



KORN RECHTSANWÄLTE OG

Hon.-Prof. Dr. Gottfried KORN
Dr. Stefan KORNKooperation
Dr. Alexandra THURNER, LL.M.
Mag. Rupert SCHRÄMMELGeprüfter Rechtsanwaltsanwärter
Mag. Marcus KORN, LL.M.Argentinierstraße 20/1/3
A-1040 WienTelefon: +43/1/505 18 89
Fax: +43/1/505 48 46
Mail: office@kornlaw.at
Web: www.kornlaw.at
FN: 230486a HG Wien
UID: ATU 56676608Anderkonto: BAWAG PSK
IBAN: AT38 6000 0000 0164 7400
BIC: BAWAATWW

An das

1) Bundesministerium für Justiz

Per E-Mail: team.s@bmj.gv.at

2) Präsidium des Nationalrates

Per E-Mail:
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 15. Oktober 2020

AZ: 365/20-1

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem straf- und medienrechtliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Hass im Netz getroffen werden

Sehr geehrte Damen und Herren!

Im Hinblick auf meine fast 40 jährige – sowohl wissenschaftliche als auch praktische – Tätigkeit auf dem Gebiet des Medienrechts erlaube ich mir, sozusagen in letzter Minute noch ein paar Gedanken zum im Betreff genannten Gesetzesentwurf zu übermitteln.

1.

Voranstellen möchte ich, dass ich die Zielsetzung des vorliegenden Gesetzesentwurfs über weite Strecken, vor allem vor dem Hintergrund der notwendigen Bekämpfung von Hass und Hetze in sozialen Medien und im Internet, sehr begrüße. Der vorliegende Entwurf greift – wie sogleich ausgeführt wird – teilweise auch Themen auf, die bereits in einem Gesetzesentwurf des BMJ im Jahr 2009 zur Diskussion gestellt wurden. Allerdings greifen meines Erachtens manche Regelungen des vorliegenden Gesetzesentwurfes weiterhin zu kurz bzw gehen sie aus meiner Sicht an dem gewünschten Ergebnis vorbei.

Ich habe zum seinerzeitigen Entwurf des BMJ aus dem Jahr 2009 eine Stellungnahme verfasst, die in ÖJZ 2009, 974 ff veröffentlicht wurde. Da der nunmehrige Entwurf vor allem in Bezug auf die Anhebung der Entschädigungsobergrenzen sowie die Einführung einer Untergrenze teilweise

gleiche bzw. ähnliche Regelungen vorsieht, erlaube ich mir, der Einfachheit halber eine Kopie des seinerzeitigen Beitrages zu übermitteln.

Wenn man den Gerichten, was zu begrüßen ist, mehr Spielraum einräumen möchte, dann sind Entschädigungsobergrenzen aus meiner Sicht nicht der richtige Weg. Ich habe dies in meinem Beitrag „Gedanken zum Entwurf einer Mediengesetznovelle 2009“ ausführlich begründet und halte an dieser Meinung nach wie vor fest.

2.

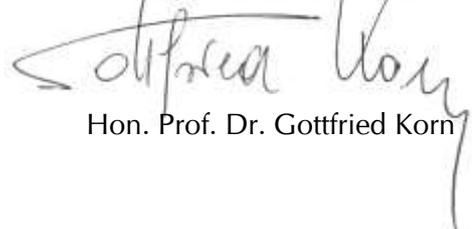
Im Begutachtungsverfahren wurde vielfach die Ansicht geäußert, dass eine Differenzierung bei den Entschädigungsobergrenzen nicht sachgerecht sei, weshalb einheitlichen Höchstgrenzen der Vorzug zu geben sei. Das ist zumindest in Bezug auf § 7b MedienG unzutreffend. Eine Verletzung beispielsweise des höchstpersönlichen Lebensbereiches zieht im Regelfall wesentlich schwerwiegendere Folgen nach sich als eine Verletzung des Rechts auf Wahrung der Unschuldsvermutung.

3.

Ich erlaube mir bei dieser Gelegenheit außerdem, Ihnen eine Kopie meiner Entscheidungsanmerkung zu OGH 6 Ob 226/19g zu übermitteln, die in Kürze im Heft 5 der Fachzeitschrift Medien & Recht erscheinen wird (Seite 261). Das Festhalten an der objektiven Verjährungsfrist in § 32 MedienG bringt in Fällen der Verweigerung der Bekanntgabe der Identität des potentiellen Rechtsverletzers im Regelfall den Verlust des Strafanspruches mit sich.

Mit der Bitte um Kenntnisnahme verbleibe ich

mit freundlichen Grüßen



Hon. Prof. Dr. Gottfried Korn

Anlagen: ÖJZ 2009, 974 ff

Kopie Entscheidungsanmerkung zu OGH 6 Ob 226/19g

Ausdruck erstellt am durch Benutzer-ID 102833013
Dokument ausschließlich zum internen Gebrauch des Vertragspartners 39294

Dokumentinformation

Gedanken zum Entwurf einer Mediengesetznovelle 2009

Typ	Zeitschrift
Datum/Gültigkeitszeitraum	01.11.2009
Publiziert von	Manz
Autor	Gottfried Korn
Fundstelle	ÖJZ 2009/104
Heft	21 / 2009
Seite	974

Text

Vor Kurzem wurde der Entwurf des BMJ für ein Bundesgesetz, mit dem das StGB, das MedienG, die StPO, das UrhG, das MarkenSchutzG, das PatG ua geändert werden, zur Begutachtung ausgesandt. Dieser doch bereits relativ detaillierte Entwurf gibt Anlass zu einigen kritischen Überlegungen, wobei ich mich dabei ausschließlich auf das Mediengesetz und auch hier auf die zentralen Bestimmungen beschränke.

Als wesentlichste der vorgeschlagenen Änderungen werden folgende hervorgehoben:

"- Ausdehnung des Identitätsschutzes auf Angehörige von Opfern sowie von Verdächtigen und Verurteilten sowie auf Zeugen von Straftaten (§ 7a Abs 1);

- Herabsetzung der Anforderungen für Entschädigungsansprüche wegen Identitätsbekanntgabe von Opfern von Straftaten durch Entfall der gesonderten Prüfung schutzwürdiger Interessen (§ 7a Abs 1);

- Einfügen einer Entschädigungsuntergrenze von 100 Euro und einer einheitlichen Obergrenze von 100.000 Euro (statt derzeit 20.000, 50.000 oder 100.000 Euro) und der Möglichkeit des Übersteigens des Höchstbetrages bei besonders schwerwiegenden Auswirkungen der Rechtsverletzung und besonders schwerwiegenden Verstößen gegen die gebotene journalistische Sorgfalt (§ 8 Abs 1);

- Ausdehnung der Frist zur Geltendmachung der Ansprüche von bisher sechs Monaten (§ 8a Abs 1 aF) auf neun Monate (§ 8a Abs 2 nF);

- Konkretisierung der Befugnisse von Dienststellenleitern und Verhandlungsleitern, die Berichterstattung durch Bild- und Tonaufnahmen und -übertragungen in Amtsgebäuden, insbesondere in Gerichten, Beschränkungen zu unterwerfen oder ganz auszuschließen (§ 22);

- Schaffung eines neuen Straftatbestandes der "Verletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen durch Bildaufnahmen" im StGB (§ 120a), mit dem nicht nur Auswüchse der Tätigkeit von "Paparazzi" bekämpft, sondern auch dem Phänomen des "Happy-Slapping" sowie der missbräuchlichen Verwendung von Bildmaterial, das in nicht öffentlicher Verhandlung, im Zuge einer nicht öffentlichen Beweisaufnahme oder durch Akteneinsicht erlangt wurde, begegnet werden soll."

Anlassgesetzgebung

Im allgemeinen Teil der Erläut wird unumwunden zugestanden, dass die zweifellos in einer Vielzahl von Fällen ethische Grenzen bei weitem überschreitende Berichterstattung in den Fällen "Kampusch" und "Fritzl" Anlass für die vorgesehene Novelle ist. Der Entwurf gesteht also selbst zu, Anlassgesetzgebung sein zu wollen.

Ende Seite 974

Anfang Seite 975

Kritisch an solcher Gesetzgebung ist, dass sie oft undurchdacht ist oder nur der Befriedigung öff Empörung dient, während man bei einer genaueren objektiv-sachlichen Betrachtung zu einer negativen Beurteilung der Änderung kommen würde.

"Anlassfälle" wird es immer geben, solange die Menschheit existiert. So war etwa der Fall "Schwester W." (Tötungsfälle im KH Lainz, bei denen eine der "Hauptakteurinnen" aufgrund einer Namensgleichheit zusätzlich noch zur Prostituierten "umfunktioniert" wurde) Anlass für die MedienG Nov 1992, die am 1. 7. 1993 in Kraft getreten ist, ohne dass dies in den erläuternden Bemerkungen freilich so unverblümt wie nunmehr zum Ausdruck gebracht worden wäre. Der "Fall F" ist der denkbar schlechteste Anlass für eine partielle Novellierung des österr Mediengesetzes, das sich weitgehender Akzeptanz erfreuen darf.

Der "Fall F" ist in seiner an die Grenzen des menschlich Vorstellbaren heranreichenden Absurdität nicht geeignet, einem generell abstrakten Normensystem als Lösungsvorbild zu dienen, das sämtliche Formen persönlichkeitsrechtsverletzender Berichterstattung erfassen soll. Wenn etwa das LG Feldkirch mit U 25. 11. 2008, 24 Hv 133/08m, die auf die §§ 7, 7a MedienG gestützten Entschädigungsanträge der Elisabeth F gegen den Medieninhaber einer Vorarlberger Tageszeitung mit der Begründung abgewiesen hat, dass "im Hinblick auf den "Jahrhundert-Kriminalfall" das Informationsinteresse die Verletzung der schutzwürdigen Interessen auf Seiten der Antragstellerin überwogen hätte, und das OLG Innsbruck der Berufung der ASt mit U v 8. 4. 2009, 6 Bs 79/09g, mit der nachstehenden Begründung Folge gegeben hat, dann zeigt dies nur die Schwierigkeit in der Interessenabwägung zwischen den beiden grundrechtlich geschützten Eckpfeilern unserer demokratischen Gesellschaft - **Art 10 MRK** Meinungsäußerungsfreiheit und **Art 8 MRK** Schutz des Privat- und Familienlebens -, zu deren Lösung der vorliegende Entwurf zwangsläufig überhaupt nichts beitragen kann, sodass die Problemlage auch bei künftigen Fällen ident bleibt:

"Wenn ein Kriminalfall besonders schwerwiegend und aufsehenerregend ist, hebt dies den Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs nicht auf. Das Gleiche gilt für den Schutz vor Bekanntgabe der Opferidentität, weil dem berechtigten Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit betreffend den Kriminalfall, dessen Aufklärung und Ahndung auch ohne Namensnennung oder sonstige Preisgabe der Opferidentität entsprochen werden kann. Selbst wenn Medien den Namen des Beschuldigten oder Angeklagten an sich nennen dürften, müssen sie dies bei einem Inzestverbrechen unterlassen, falls dadurch auch der gemeinsame Familienname bekannt und somit der Schutz der Opfer nach §§ 7 Abs 1 und 7a Abs 1 MedienG verletzt würde."

Effektives Sanktionensystem?

Der vorliegende Entwurf sucht sein vermeintliches Heil primär in einer Anhebung der Entschädigungsobergrenzen, die er de facto im "Anlassfallbereich" (§§ 7, 7a MedienG) **verfünfachen(!)** möchte.

Wenn dies im Entwurf damit begründet wird, dass die "effektivere Gestaltung des Sanktionensystems" nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Erfahrungen der letzten Zeit nur darin bestehen kann, dass die Entschädigungssummen für die Verletzung der Privatsphäre erhöht werden, dann belegt dies bestenfalls beträchtlichen Argumentationsnotstand.

Es scheint in diesem Zusammenhang hilfreich, die historische Entwicklung darzulegen, zumal der Entwurf selbst bei Erläuterung der drei Modelle für die Obergrenzen der Entschädigungen teilweise darauf Bezug nimmt (dazu unten).

Tatbestand	Obergrenze				
	MedienG 1981	MedienG Nov 1992	MedienG Nov 1997	MedienG Nov 2005	Entwurf 2009

§ 6 MedienG "einfache" üble Nachrede und Verspottung	S 50.000,-	S 200.000,- bzw* Euro 14.535,-	S 200.000,- bzw* Euro 14.535,-	Euro 20.000,-	Euro 100.000,- bzw mehr**
§ 6 MedienG Beschimpfung		S 200.000,- bzw* Euro 14.535,-	S 200.000,- bzw* Euro 14.535,-	Euro 20.000,-	Euro 100.000,- bzw mehr**
§ 6 MedienG "qualifizierte" üble Nachrede und Verleumdung	S 100.000,-	S 500.000,- bzw* Euro 36.337,-	S 500.000,- bzw* Euro 36.337,-	Euro 50.000,-	Euro 100.000,- bzw mehr**
§ 7 MedienG	S 50.000,-	S 200.000,- bzw* Euro 14.535,-	S 200.000,- bzw* Euro 14.535,-	Euro 20.000,-	Euro 100.000,- bzw mehr**
§ 7a MedienG	–	S 200.000,- bzw* Euro 14.535,-	S 200.000,- bzw* Euro 14.535,-	Euro 20.000,-	Euro 100.000,- bzw mehr**
§ 7b MedienG	–	S 200.000,- bzw* Euro 14.535,-	S 200.000,- bzw* Euro 14.535,-	Euro 20.000,-	Euro 100.000,- bzw mehr**
§ 7c MedienG	–	–	S 500.000,- bzw bei Eignung zur Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz bzw gesellschaftlichen Stellung S 1 Mio bzw Euro 36.337,- bzw Euro 72.673,-	Euro 50.000,- bzw Euro 100.000,-	Euro 100.000,- bzw mehr**

* ab Euro-Umstellung

** bei besonders schwerwiegenden Auswirkungen der Rechtsverletzung und einem besonders schwerwiegenden Verstoß gegen die journalistische Sorgfalt

Ende Seite 975

Anfang Seite 976

Der Entwurf vermeint, dass sachliche Gründe für die unterschiedlichen Modelle nicht ersichtlich sind. Vielmehr seien sie lediglich aus der historischen Entwicklung erklärbar. Bemerkenswert an dieser Begründung ist zunächst, dass der "Gesetzgeber" sich selbst damit Unsachlichkeit attestiert. Abgesehen von § 7c MedienG ist diese Differenzierung allemal sachlich, hat doch der Gesetzgeber damit zum Ausdruck gebracht, dass er angesichts der Tatsache, dass sich der abzugeltende Schaden allein aus der Verwirklichung eines Tatbestands der §§ 6 ff MedienG ergibt und der Betroffene keine Kränkung behaupten oder nachweisen muss, bei Verwirklichung der einzelnen Tatbestände ein unterschiedliches "Gefährdungspotenzial" sieht. Darüber kann man diskutieren, vor allem im Bereich des § 7 MedienG, wo im Gefolge der "Caroline-Entscheidung" des EGMR möglicherweise eine erhöhte Sensibilität gegeben ist. Dass aber zB im Fall des § 7b MedienG eine niedrigere Entschädigungsobergrenze unsachlich wäre, vermag ich beim besten Willen nicht zu erkennen.

Der Entwurf schlägt vor, dass die Grenzen für alle fünf Tatbestände gleich sein sollen und orientiert sich dabei an der derzeit schon in einem der fünf Tatbestände (§ 7c Abs 1: Schutz vor verbotener Veröffentlichung) vorgesehenen Obergrenze von Euro 100.000,- und verweist auch auf die §§ 355, 359 EO, wonach die höchstzulässige Geldstrafe für die Exekution zur Erwirkung von Unterlassungen Euro 100.000,- je Antrag beträgt.

Beide Begründungen sind die denkbar schlechtesten. § 7c MedienG ist totes Recht, es gibt zu dieser Bestimmung kein einziges Verfahren, außerdem sieht die geltende Rechtslage auch bei Verletzung des § 7c MedienG für den "Normalfall" eine Entschädigungsobergrenze von Euro 50.000,- vor. Nur dann, wenn die Veröffentlichung geeignet ist, die wirtschaftliche Existenz oder die gesellschaftliche Stellung des Betroffenen zu vernichten, darf der Entschädigungsbetrag Euro 100.000,- nicht übersteigen. § 359 Abs 1 EO sieht die Verhängung einer Geldstrafe gerade nicht pro Verstoß, sondern pro Antrag vor und stellt die Sanktion für die Missachtung eines durch eine

gerichtliche Entscheidung in seiner Begründung konkretisierten Unterlassungsgebots dar, dessen Befolgung gerade in der medienrechtlichen Beratungspraxis eine unerfüllbare "Prophezeiung" der letztlich von den Gerichten vorzunehmenden Interessenabwägung nicht voraussetzt. Davon abgesehen handelt es sich dabei um Geldstrafen, deren Höhe auch vom Verschulden des Zuwiderhandelnden abhängig ist.

Systemwidrigkeiten

Allerdings zeigt gerade dieser Hinweis einen besonders kritikwürdigen Umstand auf: Der vorliegende Entwurf blendet aus dem Rechtsschutzsystem, welches die österr Rechtsordnung für mediale Persönlichkeitsrechtsverletzungen zur Verfügung stellt, die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe völlig aus. Es ist eben nicht richtig, dass eine "effektivere Gestaltung des Sanktionensystems" nur darin bestehenden kann, die Entschädigungssummen zu erhöhen.

So hat etwa das OLG Wien in einer wohlbegründeten und in ihrer Deutlichkeit durchaus bemerkenswerten Entscheidung über Antrag der Elisabeth F. dem Medieninhaber der Zeitschrift News verboten, den Vor- und Nachnamen und/oder Fotos und/oder sonstige Abbildungen der klagenden Partei und/oder gleichermaßen identifizierende Angaben mit bestimmten wörtlichen und/oder sinngleichen Behauptungen, die de facto den gesamten Persönlichkeitsbereich abdecken, verboten (OLG Wien 19. 3. 2009, 1 R 47/09w). Die Begründung des den aoRevRek der gefährdenden Partei zurückweisenden Beschlusses des [OGH 12. 5. 2009, 4 Ob 82/09a](#), lässt ebenfalls nichts an Deutlichkeit zu wünschen übrig. Der OGH nimmt auf die Wertungen des Medienrechts Bezug und erachtet sie offensichtlich für ausreichend, wenn er wörtlich ua Folgendes ausführt:

"Der Name der Klägerin mag zwar bereits bekannt gewesen sein. Das rechtfertigte es aber bei einer umfassenden, auch die Wertungen des Medienrechts berücksichtigenden Interessenabwägung (dazu [6 Ob 266/06w MR 2007, 73 - Mordzeuge](#)) noch nicht, ihren Namen immer wieder im Zusammenhang mit drastischen Schilderungen intimer Details ihres Schicksals zu nennen und sie so stets neu der Sensationsgier des Publikums auszusetzen."

Mit diesem Verbot ist praktisch die gesamte, die Persönlichkeitsrechte der Elisabeth F verletzende Berichterstattung abgedeckt. § 87 Abs 1 UrhG sieht bei einer Verletzung der Bildrechte der abgebildeten Person einen Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens einschließlich der Gewinnherausgabe vor. § 87 Abs 2 UrhG sieht einen ideellen Schadenersatzanspruch der in ihren Bildrechten verletzten Person vor, der nach oben hin **nicht** begrenzt(!) ist. Wenn man also in einem besonders spektakulären Einzelfall mit den derzeit gültigen Entschädigungsobergrenzen nicht das Auslangen finden sollte, dann bietet § 87 Abs 2 UrhG eine Rechtsgrundlage für den Zuspruch eines höheren (Schadenersatz-)Betrags, da die medienrechtlichen Entschädigungsbeträge darauf (nur) anzurechnen sind (OGH [EvBI 1999/23](#)). Die weiteren zivilrechtlichen Bestimmungen, die dem Schutz der Persönlichkeitsrechte von Personen dienen, insb die §§ 16, 43 und 1330 ABGB, sehen hingegen keinen immateriellen Schadenersatzanspruch vor. Anstatt diese Systemwidrigkeiten zu beseitigen, sucht der Entwurf zur MedienG Nov 2009 sein Heil in einer überproportionalen Anhebung der Entschädigungsobergrenzen. Damit macht man es sich zu leicht, das ist nicht der richtige Weg, wie überhaupt mE die Beibehaltung von Entschädigungsobergrenzen zumindest ebenso problematisch ist wie die Einführung von Untergrenzen.

Wenn der Entwurf in diesem Zusammenhang ausführt, dass er unter anderem die Ergebnisse der parlamentarischen Enquete vom 3. 7. 2008 zum Thema "Medienrecht und Opferschutz" aufgreift, dann kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der Entwurf mit den vielfältigen Vorschlägen durchaus selektiv umgeht. Es fällt auch auf, dass zu dieser Enquete kein(e) einzige(r) Richter(in) eingeladen war, der(die) in der täglichen Praxis mit Medienrechtsangelegenheiten befasst ist.

So hat zB mein Kollege RA Dr. *Höhne*, immerhin Mitautor eines führenden Kommentars zum MedienG, "*Berka/Höhne/Noll/Polley*", für eine Aufhebung der Deckelung plädiert und diese völlig zu Recht als systemwidrig bezeichnet.

"Strafschaden" für Persönlichkeitsrechtsverletzung

Nach hM sind die in den §§ 6 ff MedienG für die "erlittene Kränkung" jeweils vorgesehenen Entschädigungsansprüche zivilrechtliche Ansprüche, für die der Medieninhaber nach Art einer verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung einzustehen hätte. Dies ist in dieser Form unzutreffend. Gefährdungshaftungsnormen sehen in der Tat Haftungsbeschränkungen vor, allerdings sind die §§ 6 ff MedienG keineswegs reine Gefährdungshaftungsnormen, vielmehr enthalten sämtliche Normen auch

Verschuldenskomponenten. Nach § 6 Abs 2 Z 2 lit b besteht bei einer unwahren üblen Nachrede dann kein Entschädigungsanspruch, wenn ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Veröffentlichung bestanden hat und auch bei Aufwendung der gebotenen journalistischen Sorgfalt hinreichende Gründe vorgelegen sind, die Behauptung für wahr zu halten. § 6 Abs 2 Z 3 u 3a stellt eine Life-Sendung bzw die Abrufbarkeit auf einer Website dann entschädigungsfrei, wenn die gebotene Sorgfalt nicht außer Acht gelassen wurde. Gleiches

Ende Seite 976

Anfang Seite 977

sieht § 7 Abs 2 Z 4 u 5 MedienG vor. Auch § 7 Abs 2 Z 3, wonach ein Entschädigungsanspruch wegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches nicht besteht, wenn nach den Umständen angenommen werden konnte, dass der Betroffene mit der Veröffentlichung einverstanden war, enthält eine Verschuldenskomponente. Dem § 7 Abs 2 Z 4 u 5 idente Regelungen enthalten § 7a Abs 3 Z 4 u 5, § 7b Abs 2 Z 4 und 4a MedienG. Gem **§ 7c Abs 2 MedienG** besteht in den im **§ 7a Abs 3 MedienG** erwähnten Fällen kein Anspruch. Aber auch der Entschädigungsausschlussgrund des wahrheitsgetreuen Zitats (§ 6 Abs 2 Z 4 und **§ 7b Abs 2 Z 5 MedienG**) enthält einen Verschuldensaspekt, setzt dieser Ausschlussgrund doch (ua) eine **wahrheitsgetreue** Wiedergabe der Äußerung eines Dritten voraus und enthält damit einen Aspekt der journalistischen Sorgfalt.

Der Entwurf selbst betont diesen Verschuldensaspekt, wenn in § 8 Abs 1 vorgesehen ist, dass sogar ein Übersteigen des Höchstbetrags von Euro 100.000,- bei einem besonders schwerwiegenden Verstoß gegen die gebotene journalistische Sorgfalt gerechtfertigt sein soll. Da es sich dabei eindeutig um ein verschuldensabhängiges Bemessungskriterium handelt, müsste ein derartiges Kriterium außerdem systematisch Teil der allgemeinen Bemessungskriterien und nicht Möglichkeit der Überschreitung von "gefährdungshaftungsrechtlichen" Obergrenzen sein.

Augenmaß der Justiz

Aus meiner Sicht wäre der Gesetzgeber besser beraten, dem Vorschlag von RA Dr. Thomas Höhne, dem im Rahmen der Enquete vom 3. 7. 2008 mehrere Teilnehmer beigetreten sind, zu folgen und die Entschädigungsobergrenzen gänzlich entfallen zu lassen. Persönlichkeitsschutz ist in den Händen einer verantwortungsbewussten Justiz, die den Umständen und Erfordernissen des Einzelfalls nach Durchführung eines Beweisverfahrens wesentlich eher gerecht werden kann, besser aufgehoben als in einem generell abstrakten Normenkorsett. Wenn der Entwurf ua kritisch vermerkt, dass die derzeit geltenden Obergrenzen offenbar aus der Überlegung, sich einen Spielraum für noch schlimmere Fälle offen zu lassen, von den Gerichten "nicht in wünschenswertem Ausmaß" ausgeschöpft werden, so ist dieser Vorwurf unzutreffend. Die Mediengerichte wissen sehr wohl um das erforderliche Augenmaß und haben auch in der Vergangenheit Entschädigungen im gesetzlich zulässigen Höchstausmaß verhängt. So hat zB das LG für Strafsachen mit U 10. 11. 1994, 9b Hv 6919/94 (bestätigt durch OLG Wien 30. 5. 1995, 18 Bs 28/95 **MR 1997, 17**) knapp mehr als ein Jahr nach Inkrafttreten der MedienG Nov 1992 iZm der Veröffentlichung der Anklageschrift gegen Jack Unterweger eine Entschädigung im damaligen Höchstausmaß von S 200.000,- zugesprochen. Auch damals wurden die Opfer "in ihrer Demütigung noch einmal zur Schau gestellt", was der Entwurf als Problemlage sieht, und schon damals wussten die Gerichte dieser Problemlage mit Fingerspitzengefühl zu begegnen. Auch ein ehemaliger Bundespräsident und ein ehemaliger Gerichtshofpräsident haben wegen der Verwirklichung des Tatbestands der üblen Nachrede ihnen gegenüber mehr als S 200.000,- (in concreto S 250.000,-) bzw Euro 14.535,- (in concreto Euro 20.000,-) zugesprochen erhalten.

Die Beseitigung von Entschädigungsobergrenzen macht auch die Schaffung einer Untergrenze - nach dem Entwurf Euro 100,- - entbehrlich. Nach den Erläut soll durch die Schaffung einer Untergrenze von Euro 100,- verdeutlicht werden, "dass bei entsprechend geringer Bedeutung des Mediums (geringe Auflage und Reichweite: zB Gemeindeblätter, Vereinszeitungen, Flyer, etc) auch Entschädigungen deutlich unter Euro 1.000,- angemessen sein können". Besondere Praxisnähe legt diese Auffassung nicht nahe. Auch wenn Gemeindeblätter und Vereinszeitungen niedrige Auflagen haben mögen, ist die Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten der Betroffenen gerade in diesen Fällen wesentlich größer als zB durch eine Veröffentlichung in einer auflagenstarken überregionalen Tages- oder Wochenzeitung, da die "Stigmatisierung" einer in einem kleinen Ort in der Steiermark wohnhaften Person zB nicht in Wien stattfindet. Maßgebend ist diesfalls die lokale Verbreitung im unmittelbaren familiären und beruflichen Umfeld des Betroffenen.

Nicht nachvollziehbar - und auch nicht begründet - ist die vorgeschlagene Ersetzung des anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmals "erlittene Kränkung" durch "erlittene persönliche Beeinträchtigung". Ist "persönliche Beeinträchtigung" mehr als "erlittene Kränkung", ist es weniger, ist es dasselbe? Wenn es dasselbe ist, ist die Änderung entbehrlich. Wenn es etwas anderes ist, dann führt eine mit keinem Wort erläuterte Änderung nur zu Verunsicherung und Auslegungsschwierigkeiten.

Opferschutz und Zeugenschutz

Völlig missglückt ist mE die vorgeschlagene Änderung des § 7a MedienG. Dass die bisherige Bezeichnung "gerichtlich strafbare Handlung" durch den neuen Begriff der "Straftat" ersetzt werden soll, ist zwar nicht einleuchtend, aber wohl vernachlässigbar. Anstelle Fehlentwicklungen in der Rsp zu begegnen - so wurde beispielsweise vom OGH in der E 17. 12. 2008, 6 Ob 256/08b, allen Ernstes im Gegensatz zu den Medienfachgerichten (OLG Wien 30. 6. 2008, 18 Bs 136/08v, und OLG Wien 3. 10. 2008, 18 Bs 328/08d) die Auffassung vertreten, dass an der Veröffentlichung einer anonymen Strafanzeige zwei Tage nach Einlangen derselben bei der Behörde und ohne dass dieselbe überhaupt noch Ermittlungstätigkeiten aufgenommen hätte, ein überwiegendes Berichtsinteresse an einer identifizierenden Berichterstattung über die in dieser Strafanzeige völlig zu Unrecht verdächtigten Personen bestünde -, möchte der Entwurf den in der bisherigen Praxis ohnedies schwierig handhabbaren § 7a MedienG auf alle Angehörigen (§ 72 StGB) von Opfern, Straftätern und Straftatverdächtigen ausdehnen und diese Bestimmung zu einem unüberschaubaren und wohl kaum justiziablen "Monster" machen. Wenn der Entwurf vermeint, dass mit der Verwirklichung der Vorschläge keine finanziellen Auswirkungen verbunden seien, so vermag ich diesen Befund beim besten Willen nicht zu teilen. Die Praxis hat gelehrt, dass die Möglichkeit, über die §§ 6 ff MedienG "relativ leicht zu Geld" zu kommen, vielfach auch Begehrlichkeiten ausgelöst hat (insb im Bereich des § 7b MedienG, aber auch in den übrigen Bereichen). Man darf nicht übersehen, dass neben den zweifellos in nicht unbeträchtlichem Maß gegebenen Fällen, in denen eine adäquate Abgeltung persönlicher Beeinträchtigungen den Zuspruch entsprechender Geldentschädigungen rechtfertigt, die §§ 6 ff MedienG auch zur Geltendmachung von in Wahrheit keine Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung abgeltendem "Körpergeld" verleitet, wenn schon "das Geld auf der Straße liegt". Die Frage, "Doktor, wie viel bekomme ich?" ist im anwaltlichen Beratungsgespräch nicht selten die erste.

Nach § 7a MedienG reicht es für die Aktivlegitimation, wenn zwar nicht der Name oder das Bild, aber "andere Angaben" veröffentlicht werden, "die geeignet sind, in einem nicht unmittelbar informierten größeren Personenkreis zum Bekanntwerden der Identität einer Person zu führen."

Damit werden in Wahrheit auch Angehörigen von Opfern einer strafbaren Handlung, von Tätern oder Tatverdächtigen einer solchen Entschädigungsansprüche zugestanden, über die "wegen der Stellung des Betroffenen in der Öffentlichkeit, wegen eines

Ende Seite 977

Anfang Seite 978

sonstigen Zusammenhanges mit dem öffentlichen Leben oder aus anderen Gründen ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit" an einer identifizierenden Berichterstattung bestanden hat. Da nach der Judikatur bereits etwa zehn Personen für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals "größerer Personenkreis" hinreichen, führt die durch die vorgeschlagene Neuregelung bedingte massenhafte Ausweitung der potenziellen Anspruchsberechtigten nicht nur zu einer Existenzbedrohung der Medien, sondern mit hoher Wahrscheinlichkeit auch zu einem drastischen Ansteigen des Anfalls bei den Mediengerichten. Während nämlich nach Auffassung des Gesetzgebers des AGBG einem ehrliebenden Bürger seine Ehre nicht "um Geld feil seyn" sollte, hat in der Zwischenzeit der Mammon auch dieses zentrale Persönlichkeitsrecht fest im Griff.

Dass der Rechtsschutz für Zeugen von Straftaten de lege lata unzureichend ist, entspricht auch meiner Auffassung. Allerdings ist mE die Einbeziehung dieses Schutzes in § 7a MedienG der falsche Weg, weil dieser Schutz wohl nur in besonderen Ausnahmefällen gerechtfertigt erscheint, während ihn der Entwurf ganz allgemein zugestehen will, der nur bei entsprechendem öff Berichtsinteresse entfällt, was bei Zeugen im Regelfall nicht vorliegen wird.

Höchst problematisch und in sich widersprüchlich ist schließlich das Vorhaben, Opfern, Angehörigen von Opfern einer Straftat, Straftätern oder Straftatverdächtigen sowie Zeugen einer Straftat einen Entschädigungsanspruch auch dann zuzuerkennen, wenn überhaupt keine schutzwürdigen Interessen verletzt werden. Widersprüchlich ist dies

zunächst deshalb, da der Entwurf als Tatbestandsvoraussetzung eine "erlittene persönliche Beeinträchtigung" vorsieht, im gleichen Atemzug aber die Verletzung schutzwürdiger Interessen für entbehrlich erachtet. Wie man eine persönliche Beeinträchtigung ohne Verletzung schutzwürdiger Interessen erleiden soll, ist für mich nicht nachvollziehbar. Damit gerät der Entwurf aber auch in eklatanten Wertungswiderspruch zu anderen Normen des Persönlichkeitsschutzes. Der Bildnisschutz des § 78 UrhG setzt zB die Verletzung "berechtigter Interessen" voraus. **§ 7a MedienG** würde in der Entwurfsform einen Bildnisschutz ohne Verletzung berechtigter Interessen schaffen, was mE auch im Hinblick auf **Art 10 MRK** verfassungsrechtlich bedenklich ist.

Was den Opferschutz anlangt, dürfte der Gesetzgeber die "klassischen Fälle" der Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten von Verbrechenopfern vor Augen haben, was ja seine Hinweise auf die Anlassfälle "Kampusch" und "Fritzi" belegen. Gerade in derartigen, den höchstpersönlichen Lebensbereich besonders tangierenden, auch den Intimbereich erfassenden Fällen ist allerdings der Entfall des Tatbestandsmerkmals "schutzwürdige Interessen" entbehrlich, weil diesfalls die Verletzung schutzwürdiger Interessen geradezu selbstverständliche Folge der Berichterstattung ist. Der Gesetzgeber übersieht, dass es auch viele Fälle gibt, in denen Personen Opfer von Straftaten werden, denen durch die Berichterstattung geholfen werden soll oder deren Verhalten in der Berichterstattung besonders positiv hervorgehoben wird. So wurde zB eine Wiener Polizistin bei einem Polizeieinsatz am 15. 12. 1999 im Zuge einer Verkehrskontrolle entwaffnet. Bei der in der Folge auch von anderen Polizeieinheiten durchgeführten Verfolgung stellte sich heraus, dass es sich bei den beiden Tätern um lange gesuchte RAF-Sympathisanten gehandelt hat. Die Wiener Polizistin, die trotz Entwaffnung die Verfolgung mit einem Motorrad aufgenommen hatte, wurde von den Medien als Heldin gefeiert, sie wurde vom Wiener Bürgermeister sogar in einer öff Veranstaltung im Wiener Rathaus geehrt. Auf Basis der damaligen Rechtslage wurden die Entschädigungsanträge der Polizistin mangels Verletzung schutzwürdiger Interessen abgewiesen (OLG Wien 14. 1. 2001, 24 Bs 28/01, und OLG Wien 10. 10. 2001, 24 Bs 179/01). Auf Basis der vorgeschlagenen Rechtslage müsste dem Entschädigungsantrag stattgegeben werden. Es wird daher auch die diesbezügliche Änderung, sollte sie Gesetz werden, zu einer nicht unbedeutlichen Steigerung des Anfalls und daher zu einer Mehrbelastung des Justizbudgets führen (was dann ohnedies mit dem nächsten Budgetbegleitgesetz durch eine klammheimliche, dafür aber deutliche Erhöhung der Pauschalgebühren ausgeglichen wird).

Der falsche Weg

Für mich ist der vorliegende Entwurf nicht der große Wurf. Er ist im Grundansatz der falsche Weg, weil eine generelle Anhebung von Entschädigungsobergrenzen fantasielos ist und zu einer Bewältigung spektakulärer Einzelfälle, die immer wieder kommen werden, nichts beiträgt. Die Berichterstattung im Fall "Fritzi" wäre aus meiner Sicht mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht anders ausgefallen, hätte die damalige Rechtslage dem Entwurf entsprochen. Er ist in Details systemwidrig und weit übers Ziel schießend. Anstatt den über viele Bereiche verstreuten Schutz der Persönlichkeitsrechte (§§ 77 und 78 UrhG; §§ 16, 43, 1328a und 1330 ABGB; §§ 7 und 16 UWG usw) einer gründlichen Analyse zu unterziehen und Systemwidrigkeiten zu beseitigen, wird ein altes "Vehikel" neu poliert, um mit neuem Glanz über die alten Mängel hinwegzutäuschen. All dies wird die Politik nicht hindern, den vorliegenden Entwurf in möglicherweise leicht modifizierter Fassung zu beschließen, um mit stolzgeschwellter Brust sagen zu können: Wir haben etwas getan. In Wahrheit ist der Entwurf politisches Seditativum, das darüber hinwegtäuscht, dass man die Lösung der eigentlichen Probleme unterlässt.

Meta-Daten

Rubrik(en)

Forum

Rückverweise

Kommentare

WK 2 , Höpfel/Ratz: § 6 MedienG (Rami) Üble Nachrede, Beschimpfung, Verspottung und Verleumdung - 01.07.2011 bis 31.08.2019

WK 2 , Höpfel/Ratz: § 7a MedienG (Rami) Schutz vor Bekanntgabe der Identität in besonderen Fällen - 01.07.2011 bis 31.08.2019

WK 2 , Höpfel/Ratz: Vorbemerkungen zu §§ 6 bis 7c MedienG (Rami) - 01.07.2011 bis 31.08.2019

WK 2 StGB, Höpfel/Ratz: § 6 MedienG (Rami) Üble Nachrede, Beschimpfung, Verspottung und Verleumdung - 01.09.2019 bis ...

WK 2 StGB, Höpfel/Ratz: § 7a MedienG (Rami) Schutz vor Bekanntgabe der Identität in besonderen mehr...

Zeitschriften

AnwBl 2010, 61: OGH 12.5.2009, 14 Os 25/09x Schon auf Anerkennung einer Grundrechtsverletzung beschränkte E macht Erneuerungsantrag zulässig (EvBl-LS 2009/104) -

ÖJZ 2011/4: Medienrecht im Spannungsfeld zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz Die Sicht des Legisten (FN (Fritz Zeder) -

© 2020 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH

Auskunftsanspruch nach § 18 Abs 4 ECG gegen einen Webmail-Dienst

OGH 20.05.2020, 6 Ob 226/19g
(Vorinstanzen: OLG Innsbruck 1 R 100/19v;
LG Innsbruck 6 Cg 124/18y) – „Hochgradig
gestört“

Deskriptoren: Diensteanbieter, Access-Provider, Host-
Provider, Auskunftsanspruch, E-Mail,
Webmail-Dienst, Speicherung, Rechts-
lücke, Analogie

§ 13 ECG, § 16 ECG, § 18 Abs 4 ECG, § 92 TKG, § 93 TKG,
§ 102a TKG, Art 15 E-Commerce-RL

1. Der Anbieter eines Webmail-Dienstes unterliegt ungeachtet der Frage, ob er als Host-Provider (§ 16 ECG) oder als Access-Provider (§ 13 ECG) einzuordnen ist, der Auskunftsspflicht nach § 18 Abs 4 ECG.

2. Er hat den Namen und die Adresse eines Nutzers, der über diesen Dienst E-Mails mit ehrbeleidigendem Inhalt verbreitet, auf Verlangen dem durch diese Äußerung Betroffenen zu übermitteln, sofern dieser glaubhaft macht, dass die Kenntnis dieser Information eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet.

3. Ein überwiegendes rechtliches Interesse an der Feststellung der Identität besteht dabei dann, wenn die Rechtsverfolgung aufgrund einer groben Prüfung der vom Kläger geltend gemachten Verletzungen eine gewisse Aussicht auf Erfolg hat.

4. Eine Lücke im Rechtssinn ist dort anzunehmen, wo das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig ist.

Sachverhalt:

Die Klägerin ist Buchautorin, Historikerin und freie Journalistin.

Die Beklagte bietet ihren Kunden unter der Bezeichnung „Festnetz-Internet Privat/Glasfaser Speed“ die Herstellung und Nutzung einer Internetverbindung an. Zu den inkludierten Leistungen gehört die Bereitstellung von – je nach Produkt drei bis fünf – E-Mailadressen, Alias-Adressen sowie von E-Mail-Spam- und Virenschutz auf den Servern.

Am 29.8.2018 erschien in der Tageszeitung „X.“ eine von der Klägerin verfasste Kolumne. Am 4.11.2018 wurde in Reaktion darauf von der bei der Beklagten registrierten E-Mail-Adresse s**@**.net unter dem Betreff „Hochgradig gestört: ‘**’-Lebensschützerin [Klägerin]“ eine E-Mail an mehrere in- und ausländische Medien gesendet, deren Text mehrere von der Klägerin als ehrenrührig und kreditschädigend beanstandete Äußerungen enthält. Unter anderem wird sie als „dauergeile Tussi“ bezeichnet. Die E-Mail ist mit „A.“ unterzeichnet.

Werden im öffentlich zugänglichen Melderegister betreffend den Ort „Y.“ die Namen S. und A. abgefragt, so werden Personen dieses Namens mit jeweils aktuellem Hauptwohnsitz an derselben Adresse angeführt.

Die Klägerin forderte die Beklagte mit Schreiben vom 19.11.2018 auf, Vor- und Zunamen und Postanschrift der bei der Beklagten registrierten Inhaber der oben genannten E-Mail-Adresse bekannt zu geben. Die Beklagte lehnte die Herausgabe der Nutzerdaten ab.

Die Klägerin begehrt, der Beklagten die Bekanntgabe von Vor- und Zunamen sowie Anschrift des Inhabers der bei der Beklagten registrierten E-Mail-Adresse s**@**.net aufzutragen.

Sie bringt vor, die Beklagte stelle ihren Kunden im Rahmen der Mailbox Speicherplatz zur Verfügung, um E-Mails speichern, empfangen und senden zu können. Sie sei daher Host-Provider im Sinn des § 16 ECG und unterliege der Auskunftspflicht des § 18 Abs 4 ECG. Die beanstandeten Äußerungen verstießen gegen § 1330 ABGB und seien tatbestandsmäßig im Sinn der §§ 111, 115 StGB. Die begehrte Auskunft sei für die von der Klägerin beabsichtigte Rechtsverfolgung erforderlich, weil eine Zuordnung der im Melderegister aufscheinenden Personen zur konkreten E-Mail-Adresse eine reine Mutmaßung sei und der Klägerin nicht zugemutet werden könne, auf gut Glück zwei oder eine von zwei Personen in Anspruch zu nehmen.

Die Beklagte beantragt die Klageabweisung. Sie betreibe keinen Dienst der Informationsgesellschaft im Sinn des § 3 Z 1 ECG. Jedenfalls sei sie nicht Host-Provider im Sinn des § 16 ECG, sondern Access-Provider im Sinn des § 13 ECG. Das Webmail der Beklagten habe nur einen Umfang von 100 MB und sei daher lediglich dazu konzipiert, E-Mails zu senden und zu empfangen, nicht dazu, sie zu speichern. Der Auskunftsanspruch des § 18 Abs 4 ECG erfasse nur Dienste, die öffentlich oder über Registrierung einem breiteren Personenkreis zugänglich seien, wie Chatrooms, Chatforen oder Gästebücher, nicht aber die Bereitstellung von Webmail-Diensten. Aus §§ 16, 18 ECG ergebe sich, dass der Host-Provider zur laufenden Überwachung der bereitgestellten Informationen zwar nicht verpflichtet, aber berechtigt sei. Die Beklagte habe aber keine legale Möglichkeit, von den Inhalten der über ihren Mailserver versendeten E-Mails Kenntnis zu erlangen, weil sie als Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsdienstes dem Kommunikationsgeheimnis unterliege. Sie könne daher nach dem Gesetzeszweck nicht Host-Provider sein. Sie könne auch und nur im Weg der Durchlaufstelle gemäß § 102a TKG verpflichtet werden, über die Stammdaten eines Teilnehmers Auskunft zu geben.

Darüber hinaus seien die Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs nach § 18 Abs 4 ECG nicht erfüllt, weil mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen sei, dass die im Melderegister mit Hauptwohnsitz in Y. angeführten Personen S. und A. diejenigen seien, die gemeinsam die E-Mail-Adresse benutzten. Die begehrte Auskunft sei daher keine wesentliche Voraussetzung der Rechtsverfolgung.

Das *Erstgericht* gab dem Klagebegehren statt. Über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus traf es folgende Feststellungen:

„Der technische Ablauf bei Verwendung des Webmail-Dienstes der Beklagten ist derart, dass nach Schreiben einer E-Mail und Drücken des Buttons ‘Senden’ eine verschlüsselte Verbindung zum Mail-Server aufgebaut wird und nach Authentifizierung des Users die E-Mail in eine Warteschlange eingereiht und in Intervallen [von 30] Sekunden zum End-Mail-Server zugestellt wird. Wird an eine

von der Beklagten zur Verfügung gestellte E-Mail-Adresse eine Mail gesendet, wird diese E-Mail auf dem E-Mail-Server der Beklagten gespeichert, bis es vom Kunden der Beklagten abgerufen wird.“

Rechtlich qualifiziert es die Beklagte als Host-Provider im Sinn des § 16 ECG, weil sie einen E-Mail-Server bereitstelle und die Daten bis zum Abruf der E-Mail speichere. Daher bestehe der Auskunftsanspruch nach § 18 Abs 4 ECG zu Recht.

Das *Berufungsgericht* gab der Berufung der Beklagten Folge und ließ die Revision zu, da in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung nicht beantwortet werde, ob der Betreiber eines Webmail-Dienstes, der ausgehende E-Mails lediglich zwischenspeichere und eingehende E-Mails nur speichere, bis sie vom Nutzer abgerufen würden, der Auskunftspflicht des § 18 Abs 4 ECG unterliege. Die Beklagte betreibe zwar einen Dienst der Informationsgesellschaft im Sinn des § 3 ECG, sei aber nicht Host-Provider gemäß § 16 ECG, sondern Access-Provider gemäß § 13 ECG, weil sich ihre Dienstleistung darauf beschränke, ihren Kunden die technischen Einrichtungen zur Ermöglichung einer Verbindung mit dem Internet bereitzustellen. Für die Qualifikation als Host-Provider fehle es an der Zurverfügungstellung von Speicherplatz für fremde Inhalte. Die bloße Zwischenspeicherung der eingehenden E-Mails und die technisch bedingte Zwischenspeicherung der gesendeten Mails für 30 Sekunden führe gemäß § 13 Abs 2 ECG nicht zur Qualifikation als Host-Provider.

Die *Revision* ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, sie ist auch berechtigt.

1.1. Gemäß § 3 Z 2 ECG ist Diensteanbieter im Sinn dieses Gesetzes eine natürliche oder juristische Person oder eine sonstige rechtsfähige Einrichtung, die einen Dienst der Informationsgesellschaft bereitstellt. § 3 Z 1 ECG enthält die Legaldefinition des Dienstes der Informationsgesellschaft. Diese erfasst auch die vermittelnden Diensteanbieter (Internet Service Provider), wobei das Gesetz in der Folge zwischen dem sogenannten Access-Provider (§ 13 ECG) und dem Host-Service-Provider (§ 16 ECG) unterscheidet (6 Ob 218/03g).

1.2. Daran, dass die Beklagte – die sich zudem selbst als Access-Provider qualifiziert – einen Dienst der Informationsgesellschaft betreibt, kann angesichts der von ihr angebotenen Leistungen kein Zweifel bestehen.

1.3. Entscheidend für die Berechtigung des Klagebegehrens ist aber, ob die in § 18 Abs 4 ECG für „die in § 16 [ECG] genannten Diensteanbieter“ – das sind die sog Host-Provider – angeordnete Herausgabepflicht von Nutzerdaten auf die Beklagte zur Anwendung kommt.

2. Vorauszuschicken ist, dass die Struktur des 5. Abschnitts des ECG („Verantwortlichkeit der Diensteanbieter“, §§ 13 ff ECG) den Ausschluss der Verantwortlichkeit des jeweiligen Diensteanbieters regelt (vgl *Zankl*, ECG² [2016] § 13 Rz 208): § 13 ECG betrifft den Ausschluss der Verantwortlichkeit für Durchleitung, § 14 ECG den Ausschluss der Verantwortlichkeit bei Suchmaschinen, § 15 ECG bei Zwischenspeicherung (Caching), § 16 ECG bei Speicherung fremder Inhalte (Hosting) und § 17 ECG bei Links. Nur im Zusammenhang mit den Voraussetzungen der Haftungsfreiheit nimmt das ECG auf die Tätigkeit und damit die Abgrenzungskriterien der einzelnen Service-Provider voneinander Bezug. Dies entspricht der Regelungsstruktur der Art 12 ff der Richtlinie über den elektronischen

Geschäftsverkehr (E-Commerce-Richtlinie, EC-RL, RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt).

2.1. Gemäß § 13 Abs 1 ECG ist ein Diensteanbieter, der von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz übermittelt oder den Zugang zu einem Kommunikationsnetz vermittelt, für die übermittelten Informationen nicht verantwortlich, sofern er (Z 1:) die Übermittlung nicht veranlasst, (Z 2:) den Empfänger der übermittelten Informationen nicht auswählt und (Z 3:) die übermittelten Informationen weder auswählt noch verändert.

2.2. Gemäß § 16 Abs 1 ECG ist ein Diensteanbieter, der von einem Nutzer eingegebene Informationen speichert, für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen nicht verantwortlich, sofern er (Z 1:) von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat und sich in Bezug auf Schadenersatzansprüche auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder (Z 2:) sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erhalten hat, unverzüglich tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.

2.3. Nach § 18 Abs 4 ECG haben die in § 16 genannten Diensteanbieter den Namen und die Adresse eines Nutzers ihres Dienstes, mit dem sie Vereinbarungen über die Speicherung von Informationen abgeschlossen haben, auf Verlangen dritten Personen zu übermitteln, sofern diese ein überwiegendes rechtliches Interesse an der Feststellung der Identität eines Nutzers und eines bestimmten rechtswidrigen Sachverhalts sowie überdies glaubhaft machen, dass die Kenntnis dieser Informationen eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet.

2.4. Während §§ 13 bis 19 ECG die in Art 12 bis 15 der Richtlinie enthaltenen Regelungen über die Verantwortlichkeit von Online-Anbietern für bestimmte Informationen und Tätigkeiten umsetzen (ErläutRV 817 BlgNR 21.GP 31), beruht die Verpflichtung des Host-Providers zur Übermittlung der Nutzerdaten an (private) Dritte nicht auf der Umsetzung von Unionsrecht. Die EC-RL regelt insofern nämlich nur die Befugnis der Mitgliedstaaten, die Diensteanbieter zur Übermittlung von Informationen an Behörden zu verpflichten (Art 15 Abs 2 EC-RL; vgl § 18 Abs 2, 3 ECG).

3.1. Host-Provider ist nach dem Wortlaut des § 16 ECG ein Diensteanbieter, der von einem Nutzer eingegebene Informationen speichert.

3.2. Die Materialien nennen als Beispiele den Anbieter, der einem fremden Nutzer die erforderliche Infrastruktur für eine Website zur Verfügung stellt und diese auf seinem Server speichert, oder den Anbieter, der es Nutzern ermöglicht, ihre Informationen auf seinem Dienst der Informationsgesellschaft einzugeben, wie etwa ein Medienunternehmen, das Kommentar und „Leserbriefe“ von Nutzern online publiziert (ErläutRV 817 BlgNR 21.GP 25).

3.3. In der Literatur werden unterschiedliche Standpunkte dazu vertreten, ob allein die Speicherung für die Qualifikation als Host-Provider im Sinn des § 16 ECG ausreicht, oder ob es darüber hinaus auch der Eröffnung des

Zugangs zu den gespeicherten Informationen an Dritte bedarf.

3.3.1. Diese Ansicht vertreten *Blume/Hammerl*: Die Qualifikation als Host-Provider iSd § 16 ECG setze als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal neben der Speicherung der vom Nutzer eingegebenen Daten voraus, dass der Diensteanbieter diese anderen Personen auf deren individuellen Abruf zur Verfügung stelle. Dies sei aus § 16 Abs 1 Z 2 ECG abzuleiten, wonach der Diensteanbieter bei Kenntnis oder Bewusstsein einer rechtswidrigen Tätigkeit oder eines rechtswidrigen Inhalts unverzüglich tätig werden müsse, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Die Verpflichtung zum Tätigwerden setze nämlich voraus, dass anderen Personen ein Zugang zu den Informationen gewährt worden sei. Diensteanbieter, die Nutzern Speicherplatz zur Verfügung stellten, jedoch anderen Personen keinen Zugang zu diesen Informationen vermittelten, seien daher nicht als Host-Provider anzusehen (*Blume/Hammerl*, E-Commerce Gesetz [2001] § 16 Rz 7).

Auf den Dienst der „elektronischen Post“ sei § 13 ECG (direkt oder analog) anzuwenden, und zwar auch in jenen Fällen, in denen die Informationen auf einem vom Diensteanbieter angemieteten Speicherplatz am Mail-Server abgespeichert würden. Ausschlaggebend dafür sei der Umstand, dass die durch das Fernmeldegeheimnis geschützte Information sich rechtlich ausschließlich in der Verfügungsgewalt des Nutzers befindet und nicht für andere Nutzer zum Abruf bereitgehalten wird (*Blume/Hammerl*, ECG § 13 Rz 21, 32).

3.3.2. Hingegen differenziert *Zankl* bei der Bereitstellung eines E-Mail-Diensts im Hinblick auf die Anwendung der Haftungsbefreiung des § 13 oder des § 16 ECG danach, ob der Diensteanbieter – wie im Regelfall – dem Nutzer auch Speicherplatz für empfangene oder versendete Nachrichten zur Verfügung stellt. Werde Speicherplatz zur Verfügung gestellt, so richte sich die Haftungsfreiheit des Diensteanbieters nach § 16 ECG, bei der reinen Übertragungsmöglichkeit nach § 13 ECG (*Zankl*, ECG² § 13 Rz 222, § 16 Rz 259, 264).

Dieses Kriterium übernimmt – ohne eigene Auseinandersetzung – *Kasper* (Die privatrechtliche Haftung des Host-Providers in der Judikatur des OGH, *jusIT* 2009/1, 1).

3.4. Nach der deutschen Parallelbestimmung zu § 16 ECG, § 10 TMG (Telemediengesetz), sind Diensteanbieter „für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern, nicht verantwortlich“, wenn die angegebenen Voraussetzungen erfüllt sind. In der Kommentarliteratur dazu wird diskutiert, dass es im Zusammenhang mit der Haftung um die Verantwortung des „Hosters“ dafür gehe, dass über seine Dienstleistung Dritten der Zugriff auf rechtswidrige Inhalte oder Informationen ermöglicht werde; hingegen gehe es nicht um die Vorhaltung von Daten des Kunden für diesen selbst (*Hoffmann/Volkmann* in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien⁴ [2019] § 10 TMG Rz 1; vgl *Müller-Broich*, TMG [2012] § 10 Rz 1). Daraus wird aber nicht notwendig der Schluss gezogen, dass es für die Haftungsvoraussetzungen auf die Zweckrichtung der Speicherung ankommen soll (*Hoffmann/Volkmann* in *Spindler/Schuster*, § 10 TMG Rz 14).

3.5. In der Rechtsprechung wurden der Betreiber eines Online-Diskussionsforums (6 Ob 188/16i; 6 Ob 244/16z; 6 Ob 133/13x; 6 Ob 104/11d; vgl 6 Ob 119/11k) oder eines Online-Gästebuchs (6 Ob 178/04a) als Host-Provider

anerkannt, ebenso der Betreiber einer Facebook-Seite, der seinen Followern (Nutzern) die Kommentierung von Beiträgen auf der Seite ermöglicht (6 Ob 204/17v; 6 Ob 244/16z). Es wurden daher durchwegs solche Diensteanbieter dem Haftungsregime des Host-Providers nach § 16 ECG unterstellt, durch deren Dienstleistung die vom Nutzer eingegebenen Inhalte – wie die Einträge in Diskussionsforen oder die gesetzten Kommentare – dritten Personen zugänglich gemacht wurden.

4. Im vorliegenden Fall ist aber nicht die Haftung des Diensteanbieters zu beurteilen, sondern das Bestehen eines Auskunftsanspruchs gegen diesen.

4.1. Dazu bedarf es keiner abschließenden Beurteilung, ob die Beklagte im Hinblick auf die Voraussetzungen der Haftungsbefreiung den – jeweils unionsrechtlich determinierten – Voraussetzungen des § 13 oder des § 16 ECG unterworfen ist. Selbst unter der Annahme, dass sie im Hinblick auf das Haftungsregime § 13 ECG unterworfen wäre, ist nämlich im vorliegenden Fall die analoge Anwendung des § 18 Abs 4 ECG geboten.

4.2. Der OGH bejahte die analoge Anwendung des Auskunftsanspruchs Privater bereits zu 4 Ob 7/04i (RS0118691) [= *MR* 2004, 221]. Er bejahte die Verpflichtung des beklagten Telekommunikationsunternehmens, der Klägerin zum Zweck der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen Namen und Adresse jener Vertragspartner der Beklagten bekannt zu geben, denen bestimmte Mehrwertnummern von der Beklagten überlassen waren. Er leitete die Wertungen, aus denen sich das Fehlen eines direkt anwendbaren Auskunftsanspruchs nach dem TKG ergab, daraus ab, dass Betreiber von Telekommunikationsdiensten den Diensteanbietern nach § 16 ECG insoweit vergleichbar sind, als beide nur die technischen Vorrichtungen bereit stellen, die es einem Teilnehmer ermöglichen, auf diesem Weg rechtswidrig zu handeln. Da das Telekommunikationsunternehmen – gleich dem Host-Provider im Sinn des § 16 ECG – grundsätzlich keine Haftung für den über sein Netz verbreiteten Inhalt treffe, bliebe derjenige, dessen Interessen durch rechtswidrige Inhalte verletzt würden, schutzlos, wenn er nicht wisse, wer diese Inhalte verbreitet habe und gegenüber dem Kommunikationsunternehmen keinen Auskunftsanspruch habe (kritisch *Wiebe*, Auskunftsverpflichtung der Access-Provider, *MR* Beilage zu Heft 4/2005, 1 [18]; *Zankl*, Auskunftspflicht für Mehrwertdienste?, *ecolex* 2004, 853; *Hasberger/Schönhart*, Die Haftung von Telekom-Unternehmen für fremdes Fehlverhalten, *MR* 2004, 297 [300]; zustimmend *Plasser*, Lauterkeitsrechtlicher Auskunftsanspruch auch für Mitbewerber nach der UWG-Nov 2007?, *ÖBl* 2008/40, 183 [185]).

5.1. Eine Lücke im Rechtssinn ist dort anzunehmen, wo das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenter Teleologie, unvollständig ist (RS0098756 [T4]; RS0008866).

5.2. Der Auskunftsanspruch des § 18 Abs 4 ECG soll Personen, die durch rechtswidrige Tätigkeiten oder Informationen eines ihnen nicht bekannten Nutzers in ihren Rechten verletzt werden, und Verbänden oder Gesellschaften, die sich der Wahrung der Rechte bestimmter anderer Personen widmen, etwa Verbraucherverbänden oder Wertungsgesellschaften, die Rechtsverfolgung erleichtern (ErläutRV 817 BlgNR 21. GP 39).

5.3. Der Auskunftsanspruch gegenüber Dritten gemäß § 18 Abs 4 ECG gilt nach dem Gesetzeswortlaut nur

gegenüber den in § 16 ECG genannten Diensteanbietern, sohin gegenüber Host-Providern. So ist etwa der Betreiber eines Online-Diskussionsforums – bei Vorliegen der üblichen Voraussetzungen des § 18 Abs 4 ECG – zur Herausgabe von Namen und Adresse jener Personen verpflichtet, die im Rahmen dieses Forums Beiträge „posten“.

5.4. Es liegt auf der Hand, dass hinsichtlich des Diensteanbieters, der dem Nutzer bloß im Sinn des § 13 ECG den Zugang zu einem Kommunikationsnetzwerk eröffnet, keine vergleichbare Interessenlage vorliegt. Soweit aber der Anbieter eines Webmail-Dienstes hinsichtlich der auf ihn anwendbaren Haftungsbeschränkungen § 13 ECG unterliegt – sei es, weil er keine über die Zwischenspeicherung gemäß § 13 Abs 2 ECG hinausgehende Speichermöglichkeit anbietet, sei es, weil dem Tatbestand des § 16 ECG das ungeschriebene Erfordernis entnommen wird, die vom Nutzer eingegebenen Informationen Dritten zugänglich zu machen – erweist sich das ECG gemessen an seiner eigenen Zielsetzung als lückenhaft. Denn auch die Bereitstellung eines Webmail-Dienstes zielt darauf ab, Dritten (den Empfängern) die vom Nutzer eingegebenen Inhalte zugänglich zu machen, wodurch es zu Rechtsverletzungen kommen kann. Auch in einem solchen Fall bestünde, da der Web-Mail-Anbieter selbst aufgrund des Kommunikationsgeheimnisses (§ 93 TKG) keine Kenntnis der versendeten Informationen hat und für deren Inhalt daher nicht haftet, ohne einen Auskunftsanspruch ein Rechtschutzdefizit des Verletzten.

5.5. Der von der Beklagten erhobene Einwand, wonach die Beklagte auch als Telekommunikationsunternehmen zu qualifizieren sei und nur im Wege der zentralen Durchlaufstelle gemäß § 102a TKG 2003 zur Übermittlung verpflichtet werden könnte, lässt außer Acht, dass diese Bestimmung nicht die Übermittlung von Stammdaten (dazu gehören gemäß § 92 Abs 1 Z 3 lit a und c TKG 2003 Name und Anschrift einer Person), sondern die Datensicherheit bei der Übermittlung von Verkehrs- und Standortdaten regelt.

6.1. Die Herausgabepflicht nach § 18 Abs 4 ECG setzt voraus, dass die Rechtsverfolgung aufgrund einer groben Prüfung der vom Kläger geltend gemachten Verletzungen eine gewisse Aussicht auf Erfolg hat (RS0129335 [T2]). Dass die Verfolgung der beanstandeten Äußerungen nach § 1330 ABGB, §§ 11, 115 StGB nach der gebotenen Grobprüfung die erforderliche Erfolgsaussicht aufweist, zieht die Beklagte nicht in Zweifel.

6.2. Die Klägerin hat darüber hinaus glaubhaft gemacht, dass die begehrte Auskunft eine wesentliche Voraussetzung für die in Aussicht genommene Rechtsverfolgung bildet, weil die Existenz von Personen eines bestimmten Namens keinen verlässlichen Schluss darauf zulässt, ob diese hinsichtlich des konkreten Webmail-Zugangs verfügbare waren.

Anmerkung (I):

Der OGH befasste sich in der gegenständlichen Entscheidung mit der Frage, ob der Anspruch des § 18 Abs 4 ECG, vom Diensteanbieter die Auskunft über Namen und Adresse eines Nutzers zu verlangen, gegenüber einem Webmail-Dienst geltend gemacht werden kann.

Zur Causa: *Gudula Walterskirchen*, Historikerin und Publizistin, verfasste als „Presse“-Kolumnistin ein

„Quergeschrieben“ zum Thema Sterbehilfe.¹⁾ Was darauf folgte, war eine Reihe von E-Mails mit beleidigenden Inhalten. Diese waren zwar unterzeichnet, jedoch entsprach der unter den Text gesetzte Name nicht jenem, der sich aus der E-Mail-Adresse ergab. Geklagt wurde als Provider der E-Mail-Adresse die *Tiroler Stadtwerke Schwaz GmbH* auf Auskunft über Vor- und Zunamen sowie Anschrift des Inhabers der bei der Beklagten registrierten E-Mail-Adresse.²⁾

Die Beklagte zog sich auf den Standpunkt zurück, dass sie erstens aufgrund der nur geringen Speicherkapazität ihres Webmail-Dienstes keinen Dienst der Informationsgesellschaft betreibt. Tatsächlich würden ausgehende Nachrichten nur zwischengespeichert und eingehende Nachrichten nach Abruf durch den Nutzer gelöscht werden. Sie sei zweitens nicht Host- sondern lediglich Access-Provider iSd § 13 ECG, wobei letztere nicht vom Auskunftsanspruch des § 18 Abs 4 ECG erfasst seien. Darüber hinaus bestritt die Beklagte drittens die Wesentlichkeit der begehrten Auskunft für die Rechtsverfolgung durch die Klägerin.

Der OGH tritt in seiner Entscheidung den – im Wesentlichen drei – Rechtfertigungsversuchen der Beklagten entgegen. Erstens: Zur Qualifizierung als Dienst der Informationsgesellschaft stellt der erk Senat außer Zweifel, dass es sich bei dem von der Beklagten betriebenen Webmail-Dienst um einen Dienst der Informationsgesellschaft iSv § 3 Z 1 ECG³⁾ handle und die Beklagte daher als Diensteanbieter⁴⁾ zu qualifizieren sei.⁵⁾ Tatsächlich ist der alleinige Vorgang des Versendens von E-Mails noch kein Dienst der Informationsgesellschaft, weil dieser Dienst nicht auf individuellen Abruf des Empfängers bereitgestellt wird.⁶⁾ Sobald der E-Mail-Verkehr aber durch weitere elektronische Vertriebsformen, wie etwa einer Website, ergänzt wird, liegt ein Dienst der Informationsgesellschaft vor.⁷⁾ Auch ErwGr 18 der dem ECG zugrundeliegenden E-Commerce-Richtlinie bezeichnet die Verbreitung kommerzieller Kommunikation mit elektronischer Post als Dienst der

1) http://www.walterskirchen.cc/?Document_id=1545882312054 vom 28.12.2018 [29.09.2020]. Insoweit falsch die Berichterstattung in der Presse, wonach die Kolumne das Thema „Fraueninitiative“ betreffe, *DiePresse* 2020/35/02 vom 24.08.2020 [29.09.2020].

2) Wer verschickte beleidigende E-Mails? Höchstgericht erleichtert Rechtsverfolgung, *DiePresse* 2020/35/02 vom 24.08.2020 [29.09.2020].

3) § 3 Z 1 ECG: [...] ein in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers bereitgestellter Dienst (§ 1 Abs. 1 Z 2 Notifikationsgesetz 1999), insbesondere der Online-Vertrieb von Waren und Dienstleistungen, Online-Informationsangebote, die Online-Werbung, elektronische Suchmaschinen und Datenabfragemöglichkeiten sowie Dienste, die Informationen über ein elektronisches Netz übermitteln, die den Zugang zu einem solchen vermitteln oder die Informationen eines Nutzers speichern [...].

4) § 3 Z 2 ECG: [...] eine natürliche oder juristische Person oder sonstige rechtsfähige Einrichtung, die einen Dienst der Informationsgesellschaft bereitstellt [...].

5) OGH 6 Ob 226/19g Rz 1.3.

6) § 3 Z 1 1.HS ECG.

7) *Zankl*, ECG² (2016) § 3 Rz 60; ErläutRV 817 BlgNR 21.GP 16; zum gleichen Ergebnis für das deutsche TMG kommt *Ricke* in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Massenmedien⁴ (2019) § 2 TMG Rz 16.

Informationsgesellschaft.⁸⁾ Es ist somit dem OGH zu folgen, dass die Beklagte Diensteanbieter iSd ECG ist.

Es stellt sich für den OGH daran anschließend zweitens die Frage, ob die Beklagte als Host- oder Access-Provider zu qualifizieren sei und ob sie als Access-Provider dem Auskunftsanspruch unterliege.⁹⁾ Zunächst gibt der OGH den Meinungsstand in der österreichischen¹⁰⁾ und deutschen Literatur¹¹⁾ wieder und beleuchtet die Frage, ob es für die Qualifikation als Host-Provider der Zugangsvmittlung¹²⁾ zu den gespeicherten Informationen an Dritte bedürfe, ohne diese Frage aber abschließend zu beantworten.

Der OGH entzieht sich außerdem der eingehenden Prüfung, ob sich die stark beschränkte Speicherkapazität eines E-Mail-Providers auf seine Qualifizierung als Host- oder Access-Provider auswirkt. Die abschließende Beurteilung dieser Frage könne unterbleiben, da der Auskunftsanspruch nach § 18 Abs 4 ECG nicht dem im Gesetz genannten Diensteanbieter nach § 16 (dh dem Host-Provider) vorbehalten sei. Vielmehr müsse es aufgrund einer planwidrigen Gesetzeslücke¹³⁾ zu einer analogen Anwendung¹⁴⁾ des Auskunftsanspruchs auf Access-Provider kommen, was sich auch aus der bisherigen Rsp¹⁵⁾ ergebe.¹⁶⁾

Die Einordnung eines Webmail-Dienstes mit zeitlich limitierter Speicherung verdient mE nichtsdestotrotz eine nähere Betrachtung, insb wenn es nicht (wie im Ausgangsfall) primär um den Auskunftsanspruch geht, sondern um den Ausschluss der Haftung bei Hosting (§ 16 ECG) oder bloßer Durchleitung (§ 13 ECG). Um als Access-Provider von der großzügigen Haftungsprivilegierung des § 13 ECG zu profitieren, dürfen die übermittelten Informationen nicht verändert (Abs 1 Z 3 leg cit) oder gespeichert¹⁷⁾ werden. Sobald er Informationen speichert, verliert der Diensteanbieter seine Eigenschaft als reiner Access-Provider, kann mitunter aber noch als Host-Provider von den – im Vergleich zum Access-Provider restriktiveren – Haftungsprivilegien des § 16 ECG profitieren.¹⁸⁾ Viele der gängigen Webmail-Dienste sehen grds eine Speicherung der im Posteingang und Postausgang befindlichen Nachrichten vor, samt der Möglichkeit zur Individualisierung der Löschkintervalle.¹⁹⁾ Sie sind als Host-Provider zu qualifizieren.²⁰⁾

8) *Brenn*, ECG (2002) 173.

9) Rz 1.1. mit Verweis auf OGH 6 Ob 218/03g.

10) Rz 3.3.1. mVa *Blume/Hammerl*, ECG (2001) § 16 Rz 7.

11) Rz 3.4. mVa *Hoffmann/Volkmann in Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien⁴ § 10 TMG Rz 1; *Müller-Broich*, TMG (2012) § 10 Rz 1.

12) *Blume/Hammerl*, ECG § 16 Rz 7.

13) Rz 5.1. bis 5.4.

14) Rz 4.1.

15) OGH 4 Ob 7/04i, RS0118691; kritisch dazu *Zankl*, Auskunftspflicht für Mehrwertdienste? *ecolex* 2004, 853.

16) Siehe zum Auskunftsanspruch in Deutschland: AG Bonn 104 C 593/10 zur Auskunft über den Inhaber einer Mobilfunknummer zur Ermittlung des leiblichen Vaters, ZD 2011, 40.

17) *Zankl*, ECG² § 13 Rz 221.

18) aaO Rz 222.

19) Der Inhaber einer gmx-E-Mail-Adresse kann als Löschkintervall für den Posteingang und -ausgang jeweils Fristen zwischen einem Tag und zwölf Monaten festlegen oder die Option „nie“ auswählen. Siehe unter <https://hilfe.gmx.net/email/ordner/aufbewahrungszeit-festlegen.html> [29.09.2020]. Elektronische Nachrichten die mittels einer gmail-E-Mail-Adresse versendet oder empfangen werden, werden – soweit ersichtlich – dauer-

In welche Kategorie fällt also ein Webmail-Dienst, der ausgehende Nachrichten für etwa 30 Sekunden zwischengespeichert und eingehende Nachrichten nach Abruf durch den Nutzer löscht? Die Abgrenzung zwischen Access- und Host-Provider erfolgt anhand des Kriteriums der Speicherung von Informationen.²¹⁾ Für einen Access-Provider ist eine automatisiert laufende Weiterleitung der vom Nutzer eingegebenen Informationen typisch. Nur die automatische kurzzeitige Zwischenspeicherung²²⁾ der Informationen ist idZ nicht schädlich,²³⁾ soweit sie der Übermittlung im Kommunikationsnetz dient und die Informationen nicht länger gespeichert werden, als es für die Übermittlung erforderlich ist (§ 13 Abs 2 ECG).²⁴⁾ Das Speichern der elektronischen Nachrichten für einen Zeitraum von 30 Sekunden bis zum Versenden geht mE über das zur Übermittlung erforderliche nicht hinaus. Dadurch, dass der Webmail-Dienst die eingehenden Nachrichten bis zum Abruf durch den Nutzer speichert, überschreitet er aber die Grenze der automatischen kurzzeitigen Speicherung. Die elektronische Post wird nämlich nicht zu Zwecken der Übermittlung im Kommunikationsnetz gespeichert, sondern für den Inhaber des E-Mail-Accounts für unbestimmte Dauer bereitgehalten.²⁵⁾ Im Ausgangsfall muss die Beklagte mE daher als Host-Provider qualifiziert werden, da die Speicherung bis zum Abruf durch den Nutzer die Qualifizierung als Access-Provider ausschließt.²⁶⁾

Der erk Senat beschäftigt sich drittens mit der Wesentlichkeit der Auskunft für die Rechtsverfolgung durch die Klägerin und bejaht diese. Die Existenz von Personen eines bestimmten Namens ließe nicht mit Sicherheit darauf schließen, dass diese gemeinsam über den Webmail-Account verfügungsberechtigt wären.

haft und ohne automatische Löschkintervalle gespeichert. Siehe <https://support.google.com/mail/answer/7401> [29.09.2020].

- 20) *Zankl*, ECG² § 13 Rz 222 und § 16 Rz 259; siehe auch den Wikipedia-Eintrag zu „Internetdiensteanbieter“ wo das E-Mail-Hosting als Dienstleistung eines Host-Providers beschrieben wird: „Mail-Hosting: Unter E-Mail-Hosting versteht man das Zur-Verfügung-Stellen von E-Mail-Diensten, insbesondere eines Mailservers, auf vom Anbieter betriebenen Hosts. [...] [29.09.2020].“
- 21) ErläutRV 817 BlgNR 21.GP 32; im Ergebnis so auch *Uecker*, Host-Provider, Content-Provider, Access-Provider oder was? DFN-Infobrief Recht Juni 2009, 5 (6) der sich aber ohne nähere Auseinandersetzung dafür ausspricht, dass diese drei Provider-Formen in einer Person vereint sein können.
- 22) Die automatische, kurzzeitige Zwischenspeicherung in § 13 ECG unterscheidet sich von der automatischen, zeitlich begrenzten Zwischenspeicherung in § 15 ECG dadurch, dass erstere nur der Durchführung der Übermittlung im Kommunikationsnetz (Durchleitung) dient, während letztere die effizientere Gestaltung der Informationsübermittlung (Caching) zum Ziel hat; siehe dazu *Brenn*, ECG 269 und *Hoffmann/Volkmann in Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Massenmedien⁴ § 9 TMG Rz 8 ff.
- 23) *Brenn*, ECG 269.
- 24) ErläutRV 817 BlgNR 21. GP 33; *Blume/Hammerl*, ECG § 13 Rz 35; zum deutschen TMG siehe *Hoffmann/Volkmann in Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Massenmedien⁴ § 8 TMG Rz 38 ff.
- 25) *Hoffmann/Volkmann in Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Massenmedien⁴ § 8 TMG Rz 43 f.
- 26) aA *Müller-Terpitz*, Verantwortlichkeit und Haftung im Internet, in *Kröger/Gimmy* (Hrsg) Handbuch zum Internetrecht² (2002) 535 (574 f).

Abschließend ist noch auf die Reichweite des Auskunftsanspruchs einzugehen: Im vorliegenden Fall war der Klägerin die E-Mail-Adresse des Nutzers bekannt und sie beantragte von dieser Information ausgehend die Bekanntgabe von Namen sowie Postanschrift. Oftmals sind die Fälle aber so gelagert, dass dem Kläger nur der im Internet verwendete Username des Verfassers eines beleidigenden Postings vorliegt und er auf Basis dessen Auskunft über Name, Postanschrift und E-Mail-Adresse begehrt. Der OGH legt die Begriffe „Name und Adresse“ iSd § 18 Abs 4 ECG weit aus und gewährt in st Rsp neben der Auskunft über Vorname, Zuname und Postanschrift auch Auskunft über die E-Mail-Adresse.²⁷⁾ Das macht durchaus Sinn: Wenn sogar ein Anspruch auf die Herausgabe der geografischen Anschrift einer Person besteht, muss dies umso mehr für eine E-Mail-Adresse gelten, zu der ja bekanntlich weniger persönliche Bezüge bestehen und die auch rasch und vergleichsweise unkompliziert gewechselt werden kann.²⁸⁾

Das rezente EuGH-Urteil²⁹⁾ vom Juli dJ steht mit diesem Ergebnis nicht im Widerspruch. Zwar entschieden die Luxemburger Richter, dass sich der in Art 8 Abs 2 lit a Enforcement-Richtlinie³⁰⁾ verwendete Begriff „Adresse“ nur auf die Postanschrift eines Nutzers beziehe, nicht aber auch dessen E-Mail-Adresse erfasse.³¹⁾ Diese Wertung schlägt jedoch nicht auf den nationalen Auskunftsanspruch nach § 18 Abs 4 ECG bei einer Persönlichkeitsrechtsverletzung durch, da die Enforcement-Richtlinie die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums sowie der gewerblichen Schutzrechte regelt. Die Geltendmachung von Persönlichkeitsrechten liegt nicht in ihrem Anwendungsbereich. Darüber hinaus weist der EuGH darauf hin, dass die Mitgliedstaaten iRd Enforcement-Richtlinie einen weitergehenden Auskunftsanspruch vorsehen können, was dann auch die Erteilung der Auskunft über die E-Mail-Adresse umfassen könne.³²⁾

Veronika Treitl, LL.M., ist Universitätsassistentin prae doc an der Abteilung für Informations- und Immaterialgüterrecht der Wirtschaftsuniversität Wien, Institut für Unternehmensrecht.

Anmerkung (II):

Der vorliegende Fall bietet Anlass, auf die grundsätzliche Problematik des in derartigen Fällen gegebenen Rechtsschutzdefizites hinzuweisen, deren Tragweite man sich offensichtlich im Bereich der Legislative nicht bewusst ist.

Das verfahrensgegenständliche Mail datiert vom 4.11.2018. Der Diensteanbieter wurde mit Schreiben vom 19.11.2018 zur Bekanntgabe von Vor- und Zuname sowie Postanschrift des Inhabers der E-Mailadresse aufgefordert, das Mail mit ehrenrührigem Inhalt von der vom Dien-

steanbieter betriebenen Webseite versandt hat. Er hat dies mit E-Mail vom 21.11.2018 abgelehnt, worauf in der Folge am 3.12.2018 Klage auf Bekanntgabe eingebracht wurde. Die das klagsstattgebende Ersturteil wiederherstellende Entscheidung des OGH datiert vom 20.5.2020 und wurde am 23.7.2020 elektronisch zugestellt.

Gem § 32 MedienG beträgt die Verjährungsfrist bei Medieninhaltsdelikten ein Jahr und beginnt „zu der Zeit, da mit der Verbreitung im Inland begonnen wird“.

Während der mit BGBl I 2004/19 aufgehobene § 46 Abs 1 StPO noch eine subjektive Verjährungsfrist normierte – „eine zur Privatanklage berechnete Person muss, bei sonstigem Verlust ihres Anklagerechtes, binnen sechs Wochen von dem Tag, an dem ihr die strafbare Handlung und ein der Tat hinlänglich Verdächtiger bekannt geworden sind, einen Verfolgungsantrag gegen diesen stellen“ –, stellt die nunmehrige strafprozessuale Rechtslage ausschließlich auf den Beginn der Verbreitungshandlung ab und normiert damit eine von der subjektiven Kenntnis von der Person des Täters unabhängige objektive Verjährungsfrist. Damit mutiert allerdings der Strafaufhebungsgrund der Verjährung zu einem Strafausschlussgrund (so instruktiv mit Literaturbeispielen *Rami in Höpfl/Ratz*, WK² MedienG § 32 Rz 11). Da ein Auskunftsverfahren gem § 18 Abs 4 ECG gegen einen die Bekanntgabe verweigernden Diensteanbieter selbst bei unverzüglicher Klagseinbringung in den seltensten Fällen in einem Jahr rechtskräftig erledigt sein wird, wird damit der in seinen Persönlichkeitsrechten (§§ 111 und 115 StGB) Verletzte um seinen Strafanspruch gebracht.

Der Betroffene ist somit gegenüber dem „Normalfall“ in seinen Rechtsschutzmöglichkeiten massiv beschränkt und auf das Zivilrecht (§ 1330 ABGB) verwiesen. Ansprüche gem § 1330 Abs 1 ABGB verjähren zwar gem § 1490 Abs 1 ABGB (im Fall von Verbalinjurien) in einem Jahr, allerdings beginnt die Verjährungsfrist diesfalls mit Kenntnis von Schaden und Schädiger, also von Tat und Täter (so wie seinerzeit § 46 Abs 1 StPO). Auf § 1330 Abs 2 ABGB gestützte Ansprüche verjähren gem § 1489 iVm § 1490 Abs 2 ABGB ohnedies erst in drei Jahren, allerdings beginnt auch diesfalls die Verjährungsfrist mit Kenntnis von Tat und Täter zu laufen.

Insofern besteht daher auch ein sachlich wohl schwer begründbarer Wertungswiderspruch zwischen strafrechtlichem und zivilrechtlichem Ehrensenschutz.

Das Justizministerium hat zwar vor einiger Zeit den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem straf- und medienrechtliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Hass im Netz getroffen werden (50/ME XXVII.GP), ausgesandt, allerdings erweist sich die vorgeschlagene Änderung des § 32 MedienG, wonach die Frist der Verjährung der Strafbarkeit eines Medieninhaltsdelikts bei abrufbaren periodischen elektronischen Medien mit dem Ende der Abrufbarkeit beginnt (Punkt 22 des Entwurfs), als völlig unzureichend. Der Gesetzgeber wäre gut beraten, sich mehr den praktischen Problemen der Rechtsdurchsetzung bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten zu widmen als seine Energie auf die phantasielose Anhebung von Entschädigungsobergrenzen zu verschwenden.

Gottfried Korn (das gegenständliche Verfahren wurde auf Klagsseite von der Kanzlei Korn – kanzleintern von RA Dr. Alexandra Thurner, LL. M. – geführt)

27) OGH 6 Ob 188/14m Rz 1.3. RS0127160; *Zankl*, ECG² § 18 Rz 364.

28) *Zankl*, ECG² § 18 Rz 348.

29) EuGH C-264/19 – Constantin Film.

30) Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. 2004, L157, S.45, berichtigt im ABl. 2004, L195, S.16).

31) EuGH C-264/19 – Constantin Film Rz 40.

32) EuGH C-264/19 – Constantin Film Rz 39.