönlichkeitsrechten, zumal ausdrückliche Gesetzesbestimmungen dazu sehr selten sind. Für das Privatrecht sind das nur die §§ 77, 78 UrhG, denen Vorbildfunktion

zukommt, bzw die bisher eine taugliche Analogiegrundlage¹ für den postmortalen Schutz geboten haben. Vorauszuschicken ist, dass die §§ 77, 78 UrhG allgemeine persönlichkeitsrechtliche Bestimmungen sind, die mit urheberrechtlichen Fragen nichts zu tun haben, sich also nur aus historischen Gründen im UrhG wiederfinden.²

Der Gesetzestext des Entwurfs sagt zwar in Satz 1, dass der Schutz nicht mit dem Tod endet, zwei wesentliche Fragen bleiben in diesem Zusammenhang jedoch unbeantwortet. Der Gesetzestext sagt nicht, auf welcher dogmatischen Grundlage dieser Schutz fußt (dazu Punkt 3.2) und wie lange er geltend gemacht werden kann (dazu Punkt 3.4). Auch zum Kreis der Wahrnehmungsberechtigten in Satz 2 bleiben Fragen offen (dazu Punkt 3.3). Die nachfolgenden Ausführungen erörtern den rechtlichen Hintergrund für einen Vorschlag, wie man § 17a Abs 3 ABGB formulieren könnte, um auch diese Aspekte noch abzudecken (dazu Punkt 3.5).

3.2. Dogmatische Begründung

3.2.1. Meinungsstand

Zur dogmatischen Begründung des postmortalen Schutzes gibt es zahlreiche Ansichten,³ die im Wesentlichen auf das Konzept eines unmittelbaren oder mittelbaren Schutzes hinauslaufen. Die zentrale Frage ist dabei, wer Träger des Schutzes ist. Beim unmittelbaren Schutz wird vertreten, dass die Persönlichkeitsrechte auch nach dem Tod einer Person weiter bestehen und deren Schutz durch Angehörige als Treuhänder geltend gemacht werden könne.⁴ Das Konzept des mittelbaren Schutzes geht davon aus, dass keine aktuell bestehenden postmortalen Persönlichkeitsrechte eines Verstorbenen bestehen können, weil dessen Rechtsfähigkeit mit dem Tod erlischt.⁵ Der Schutz wird vielmehr auf mittelbarem Weg erreicht, sodass sich das Problem der Rechtsfähigkeit Verstorbener nicht stellt, weil es deren Angehörige sind, die ihr eigenes (Persönlichkeits-)Recht an der Wahrung des Andenkens ihres Verstorbenen geltend machen.⁶

¹ *Pierer*, Postmortaler Brief- und Bildnisschutz, ÖBl 2014, 200 (202 ff).

² OGH 6 Ob 57/06k SZ 2007/171; *Mitteis*, Grundriß des Österreichischen Urheberrechts (1936) 144; *Guggenbichler* in *Ciresa*, Urheberrecht (19. Lfg 2017) § 78 UrhG Rz 1; *A. Kodek* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 78 UrhG Rz 1; zur Entstehungsgeschichte siehe *Thiele* in *Ciresa*, Urheberrecht (19. Lfg 2017) § 77 UrhG Rz 1 ff.

³ Für einen Überblick über den Meinungsstand siehe *Pierer*, Schadenersatz beim postmortalen Persönlichkeitsschutz, JBl 2017, 617 (619 ff); *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018) 44 ff; *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ (2018) A 2 Rz 62.

⁴ *Gschnitzer/Faistenberger/Barta*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts² (1992) 191; *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15. ÖJT II/1 (2003) 106; *Weiß/Ferrari* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht (2007) 24; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 16 Rz 27; *Schauer* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge² (2018) § 16 Rz 13; *Posch* in *Schwimann/Kodek*⁵ § 16 Rz 49; *Aicher* in *Rummel/Lukas*⁴ § 16 Rz 51; für den mittelbaren Schutz aber wohl *Aicher* in *Rummel/Lukas*⁴ § 43 Rz 16.

⁵ Vgl auch § 17a Abs 1 ABGB des Entwurfs.

⁶ *Korn/Neumayer*, Persönlichkeitsschutz im Zivil- und Wettbewerbsrecht (1991) 119; *F. Bydliński*, Paradoxe Geheimnisschutz post mortem? JBl 1999, 553 (555 f); *Berka* in *Berka/Heindl/Höhne/Noll*, MedienG⁴ Vorbemerkungen §§ 6–8a Rz 20; *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 16 Rz 176; *Koziol*,

Den Vertretern des mittelbaren Schutzkonzeptes ist aber bewusst, dass die Interessen der nahen Angehörigen nicht von jenen des Verstorbenen losgelöst sein können. Sie gehen von einer Doppelbegründung aus: Die Wahrnehmungsbefugnis der Angehörigen stützt sich weder alleine auf deren Recht an der Wahrung des Andenkens, noch alleine auf das (lebzeitige) Interesse des nunmehr Verstorbenen am postmortalem Schutz von vom Tod unabhängigen personalen Gütern. Mangels Rechtsfähigkeit des Verstorbenen ist das Recht den Angehörigen zuzuordnen. Diese können sich daher auf ein eigenes Recht berufen, dessen Inhalt aus den lebzeitigen Interessen des Verstorbenen folgt. Somit ist das Recht der nahen Angehörigen auf den Zweck der Interessenwahrung des Verstorbenen beschränkt.⁷ Die Wahrung des Andenkens nannte schon der Gesetzgeber der §§ 77, 78 UrhG 1936 im Zusammenhang mit dem postmortalen Schutz als berechtigtes Interesse der Angehörigen des Verstorbenen.⁸

Auch der vorliegende Entwurf geht unter Hinweis auf OGH 4 Ob 224/13i von der eben skizzierten dogmatischen Grundlage des mittelbaren Schutzkonzeptes aus, wenn er ausdrücklich an der Wahrung des Andenkens des Verstorbenen anknüpft.⁹

3.2.2. Andenkenschutz

Mit dem Tod eröffnet sich ein neuer Schutzbereich, den es zu Lebzeiten so nicht gibt – das Andenken. Der Tod eines Menschen ist eine einschneidende Zäsur, mit der die Persönlichkeit ein Ende findet, nicht aber die soziale Existenz und die Wahrnehmung durch Dritte.¹⁰ Verstorbene leben in der Erinnerung von Zeitgenossen und durch zu Lebzeiten geschaffene Werke weiter.¹¹ Das Bild eines Verstorbenen bleibt „im Andenken lebendig“.¹² Anders ausgedrückt: Mit dem Tod ist – insb für die Hinterbliebenen – nicht jegliche Erinnerung beseitigt, die Person nicht rückwirkend „ab ihrer Geburt ausgelöscht“.¹³ Das Andenken ist

Haftpflchtrecht II³ (2018) A 2 Rz 62. Ähnlich bereits zur postmortalen Organentnahme *Edlbacher*, Die Entnahme von Leichenteilen zu medizinischen Zwecken aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1965, 449 (453 f) noch bevor diese gesetzlich (§ 62a KAKuG aF, jetzt § 5 Abs 1 OTPG) geregelt wurde.

⁷ *F. Bydlinski*, Paradoxe Geheimnisschutz post mortem? JBl 1999, 553 (555 f); *Koziol*, Haftpflchtrecht II³ (2018) A 2 Rz 62; *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018) 57 ff; *Pierer*, Schadenersatz beim postmortalen Persönlichkeitschutz, JBl 2017, 617 (626); zum Vorliegen eines „Doppelinteresses“ siehe bereits *Koebel*, Das Fortwirken des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode, NJW 1958, 936 (938); aus der Rsp erstmals OGH 4 Ob 203/13a ÖBl 2014/39, 184 (*Gramma*).

⁸ Erläuternde Bemerkungen zu § 77 UrhG, abgedruckt bei *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht (1954) 615 und *Dillenz*, Materialien zum österreichischen Urheberrecht (1986) 159.

⁹ 48/ME 27. GP Erläut 3.

¹⁰ *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 16 Rz 172.

¹¹ *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht² (1967) 341; *Hye-Glunek*, Das österreichische Strafgesetz 774; *Handler*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten (2008) 74; vgl schon *Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1797) Der Rechtslehre Erster Theil. Das Privatrecht. § 35: „Dass durch ein tadelloses Leben und einen dasselbe beschließenden Tod der Mensch einen (negativ-) guten Namen als das Seine, welches ihm übrig bleibt, erwerbe, wenn er als homo phaenomenon nicht mehr existiert [...]“.

¹² *Zaczyk* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB⁴ § 189 Rz 1.

¹³ *Bender*, Das postmortale allgemeine Persönlichkeitsrecht: Dogmatik und Schutzbereich, VersR 2001, 815 (815).

begrifflich dennoch nicht leicht zu fassen. Es geht zum einen um ein bestimmtes – objektiv nachvollziehbares – Lebensbild, das der Verstorbene hinterlässt, zum anderen um die Nachwirkung von dessen vom Tod unabhängigen Interessen und Willen. Man wird auch nicht ohne Personen oder Kollektiv auskommen, in deren Erinnerung der Verstorbene und ein bestimmtes Bild von ihm weiterhin – zumindest latent – präsent sind oder festgehalten wurden. Von berühmten oder prominenten Personen abgesehen, wird die Erinnerung an eine verstorbene Person nur bei einem eingegrenzten Personenkreis zu finden sein. Es können aber auch Konstellationen vorliegen, in denen der Verstorbene bei einer sehr großen Zahl an Menschen nach dem Tod präsent ist – etwa der Architekt eines markanten Bauwerks, Künstler, Monarchen oä – eine Beeinträchtigung des Andenkens aber bei der großen Masse keine Irritationen oder eine persönliche Verbunden- und Betroffenheit auslösen, weil keine engere Verbindung bestand. Somit ist zwischen jenem Personenkreis zu unterscheiden, bei dem der Verstorbene mit einem bestimmten (Lebens-) Bild noch präsent ist und jenem Kreis, der zusätzlich aufgrund persönlicher Verbundenheit ein Interesse an der Wahrung dieses Bildes hat. Es gibt also eine objektive und eine subjektive Komponente.¹⁴

Der Begriff „Andenken“ wird zwar in den Erläuterungen zu den §§ 77, 78 UrhG 1936 erwähnt, eine Konkretisierung oder Definition findet man aber nicht. Es lässt sich lediglich auf ein weites Begriffsverständnis des Gesetzgebers schließen, denn dieser ging davon aus, dass schon die Veröffentlichung vertraulicher Aufzeichnungen (Briefe, Tagebücher) eine Verunglimpfung des Andenkens zur Folge haben könne.¹⁵ „Andenken“ substituiert hier wohl nach dem Tod nicht mehr bestehende Persönlichkeitsrechte. Die Erläuterungen zu § 77 UrhG machen dies deutlich, weil die Beeinträchtigung des Andenkens zu Lebzeiten des Verstorbenen schlicht ein Verstoß gegen § 77 UrhG wäre. Auch der vorliegende Entwurf geht nicht näher auf das „Andenken“ ein. Beim Andenken handelt es sich mE um ein vom Verstorbenen hinterlassenes, womöglich bewusst gestaltetes, objektiv nachvollziehbares Gesamtbild seines Lebens und Wirkens, das im Nachhinein ge- und zerstört werden kann.¹⁶ Synonym kann man auch vom Lebensbild sprechen, das das Lebensschicksal, Handlungen, Taten, Worte und den gesamten Ablauf des äußeren Lebens mit seinen einzelnen Ereignissen umfasst.¹⁷

3.2.3. Dogmatische Begründung des postmortalen Schutzes

Als dogmatische Begründung bietet sich somit die Überlegung an, dass mit dem Tod die Rechtsfähigkeit endet und deshalb aktuell bestehende postmortale Persönlichkeitsrechte eines Verstorbenen nicht in Frage kommen, was auch in § 17a Abs 1 ABGB des Entwurfs zum Ausdruck kommt. Was aber vom Verstorbenen bleibt, bzw mit dem Tod neu als

¹⁴ *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018) 37 f.

¹⁵ Erläuternde Bemerkungen zu § 77 UrhG, abgedruckt bei *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht (1954) 615 und *Dillenz*, Materialien zum österreichischen Urheberrecht (1986) 159.

¹⁶ *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018) 63.

¹⁷ Dazu grundlegend *R. Doralt*, Der Schutz des Lebensbildes, ÖJZ 1973, 645.

schutzwürdiges Rechtsgut entsteht, ist sein Andenken. Die Schwierigkeit der dogmatischen Begründung resultiert aus der besonderen Situation, die sich aus dem Wegfall eines Rechtssubjekts ergibt, das zu Lebzeiten mit Blick auf die Zeit nach dem Tod ein Interesse an der Wahrung des eigenen Andenkens hat, dieses Interesse aber erst nach dem Verlust der Rechtsfähigkeit schlagend wird. So betrachtet sind das unmittelbare und mittelbare Schutzkonzept keine sich einander ausschließenden Gegensätze. Am Schutz des Andenkens als mit dem Tod entstehendes Rechtsgut haben sowohl der Verstorbene zu Lebzeiten als auch dessen Angehörige nach dem Tod ein subjektives inhaltsgleiches Interesse.¹⁸

3.2.4. Der Wille des Verstorbenen als Ausgangspunkt

Fraglich ist, ob man den Andenkenschutz für alle Fragen, die sich im Zusammenhang mit dem postmortalen Schutz von Persönlichkeitsrechten stellen, fruchtbar machen kann und soll. In manchen Fällen geht es nämlich nicht um den Schutz des Andenkens, sondern – zumindest auch – um die Beachtung des (mutmaßlichen) Willens des Verstorbenen. Bestes Beispiel ist jener Sachverhalt, der der ersten OGH-Entscheidung zum postmortalen Persönlichkeitsschutz zugrunde lag: Der Sohn begehrte Einsicht in die Krankengeschichte seiner verstorbenen Mutter, weil er einen Behandlungsfehler des Krankenhauses vermutete. Das Krankenhaus verweigerte die Einsicht unter Berufung auf den postmortalen Schutz der Privat- und Geheimsphäre. Die Deutung des mittelbaren postmortalen Schutzes dahingehend, dass die Persönlichkeitsrechte (Interessen) der Angehörigen, in deren Andenken der Verstorbene fortlebt, geschützt werden, erachtete der OGH im konkreten Fall als nicht weit genug gehend,¹⁹ ohne aber ins Detail zu gehen.

Mit dem Andenkenschutz hätte man die Entscheidung wohl schwerlich begründen können. Die Gewährung von Einsicht in die Krankengeschichte ist im Normalfall nicht geeignet, das Andenken des Verstorbenen zu beeinträchtigen, insb wenn es wie im konkreten Fall um einen Knochenbruch ging. Wollte man auch diesen Fall mit dem Schutz des Andenkens lösen, so müsste man den Begriff so weit verstehen, dass Andenken alles wäre, was vom Verstorbenen an vom Tod unabhängigen personalen Gütern und Interessen übrig bleibt. Das ist aber nicht zielführend. Der Andenkenschutz wäre demnächst dem Einsichtsbegehren nicht im Weg gestanden, schon aber der Wille der Verstorbenen, ihre Krankengeschichte geheim zu halten. Der OGH entschied, dass ein medizinischer Sachverständiger klären muss, ob die Verstorbene eingewilligt hätte, dass ihr Sohn Einsicht nehmen darf.

Zwar fällt die Rechtsfähigkeit mit dem Tod weg, die Weitergeltung des Willens ist davon aber unabhängig. Welchen Sinn hätte sonst bspw die Möglichkeit, einer postmortalen Organentnahme als Lebender gem § 5 Abs 1 Satz 3 OTPG widersprechen zu können, wenn dieser Wille mit dem Tod unbeachtlich werden würde, weil der Verfügende seine Rechtsfähigkeit verloren hat?

¹⁸ *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018) 63.

¹⁹ OGH 1 Ob 550/84 SZ 57/98.

Entscheidend ist also primär der Wille des Verstorbenen. Diesem Grundsatz folgen auch die §§ 77, 78 UrhG: Wenn der Verstorbene selbst entschieden hat, wie er bestimmte Aspekte geregelt und sein Andenken gestaltet haben will, zB indem er der Veröffentlichung von Bildnissen nach seinem Tod zustimmt, so ist seine Entscheidung zu akzeptieren und auch über den Tod hinaus beachtlich. Daher können sich Angehörige – mit Blick auf den Interessengleichlauf – nicht auf berechnete Interessen berufen, wenn der Verstorbene zu Lebzeiten seinen Willen geäußert hat.²⁰ Daher muss der mancherorts²¹ als starker Gegensatz dargestellte Unterschied zwischen dem Konzept des unmittelbaren und mittelbaren Schutzes (iSv „entweder Schutz für die Persönlichkeit des Verstorbenen selbst oder lediglich für die Persönlichkeitsrechte der Angehörigen“) relativiert werden, weil beide Konzepte die Wahrung der lebzeitigen Interessen einer nunmehr verstorbenen Person zum Inhalt haben.²²

3.3. Wahrnehmungsberechtigte

3.3.1. Beseitigung von Unklarheiten

§ 17a Abs 3 Satz 2 ABGB des Entwurfs lautet: „Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, kann die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen zur Wahrung seines Andenkens nur von den nahen Angehörigen erteilt werden.“

Man könnte diesen Satz auch so verstehen, dass die Einwilligung in die Beeinträchtigung zur Wahrung seines Andenkens, also zu dessen Zweck geschehen kann. Die Beeinträchtigung eines Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen kann aber nicht der Wahrung des Andenkens dienen. Zudem kann es auch Fälle des postmortalen Schutzes geben, in denen die Wahrung des Andenkens nicht im Vordergrund steht, etwa, wenn es um die Verwirklichung des Willens des Verstorbenen geht. Diesbezügliche Unsicherheiten werden vermieden, wenn dieser kurze Abschnitt entfällt. Die Wortfolge „zur Wahrung seines Andenkens“ kann daher gestrichen werden, ohne dass sich die Bedeutung des Gesetzestextes ändern würde.

3.3.2. Nahe Angehörige

Eine enge Beziehung zum Verstorbenen rechtfertigt es, den Schutz des Andenkens als persönliche Angelegenheit derjenigen Menschen zu sehen, die ihm nahestanden und somit als Teil ihrer Persönlichkeitssphäre zu betrachten.²³ Das führt zur Annahme eines (neuen) Persönlichkeitsrechts der nahen Angehörigen am Schutz des Andenkens des Verstorbenen. Damit ist auch das Argument der Gegner des Konzepts des Andenkenschutzes entkräftet,

²⁰ *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018) 66; offenlassend OGH 4 Ob 203/13a ÖBl 2014, 184 (*Grana*); die Höchstpersönlichkeit betonend OGH 6 Ob 209/16b JBl 2017, 672, 16; aA *Thiele* in *Ciresa*, Urheberrecht (19. Lfg 2017) § 77 UrhG Rz 67.

²¹ So etwa *Aicher* in *Rummel/Lukas*⁴ § 16 Rz 51: „Die umstr. Frage, ob Persönlichkeit eines Verstorbenen selbst über dessen Tod hinaus Schutz genießt oder ob ledigl die PersR der Angehörigen, in deren Andenken der Verstorbene fortlebt, geschützt sind [...]“.

²² *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018) 66.

²³ *May*, Zum Schutz der Persönlichkeit nach dem Tode, NJW 1958, 2101 (2103); *Westermann*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem Tode seines Trägers, FamRZ 1969, 561 (568); *Leipold* in *MüKoBGB*⁸ § 1922 Rz 161.

dass dessen Vertreter nicht begründen könnten, warum sich der persönlichkeitsrechtliche Schutzbereich der Angehörigen mit dem Tod eines ihrer Angehörigen erweitere und Beeinträchtigungen des Andenkens des Verstorbenen gleichzeitig ein Eingriff in ihre Interessen (Persönlichkeitsrechte) sei.²⁴ Die Antwort ist dem Gesetz zu entnehmen: Die §§ 77, 78 UrhG – und nunmehr § 17a Abs 3 Satz 1 ABGB – berufen die Angehörigen zur Wahrung des erst mit dem Tod entstehenden²⁵ und daher erst ab diesem Zeitpunkt schützbaeren Andenkens des Verstorbenen, weil die Angehörigen aufgrund der besonderen Beziehung und Nähe zum Verstorbenen ein subjektives²⁶ und durch die §§ 77, 78 UrhG – und nunmehr § 17a Abs 3 Satz 1 ABGB – gesetzlich anerkanntes persönlichkeitsrechtliches Interesse an dessen Schutz haben.²⁷

In den Erläuterungen könnte im Sinne von OGH 4 Ob 203/13a klargestellt werden, dass die in Betracht kommenden Angehörigen oder Wahrnehmungsberechtigten den Anspruch nicht nur gemeinsam geltend machen können, sondern dass das Tätigwerden nur einer Person ausreicht.

Zum Kreis der nahen Angehörigen, der sich nicht nach abstammungsrechtlichen Kriterien bestimmt, verweisen die Erläuterungen auf § 77 Abs 2 UrhG, was der hA entspricht.²⁸ Neben diesem Personenkreis kann es aber auch andere Personen geben, die kraft vergleichbarem Interesse ein eigenes, subjektives Interesse an der Wahrung des Andenkens des Verstorbenen haben können.²⁹ In § 77 Abs 2 UrhG fehlen bspw die Geschwister des Verstorbenen, die nach dem mittlerweile aufgehobenen § 117 Abs 5 StGB zur Privatanklage wegen postmortaler Ehrbeleidigungen berechtigt waren. Zu denken wäre bspw aber auch an Personen ohne Angehörige iSd § 77 Abs 2 UrhG, die aber vergleichbare Bindungen zu Dritten oder Organisationen haben. In diesem Zusammenhang wäre etwa an kirchliche Würdenträger zu denken.

Exkurs: Mit Blick auf den ebenfalls vorgeschlagenen Ersatz ideeller Schäden bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten (unten Punkt 4.2) sei nur kurz angemerkt, dass bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts der nahen Angehörigen an der Wahrung des Andenkens des Verstorbenen diesen aufgrund der Verletzung eines ihnen zugeordneten Persönlichkeitsrechts und der Verletzung ihrer eigenen subjektiven – wenn auch mit dem Verstorbenen inhaltsgleichen – Interessen auch ideeller Schadenersatz zustehen würde, wie

²⁴ Vgl *Luther*, Postmortaler Schutz nichtvermögenswerter Persönlichkeitsrechte (2009) 88 f.

²⁵ Vgl schon *Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1797) Der Rechtslehre Erster Theil. Das Privatrecht. § 35: „Dass durch ein tadelloses Leben und einen dasselbe beschließenden Tod der Mensch einen (negativ-) guten Namen als das Seine, welches ihm übrig bleibt, erwerbe, wenn er als homo phaenomenon nicht mehr existiert [...]“.

²⁶ *May*, Zum Schutz der Persönlichkeit nach dem Tode, NJW 1958, 2101 (2103); *Westermann*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem Tode seines Trägers, FamRZ 1969, 561 (568); *Leipold* in MüKoBGB⁸ § 1922 Rz 161.

²⁷ *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018) 64.

²⁸ *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018) 129 ff mwN.

²⁹ *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018) 134 ff.

das bei den §§ 77, 78 UrhG iVm § 87 Abs 2 UrhG bereits jetzt der Fall ist.³⁰ Der Verstorbene selbst hat selbstredend keinen auszugleichenden Schaden mehr. Wenn also bspw der Verstorbene einen Dritten mit der Wahrung des Schutzes beauftragt hat, kommt Schadenersatz mangels eigenem subjektiven Interesse des Wahrnehmungsberechtigten nicht in Betracht.³¹

3.3.3. Einwilligung und Interessen des Verstorbenen

Fraglich ist, warum die Angehörigen in die Verletzung gem § 17a Abs 3 Satz 2 ABGB einwilligen können, wenn § 17a Abs 1 ABGB des Entwurfs die Höchstpersönlichkeit von Persönlichkeitsrechten betont. Zwar handelt es sich im Sinne des mittelbaren Schutzkonzepts um ein (Persönlichkeits-)Recht der Angehörigen, dieses wird inhaltlich allerdings durch die Interessen des Verstorbenen determiniert. Schon aus den §§ 77, 78 UrhG folgt, dass die Interessen der Angehörigen dann unbeachtlich sind – die ja die Interessen des Verstorbenen widerspiegeln – wenn der Verstorbene zu Lebzeiten selbst eine Entscheidung getroffen hat.³² Aber selbst ohne ausdrückliche lebzeitige Entscheidung des Verstorbenen ist fraglich, ob den Angehörigen – bzw allgemein den Wahrnehmungsberechtigten – eine solche Kompetenz zukommen würde.

Diese Frage stellt sich schon länger beim Urheberpersönlichkeitsrecht. Das Urheberrecht und damit auch das Urheberpersönlichkeitsrecht ist gem § 23 Abs 1 UrhG vererblich, sodass die Erben auch Urheberpersönlichkeitsrechte geltend machen bzw darüber disponieren können.³³ Hierzu stehen sich wieder zwei Meinungen gegenüber: Nach der einen Meinung könnten die Rechtsnachfolger nach dem Tod des Urhebers mit den Urheberpersönlichkeitsrechten nach ihren eigenen Vorstellungen verfahren („Interessenfreiheit“), nach der anderen Ansicht wären die Rechtsnachfolger in der Rechtsausübung weiterhin an die Interessen und Vorstellungen des Urhebers gebunden und könnten nur im Sinne des verstorbenen Urhebers handeln („Interessenbindung“).³⁴

Für die Interessenbindung und damit gegen eine völlig freie Dispositionsbefugnis insb zulasten der Interessen des Verstorbenen sprechen mehrere Aspekte. Dem Schweigen des

³⁰ AA mit widersprüchlicher Begründung (die Begründung, die für die Ablehnung des Schadenersatzanspruches ins Treffen geführt wird, wird zur Bejahung des Unterlassungsanspruches herangezogen) OGH 6 Ob 209/16b ÖBl 2017/42 (Plasser); 6 Ob 61/17i ecolex 2017/489 (Hofmarcher); 6 Ob 226/16b EvBl 2018/92 (Burtscher); ablehnend Pierer, Schadenersatz beim postmortalen Persönlichkeitsschutz, JBl 2017, 617; diesem zustimmend Koziol, Haftpflichtrecht II³ (2018) A 2 Rz 69; siehe bereits Meissel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 16 Rz 191 sowie Lanzinger-Twardosz, Anmerkung zu OGH 4 Ob 203/13a, MR 2014, 140 (145).

³¹ Pierer, Schadenersatz beim postmortalen Persönlichkeitsschutz, JBl 2017, 617 (630 f).

³² A. Kodek in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 77 UrhG Rz 17 f; Meissel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 16 Rz 184; Pierer, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018) 66.

³³ OGH 4 Ob 242/08d NZ 2009, 93; Walter, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 465, 504; Guggenbichler in Ciresa, Urheberrecht (21. Lfg 2019) § 23 UrhG Rz 4.

³⁴ Pierer, Die Persönlichkeitsrechte des Urhebers nach dem Tod, GRUR 2019, 476 (477) mwN zur Diskussion insb zur deutschen Rechtslage.

Verstorbenen kann keinerlei Erklärungswert beigemessen werden.³⁵ Da es beim postmortalen Schutz nach wie vor um die Interessen des Verstorbenen geht, sind diese maßgeblich. *F. Bydliński*³⁶ hat dies treffend beschrieben, wenn er von der Zweckbeschränkung schreibt, „die man häufig durch den nicht ganz passenden Hinweis auf die Treuhand zum Ausdruck bringen will“.³⁷ Beim Urheberpersönlichkeitsrecht wird das besonders deutlich, weil die Rechtsnachfolger des Urhebers weder das maßgebliche Werk geschaffen haben, noch eine sonstige Verbindung zum Schaffen des verstorbenen Urhebers haben.³⁸ Auch beim postmortalen Schutz kommt es zu keinem Austausch der geschützten Person, die Angehörigen treten nur hinzu.

Aus der Interessengebundenheit ergibt sich auch die Notwendigkeit, zwei Perspektiven einzunehmen: Gegenüber Dritten haben die Wahrnehmungsberechtigten alle Rechte, die auch der Urheber hatte. Geht es aber um die Interessenbindung, also um die Interessen des Verstorbenen, nehmen die Wahrnehmungsberechtigten selbst die Perspektive eines Dritten ein, der die Grenzen des Gesetzes zu beachten hat. Daraus folgt aber keineswegs, dass die Wahrnehmungsberechtigten immer nur eine passive Rolle einnehmen müssen und die Interessen des Verstorbenen in dem Sinne „eingefroren“ werden, dass sie gar keine Verfügungen vornehmen dürfen. Sie haben dabei jedoch die Perspektive eines Dritten einzunehmen und den gesetzlich vorgegebenen Rahmen zu beachten. Zusammenfassend bedeutet das, dass die Wahrnehmungsberechtigten den Willen oder mutmaßlichen Willen des Verstorbenen erforschen und sodann die Interessen des Verstorbenen, die sich subsidiär direkt aus dem Gesetz – den einzelnen persönlichkeitsrechtlichen Bestimmungen – ergeben, bestmöglich wahrnehmen müssen. Bleibt die Erforschung des Willens ohne Ergebnis, ist also zu prüfen, ob die beabsichtigte Verfügung gegen (gesetzliche) persönlichkeitsrechtliche Bestimmungen verstößt. Ist das der Fall, so können bzw dürfen sie nicht zustimmen.³⁹

3.3.4. Vom Verstorbenen Beauftragte

Der Entwurf des Gesetzestextes enthält auch die Wortfolge „Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist“. Die Erläuterungen zu Abs 3 sagen nicht, warum diese Wortfolge im Gesetzestext enthalten ist. Sie könnte so verstanden werden, dass sich eine mögliche Wahrnehmungsbefugnis Dritter ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben muss. Zum Kreis der Wahrnehmungsberechtigten geht der Entwurf in § 17a Abs 3 Satz 2 sowie in § 20 Abs 1 Satz 2 ABGB zwar auf die hA zu den nahen Angehörigen ein, nicht jedoch auf die Möglichkeit des Verstorbenen, selbst Personen zur Wahrnehmung des Schutzes zu bestimmen. Nach hA kann der Verstorbene auch selbst Personen zur Wahrung des postmortalen Schutzes bestimmen.⁴⁰

³⁵ *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992) 64; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 335.

³⁶ Paradoxe Geheimnisschutz post mortem? JBl 1999, 553 (556).

³⁷ Vgl auch *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ (2018) A 2 Rz 62.

³⁸ *Pierer*, Die Persönlichkeitsrechte des Urhebers nach dem Tod, GRUR 2019, 476 (478 ff).

³⁹ *Pierer*, Die Persönlichkeitsrechte des Urhebers nach dem Tod, GRUR 2019, 476 (481).

⁴⁰ *R. Doralt*, Der Schutz des Lebensbildes, ÖJZ 1973, 645 (649 f); *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ (2018) A 2 Rz 64;

Diesen Dritten fehlt dann das subjektive Interesse an der Wahrung des Schutzes, dh eine Beeinträchtigung würde sie nicht persönlich treffen.⁴¹ Eine solche Beauftragung kann auch konkludent erfolgen.⁴²

Sein lebzeitiges Interesse am postmortalen Schutz kann der später Verstorbene also Dritten für die Zeit nach dem Tod – das erfordert die Besonderheit der Situation – übertragen, damit diese den Schutz geltend machen. Die Schwierigkeit resultiert aus der Situation, die sich aus dem Wegfall eines Rechtssubjekts ergibt, das zu Lebzeiten mit Blick auf die Zeit nach dem Tod ein Interesse an der Wahrung des eigenen Andenkens hat, dieses Interesse aber erst nach dem Verlust der Rechtsfähigkeit schlagend wird.⁴³ Ansonsten stünde man auch vor dem Widerspruch, dass eine Person zwar gemäß §§ 77, 78 UrhG lebzeitig anordnen könnte, dass vertrauliche Aufzeichnungen oder ein ihre berechtigten Interessen verletzendes Bildnis nach dem Tod veröffentlicht werden dürfen, ein gegenteiliger (sogar ausdrücklich geäußelter) Wille aber nicht durchgesetzt werden könnte, wenn diese Person keine Angehörigen hat. Sind positive Verfügungen (Zustimmung oder ausdrückliche Anordnung) für die Zeit nach dem Tod möglich, muss das auch für negative Verfügungen und deren Durchsetzung gelten.⁴⁴ Argument für die Übertragbarkeit zur Wahrung eigener Interessen nach dem Tod sind die §§ 19 ff und § 67 Abs 3 UrhG. Es fällt auf, dass der Gesetzestext des UrhG nur beim Urheberrecht und den Verwertungsrechten vom „Übergang“ auf die Erben spricht. Zu den (Urheber-)Persönlichkeitsrechten heißt es hingegen, dass sie nach dem Tod des Urhebers oder Künstlers denjenigen „zustehen“, auf die die Urheber- oder Verwertungsrechte „übergegangen“ sind. Die Erläuterungen zum UrhG 1936 enthalten keine weiteren Erklärungen dazu. Das lässt Rücksichtnahme des damaligen Gesetzgebers auf die besondere Situation erkennen, dass die Rechtsnachfolger zwar die Rechte ausüben können, diese aber nach wie vor dem Schutz der ideellen Interessen des verstorbenen Urhebers oder Künstlers dienen. Somit können Dritte lebzeitige persönlichkeitsrechtliche Interessen des Verstorbenen auch nach dessen Tod geltend machen.⁴⁵

Weiß/Ferrari in Ferrari/Likar-Peer, *Erbrecht* (2007) 26; Handler, *Der Schutz von Persönlichkeitsrechten* (2008) 76 f; Schauer in Kletečka/Schauer, *ABGB-ON*^{1.02} § 16 Rz 27; Meissel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, *Klang*³ § 16 Rz 185; Pierer, *Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten* (2018) 137 ff; aus Deutschland etwa BGH I ZR 266/52, GRUR 1955, 201 – Cosima Wagner; BGH I ZR 44/66, NJW 1968, 1773 – Mephisto; Hubmann, *Das Persönlichkeitsrecht*² (1967) 347 f; Heldrich, *Der Persönlichkeitsschutz Verstorbener*, in FS Lange (1970) 163 (171 f); Hager in Staudinger, *BGB* (Neubearbeitung 2017) § 823 Rz C 40.

⁴¹ Pierer, *Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten* (2018) 147 f.

⁴² Meissel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, *Klang*³ § 16 Rz 185.

⁴³ Siehe schon Punkt 3.2.3.

⁴⁴ Schon R. Doralt, *Der Schutz des Lebensbildes*, ÖJZ 1973, 650, bejaht die Möglichkeit, für die Zeit nach dem Tod eine Person mit der Wahrnehmung des Brief- und Bildnisschutzes zu beauftragen, wenn der Verfasser oder Abgebildete die Veröffentlichung gestatten oder ausdrücklich anordnen kann.

⁴⁵ Pierer, *Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten* (2018) 140.

3.4. Schutzdauer

3.4.1. Allgemeines

Der Entwurf geht nicht auf die im Zusammenhang mit dem postmortalen Schutz diskutierte Frage nach dessen Dauer ein. Auch hier bietet § 77 Abs 2 UrhG eine gute Vorlage, deren analoge Anwendung von der hA vorgeschlagen wird.⁴⁶ Die Rsp hat sich noch nicht geäußert, obwohl es zumindest eine Gelegenheit gegeben hätte, nämlich in einem Fall, in dem zwischen der behaupteten Persönlichkeitsrechtsverletzung und dem Tod der betroffenen Person 27 Jahre lagen.⁴⁷ § 77 Abs 2 UrhG stellt auf die Nähe der Angehörigen zum Verstorbenen ab und bestimmt danach die Schutzdauer ihres subjektiven Persönlichkeitsrechts auf Wahrung des Andenkens des Verstorbenen.⁴⁸

3.4.2. Beauftragung Dritter ohne eigenes subjektives Interesse

Die Wertungen des § 77 Abs 2 UrhG passen allerdings dort nicht mehr, wo subjektive Interessen der Wahrnehmungsberechtigten keine Rolle spielen, also dann, wenn der Verstorbene Dritte mit der Wahrnehmung des postmortalen Schutzes beauftragt hat. Eine vergleichbare Situation wurde bereits oben (Punkt 3.3.3) angesprochen, nämlich der Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts. Wenn § 60 Abs 1 UrhG die Persönlichkeitsrechte des Urhebers siebenzig Jahre lang schützt, dann sollte das auch für den vergleichbaren Fall sonstiger Persönlichkeitsrechte gelten, zumal die Beauftragung mit der Wahrung des Schutzes ebenso eine Disposition des Verstorbenen voraussetzt, wie er auch das Urheberrecht und damit die Urheberpersönlichkeitsrechte von Todes wegen übertragen könnte.

3.4.3. Trennung von Schutzdauer und inhaltliche Beurteilung

Es besteht Einigkeit darüber, dass der postmortale Schutz nicht unbegrenzt fortbestehen kann. Daher wird angenommen, dass die Erinnerung an den Verstorbenen umso mehr verblasst, also das Schutzbedürfnis abnimmt, je länger der Tod der betreffenden Person zurückliegt.⁴⁹ Wenn jedoch vertreten wird, dass der Schutz „verblassen“ würde, werden Schutzdauer und inhaltliche Beurteilung zu Unrecht vermengt.

Die Frage nach der Schutzdauer ist von jener nach der inhaltlichen Beurteilung zu trennen.

⁴⁶ Auf *R. Doralt*, Der Schutz des Lebensbildes, ÖJZ 1973, 645 (646 ff) verweisend *Aicher* in *Rummel/Lukas*⁴ § 16 Rz 53; *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ (2018) A 2 Rz 65; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 16 Rz 27; *Schauer* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge² (2018) § 16 Rz 13; *Weiß/Ferrari* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht (2007) 26 (FN 159); *Frick*, Persönlichkeitsrechte (1991) 165; für eine Differenzierung im Einzelfall hingegen *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 16 Rz 187.

⁴⁷ OGH 6 Ob 9/06a MR 2006, 138.

⁴⁸ *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018) 156 ff.

⁴⁹ *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 16 Rz 187; *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht² (1967) 346; *Heldrich*, Der Persönlichkeitsschutz Verstorbener, in FS Lange (1970) 163 (173); *Hager* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2017) § 823 Rz C 45; *Brändel* in *Götting/Schertz/Seitz*, Handbuch des Persönlichkeitsrechts (2008) § 37 Rn 45; *Schmitt* in *Götting/Schertz/Seitz*, Handbuch des Persönlichkeitsrechts² (2019) § 29 Rn 69; BGH I ZR 44/66 NJW 1968, 1773 – *Mephisto*; BVerfG 1 BvR 435/68 BVerfGE 30, 173 – *Mephisto II*.

So ergibt sich aus der Anwendung der Frist des § 77 Abs 2 UrhG nur, dass die jeweiligen Angehörigen im dadurch vorgegebenen Zeitfenster aktivlegitimiert sind. Erst in einem zweiten Schritt sind inhaltliche Fragen im Rahmen einer Interessenabwägung zu klären, also ob die Handlung auch tatsächlich rechtswidrig war. Dabei fließt das Verblassen der Erinnerung allerdings nicht in die Beurteilung ein. Bei allernächsten Verwandten nimmt etwa § 77 Abs 2 UrhG an, dass die subjektiven Interessen zu deren Lebzeiten nicht verblassen, bei entfernteren Verwandten dagegen zehn Jahre nach Ablauf des Todesjahres ihres Angehörigen. Der Gesetzgeber hält in den Erläuterungen zu den §§ 77, 78 UrhG ausdrücklich fest, dass „die Familieninteressen, vor denen auch die Geschichtsforschung haltmachen muß“ mit „dem Wegfall der allernächsten Verwandten und dem Ablauf einiger Zeit nach dem Tode des Verfassers oder Empfängers eines Briefes verblassen“.⁵⁰ Es verblassen also die Familieninteressen, nicht die Erinnerung an den Verstorbenen. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass die subjektiven Interessen der „allernächsten Verwandten“ aufgrund der engen Beziehung zum Verstorbenen nicht zu deren Lebzeiten „verblassen“ können.⁵¹ Wieder ist hier auf das Urheberpersönlichkeitsrecht zu verweisen, zu dem dieselbe Frage diskutiert wird.⁵² Hierzu überwiegt die Ansicht, dass die persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Urhebers während der gesamten – urheberrechtlichen – Schutzfrist in vollem Umfang aufrecht bleiben.⁵³ Das Konzept eines „verblassens“ des Schutzes ist der Rechtsordnung an sich fremd. So wird bspw auch ein am letzten Tag der dreißigjährigen Verjährungsfrist geltend gemachter Anspruch vom Gericht inhaltlich geprüft, ohne dass die lange Zeitdauer eine Rolle spielen würde, solange der Anspruch innerhalb der Frist geltend gemacht wird. Diesen Aspekt könnte man bspw in den Erläuterungen klarstellen.

3.4.4. Vermögenswerte Bestandteile des Persönlichkeitsrechts

In den Erläuterungen werden auch vermögenswerte Bestandteile bzw die kommerzielle Verwertung von Persönlichkeitsrechten angesprochen.⁵⁴ Diesem Aspekt kommt auch nach dem Tod Bedeutung zu, sodass eine mögliche Schutzfrist geregelt werden sollte.

⁵⁰ EB zu § 77 UrhG, abgedruckt bei *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht (1954) 615 und *Dillenz*, Materialien zum österreichischen Urheberrecht (1986) 160. So argumentiert auch der BGH (I ZR 44/66 NJW 1968, 1773 – *Mephisto*): mit der Zeit wachse das Gegeninteresse, nicht wegen eines Fehlers in der Darstellung historischer Vorgänge Rechtsansprüchen ausgesetzt zu werden.

⁵¹ *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018) 158 f; *Pierer*, Die Persönlichkeitsrechte des Urhebers nach dem Tod, GRUR 2019, 476 (482 f) mwN in FN 65.

⁵² *Pierer*, Die Persönlichkeitsrechte des Urhebers nach dem Tod, GRUR 2019, 476 (482 f) mwN insb zur Diskussion in Deutschland.

⁵³ *Toms* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 19 UrhG Rz 12; *Guggenbichler* in *Ciresa*, Urheberrecht (21. Lfg 2019), Vor §§ 19–21 UrhG Rz 8; in diesem Sinne auch *Wallentin* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge² (2018) § 35 Rz 50. Auch *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) führt aus, dass die Urheberpersönlichkeitsrechte für die gesamte Dauer der urheberrechtlichen Schutzfrist zustehen (Rz 886) und mangels Differenzierung gleichzeitig mit den Verwertungsrechten enden würden (Rz 465). Ausführlich *Pierer*, Die Persönlichkeitsrechte des Urhebers nach dem Tod, GRUR 2019, 476 (482 f). AA *Thiele/Waß*, Urheberrecht post mortem - Rechtsnachfolge bei Werkschöpfern, NZ 2002, 97 (99).

⁵⁴ 48/ME 27. GP Erläut 3.

Überlegungen zu subjektiven Interessen der Wahrnehmungsberechtigten sind aber auch bei der Frist im Zusammenhang mit vermögenswerten Aspekten des Persönlichkeitsrechts unpassend. Die Frage ist lediglich, wie lange die Erben vermögenswerter Bestandteile von Persönlichkeitsrechten (das müssen nicht zwingend die nahen Angehörigen sein) diese nach dem Tod des Erblassers weiter verwerten können. Die Situation ist vergleichbar mit dem Schutz des Urheberrechts. Gem § 60 Abs 1 UrhG endet der Schutz des Urheberrechts 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers. Hinter dieser Frist steht der Gedanke, dass auch noch zwei Generationen von Nachkommen (Erben) wirtschaftlich vom Schaffen des verstorbenen Urhebers profitieren sollen. Zu dieser Frage ist somit auf den Vorschlag von *Meisse*⁵⁵ zurückzukommen, wonach für die Schutzdauer vermögenswerter Aspekte von Persönlichkeitsrechten die Frist des § 60 Abs 1 UrhG heranzuziehen ist.

3.5. Formulierungsvorschlag

Im Lichte der obigen Ausführungen könnte man § 17a Abs 3 ABGB wie folgt formulieren, um Fragen des postmortalen Schutzes im Zuge der Kodifikation des Persönlichkeitsschutzes zu klären:

Der Schutz des Persönlichkeitsrechts endet nicht mit dem Tod. Die nahen Angehörigen des Verstorbenen oder Dritte mit vergleichbarem Interesse können den Schutz geltend machen (§ 77 Abs 2 UrhG). Das gilt nicht, soweit der Verstorbene selbst Anordnungen getroffen oder Dritte damit beauftragt hat; für sie und für den Schutz vermögenswerter Bestandteile gilt die Frist des § 60 Abs 1 UrhG.

Durch den Verweis auf § 77 Abs 2 UrhG wird der Kreis der Wahrnehmungsberechtigten und die Schutzdauer festgelegt. So können bisherige Lehre und Rsp zum postmortalen Schutz übernommen werden, was dem Ziel der Kodifikation des Persönlichkeitsschutzes dient. Gleichzeitig eröffnet man Dritten mit vergleichbarem Interesse die Möglichkeit der Wahrnehmung des Schutzes, weil der Kreis der Angehörigen in § 77 Abs 2 UrhG eng gezogen ist. Der dritte Satz betont die Autonomie des Verstorbenen, wie sie bereits in den §§ 77, 78 UrhG zum Ausdruck kommt und kodifiziert die hA, wonach der Verstorbene Dritte mit der Wahrnehmung des postmortalen Schutzes betrauen kann. Von seiner Autonomie kann der Verstorbene auch nur teilweise Gebrauch machen, was durch das Wort „soweit“ zum Ausdruck kommt. Die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts werden ebenfalls im Sinne der hA geregelt. Durch den Verweis auf die Frist des § 60 Abs 1 UrhG schafft man auch eine einheitliche Rechtslage mit Blick auf die Persönlichkeitsrechte des Urhebers. Durch die Klarstellung des Kreises der Wahrnehmungsberechtigten könnte man überdies § 20 Abs 1 Satz 2 ABGB des Entwurfs einsparen.

⁵⁵ In *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 16 Rz 187, 195; diesem folgend *Pierer*, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018) 162 f; in diesem Sinne bereits *Rixecker* in MüKoBGB⁸ I Anhang zu § 12 Rz 59.

4. Zu § 20 ABGB

4.1. Schadenersatz als weitere allgemeine Rechtsfolge von Verletzungen von Persönlichkeitsrechten

§ 20 ABGB des Entwurfs ist eine begrüßenswerte Kodifikation des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs als Folge von Persönlichkeitsrechtsverletzungen, zumal ausdrückliche Gesetzesbestimmungen dazu selten sind.

Nicht erwähnt wird jedoch als weitere Rechtsfolge der Anspruch auf materiellen Schadenersatz. Dieser ist etwa ausdrücklich in den §§ 43, 1330 ABGB angeführt, zudem bejaht die hA einen solchen Anspruch aufgrund des Charakters von Persönlichkeitsrechten als absolute Rechte, auch wenn er nicht eigens in der betreffenden Norm angeführt ist.⁵⁶ Die Bestimmung sollte daher noch um einen (materiellen) Schadenersatzanspruch aus Verschulden ergänzt werden, der bisher wie der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nur in wenigen persönlichkeitsrechtlichen Bestimmungen ausdrücklich erwähnt wird.

§ 20 ABGB des Entwurfs bietet somit die Möglichkeit, einen allgemeinen Katalog an Rechtsfolgen von Persönlichkeitsrechtsverletzungen in das Gesetz aufzunehmen. Andernfalls könnte man § 20 Abs 1 ABGB auch als abschließende Aufzählung der Rechtsfolgen verstehen, die nur durch ausdrückliche Spezialbestimmungen ergänzt werden würde. Das würde aber aufgrund der uneinheitlichen Textierung zahlreicher Persönlichkeitsrechte zu einer Verschlechterung des bereits bestehenden Schutzniveaus führen, weil dann bspw Schadenersatz nur in jenen Fällen in Frage kommen würde, in denen er ausdrücklich im Gesetz angeordnet ist. In diesem Sinne könnte man – dem Gedanken der Kodifikation einer einheitlichen Rechtslage folgend – § 20 Abs 1 Satz 1 ABGB um die § 43 ABGB entnommene Wortfolge „und bei Verschulden auf Schadenersatz“ ergänzen, sodass er lauten würde:

Wer in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt worden ist oder eine solche Verletzung unmittelbar befürchten muss, kann auf Unterlassung und auf Beseitigung des widerrechtlichen Zustandes und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen.

4.2. Immaterieller (ideeller) Schadenersatz

4.2.1. Allgemeines

Man könnte im Zuge der Kodifikation des Persönlichkeitsschutzes auch noch den letzten Schritt gehen und auch eine Ersatzpflicht für immaterielle (ideelle) Beeinträchtigungen vorsehen. Das wäre keinesfalls eine revolutionäre Neuerung, sondern letztendlich das Herbeiführen einer ausgewogenen Rechtslage, die bestehende Ungleichgewichtslagen beseitigt, weil immaterieller Schadenersatz bereits jetzt für manche Verletzungen von Persönlichkeitsrechten vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist.

⁵⁶ OGH 4 Ob 91/78 SZ 51/146; 1 Ob 658/83 SZ 56/124; Koch in KBB⁶ § 16 Rz 9; Koziol, Haftpflichtrecht II³ (2018) A 2 Rz 20, 23 ff; Aicher in Rummel/Lukas⁴ § 16 Rz 8; Posch in Schwimann/Kodek⁵ § 16 Rz 12, 57.

So gibt es mit § 87 Abs 2 UrhG bereits seit 1936 eine Bestimmung, die eine angemessene Entschädigung für die in keinem Vermögensschaden bestehenden Nachteile vorsieht. Diese Bestimmung sollte nach der Intention des Gesetzgebers des UrhG insbesondere auf die Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten angewendet werden.⁵⁷

Den Ersatz von immateriellen Schäden bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen sieht das ABGB seit 2004 auch ausdrücklich in § 1328a vor: Bei erheblichen Verletzungen der Privatsphäre, etwa wenn Umstände daraus in einer Weise verwertet werden, die geeignet ist, den Menschen in der Öffentlichkeit bloßzustellen, umfasst der Ersatzanspruch auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. Der OGH hat, gestützt auf diese Bestimmung, bspw im Jänner 2020 einem Arbeitnehmer, der von seinem Arbeitgeber ohne dessen Wissen sechs Monate mittels GPS-Sender überwacht wurde, € 2.400 Schadenersatz zugesprochen.⁵⁸ Ein Stalking-Opfer erhielt für die mehr als ein Jahr andauernde Belästigung und Verfolgung € 4.900 zugesprochen.⁵⁹

§ 1328 ABGB sieht bei Verletzungen der geschlechtlichen Selbstbestimmung eine angemessene Entschädigung für die erlittene Beeinträchtigung vor. Auch Schmerzensgeldansprüche kann man mit Blick auf das Persönlichkeitsrecht der körperlichen Integrität noch als Beispiel anführen. Gleiches gilt für § 1329 ABGB mit Blick auf die persönliche Freiheit.

Auch das MedienG sieht in den §§ 6 ff einen Anspruch auf eine Entschädigung für die erlittene Kränkung gegen den Medieninhaber vor. Die Begrenzungen des Entschädigungsbetrags werden durch Art 2 des Entwurfs 50/ME 27. GP erfreulicherweise verdoppelt. Weiters sieht § 29 Abs 1 DSGVO immateriellen Schadenersatz bei Verstößen gegen die DSGVO nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts vor (ebenso Art 82 DSGVO).

Aber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung sprach der OGH 2018 im Fall der Vertauschung eines Neugeborenen im Krankenhaus nach der Geburt der betroffenen Person € 20.000 an ideellem Schadenersatz zu und betonte dabei den massiven Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen (insb das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung), die nie ihre biologischen Eltern kennenlernen wird.⁶⁰

Der Ersatz ideeller Schäden wegen Verletzung von Persönlichkeitsrechten ist der Rechtsordnung also keineswegs fremd, auch die Rsp scheint ihre eher ablehnende Haltung langsam aufzugeben.⁶¹

Ansonsten ist ein Ersatzanspruch für erlittene Kränkung bzw immaterieller Schadenersatz

⁵⁷ „Diese Entschädigung wird namentlich bei Verletzungen der dem Schutze geistiger Interessen dienenden Vorschriften des Entwurfs Bedeutung gewinnen“, EB zu § 87 UrhG, abgedruckt bei *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht (1954) 634 und *Dillenz*, Materialien zum österreichischen Urheberrecht (1986) 176.

⁵⁸ OGH 9 ObA 120/19s EvBl 2020/109 (*Polzer*).

⁵⁹ OGH 8 Ob 129/15a Zak 2016/68 (zusätzlich zu € 100 aus dem Strafverfahren gegen den Stalker).

⁶⁰ OGH 4 Ob 208/17t EvBl 2019/2 (*Karner*).

⁶¹ Zum Diskussionsstand zum Ersatz ideeller Schäden siehe jüngst *Spitzer*, Schadenersatz für Datenschutzverletzungen, ÖJZ 2019, 629.

nur vereinzelt im Gesetz zu finden. So sieht etwa § 12 Pauschalreisegesetz⁶² bei erheblicher Vertragswidrigkeit Ersatz für die entgangene Urlaubsfreude vor. Darüber hinaus sehen § 16 Abs 2 UWG, § 12 Gleichbehandlungsgesetz, § 53 Abs 4 Markenschutzgesetz, § 150 Abs 4 Patentgesetz Schadenersatz für die erlittene persönliche Beeinträchtigung vor. Auch nach § 8 Abs 3 Mietrechtsgesetz ist erlittenes Ungemach auszugleichen.⁶³

4.2.2. Ideeller Schadenersatz in Deutschland

Die lange Zeit restriktive Haltung der Gerichte, ideellen Ersatz nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung zuzusprechen (wofür die §§ 1323, 1324 ABGB allerdings ein allgemeines System bereithalten)⁶⁴ wird mit der „Vorbildwirkung“ des 1900 in Deutschland in Kraft getretenen § 253 BGB erklärt, der anordnet, dass für Nichtvermögensschäden nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen Entschädigung in Geld gefordert werden kann. Die zeitliche Nähe der Entscheidung JB 184⁶⁵ des OGH aus 1908, in der dieser Grundsatz auch für das österreichische Recht aufgestellt wurde, spricht jedenfalls dafür.

In Deutschland ebnete der BGH allerdings 1958 den Weg für immateriellen Schadenersatz bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, ohne dass dieser im Gesetz normiert war. Anlassfall war ein Werbeplakat für Potenzmittel, das einen Reiter zeigte, der bei einem Turnier fotografiert worden war, aber nie einer derartigen Verwendung zugestimmt hatte.⁶⁶ Der BGH entschied, dass § 847 BGB, der immateriellen Schadenersatz bei Körperverletzung oder Freiheitsentziehung vorsah (inzwischen aufgehoben, vgl nunmehr § 253 BGB), auf Fälle schwerwiegender Beeinträchtigungen der Persönlichkeit analog angewandt werden könne, weil eine „Freiheitsberaubung im Geistigen“ vorläge. In späteren Fällen ließ man diese Begründung fallen und stützte sich für den Zuspruch von immateriellem Schadenersatz auf Art 1 und 2 des Grundgesetzes, die den Schutz der Menschenwürde und die freie Entfaltung der Persönlichkeit garantieren,⁶⁷ und Grundlage des Persönlichkeitsschutzes in Deutschland bilden. Der Zuspruch immateriellen Schadenersatzes steht aber nur dann zu, wenn die Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht ohne Entschädigung bleiben kann, weil der Eingriff ein schwerer war.⁶⁸

⁶² Zuvor bereits § 31e Abs 3 KSchG.

⁶³ Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ (2020) D 3 Rz 5 f.

⁶⁴ Ausführlich *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ (2020) D 3 Rz 6 ff; *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15. ÖJT Band II/1 (2003) 17 ff; weiters *F. Bydlinski*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem JBl 1965, 173 (179 ff), JBl 1965, 237 (247 ff); *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999) 76 ff; *Karner* in KBB⁶ § 1293 Rz 2; *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1324 Rz 3; *Danzl* in KBB⁶ § 1323 Rz 3.

⁶⁵ GIUNF 4185. Gegenteilig noch bspw. GLU 12365; weitere Nachweise bei *Karner*, Menschenrechte und Persönlichkeitsschutz in Österreich und Europa, in Vienna Law Inauguration Lectures III (2014) 23 (38 in FN 89).

⁶⁶ BGH I ZR 151/56 GRUR 1958, 408 – *Herrenreiter*.

⁶⁷ BVerfG 1 BvR 112/65 GRUR 1974, 44 – *Soraya*; BGH VI ZR 95/70 GRUR 1972, 97 – *Liebestropfen*.

⁶⁸ BGH VI ZR 259/60 NJW 1961, 2059 – *Ginseng*; *Seitz* in *Götting/Schertz/Seitz*, Handbuch des Persönlichkeitsrechts² (2019) § 46 Rn 11 ff; *Rixecker* in MÜKoBGB⁸ I Anhang zu § 12 Rz 294 ff.

4.2.3. Generalklausel im Schweizer Recht

In der Schweiz bestimmt Art 49 OR (Obligationenrecht): „Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist“. Diese Bestimmung ergänzt die Art 28 ff ZGB (Zivilgesetzbuch) zum Schutz der Persönlichkeit und sieht als Generalklausel ideellen Ersatz bei schweren Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor.

4.3. Symbolkraft

Der Zuspruch von immateriellem Schadenersatz soll weder dazu dienen, die Opfer reich zu machen, noch dazu, die Täter in den wirtschaftlichen Ruin zu treiben. Immaterieller Schadenersatz hat zusätzlich zum Ausgleichsgedanken auch hohe Symbolkraft, nämlich die Feststellung der Rechtsverletzung und die Anerkennung des Leids der Opfer – ein Thema, das sich auch durch den vorliegenden Gesetzesentwurf zieht. So ist etwa in den Erläuterungen zu § 549 Abs 4 ZPO die Rede von schweren Verletzungen von Persönlichkeitsrechten, „deren Erduldung von der verletzten Person zumutbarer Weise nicht erwartet werden kann“.⁶⁹

Ein bloßes Unterlassungsurteil, das womöglich erst längere Zeit nach der Rechtsverletzung ergeht, die vielleicht ohnehin nur ein einmaliger – aber für das Opfer einschneidender – Vorfall war, fällt nicht ins Gewicht, weder für den Täter, noch für das Opfer. Anders ist das schon, wenn auch Schadenersatz geleistet werden muss. Die schadenersatzrechtliche Ausgleichsfunktion hat hier besondere Bedeutung. Gerade im Gesetzespaket gegen Hass im Netz steckt auch einiges an Symbolkraft, die man durch diesen Schritt noch deutlich erhöhen könnte.

4.4. Formulierungsvorschlag

Im Lichte der obigen Ausführungen könnte man § 20 Abs 1 ABGB wie folgt formulieren, um die Rechtsfolgen von Verletzungen von Persönlichkeitsrechten im Zuge der Kodifikation des Persönlichkeitsschutzes im ABGB allgemein zu verankern. Dieser Vorschlag ergänzt den Entwurf um einen Anspruch auf materiellen und immateriellen (ideellen) Schadenersatz:

Wer in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt worden ist oder eine solche Verletzung unmittelbar befürchten muss, kann auf Unterlassung und auf Beseitigung des widerrechtlichen Zustandes und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen. Bei erheblichen Verletzungen umfasst der Ersatzanspruch auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung.

Der Ersatz der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung fußt auf einer § 1328a ABGB entnommenen Formulierung zum immateriellen Schadenersatz, sodass Lehre und Rsp übernommen werden können und das ABGB einem einheitlichen System folgt. Der Zuspruch

⁶⁹ Vgl 48/ME 27. GP Erläut 8.

von immateriellem Schadenersatz nur bei erheblichen Verletzungen entspricht der hA,⁷⁰ und ergibt sich auch aus rechtsvergleichender Perspektive. Mit dieser vorgeschlagenen Bestimmung würde man auch eine von *Karner/Koziol* in ihrem Gutachten zum 15. Österreichischen Juristentag 2003 herausgearbeitete Empfehlung umsetzen: Sie haben eine „ausdrückliche Klarstellung der Ersatzfähigkeit ideeller Schäden bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch den Gesetzgeber“ vorgeschlagen.⁷¹

5. Zu § 549 ZPO

5.1. Vorbemerkung

Einleitend ist anzumerken, dass die Möglichkeit eines persönlichkeitsrechtlichen „Schnellverfahrens“ zur Bekämpfung von Hass im Netz eine begrüßenswerte und innovative Neuerung ist.

5.2. Der Tatbestand des Abs 1

5.2.1. Schutz der Menschenwürde

§ 549 Abs 1 ZPO des Entwurfs definiert als Anwendungsbereich des Mandatsverfahrens bzw Unterlassungsauftrags „Rechtstreitigkeiten über Klagen, in denen ausschließlich Ansprüche auf Unterlassung wegen Verletzung der Menschenwürde in einem elektronischen Kommunikationsnetz geltend gemacht werden“. Die Menschenwürde findet sich zwar in zahlreichen Gesetzesbestimmungen wieder,⁷² die „Verletzung der Menschenwürde“ war aus persönlichkeitsrechtlicher Perspektive bisher aber kein eigener Tatbestand, sondern der große Leitgedanke im Hintergrund.⁷³ Die Erläuterungen erwähnen beispielhaft Eingriffe in die Ehre (§ 1330 ABGB) und in die Privatsphäre (§ 1328a ABGB), die unter diesen neu geschaffenen Tatbestand fallen.⁷⁴ An anderer Stelle ist von Ton- oder Bildaufnahmen intimer Persönlichkeitsbereiche die Rede.⁷⁵ Hierbei ist an das aus § 16 ABGB abgeleitete Recht am gesprochenen Wort⁷⁶ sowie an das Recht am eigenen Bild nach § 78 UrhG zu denken. Genauso könnte man bei Hass im Netz auch an sog Identitätsdiebstahl⁷⁷ und damit wieder an § 78 UrhG aber auch an § 43 ABGB denken.

Freilich besteht die legistische Herausforderung darin, mit einem einzigen Tatbestand zahlreiche Arten und Möglichkeiten von Persönlichkeitsrechtsverletzungen gleichermaßen zu erfassen. Hierfür bietet sich wie im Entwurf das Abstellen auf die Verletzung der

⁷⁰ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 223 f; *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ (2018) A 2 Rz 24.

⁷¹ *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15. ÖJT Band II/1 (2003) 143.

⁷² 48/ME 27. GP Erläut 6.

⁷³ Vgl nur OGH 10 Obs 40/90 SZ 63/32: „§ 16 ABGB ist nicht bloß Programmsatz, sondern Zentralnorm unserer Rechtsordnung, mit normativem subjektive Rechte gewährenden Inhalt. Sie anerkennt die Persönlichkeit als Grundwert. In seinem Kernbereich schützt § 16 ABGB die Menschenwürde“.

⁷⁴ 48/ME 27. GP Erläut 7.

⁷⁵ 48/ME 27. GP Erläut 8.

⁷⁶ *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 16 Rz 133 ff.

⁷⁷ Vgl jüngst OGH 2.7.2020, 4 Ob 31/20t.

Menschenwürde an. Da Hass im Netz viele Formen haben kann, ist es zielführend, § 549 ZPO nicht auf bestimmte Tatbestände oder Rechtsnormen zu beschränken. Zum einen scheint „Hass im Netz“ ein sehr weiter und vager Sammelbegriff zu sein, zum anderen könnte ansonsten vielleicht nicht auf neuartige Formen von Hass im Netz reagiert werden.

Aus dem Wortlaut von Abs 1 könnte man aber schließen, dass hierdurch ein eigener, neuer persönlichkeitsrechtlicher Tatbestand geschaffen wird, wenn am Anfang von § 549 Abs 1 Satz 1 ZPO des Entwurfs die Rede von der „Verletzung der Menschenwürde“ ist und gegen Ende des Satzes auf die „behauptete Rechtsverletzung“ abgestellt wird. Auch in den Erläuterungen ist von „neu definierten Rechtsverletzungen, die in einem besonderen Verfahren abgehandelt werden sollen“ die Rede.⁷⁸ Daraus könnte man auch die Notwendigkeit ableiten, dass in der Klage Vorbringen zur Verletzung der Menschenwürde enthalten sein müsste, um einen Antrag gem § 549 Abs 1 ZPO stellen zu können.

Es sollte daher in den Erläuterungen klargestellt werden, dass grundsätzlich die Erfüllung jedes persönlichkeitsrechtlichen Tatbestands einen Antrag gem § 549 Abs 1 ZPO rechtfertigt und hierdurch kein neuer Tatbestand der Verletzung der Menschenwürde geschaffen wird. Ein solcher „persönlichkeitsrechtlicher Paralleltatbestand“ in der ZPO wäre nicht zielführend. Man könnte anstatt von der Verletzung der Menschenwürde und damit einhergehenden Unsicherheiten auch auf bewährtes Vokabular zurückgreifen und in § 549 Abs 1 ZPO von der Verletzung von Persönlichkeitsrechten sprechen.

5.2.2. Beseitigungsansprüche

Gerade bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen steht das Ziel einer raschen Beseitigung im Vordergrund. Zur Vermeidung von Unsicherheiten über die Anwendbarkeit des Mandatsverfahrens sollte mit Blick auf § 20 Abs 1 ABGB des Entwurfs der Anspruch auf Beseitigung in § 549 Abs 1 ZPO ergänzend zum Unterlassungsanspruch genannt werden.

5.3. Vorläufige Vollstreckbarkeit gem Abs 4

In den Erläuterungen zu Abs 4 werden „Vorwürfe zB bezogen auf die berufliche Qualifikation“ erwähnt.⁷⁹ Da Verletzungen von Persönlichkeitsrechten insb in diesem Zusammenhang auch wirtschaftliche Auswirkungen haben können, könnte in den Erläuterungen klargestellt werden, dass mit erheblichen Nachteilen auch wirtschaftliche Nachteile gemeint sind.

Hochachtungsvoll

Joachim Pierer

⁷⁸ 48/ME 27. GP Erläut 8.

⁷⁹ 48/ME 27. GP Erläut 8.