

**fhorn -Rechtsanwaltskanzlei****RA MMag. Florian Horn****Adresse:**Weihburggasse 18-20/50
1010 Wien**Telefon:**+43-1-996 80 60-0
+43-1-996 80 60-99 (FAX)**E-Mail:**

office@fhorn.at

Webseite:

www.fhorn.at

ADVM-Code:

R171507

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 WienSektion I (Zivilrecht), und
Abteilung IV 3 (Strafverfahrensrecht)**Per E-Mail:** team.z@bmj.gv.at und
team.s@bmj.gv.at**in Kopie:** begutachtungsverfahren@parlament.gv.at**GZ 2020.0.479.295****2020.0.452.909**

Wien, am 14. Oktober 2020

Zu den Entwürfen**Bundesgesetz, mit dem zivilrechtliche und zivilprozessuale Maßnahmen zur Bekämpfung von Hass im Netz getroffen werden (Hass-im-Netz-Bekämpfungs-Gesetz –HiNBG; 48/ME, XXVII. GP)****und****Bundesgesetz, mit dem straf- und medienrechtliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Hass im Netz getroffen werden 2020-0.452.909 (50/ME, XXVII. GP)**

Sehr geehrter Damen und Herren!

Die vorliegende Stellungnahme ist zu beiden genannten Begutachtungsverfahren eingebracht. Die in dieser Stellungnahme behandelten, vor allem grundrechtlich relevanten Teilbereiche strahlen nach Ansicht des Verfassers wechselseitig auf beide Entwürfe aus. Es erscheint daher zweckmäßig auch die Überlegungen zu beiden Entwürfen zu verbinden. In der Folge werden die beiden Entwürfe mit den Kürzeln „ZIVIL“ und „STRAF“ bezeichnet.

Positiv ist einleitend anzumerken, dass die Entwürfe in Teilen einen deutlichen Fortschritt zur bestehenden Gesetzeslage schaffen. Dem Ministerium ist auch für die Durchführung eines umfassend beratenen Erstellungsprozesses und der Ausschreibung der gegenständlichen Begutachtungsverfahren Anerkennung auszusprechen. Es ist äußerst wichtig, Betroffene von Hassbotschaften oder auch vor Bloßstellungen im Internet adäquat zu schützen. Dies ist auch die Pflicht des Gesetzgebers im Rahmen des Schutzes des Privatlebens der betroffenen Personen. In Teilen gehen die Entwürfe aber deutlich zu weit und bewirken einzelne tiefgreifende Grundrechtseingriffe, die nicht sachlich gerechtfertigt scheinen.

Detailanalyse:**ZIVIL: Verfügung über Persönlichkeitsrechten (§ 17a Abs 2 ABGB)**

Wie sich aus den Erläuterungen ergibt, soll mit einer „Beeinträchtigung“ eines Persönlichkeitsrechts praktisch jede Verfügung erfasst sein, wie zB die Verwendung des Bildes etc. Unter dieser Voraussetzung erscheint eine Grenze in den guten Sitten nicht zeitgemäß und würde bedeuten, dass es Fallkonstellationen geben soll, in welchen eine freie informierte Einwilligung der Person vorliegt, aber dennoch eine Verwertung aufgrund gesellschaftlicher Moralvorstellungen unterbleiben müsste. Die Bindung des Rechts an eine außergesetzliche Moral sollte so weit wie möglich vermieden werden.

Nicht verständlich ist, dass die Vertretung außerhalb gesetzlicher Sonderermächtigungen (insb § 250 ABGB) nur zulässig ist, wenn die kommerzielle Verwertung im Vordergrund steht. Eine sachliche Begründung der Bevorzugung kommerzieller Verwertung besteht nicht, außer in den Interessen möglicher Geschäftspartner.

§ 17a Abs 2 ABGB sollte daher eine Fassung wie folgt erhalten:

„(2) Die ausdrückliche Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Persönlichkeitsrechts ist zulässig. Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, kann die Einwilligung nur vom entscheidungsfähigen Träger des Persönlichkeitsrechts selbst erteilt werden.“

ZIVIL und STRAF: Prozessstandschaft des Dienstgebers (§ 20 Abs 2 ABGB und § 33a Abs 2 MedienG)

Sowohl § 20 Abs 2 ABGB als auch § 33a Abs 2 MedienG sollen jedem Dienstgeber ein unmittelbares gesetzliches Recht geben, ansonsten unveräußerliche Persönlichkeitsrechte eines beliebigen Dienstnehmers in eigenem Namen geltend zu machen. Dies ist ein Wertungswiderspruch zu § 17a ABGB, der grundsätzlich die Übertragung von Persönlichkeitsrechten zur Gänze und die Einwilligung durch Vertreter weitgehend einschränkt. Es erscheint auch verfassungsrechtlich problematisch. Die automatische Übertragung der Geltendmachung von unveräußerlichen Persönlichkeitsrechten auf den Dienstgeber nur auf Grundlage eines Dienstvertrages widerspricht unter anderem dem Recht auf das Privatleben. Und letztlich greift es auch den Kern der Definition des Persönlichkeitsrechts an sich an. Nach § 17 ABGB ist angeborene Rechte insbesondere die Freiheit von Leibeigenschaft, worunter historisch die Verfügungsbefugnis des Leihherren über den Leibeigenen und dessen Persönlichkeitsrechte zu verstehen ist. Etwas zugespitzt könnte man sagen, die vorgeschlagene Novelle führt im Ergebnis die Leibeigenschaft in Teilen wieder ein, diesmal durch den Dienstgeber.

Auch die Gewährung eines Zustimmungsrechts oder einer Untersagungsmöglichkeit an den Dienstnehmer erschiene keinesfalls ausreichend, um das aufgezeigte Problem zu beheben. Sowohl während aufrehtem Dienstverhältnis als auch in Aussicht auf eine Anstellung ist regelmäßig bloß von einer verdünnten Willensfreiheit des Dienstnehmers auszugehen.

Nach den Erläuterungen scheint der primäre Zweck der Bestimmungen vor allem auf die Reaktion auf Hasspostings gegen Organe der Rechtspflege gerichtet zu sein. Es ist nicht klar, weshalb das Justizministerium gegen Bürger zu diesem Zweck als Arbeitgeber zivilrechtlich oder als Privatankläger auftreten muss. Besser wäre es für einen derartigen Bedarfsfall, eine strafrechtliche Bestimmung zu schaffen, welche konkret die Verfolgung von entsprechenden Verletzungen ermöglicht. Ein grundsätzliches öffentliches Interesse an einer störungsfreien Rechtspflege ist unbestreitbar. Hingewiesen wird darauf, dass der Tatbestand der Beleidigung von Beamten während Ausübung des Dienstes bereits nach § 117 Abs 2 StGB als Ermächtigungsdelikt zu führen ist. Ein Beispiel einer Führung des Verfahrens als Officialdelikt wäre die Beleidigung des Bundespräsidenten nach § 117 Abs 1 StGB.

Es erscheint daher zumindest denkbar, ähnliche Ermittlungsbefugnisse auf Beleidigungen an Organen der Rechtspflege im Zusammenhang mit Ihrer Tätigkeit zu erweitern und allenfalls eine Bestimmung im Mediengesetz zu schaffen, die eine Einziehung in diesen Fällen ermöglicht. Vor einer derart weitgehenden Maßnahme sollte allerdings statistisch erhoben werden, wie weitverbreitet das Phänomen derzeit tatsächlich ist, und ob dies die besondere rechtliche Behandlung der Organe der Rechtspflege rechtfertigt. In den Erläuterungen fehlen dazu belastbare Nachweise.

Wenn es dagegen tatsächlich das Ziel sein sollte, Dienstnehmer allgemein zu schützen, so wäre dies vielmehr im Zusammenhang mit dem Dienstvertrag nach §§ 1153 ABGB ff zu regeln. In näherer Ausgestaltung der Fürsorgepflicht des Dienstgebers könnte zB eine Recht des Dienstnehmers aufgenommen werden, dass der Dienstgeber Kosten der notwendigen Rechtsverfolgung von Beleidigungen, die im Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis stehen, zu ersetzen hat. *Dominus litis* sollte aber jedenfalls der unmittelbar Betroffene bleiben.

Die vorgeschlagene § 20 Abs 2 ABGB und § 33a Abs 2 MedienG sind dagegen jedenfalls zu streichen.

ZIVIL: Netzsperrern (§ 20 Abs 3 ABGB)

Nicht klar definiert ist, wer in dieser Bestimmung mit dem Begriff „Vermittler“ gemeint ist. Zumindest nach der Rechtsprechung des EuGH ist als Vermittler iSd RL 2001/29/EG auch der Access-Provider, sohin der Internetanbieter zu sehen (EuGH 19.02.2009, C-557/07). Wenn dies auch im Rahmen der vorliegenden Novelle so verstanden werden sollte, so bedeutet dies, dass Klagen gegen lokale Internetanbieter möglich wären, die auf den eigentlichen Inhalt der Veröffentlichung keinerlei Einfluss hätten. Diese müssten dann mit vollständigen Netzsperrern, zB ganzer IP-Netzbereiche, vorgehen. In Folge würde dies die Zugänglichkeit ganzer Bereiche des Internets beeinträchtigen. Man denke nur daran, wenn die Verletzung auf einem Medienportal erfolgte und der Access-Provider gezwungen würde, eine den Internetauftritt eines anerkannten Mediums zu sperren. Zudem ist auf der Nutzerseite nicht sichergestellt, dass einzelne Nutzer das Bestehen von Sperrern überhaupt bemerken können, was ein Vorgehen selbst gegen einen unberechtigten Eingriff faktisch verhindert. Von einer derartigen Sperre wäre auch der Ersteller des fraglichen Inhalts nicht unmittelbar informiert und könnte im Verfahren gegen den Access-Provider keiner Rechtsbehelfe erheben. Auch hat der Access-Provider am konkreten übertragenen Inhalt kein rechtliches oder wirtschaftliches

Interesse und könnte geneigt sein, zur Vermeidung von Kosten vielen Klagen unwidersprochen zuzustimmen.

In weiterer Folge würde dies daher zu einem Instrument der Zensur des Internets. Zudem würde die Nutzeransicht des Internets zersplittert, je nachdem wo man sich befindet bzw – auch national – welchen Internetanbieter man benutzt. Die Bestimmung verursacht daher vielfache Eingriffe in mehrere Grundrechte wie die Meinungs- und Pressefreiheit, in das rechtlichen Gehörs des Urhebers und betroffener Nutzer iSd § 6 EMRK und – so man dies als moderne Grundfreiheit sieht – auch in die Netzneutralität.

Wenn der Zweck der Bestimmung sein soll, neben einem unbekannten Urheber auch einen anderen greifbaren Handelnden und Verantwortlichen in Anspruch zu nehmen, würde sich alleine der Hosting-Provider anbieten, also jene Person, welche die Server betreibt und die Daten für den Zugriff speichert. Nur dieser kann einen konkreten beanstandeten Inhalt weltweit löschen und hat auch idR ein laufendes Rechtsverhältnis mit dem Urheber für die Speicherung. Dies würde auch den Bestimmungen des parallel vorgeschlagenen §36b MedienG besser entsprechen.

Der erste Satz des § 20 Abs 3 ABGB wäre wie folgt zu fassen:

„Bedient sich die Person, die eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts begangen hat oder von dem eine solche Verletzung droht, Dritter, die den verletzenden Inhalt im Internet zugänglich speichern, so können auch diese Dritten auf Unterlassung und Beseitigung geklagt werden.“

STRAF: Eingriffe durch Ermittlungen (§ 71 StPO)

Die vorgeschlagenen Bestimmungen dehnen die Ermittlungsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden im Zusammenhang mit bestimmten Privatanklagedelikten unverhältnismäßig aus. Die Änderung soll ermöglichen, dass eine Person, die vorbringt Opfer zu sein, bereits dann schwerwiegende Ermittlungsmaßnahmen beantragen kann, wenn auf Grund bestimmter Anhaltspunkte angenommen werden kann, dass eine Tat im Wege der Telekommunikation oder unter Verwendung eines Computersystems begangen wurde.

Es ist zunächst nicht ersichtlich, weshalb allein die Form der Begehungsweise zu unterschiedlichen Opferrechten führen soll. Es besteht in der Wertung kein Unterschied, ob eine Beleidigung im Internet veröffentlicht oder anonym an eine Hauswand geschrieben wird. Die Bestimmung ist daher bereits auf Grundlage des allgemeinen Gleichheitssatzes höchst problematisch.

Bei der Einführung eines Ermittlungsverfahrens bei Privatanklagedelikten entfällt zudem allgemein das Korrektiv der Pflicht zur Objektivität und Wahrheitsforschung, zu welchen die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist (§ 3 StPO). Der Privatankläger verfolgt notwendigerweise eigene Privatinteressen und es ist nicht ausgeschlossen, dass er Ermittlungsverfahren zur Erlangung von Informationen zu anderen Zwecken als der strafrechtlichen Wahrheitsforschung nützt.

Insgesamt scheinen daher die Änderungsvorschläge des § 71 StPO zur Gänze abzulehnen und haben zu entfallen.

Sollte trotz der oben angeführten Probleme mit dem allgemeinen Gleichheitssatz an der Einführung eines Ermittlungsverfahrens vor Eintreten in die Hauptverhandlung festgehalten werden, so wäre die Befugnis zur Antragsstellung zumindest an eine summarische Prüfung der Vorwürfe zu binden. Diese Prüfung hätte sicherzustellen, dass Ermittlungsschritte ausschließlich dem Zweck des Strafverfahrens dienen und ein hinreichender Verdacht besteht, der schwerwiegende Eingriffe in die Privatsphäre von Beschuldigten und anderen Betroffenen schlicht aufgrund der Angaben eines Privatklägers rechtfertigen. Hinsichtlich jeglicher erlangten Informationen sollte ein Verwertungsverbot außerhalb des konkreten Strafverfahrens bestehen. Sämtliche von den Maßnahmen Betroffenen müssten einen verschuldensunabhängigen Ersatzanspruch für den ideellen Schaden der Eingriffe in Ihre Privatsphäre erhalten, zumal eine Duldungspflicht derartiger Eingriffe bei Delikten außerhalb des öffentlichen Interesses nicht argumentierbar scheint.

Ich hoffe Ihnen mit dieser Stellungnahme gedient zu haben. Abgesehen von den oben dargestellten rechtlichen Überlegungen ist zudem darauf hinzuweisen, dass jegliche der in den Entwürfen beschriebenen Neuerungen nur mit Unterlegung ausreichender budgetärer Mittel erfolgversprechend sind. Ohne ausreichende Mittel drohen die vorgeschlagenen Maßnahmen aufgrund des weiten Anwendungsbereichs eine weitere Überlastung des Gerichtssystems zu begünstigen.

Hochachtungsvoll



MMag. Florian Horn
Rechtsanwalt