

#### 4. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Umsetzung der Z 31 des Anhangs zum UWG richtlinienwidrig ist, zumal die Bestimmung die Auferlegung von Post- oder Telefongebühren zum Standardtarif erlaubt, wohingegen nach der entsprechenden Regelung in Anhang I der Richtlinie UGP gemäß der Auslegung des EuGH auch die Auferlegung von geringfügigen Kosten oder Kosten, die dem Gewerbetreibenden keinen Vorteil bringen, unzulässig ist. Mit den Vorgaben der Richtlinie im Einklang

steht hingegen § 5j KSchG, denn zum einen bleiben die Sanktionen für wettbewerbswidriges Verhalten den Mitgliedstaaten überlassen (vgl Art 13 der Richtlinie UGP) und zum anderen beinhaltet § 5j KSchG kein Per-se-Verbot von Gewinnzusagen. Die Verpflichtung der Unternehmen, den in Aussicht gestellten Preis auch zu leisten, hängt vielmehr davon ab, ob im Einzelfall durch die Gestaltung der Zusage der Eindruck eines bereits gewonnenen Preises erweckt wird.

## PERSÖNLICHKEITS- UND MEDIENRECHT geleitet von Thomas Höhne

### Beleidigung in einem Internetforum im Schutz der Anonymität – kein Auskunftsanspruch gegen den Host-Provider

1. Dynamische, dh nur für eine bestimmte Zeit zugewiesene IP-Adressen sind in die Kategorie der Zugangs- und damit der Verkehrsdaten einzuordnen. Dies hat zur Konsequenz, dass der Access-Provider gegen die in den §§ 92 ff TKG normierten Pflichten verstieße, wenn er nach Bekanntgabe der dynamischen IP-Adresse eines Posters die Identität dieses Posters preisgäbe.
2. Ein Auskunftsbegehren über die IP-Adresse eines Nutzers gegen den Betreiber eines Internet-Diskussionsforums als Host-Provider nach § 18 Abs 4 ECG scheitert daran, dass mit der begehrten IP-Adresse Name und Adresse des Posters auf legalem Weg nicht eruiert werden können. Kann auf legalem Weg mit der begehrten IP-Adresse Namen und Adresse des Posters nicht eruiert werden, so fehlt es an der nach § 18 Abs 4 ECG glaubhaft zu machenden Voraussetzung, dass die Kenntnis dieser Information, nämlich der IP-Adresse, eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet.

OGH 22.06.2012, 6 Ob 119/11k –  
„Budesheer-Fan“

(Vorinstanzen: LG St. Pölten 20.01.2011, 21 R 12/11i; BG St. Pölten 09.11.2010, 6 C 38/10p)

Deskriptoren: Auskunftsanspruch, Beleidigung, Kreditschädigung, Persönlichkeitsschutz, Telekommunikationsgeheimnis, Vorratsdatenspeicherung

Normen: § 18 Abs 4 ECG, § 92 ff TKG, § 87b Abs 3 UrhG

Gegenstand des Verfahrens ist ein Auskunftsanspruch der Klägerin gem § 18 Abs 4 ECG gegen die Medieninhaberin eines Internetportals, die ein Online-Diskus-

sionsforum betreibt, in dem Beiträge anonym gepostet werden können.

Am 06.11.2009 fand sich im Online-Diskussionsforum des Internetportals ein Eintrag eines Nutzers mit der Bezeichnung „Budesheer-Fan“ mit folgendem Inhalt: *„An die Herren W + K ... Bitte erpart uns in Zukunft solche Bilder von dieser Fr Hauptmann. Diese Brücke kann ein Zugsführer genau montieren. Von ihrem Aussehen will ich gar nicht sprechen. Ich habe diese Person in Wien am Heldenplatz umherlaufen gesehen. Revolver umgeschwallt und einen Gang wie einst JOHN WAYNE, bevor er vom Pferd gefallen ist. Ist diese Frau mit ihrem Gesicht, Haarschnitt und ihrem Auftreten für einen Mann überhaupt sexuell noch erstrebenswert????“*

*bitte keine solche Frauen beim Heer, eher zu einer Reinigungsfirma. mfg. EUB-Brückenbauer“*

Die Klägerin ist Hauptmann des österreichischen Bundesheers und in M\*\*\*\*\* stationiert. An diesem Bundesheerstandort gibt es keinen weiteren weiblichen Hauptmann. In ihrer Funktion als Pionieroffizierin war die Klägerin bei der Errichtung einer Ersatzbrücke im Gebiet der Gemeinde M\*\*\*\*\* betraut gewesen. Sie war im Zusammenhang mit diesem Projekt sowohl in die Phase der Bewilligung und der Auftragsvergabe involviert, als auch dann mit der technischen Umsetzung und Organisation der Errichtung dieser Brückenkonstruktion befasst. Daraus leitet sich ein relativ großer Bekanntheitsgrad der Klägerin im Gemeindegebiet M\*\*\*\*\* ab. Die Klägerin hat keine Vorstellung, wer das oben wiedergegebene Posting auf der Internetseite \*\*\*\*\* geschaltet hat.

Der Beklagten ist die Identität des als „Budesheer-Fan“ auftretenden Posters nicht bekannt. Der Beklagten ist jedoch die konkrete IP-Adresse bekannt, über die der Eintrag des Posters „Budesheer-Fan“ in das Forum gelangte, zumindest ist diese IP-Adresse für die Beklagte noch eruierbar. Das Posting war am 06.11.2009 höchstens eineinhalb Stunden online, ehe vom damaligen Geschäftsführer der Beklagten entschieden wurde, es zu deaktivieren und aus dem Forum zu entfernen.

Die Klägerin begehrt die Verurteilung der Beklagten dazu, über die IP-Adresse des Nutzers „Budesheer-Fan“ Auskunft zu erteilen. Die Beklagte ist Medieninhaberin des Internetportals, das das Online-Diskussionsforum betreibt. Das Posting stelle eine Beleidigung iSd § 115 StGB dar. Die Klägerin sei auf die Herausgabe der Daten dringend angewiesen, da ihr sonst die Möglichkeit genommen sei, Privatanklage gegen den Nutzer zu erheben. Unter den Begriff der Adresse iSd § 18 Abs 4 ECG falle auch eine IP-Adresse. Die Klägerin beabsichtige, zivil- und strafrechtliche Schritte zu setzen, insbesondere Privatanklage gemäß § 115 StGB oder eine auf § 1330 ABGB gestützte Klage zu erheben. Daraus ergebe sich das berechnete Interesse der Klägerin an der Bekanntgabe der Daten. Die von der Beklagten angeführte Entscheidung 4 Ob 41/09x sei nicht einschlägig, weil IP-Adressen keine Verkehrsdaten im Sinne des TKG seien und damit auch nicht dem Telekommunikationsgeheimnis unterlägen.

Die Beklagte wendet ein, § 18 Abs 4 ECG sei nicht einschlägig, da der Beklagten Name und Anschrift des Posters nicht bekannt seien, weil es sich um ein anonymes Forum gehandelt habe. Eine IP-Adresse sei keine „Adresse“ iSd § 18 Abs 4 ECG, diese Vorschrift sei auch keine Grundlage für die Auswertung von Log-Dateien. Eine IP-Adresse sei ein dynamisches – also temporäres – technisches Merkmal, das dem Kommunikationsgeheimnis nach § 93 TKG unterliege, sodass dessen rechtswidrige

Weitergabe gegenüber der Beklagten nicht durchsetzbar sei. Denn Log-Dateien enthielten Verkehrsdaten, die dem Kommunikationsgeheimnis unterlägen. Außer in den in § 99 TKG 2003 gesetzlich geregelten Fällen dürften Verkehrsdaten nicht gespeichert werden und seien nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen oder zu anonymisieren. Nach der Entscheidung 4 Ob 41/09x seien IP-Adressen keine Stammdaten iSd § 92 Abs 3 Z 3 TKG 2003. Die von der Klägerin begehrte Auskunft könne nur dann erteilt werden, wenn Verkehrsdaten (Log-Dateien) ausgewertet würden. Eine solche Auswertung wäre im Sinne der eben genannten Entscheidung rechtswidrig, weil sie zu anderen als den im § 99 TKG 2003 definierten Zwecken vorgenommen würde und auch § 18 Abs 4 ECG keine Grundlage für die Auswertung der Verkehrsdaten biete. Weder Log-Dateien noch IP-Adressen seien von dieser Vorschrift umfasst.

Das *Erstgericht* wies das Klagebegehren ab. Es stellte den obigen Sachverhalt fest und führte rechtlich aus, § 18 Abs 4 ECG nenne nur den Namen und die Adresse eines Nutzers, nicht aber die IP-Adresse. § 18 Abs 4 ECG sei daher keine taugliche Anspruchsgrundlage. Selbst wenn man auch IP-Adressen unter die „Adressen“ in dieser Bestimmung subsumieren wollte, würde es sich bei der IP-Adresse eines Internetnutzers um Daten handeln, die zum Zweck der Weiterleitung einer Nachricht an ein Kommunikationsnetz verarbeitet würden. Damit seien IP-Adressen dann als „Verkehrsdaten“ iSd § 92 Abs 3 Z 4 TKG zu qualifizieren, wenn es sich dabei um dynamische IP-Adressen handle. Davon sei im vorliegenden Fall jedoch schon deshalb auszugehen, weil der Beklagten weder eine E-Mail-Adresse noch ein sonstiges ähnliches dauerhaftes Rufzeichen oder eine Kennung des Senders des inkriminierten Postings bekannt sei. Dynamische IP-Adressen fielen nach der Rechtsprechung des OGH (4 Ob 41/09x) in die Kategorie der Verkehrsdaten, konkret in deren Ausprägung als „Zugangsdaten“ iSd § 92 Abs 3 Z 4a TKG. Sie unterlägen daher dem Kommunikationsgeheimnis gemäß § 93 TKG und überdies dem § 99 TKG, nach dessen Abs 1 Verkehrsdaten, außer in den gesetzlich geregelten Fällen, nicht gespeichert werden dürften und vom Betreiber nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen oder zu anonymisieren seien. Ein gesetzlich geregelter Fall iSd § 99 Abs 1 TKG, wonach eine Ausnahme von der in § 99 Abs 1 TKG angeordneten Verpflichtung der Löschung oder Anonymisierung bestehe, werde von der Klägerin nicht behauptet. Auf die Ausführungen der Beklagten zu § 8 Abs 4 DSGVO 2000 müsse daher nicht mehr eingegangen werden.

Das *Berufungsgericht* bestätigte das Urteil des *Erstgerichts*. Der Gesetzgeber des ECG habe von der Existenz von IP-Adressen gewusst und dennoch in § 18 Abs 4 ECG die Auskunftspflicht nur für Namen und Adresse

eines Nutzers des Dienstes eines Diensteanbieters normiert; er habe daher eine Auskunftspflicht auch für eine bloß auf ein bestimmtes Gerät hinweisende IP-Adresse nicht normieren wollen. Ob § 18 Abs 4 ECG planwidrig lückenhaft sei, könne dahingestellt bleiben, weil die sonstigen Tatbestandselemente dieser Norm für bloße IP-Adressen nicht zuträfen. Die dritte Person müsse ein überwiegendes rechtliches Interesse an der Feststellung der Identität des Nutzers und eines bestimmten rechtswidrigen Sachverhalts haben sowie glaubhaft machen können, dass die Kenntnis dieser Informationen eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet. Wenngleich aus einer IP-Adresse unter Umständen Rückschlüsse auf die Identität des Nutzers gezogen werden könnten, würde deren Herausgabe gegen das Kommunikationsgeheimnis des § 93 Abs 1 TKG, dem die Inhaltsdaten, die Verkehrsdaten und auch die Standortdaten unterliegen, verstoßen. Nach der zum Urheberrechtsgesetz ergangenen Entscheidung 4 Ob 41/09x fielen jedenfalls dynamische, dh nur für eine bestimmte Zeit zugewiesene IP-Adressen in die Kategorie der Zugangs- und damit der Verkehrsdaten. Der dort entschiedene Sachverhalt unterscheidet sich vom vorliegenden dadurch, dass dort der Access-Provider beklagt gewesen sei. Im hier zu beurteilenden Fall werde die Beklagte als Host-Providerin in Anspruch genommen, die hinsichtlich des anonymen Postings nur über eine (laut Erstgericht dynamische) IP-Adresse verfüge. Die Klägerin stehe hier noch einen Schritt vor dem Auskunftsbegehren in 4 Ob 41/09x, weil sie mit der IP-Adresse allein noch nicht gegen jemanden iSd § 18 Abs 4 ECG rechtlich vorgehen könne. Ein unmittelbares rechtliches Interesse an der Feststellung der IP-Adresse habe die Klägerin daher nicht. Sie könnte aufgrund der IP-Adresse lediglich gegen den Access-Provider vorgehen, um von diesem Auskunft über Namen und Adresse des Internetanschlusshabers zu der betreffenden IP-Adresse zu erhalten. Abgesehen davon, dass dies im Fall einer dynamischen IP-Adresse keineswegs zu Namen und Adresse des Posters „Budesheer-Fan“ führte, könnte diese Information – wie in der Entscheidung 4 Ob 41/09x – vom Access-Provider nur unter rechtswidriger Verletzung des Kommunikationsgeheimnisses, nämlich aufgrund der Verarbeitung von Verkehrsdaten erteilt werden. Das rechtliche Interesse der Klägerin an der Bekanntgabe der IP-Adresse sei daher im konkreten Fall zu verneinen. Auf die datenschutzrechtliche Argumentation brauche daher nicht näher eingegangen zu werden. Das Berufungsgericht ließ die Revision zu, weil zur Frage der analogen Anwendung des § 18 Abs 4 ECG auf IP-Adressen keine höchstgerichtliche Rechtsprechung vorliege und diese Frage angesichts der zunehmenden Verbreitung anonymer Diskussionsforen über den Einzelfall hinaus bedeutsam sei.

Der *Oberste Gerichtshof* erachtet Revisionsausführungen für nicht stichhaltig, die Begründung des bekämpften Urteils hingegen für zutreffend (§ 510 Abs 3 ZPO).

Es wurde Folgendes erwogen:

1. § 18 Abs 4 ECG lautet:

*„Die in § 16 genannten Diensteanbieter haben 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. Anwendbarkeit des TKG auf die Beklagte:

Die beklagte Partei beruft sich darauf, dass IP-Adressen als „Verkehrsdaten“ iSd § 92 Abs 3 Z 4 TKG zu qualifizieren seien, verweist auf die Entscheidung 4 Ob 41/09x und begründet damit die datenschutzrechtliche Unzulässigkeit der Weitergabe der IP-Adresse. Der Betreiber eines Internet-Diskussionsforums – wie hier die Beklagte – ist in Rechtsprechung (6 Ob 104/11d; zum vergleichbaren Fall des Online-Gästebuchs 6 Ob 178/04a; vgl BGH 25.10.2011, VI ZR 93/10) und Lehre (*Blume/Hammerl*, ECG (2002) 141; *Venier/Ebensperger in Brenn*, ECG [2002] 282; *Zankl*, ECG [2002] § 16 Rz 222) als Host-Provider anerkannt. Auch der Richtliniengeber der E-Commerce-Richtlinie ging von dieser Rechtsauffassung aus (vgl den Richtlinienvorschlag der Kommission: Kommission 18.11.1998, KOM [1998] 586 endg – 98/0325 [COD], 32).

Der der Entscheidung 4 Ob 41/09x zugrunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich vom vorliegenden Fall in einem wesentlichen Punkt: Ging es in 4 Ob 41/09x um einen gegen einen Internetzugangspanbieter gerichteten Auskunftsanspruch, ist hier ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Betreiber einer Website bzw eines darauf enthaltenen Diskussionsportals, der als Hostprovider zu qualifizieren ist, erhoben worden. [...]

Im Einklang mit Art 3 der Richtlinie 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation), der den Anwendungsbereich der bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften auf die Verarbeitung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsdienste beschränkt, ist davon auszugehen, dass die Verwendung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung von Diensten, die keine elektronische Kommunikationsdienste darstellen, nicht von den §§ 92 ff TKG

erfasst ist. Vielmehr hat dann das allgemeine Datenschutzregime zu gelten (vgl insoweit *Fallenböck/Tillian*, MR 2003, 404 [408 f]; *Damjanovic et al*, Handbuch des Telekommunikationsrechts [2006] 245).

Die Datenschutzkommission und ihr folgend der VwGH gingen davon aus, dass der Betreiber eines Internet-Chat-Forums kein (Tele-)Kommunikationsdienstbetreiber ist (DSK 03.10.2007, K121.279/0017-DSK/2007; VwGH 27.05.2009, 2007/05/0280). Die genannten Vorschriften des TKG sind somit auf die Beklagte nicht anzuwenden.

3. Anspruchsvoraussetzungen nach § 18 Abs 4 ECG für die Bekanntgabe einer dynamischen IP-Adresse?

3.1. Das Erstgericht hat in der rechtlichen Beurteilung unbekämpft ausgeführt, im vorliegenden Fall sei von einer dynamischen IP-Adresse auszugehen. Es steht somit fest, dass es sich hier um eine dynamische IP-Adresse handelt.

3.2. Die beklagte Partei argumentiert, der Klägerin nütze die Kenntnis der IP-Adresse nichts, weil sie keinen Auskunftsanspruch gegenüber dem Provider besitze, der den Namen und die Anschrift des Inhabers der IP-Adresse im fraglichen Zeitpunkt kenne. Der Klägerin fehle somit das von § 18 Abs 4 ECG geforderte rechtliche Interesse.

Die Klägerin hat mit dem vorliegenden Sachverhalt zwar das überwiegende rechtliche Interesse an der Feststellung der Identität des Posters „Budsheer-Fan“ und eines rechtswidrigen Sachverhalts glaubhaft gemacht. Könnte aber die Klägerin auf legalem Weg mit der begehrten IP-Adresse Namen und Adresse des Posters nicht eruieren, fehlte es an der nach § 18 Abs 4 ECG glaubhaft zu machenden Voraussetzung, dass die Kenntnis dieser Information, nämlich der IP-Adresse, eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet. Es ist daher zu prüfen, ob die Klägerin nach einer allfälligen Bekanntgabe der IP-Adresse in einem weiteren Schritt oder mehreren weiteren Schritten den Inhaber dieser IP-Adresse zum fraglichen Zeitpunkt herausfinden könnte (zB vom Internetzugangsprovider, der die IP-Adresse verwaltet).

3.3. Das Access-Providing ist ein Telekommunikationsdienst iSd § 3 Z 9 TKG bzw Art 3 Abs 1, Art 2 Abs 1 RL 2002/58/EG iVm Art 2 lit c, ErwGr 10 RL 2002/21/EG. Daher sind darauf die Datenschutzvorschriften der RL 2002/58/EG sowie der §§ 92 ff TKG jedenfalls anwendbar (4 Ob 41/09x; *Wiebe*, Auskunftsverpflichtung der Access Provider, MR-Beilage 4/05, 1 [11 mwN]).

3.3.1. Nationale Rechtsprechung:

Zu 4 Ob 41/09x entschied der Oberste Gerichtshof, dass der auf § 87b UrhG gestützte Auskunftsanspruch

eines Urheberrechtsberechtigten daran scheitern kann, dass die begehrte Auskunft nur unter der Verwendung von Verkehrsdaten erstattet werden kann und für diese Verkehrsdatenverwendung keine hinreichende gesetzliche Ermächtigung besteht. Diese Rechtsansicht stützte der 4. Senat auf verschiedene Argumente: § 99 TKG untersage grundsätzlich die Speicherung von Verkehrsdaten und erfülle daher einen ähnlichen Zweck wie Art 6 RL 2002/58/EG, der die Löschung von Verkehrsdaten anordne, sobald diese für die Übertragung einer Nachricht nicht mehr benötigt würden. In weiterer Folge gestatteten Art 6 Abs 2, 3, 5 RL 2002/58/EG die Verarbeitung von Verkehrsdaten ausnahmsweise für bestimmte Zwecke. Daraus sei zu schließen, dass eine Verarbeitung zu anderen Zwecken nicht zulässig sei. Eine solche Auffassung verstieße auch gegen den Grundsatz der strikten Zweckbindung von Datenverarbeitungen gemäß Art 6 Abs 1 lit c RL 95/46/EG.

Art 6 RL 2002/58/EG gelte jedoch vorbehaltlich des Art 15 dieser RL. Wegen des darin enthaltenen Verweises auf Art 13 Abs 1 RL 95/46/EG könnten die Mitgliedstaaten auch von Art 6 RL 2002/58/EG abweichende Regelungen zum Schutz von Urheberinteressen vorsehen. Eine allfällige Regelung habe jedoch gemäß Art 15 RL 2002/58/EG durch „Rechtsvorschriften“ zu erfolgen. Konkret könne dabei für „eine begrenzte Zeit“ eine Aufbewahrung von Verkehrsdaten vorgesehen werden. Der 4. Senat legte diese Regelung dahingehend aus, dass sie sich nur auf ausdrückliche Gesetzesbestimmungen beziehe. Eine implizite Ableitung aus der urheberrechtlichen Bestimmung reiche nicht aus.

§ 87b UrhG beziehe sich nicht ausdrücklich auf Verkehrsdaten. Ein bloß materiellrechtlicher Auskunftsanspruch könne nicht als implizite Erlaubnis oder gar Verpflichtung zur Datenspeicherung verstanden werden. Der Gesetzgeber habe die telekommunikationsdatenschutzrechtliche Dimension dieses Auskunftsanspruchs nicht ausreichend berücksichtigt. Weiters sei das Erfordernis einer ausdrücklichen Regelung aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, weshalb eine bloß implizite Ableitung aus einer Auskunftsvorschrift bzw eine Analogie zur Füllung einer planwidrigen Lücke im TKG nicht möglich sei. Andererseits dürfte eine Aufbewahrung von Daten zu anderen als den in Art 6 Abs 2, 3 und 5 genannten Zwecken nur für eine begrenzte Zeit vorgesehen werden. Da der Auskunftsanspruch nach § 87b UrhG nach den Vorschriften für Entschädigungsklagen verjähre, würde die Annahme einer in § 87b Abs 3 UrhG angeordneten impliziten Speicherpflicht oder zumindest Speichererlaubnis zu einer generellen Vorratsdatenspeicherung über 30 Jahre führen. Dies widerspreche offenkundig dem Erfordernis einer Aufbewahrung „nur für begrenzte Zeit“. [...]

Diese Entscheidung wurde in der Lehre überwiegend positiv aufgenommen, auch wenn sie als unbefriedigend empfunden wurde (*Briem*, Ist der Auskunftsanspruch gegenüber Providern nach § 87b Abs 3 UrhG tot? MR 2011, 55; *Zykan*, Zum Verhältnis des Auskunftsanspruchs gemäß § 87b UrhG zum Datenschutz: OGH 14.07.2009, 4 Ob 41/09x – Keine Auskunft über die Identität von Inhabern dynamischer IP-Adressen, jusIT 2009/103, 206; *Daum*, Providerauskunft und Urheberrecht – der Gesetzgeber ist am Zug! MR 2009, 347; aA *Büchtele*, Anm zu OGH 14.07.2009, 4 Ob 41/09x, ÖBl 2010/18).

### 3.3.2. Rechtsprechung des EuGH:

Der EuGH hat sich mit der Frage der Verwendung von dynamischen IP-Adressen bei der Auskunftserforschung von Urheberrechtsverletzern in zwei Entscheidungen auseinandergesetzt.

3.3.2.1. In der Rs *Promusicae* (EuGH 29.01.2008, C-275/06, *Promusicae/Telefónica de España SAU*, Slg 2008, I-271) ging es um das Auskunftersuchen einer spanischen Vereinigung von Herausgebern und Produzenten von Musikaufnahmen, die Auskunft über Namen und Adressen der Inhaber von ihr bekannten IP-Adressen von einem Internet-Zugangsanbieter begehrte. Nach der damaligen spanischen Rechtslage waren Zugangsanbieter zur Vorratsdatenspeicherung von Verkehrs- und Zugangsdaten verpflichtet, die nur zu Zwecken der Strafverfolgung, öffentlichen Sicherheit und nationalen Verteidigung weitergegeben werden durften. Fraglich war, ob diese Vorratsdaten auch zu Zwecken der zivilrechtlichen Verfolgung von Ansprüchen verwendet werden dürften.

Der EuGH führte aus, auch die Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche schließe die Speicherung und Weitergabe von personenbezogenen Daten nicht aus. Art 15 Abs 1 RL 2002/58/EG verweise ausdrücklich auf Art 13 Abs 1 RL 95/46/EG, der ua den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer Personen betreffe. Es sei somit festzustellen, „dass die Richtlinie 2002/58 nicht die Möglichkeit der Mitgliedstaaten ausschließt, eine Pflicht zur Weitergabe personenbezogener Daten im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens vorzusehen“ (Nr 47 ff, insbes 54). Art 15 Abs 1 RL 2002/58/EG bringe den Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers zum Ausdruck, weder das Eigentumsrecht noch Situationen von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen, in denen sich die Urheber im Rahmen des zivilrechtlichen Verfahrens um Schutz bemühen (Nr 53). Der Wortlaut des Art 15 Abs 1 RL 2002/58 könne jedoch nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Mitgliedstaaten dazu gezwungen wären, in den darin genannten Situationen eine Pflicht zur Weitergabe vorzusehen (Nr 55). Weiters seien die

Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, einen angemessenen Ausgleich zwischen den berührten Grundrechten vorzusehen (Nr 70).

3.3.2.2. In der – vom Obersten Gerichtshof vorgelegten (4 Ob 141/07z) – Rs *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH/Tele 2 Telecommunication GmbH* (EuGH 19.02.2009, C-557/07, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH/Tele 2 Telecommunication GmbH*, Slg 2009, I-1227) präzisierte der EuGH in seinem Beschluss seine zur Rs *Promusicae* geäußerte Rechtsansicht. In diesem Verfahren ging es um eine österreichische Verwertungsgesellschaft, die Auskunft über Namen und Anschriften derjenigen Personen begehrte, denen zu einem bestimmten Zeitpunkt der Klägerin bekannte zu Zwecken der Verletzung von Urheberrechten verwendete dynamische IP-Adressen zugeordnet waren. Der EuGH entschied, dass die Mitgliedstaaten eine Verpflichtung zur Weitergabe personenbezogener Daten an private Dritte zum Zweck der zivilgerichtlichen Verfolgung von Urheberrechtsverstößen vorsehen dürften. Dabei sei jedoch eine Auslegung der RL 2000/31/EG, 2001/29/EG, 2002/58/EG und 2004/48/EG zu wählen, die es erlaube, die verschiedenen beteiligten Grundrechte miteinander in Ausgleich zu bringen. Dabei sei nicht nur das nationale Recht mit den Grundrechten in Einklang zu bringen, sondern es sei auch darauf zu achten, dass sich die Mitgliedstaaten nicht auf eine Auslegung dieser Richtlinien stützen, die mit den Grundrechten oder den anderen allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, wie etwa dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, kollidiere (Nr 29). Der Oberste Gerichtshof deutete diese Entscheidung dahingehend, dass ein wegen Urheberrechtsverletzungen gegenüber einem Access-Provider erhobener Anspruch auf Auskunft über die Inhaber dynamischer IP-Adressen aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht grundsätzlich zulässig sei und darüber hinaus keiner zwingenden richterlichen Vorabkontrolle bedürfe (4 Ob 41/09x, Pkt 4.3). Der VwGH sah nach dieser Entscheidung hingegen die Notwendigkeit eines Richtervorbehalts gegeben (VwGH 27.05.2009, 2007/05/0280).

### 3.3.2.3. Zusammengefasst bedeutet dies:

Der EuGH erachtet die Verwendung und Speicherung von Verkehrsdaten gemäß Art 15 RL 2002/58/EG auch zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer Personen iSd Art 13 RL 95/46/EG für zulässig. Obgleich die beiden einschlägigen Entscheidungen des EuGH im Zusammenhang mit Urheberrechtsverletzungen ergingen, muss diese sich ausdrücklich auf die insoweit allgemeinere Bestimmung des Art 13 Abs 1 RL 95/46/EG berufende Rechtsprechung auch auf andere Arten

von Rechtsverletzungen, insbesondere auch strafrechtlich geschützte Persönlichkeitsrechtsverletzungen, anwendbar sein. Allerdings bleibt es den Mitgliedstaaten vorbehalten, solche Regelungen einzuführen oder auch nicht (EuGH 29.01.2008, C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae)/Telefónica de España*, Slg 2008, I-271, Nr 55).

#### 3.4. Auskunftserteilung über die Inhaber dynamischer IP-Adressen durch den Access-Provider:

Die Entscheidung 4 Ob 41/09x hat klargestellt, dass eine Auskunftserteilung über die Inhaber dynamischer IP-Adressen die Auswertung von Verkehrsdaten erfordert. Der 4. Senat geht davon aus, dass die Durchsetzung eines Anspruchs nach § 87b Abs 3 UrhG daran scheitern kann, dass die begehrte Auskunft nur aufgrund einer rechtswidrigen Verarbeitung von Verkehrsdaten erteilt werden könnte. Auch das TKG sei insoweit nicht planwidrig lückenhaft. Der erkennende 6. Senat tritt der Auffassung des 4. Senats bei. Dies hat zur Konsequenz, dass der Access-Provider gegen die in den §§ 92 ff TKG normierten Pflichten verstieße, wenn er nach Bekanntgabe der dynamischen IP-Adresse des Posters „Budsheer-Fan“ durch die Klägerin die Identität dieses Posters preisgäbe. Die Klägerin kann also mit der IP-Adresse des Posters „Budsheer-Fan“ auf legalem Weg Namen und Adresse des Posters nicht erlangen. Es fehlt für den Auskunftsanspruch nach § 18 Abs 4 ECG somit an der Voraussetzung, dass die Kenntnis der IP-Adresse eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet.

4. Seit der im vergangenen Jahr (jedoch erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung I. Instanz [30.06.2010]) (mit 01.04.2012) erfolgten Novellierung des TKG (BGBl I 2011/27), der StPO sowie des SPG (BGBl I 2011/33) scheidet eine von der Rechtsauffassung des 4. Senats abweichende Beurteilung ohnehin aus. So heißt es in § 90 Abs 7 TKG nF:

*„Anbieter von Kommunikationsdiensten sind auf schriftliches Verlangen der zuständigen Gerichte, Staatsanwaltschaften oder der Kriminalpolizei (§ 76a Abs. 1 StPO) verpflichtet, diesen zur Aufklärung und Verfol-*

*gung des konkreten Verdachts einer Straftat Auskunft über Stammdaten (§ 92 Abs. 3 Z 3) von Teilnehmern zu geben. Dies gilt sinngemäß für Verlangen der Sicherheitsbehörden nach Maßgabe des § 53 Abs. 3a Z 1 SPG. In dringenden Fällen können aber solche Ersuchen vorläufig mündlich übermittelt werden.“*

§ 99 Abs 1 TKG sieht vor, dass Verkehrsdaten außer in den im TKG geregelten Fällen nicht gespeichert oder übermittelt werden dürfen und vom Anbieter nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen oder zu anonymisieren sind. § 99 Abs 5 Z 2 sowie § 99 Abs 5 Z 3 TKG regeln die Datenherausgabe an die Strafverfolgungsbehörden gemäß dem neuen § 76a StPO sowie an die Sicherheitsbehörden gemäß § 53 Abs 3a, 3b SPG. Die Gesetzesmaterialien (EBzRV 1074 BlgNR 24. GP 19) führen dazu – unter Verweis auf 4 Ob 41/09x – aus, dass dadurch eine gesetzliche Grundlage im Telekommunikationsdatenschutzrecht für die Verarbeitung von Verkehrsdaten geschaffen werden solle. Gleichzeitig werde durch die Formulierung „in diesem Gesetz geregelten Fällen“ klargestellt, dass sonstige Verwendungsrechte oder Verwendungspflichten nicht implizit aus sonstigen gesetzlichen Regelungen abgeleitet werden dürften. Vielmehr sei eine explizite Erlaubnis durch das TKG erforderlich.

Daraus folgt: Eine Auskunftserteilung über die Inhaber dynamischer IP-Adressen durch den Access-Provider an Privatpersonen war nach der zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz geltenden Rechtslage nach der oberstgerichtlichen Rechtsprechung nicht möglich. Seit der zwischenzeitigen Novellierung des TKG, SPG und der StPO ist dies durch den Gesetzgeber noch einmal ausdrücklich klargestellt worden.

#### 5. Ergebnis:

Da die Klägerin somit durch Bekanntgabe der IP-Adresse Namen und Adresse des Posters auf legalem Weg nicht herausfinden kann, fehlt es am von § 18 Abs 4 ECG verlangten Erfordernis, dass die Kenntnis dieser Information eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet. Die Vorinstanzen haben daher das Klagebegehren zu Recht abgewiesen.

## Anmerkung

Von Stephan Briem

Diese Entscheidung zeigt sehr klar, dass der urheber- und persönlichkeitsrechtliche Schutz im Internet in Österreich mittlerweile weitgehend ausgehebelt ist. Die Nutzung des Inter-

nets erfolgt – wenn man einmal von dem sehr beliebten *Social Network* Facebook absieht – weitgehend in anonymisierter Form. In Österreich ist somit niemand mehr davor gefeit,

in einem Online-Forum von einem anonymen *Poster* in rechtswidriger Weise diffamiert oder angegriffen zu werden. Ein zivilrechtlicher Rechtsschutz, etwa durch eine Kredit-schädigungsklage gem § 1330 ABGB, ist, wie das vorliegende Urteil zeigt, ausgeschlossen. Auch der strafrechtliche Schutz ist verwehrt, da die diesbezüglichen Delikte Privatanklagedelikte sind und es seit der StPO-Novelle 2008 bei Privatanklagedelikten gem § 71 Abs 1 StPO kein Ermittlungsverfahren mehr gibt. Dieses Rechtsschutzdefizit bei derartigen Rechtsverletzungen im Internet sollte ehestmöglich durch den Gesetzgeber behoben werden. Dieser wird eine zeitlich befristete Speicher- und Verarbeitungspflicht in bezug auf dynamische IP-Adressen zum Zweck der zivil- und strafrechtlichen Rechtsverfolgung (Privatanklagedelikte) anzuordnen haben. Durch die zunehmende Bedeutung des Internet in allen Lebensbereichen (sowohl im Privat- wie auch im Berufsleben) ist die gesetzliche Beseitigung dieses Rechtsschutzdefizites unerlässlich (in bezug auf Offizialdelikte wurde diesem Rechtsschutzbedürfnis durch den seit dem 01.04.2012 geltenden § 76a StPO und § 53 Abs 3a Z 3 SPG Rechnung getragen). Es ist ein untragbarer Zustand, dass in einem zivilisierten Rechtsstaat eine ganze Gruppe von Rechtsverletzungen nicht verfolgt werden kann.

Bezüglich § 87b Abs 3 UrhG ergibt sich die Verpflichtung zur Anordnung einer Speicher- und Verarbeitungsverpflichtung aus Art 8 Abs 1 der Info-RL (2001/29/EG): „Die Mitgliedstaaten sehen bei Verletzungen der in dieser Richtlinie festgelegten Rechte und Pflichten angemessene Sanktionen und Rechtsbehelfe vor und treffen alle notwendigen Maßnahmen, um deren Anordnung sicherzustellen. Die betreffenden Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.“ Eine Nichtumsetzung dieser zentralen Verpflichtung aus der Info-RL kann zu einem Vertragsverletzungsverfahren gem Art 258 AEUV gegen Österreich führen. Dass einer derartigen Speicher- und Verarbeitungsverpflichtung keine gemeinschaftsrechtlichen Bedenken entgegenstehen, ergibt sich aus den Entscheidungen *Promusicae* (EuGH 29.01.2008, C-275/06) und *LSG Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH vs. Tele 2 Tele-*

*communication GmbH* (EuGH 19.02.2009, C-557/07) und auch aus der OGH-Entscheidung vom 14.07.2009, 4 Ob 41/09x. Auch die RL zur Vorratsdatenspeicherung (2006/24/EG) hält in ErwGr 12 ausdrücklich fest, dass Art 15 Abs 1 der Datenschutz-RL für elektronische Kommunikation (2002/58/EG) weiterhin für Daten gilt, deren Vorratsdatenspeicherung nach der Vorratsdatenspeicherung-RL nicht vorgeschrieben ist. Gem Art 15 dieser Richtlinie können die Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften erlassen, die die Speicherberechtigungen und Lösungsverpflichtungen gemäß Art 5 und Art 6 beschränken, sofern eine solche Beschränkung gem Art 13 Abs 1 der Datenschutz-RL (1995/46/EG) für die Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder des *unzulässigen Gebrauchs von elektronischen Kommunikationssystemen in einer demokratischen Gesellschaft* notwendig, angemessen und verhältnismäßig ist. Gem ErwGr 13 der Vorratsdatenspeicherungs-RL sollte die Vorratsspeicherung von Daten so erfolgen, dass vermieden wird, dass Daten mehr als einmal auf Vorrat gespeichert werden.

Das Arbeitspapier zu einer UrhG-Nov 2013 versucht die „Sanierung“ des urheberrechtlichen Auskunftsanspruchs gem § 87b Abs 3 UrhG beschränkt auf eine Verletzung des Zurverfügungstellungsrechts gem § 18a UrhG. Leider sieht die vorgeschlagene Formulierung wieder nur eine Verarbeitungsverpflichtung vor, ohne zumindest durch einen Verweis auf § 99 Abs 5 Z 2 TKG 2003 klarzustellen, dass Zugangsdaten, auch wenn diese als Vorratsdaten gem § 102a Abs 2 Z 1, Abs 3 Z 6 lit a und b oder § 102a Abs 4 Z 1, 2, 3 und 5 TKG 2003 längstens drei Monate vor der Anfrage gespeichert wurden, verarbeitet werden dürfen. Der primäre Einwand gegen die Anwendbarkeit von § 87b Abs 3 UrhG war ja die mangelnde, zeitlich begrenzte Speicherverpflichtung und nicht so sehr die Auskunftspflicht (Verarbeitungspflicht) als solche.

Die Formulierung in § 99 Abs 1 TKG 2003, wonach Verkehrsdaten außer in den „in diesem Gesetz“ geregelten Fällen nicht gespeichert oder übermittelt werden dürfen, ist als Kompetenzzanmaßung des BMVIT anzusehen. Eine verfassungskonforme Interpreta-

tion dieser Formulierung wird dazu führen, dass dieser Bestimmung in anderen, später erlassenen Bundesgesetzen, die andere Lebensbereiche regeln (zB: Urheberrecht, Persönlichkeitsschutz), durchaus derogiert werden kann, da ansonsten ein verfassungswidriger

Eingriff in Kompetenzen anderer Ministerien vorliegen würde.

Bedauerlich ist, dass für anonyme Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet ein Rechtsschutz offensichtlich noch nicht geplant ist.

## Ankündigung einer Gegendarstellung auf Website

1. Eine Gegendarstellung ist nach § 13 Abs 3 MedienG so zu veröffentlichen, dass ihre Wiedergabe den gleichen Veröffentlichungswert hat wie die Veröffentlichung, auf die sie sich bezieht.
2. Erfolgte eine Tatsachenmitteilung auf der Startseite einer Website, so ist nach § 13 Abs 4 zweiter Satz MedienG der gleiche Veröffentlichungswert einer Gegendarstellung bereits dann erreicht, wenn auf der Startseite ein Link zur Gegendarstellung auf der Website gesetzt wird, sodass nicht der gesamte Text der aufgetragenen Gegendarstellung auf der Startseite der Website veröffentlicht werden muss. Fehlt aber eine Veröffentlichung der Tatsachenmitteilung auf der Startseite (so wie im gegenständlichen Fall), ist auch die Gegendarstellung dort nicht anzukündigen.

OLG Wien 19.11.2012, 17 Bs 335/12 – „das sagt Ö“

(Vorinstanz: LG für Strafsachen Wien vom 06.08.2012, 093 Hv 73/12d-23)

Deskriptoren: Gegendarstellung, Ankündigung, Website, Veröffentlichungswert

Normen: § 13 Abs 3, 4 MedienG

Am 27. Juni 2012 veröffentlichte die Antragsgegnerin fristgerecht die aufgetragene Veröffentlichung auf der Website www.o... Die Veröffentlichung erfolgte derart, dass auf der Startseite der Website www.o... folgende Verweisung auf die aufgetragene Gegendarstellung veröffentlicht wurde: „Gegendarstellung über Antrag von Herrn O. B. aus Anlass unserer Veröffentlichung in „Das sagt Ö. mit der Überschrift ‚Wir sparen, aber Regierung verbrennt Millionen‘ und der Subüberschrift ‚Standardverleger kassierte gleich 10,9 Millionen Förderung als Gewinn‘ abrufbar ab 4. bzw 7. März 2012 (angebliche Finanzierung eines Penthouse aus Mitteln der Presseförderung).“

Diese Verweisung war nicht an derselben Stelle wie der Link zu dem täglich erscheinenden Blog des Herausgebers W. F. mit dem Titel „Das sagt Ö.“ platziert, sondern unterhalb dieses Verweises zur betreffenden Kolumne, wobei sich dazwischen vier Verweise zu weiteren Kommentatoren und ein Blog mit Links zu den Bundesländernachrichten befanden. Der gesamte Wortlaut der aufgetragenen Gegendarstellung wurde an jener Stelle veröffentlicht, an der sich nach der gleichartigen Gestaltung der Website üblicherweise die Kolumne W.

F's. befindet, war jedoch im Gegensatz zu dieser nicht mit einem Foto des Herausgebers versehen.

Mit Durchsetzungsanträgen ... beehrte der Antragsteller, über die Antragsgegnerin wegen nicht gehöriger Veröffentlichung der aufgetragenen Gegendarstellung ... Geldbußen zu verhängen .... Der Antragsteller brachte vor, die Verweisung auf der Startseite der Website www.o... sei nicht formgerecht erfolgt; auch die Veröffentlichung der Gegendarstellung selbst sei nicht formgerecht, weil diese im Gegensatz zur Primärveröffentlichung, die mit einem großen Foto W. Fs. illustriert gewesen sei, ohne ein Bild und bloß in Textform veröffentlicht worden sei.

Mit dem angefochtenen Beschluss legte das Erstgericht der Antragsgegnerin wegen nicht gehöriger Veröffentlichung der Gegendarstellung ... eine Geldbuße pro Tag von Euro 50,- auf ... . Dagegen richtet sich die rechtzeitige Beschwerde der Antragsgegnerin, der Berechtigung zukommt.

Nach § 13 Abs 3 MedienG ist die Gegendarstellung so zu veröffentlichen, dass ihre Wiedergabe den gleichen Veröffentlichungswert hat wie die Veröffentlichung, auf die sie sich bezieht. Der Begriff „gleicher Veröffentlichungswert“ wird im Abs 4 leg cit dahingehend präzisiert, dass dieser jedenfalls dann gegeben sei, wenn die Gegendarstellung im selben Teil und in der gleichen Schrift wie die Tatsachenmitteilung wiedergegeben wird. Für Tatsachenmitteilungen, die auf der Titelseite eines periodischen Druckwerks oder auf der Startseite einer Website erfolgten, normiert § 13 Abs 4 zweiter Satz MedienG insoweit eine Privilegierung, als es zur Erreichung