

INFORMATIONENRECHT

DATENSCHUTZ – E-COMMERCE – GEISTIGES EIGENTUM – MEDIEN

September 2015 / Nr. 3, Seiten 233–360

- 233 Editorial: Download – Urheberrechtsnovelle 2015 und das deutsche Vorbild
 236 Kurznachrichten und -beiträge (zusammengestellt von Peter Burgstaller)

Aufsätze

- 238 Der Tod im Internet
 Thomas Höhne
 246 Frühschoppen oder Matinee – „Kultur“-Begriff des ORF-G
 Michael R. Kogler
 253 Social Media Marketing und UWG
 Martina Grama und Andreas Seling
 262 Der Freispruch gemäß § 29 Abs 3 MedienG
 Michael Rami
 266 Datenschutzrechtliche Fragen zu Mobilitätsdaten
 Michael M. Pachinger

Judikatspiegel

- 273 Sammlung ausgewählter informationsrechtlicher Entscheidungen österreichischer, deutscher und europäischer Spruchkörper (ZIIR-Slg 2015/62–101)

Judikatur

- 280 E-Commerce Recht
 307 Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht
 330 Persönlichkeits- und Medienrecht

EuGH Vorlagefragen

Service-Teil

Herausgeber: E. Artmann, P. Burgstaller, T. Höhne, G. König, C. Thiele, A. Wiebe

AUFSÄTZE

Der Tod im Internet¹

Was bleibt von uns, wenn wir sterben? Eine Frage, auf die es je nach Weltanschauung oder emotionaler Tagesverfassung verschiedene Antworten gibt. Der Tod ist der endgültige Verlust der für ein Lebewesen typischen und wesentlichen Lebensfunktionen, belehrt uns Wikipedia. Die haben ja keine Ahnung! Wie kann es sein, dass ausgerechnet Wikipedia wesentliche Lebensfunktionen wie Facebook, Twitter, Xing, LinkedIn, Google, Youtube, Flickr, Partnervermittlungsbörsen, die Cloud, PayPal, eBay, Yahoo, Google, GMX, Hotmail etc ignoriert?²

Deskriptoren: Social Media, online-Zugangsdaten, Kommunikationsgeheimnis, Erbe, postmortaler Persönlichkeitsschutz, online-Friedhöfe, Totengedenkstätte, online-Archive, digitale Nachlassverwalter.

Normen: §§ 531, 801 ABGB; § 93 TKG; § 38 Abs 2 Z 3 BWG; § 190 StGB; §§ 77, 78 UrhG.

Von Thomas Höhne

Und welche dieser „wesentlichen Lebensfunktionen“ leben nach unserem biologischen Tod weiter – und wer (und wie!) kann auch noch diese scheinbar unsterblichen Reste zum Absterben bringen, zu einem zweiten Tod sozusagen? Aber auch dazu beschert uns Wikipedia mit einem schönen Zitat, zum zweiten Tod nämlich: *Die Feigen aber und Ungläubigen und Frevler und Mörder und Unzüchtigen und Zauberer und Götzendiener und alle Lügner, deren Teil wird in dem Pfuhl sein, der mit Feuer und Schwefel brennt; das ist der Zweite Tod*³. Klingt jedenfalls nach einer zutreffenden Beschreibung der Social Media, oder?

Beschäftigen wir uns also mit dem digitalen Nachlass⁴, und darüber hinaus nicht nur mit dem, das einst dem Verstorbenen „gehört“ hat, sondern auch mit den sonstigen Spuren, die der Verstorbene im Internet hinterlassen hat. Beginnen wir mit dem digitalen Nachlass. In einer Umfrage⁵ antworteten auf die Frage, ob sie ihren digitalen Nachlass geregelt hätten, 50,6 % mit „Nein“, 45,8 % mit „Wie geht das?“ und ganze 3,6 % mit „Ja“.

Was aber gibt es zu regeln? Gemäß § 531 ABGB ist Nachlass der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, insofern sie nicht bloß in persönlichen Verhältnissen gegründet sind. § 801 sieht im Fall der unbedingten Erbserklärung die Gesamtrechtsnachfolge vor, aufgrund der der Erbe in alle vererblichen Rechte und Pflichten eintritt. Unvererbliche Rechte gehen unter (auch wenn – Stichwort postmortaler Persönlichkeitsschutz) – bestimmte Personen zur Wahrnehmung dieser an sich unvererblichen Rechte berufen sind).

Online-Zugangsdaten des Erblassers

Hat der Erbe Zugriff auf solche Zugangsdaten, so darf er sie auch benutzen – auch, um an höchst private Nachrichten zu gelangen, um Accounts von Social Media zu bearbeiten (etwa im Sinn einer Todesnachricht) oder zu löschen. Ein praktischer Überblick, wie er dies tun kann (auch differenziert von easy über medium, hard bis impossible) findet sich unter <http://justdelete.me/>, „A directory of direct links to delete your account from web services“.

Natürlich eröffnet der Zugang zu E-Mail-Accounts des Verstorbenen dem Erben auch die Möglichkeit der Einsicht in höchst private Mitteilungen, die nur für den Verstorbenen gedacht waren und ihn nichts angehen. Damit muss der Absender aber wohl leben, es ist nicht anders, als wenn er die Wohnung des Verstorbenen betritt und Liebesbriefe vorfindet. Selbstverständlich kann aber

1 Vortrag, gehalten am IT-Rechtstag in Wien am 7. 5. 2015.

2 Mittlerweile ist ja eher fraglich, ob man ohne Account in den Social Media überhaupt existiert, vgl den Dialog zwischen dem „Bird-man“ Riggan und seiner Tochter Sam, in dem Letztere ihrem Vater vorhält „I mean, who the fuck are you? You hate bloggers. You mock Twitter. You don't even have a Facebook page. You're the one who doesn't exist.“

3 Offenbarung des Johannes 21,8.

4 Überblick bei Thiele, Der digitale Nachlass – Erbrechtliches zum Internet und seinen Diensten, *jusIT* 2010,167; grundlegend die umfassende Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins (DAV) zum digitalen Nachlass von Juni 2013, Stellungnahme Nr 34/2013; s auch Internet Service Providers Austria (ispa), Digitaler Nachlass (März 2015).

5 DPA futurezone 31. 10. 2014.

der Verfasser vertraulicher Mitteilungen gemäß § 77 UrhG verhindern, dass diese der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, wenn dadurch seine berechtigten Interessen verletzt würden. Hat der Erbe Zugang zum E-Mail-Account des Verstorbenen, weil er die Zugangsdaten zu dessen Rechner hat (oder dieser sich ohne Kennwort öffnen lässt), dann ist die Parallele zur analogen Welt offensichtlich. Wie aber ist es, wenn der Verstorbene seinem Erben die jeweiligen Zugangsdaten nicht mitgeteilt hat und der Erbe daher nicht an die E-Mails des Verstorbenen herankommt? Die höchst privaten gehen ihn ja nicht unbedingt etwas an, er könnte aber auf bestimmte E-Mails zur Regelung vermögensrechtlicher Angelegenheiten angewiesen sein!

Darüber hinaus geht es nicht nur um Zugangsdaten wie Passwörter, sondern auch um Vertragsdaten im Rahmen von Kundenverhältnissen etwa bei Amazon oder bei Zahlssystemen. Einfach eine Analogie zur analogen Welt zu ziehen, mag plump erscheinen, aber worin sollte der Unterschied zu einem Schlüssel, den der Vermieter dem in den Mietvertrag eintretenden Erben zur Verfügung stellt, und einem Schlüssel zu einem Account, in dem Daten des Erblassers verwaltet werden, bestehen? Rein erbrechtlich mag in der Tat kein Unterschied bestehen, der Vermieter unterscheidet sich aber vom Provider dadurch, dass letzterer dem Kommunikationsgeheimnis unterliegt. Das in § 93 TKG geregelte Kommunikationsgeheimnis verpflichtet die Betreiber des Telekommunikationsnetzes zur Geheimhaltung der Inhalts-, Verkehrs- und Standortdaten der Benutzer der Telekommunikationsanlage, selbst nach Ende der Tätigkeit, durch die sie begründet worden ist. Eine Weitergabe von Dateninformationen darüber durch andere Personen als einen Benutzer, etwa den Telekommunikationsbetreiber selbst, bedarf einer Einwilligung aller beteiligten Benutzer. Zugangsdaten wie Passwörter und Benutzernamen sind gemäß § 92 Abs 3 Z 4a TKG Verkehrsdaten⁶ und somit auch vom Fernmeldegeheimnis umfasst.

Hat der Erbe nun einen Auskunftsanspruch gegen den Provider, sodass dieser ihm den Zugang zu vom Fernmeldegeheimnis geschützten Daten eröffnet? Bei E-Mails wird in der Literatur⁷ einerseits nach dem Speicherort und andererseits nach deren Inhalt differenziert. Bei reinen online-Konten wie bei Facebook oder Twitter, wo Nachrichten ausschließlich auf den Servern der Anbieter gespeichert werden, scheint klar, dass diese nicht

ohne weiteres im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Erben übergehen können – vielleicht aber haben die Erben einen Anspruch gegen den jeweiligen Anbieter auf Herausgabe der Nachrichten?

Eine Differenzierung nach dem Inhalt – auch wenn theoretisch durchaus gerechtfertigt⁸ – führt in der praktischen Umsetzung rasch nach Absurdistan. Nachrichten mit rein nichtvermögensrechtlichem Inhalt sollen das postmortale Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen beeinträchtigen⁹ und daher nicht Bestandteil der Erbschaft sein, andere, insbesondere geschäftliche Nachrichten würden ohne weiteres dem Erben zu fallen. Die Überprüfung des Accounts nach dem Inhalt obliege dem Diensteanbieter – was originell ist, da diesem aufgrund des Fernmeldegeheimnisses der Blick auf Inhaltsdaten ja verwehrt ist! Da auf einem einzigen Account oft ein Mischmasch von Daten beider Typen vorliegt, wurde eine „Infizierungstheorie“ vorgeschlagen: Nachrichten mit privatem Inhalt infizieren das gesamte Konto des Verstorbenen, welches damit nur den nächsten Angehörigen zuzuordnen sei. Kurios wird es dann, wenn ein Liebes-E-Mail vermögensrechtlichen Charakter hat, wie etwa im Hinblick auf eine mögliche Erbenstellung oder Schenkung¹⁰. Aus pragmatischer Sicht ist die einzig mögliche Lösung, dass der gesamte Kommunikationsvorgang allein den Erben zusteht, oder allgemeiner gesagt: dass der gesamte digitale Nachlass ungeachtet seines Inhalts auf die Erben übergeht¹¹.

Das wiederum bedeutet, dass diesen entsprechende Auskunfts- und Herausgabeansprüche gegen die Provider zustehen würden¹². „Würden“ – denn dieser Lösung scheint dann doch das Kommunikationsgeheimnis des § 93 TKG (dessen Verletzung gemäß § 108 Abs 1 Z 1 mit gerichtlicher Strafe bedroht ist) entgegen zu stehen. Hier scheint sich eine Rechtsunsicherheit aufzutun. Irgendwann wird uns ein Gericht eine Antwort bescheren, der Gesetzgeber wahrscheinlich nicht. Auch nicht die AGB der Provider: So sehen beispielsweise die AGB von A1 vor, dass Rechtsnachfolger des Kunden verpflichtet sind, dessen Tod unverzüglich anzuzeigen. Sofern nicht binnen zwei Wochen nach Kenntnis durch A1 vom Tod des Kunden ein Dritter den Eintritt in das Vertragsverhältnis beantragt, endet das Vertragsverhältnis mit dem Tod des Kunden. Mehr gibt es zum Thema Tod nicht. Die AGB von UPC sind fast wortgleich. Allerdings wird im Zweifel (wenn der Erblasser es nicht anders geregelt

6 Z 4: Daten, „die zum Zwecke der Weiterleitung einer Nachricht an ein Kommunikationsnetz oder zum Zweck der Fakturierung dieses Vorgangs verarbeitet werden“.

7 Leeb, Bekannt verstorben – Rechtsfragen des Umgangs mit Social Media Daten Verstorbener, K&R 2014, 693, 695 mwN.

8 Vgl Thiele, Anm zu OGH 4 Ob 3/11m, *iusIT* 20177, 131.

9 Richtig Solmecke/Köbrich/Schmitt, Der digitale Nachlass – haben Erben einen Auskunftsanspruch?, MMR 2015, 291, 292, dass das

postmortale Persönlichkeitsrecht keinen Einfluss auf den Erbvorgang an sich haben kann, sondern den Umgang mit diesem einschränkt.

10 Nachweise bei Leeb aaO, FN 53.

11 So auch Solmecke/Köbrich/Schmitt aaO unter Zitierung von Herzog, NJW 2013, 3745, 3748.

12 Leeb aaO, 696 mwN.

hat) wohl anzunehmen sein, dass er dem Zugriff der Erben auf sein Nutzerkonto zugestimmt hat¹³.

Nicht abgerufene E-Mails

Vererbt wird das Account-Vertragsverhältnis; mit Eintritt in dieses ist der Erbe auch berechtigt, die E-Mails abzurufen. Eine Pflicht und auch das Recht des Providers, derartige Daten zu löschen, wären abwegig, hat der Erbe doch allenfalls ungeklärte rechtliche Beziehungen in Ordnung zu bringen und abzuschließen.¹⁴

Konto bei einer online-Bank

Beim Zugang zu einer online-Bank verhält es sich nicht anders als bei konventionellen Banken: Gemäß § 38 Abs 2 Z 3 BWG besteht die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses nicht im Fall des Todes des Kunden gegenüber dem Abhandlungsgericht und dem Gerichtskommissär, dem daher die entsprechenden Zugangsdaten offenzulegen sind.

Social Media¹⁵

Zwar befinden sich Websites oder die Daten von Social Media-Accounts nicht auf einem (vererbten) Speichermedium des Erblassers, sondern auf dem Server des Providers, sie sind daher als solche nicht Gegenstand der Eigentumsübertragung via Erbrecht. Die zugehörigen Verträge jedoch gehen auf die Erben über. Aber was sind das eigentlich für Verträge? In Nutzerkreisen hat sich, wenn meist auch ohne Konsequenz, schon herumgesprochen „Die Währung, mit der im Internet gezahlt wird, ist nicht der Dollar oder der Euro; die Währung im Internet sind deine Daten“. Auf der Registrierungs-Seite von Facebook heißt es allerdings „Facebook ist und bleibt kostenlos“. Das kann man so sehen, und die Zustimmung zur Nutzung bestimmter personenbezogener Daten, auch zu Werbezwecken, durch Facebook ganz getrennt davon sehen. *Bräutigam*¹⁶ stellt der von einigen vertretenen Ansicht von der Zweiteilung des Nutzungsverhältnisses (unentgeltliche Nutzung der IT-Infrastruktur einerseits, Erteilung einer datenschutzrechtlichen

Einwilligung zur Nutzung von Daten zu Werbezwecken andererseits) sein Konzept des einheitlichen Austauschvertrags gegenüber, das überzeugt: „Die unentgeltliche Überlassung von IT und die datenschutzrechtliche Einwilligung wachsen in ein einziges Geschäft zusammen, das auf dem Prinzip ‚do ut des‘ beruht.“¹⁷ Dass Persönlichkeitsrechte auch eine wirtschaftliche Komponente haben, ist mittlerweile anerkannt.¹⁸ Bestandteil der informationellen Selbstbestimmung¹⁹ ist auch die Verfügbarkeit personenbezogener Daten. Personenbezogene Daten seien daher als „objektivierte Vergegenwärtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vertraglich übertragbar“.²⁰ Der von *Bräutigam* bemühte Vergleich mag banal klingen, passt aber: Wir haben hier einen Zwittervertrag wie beim Hausmeistervertrag, bei dem freie Nutzung von Wohnraum gegen Hausmeisterdienste gewährt wird; auf die Hausmeisterdienste ist Dienstvertragsrecht, auf die Wohnnutzung Mietrecht anwendbar. Die lizenzähnliche Einräumung der Nutzung personenbezogener Daten für Werbezwecke ist, parallel zur urheberrechtlichen Lizenz, je nach Fallgestaltung Miete oder Kauf; die Einräumung der Nutzung von IT-Infrastruktur stellt eine Kombination von Miet- und Dienstvertrag dar.

Facebook ermöglicht im Todesfall zwei Optionen: Gedenkzustand oder Löschen. Konten im Gedenkzustand stellen, so Facebook, für Freunde und Familienangehörige eine Möglichkeit dar, zusammenzukommen und Erinnerungen zu teilen, wenn eine Person verstorben ist. Im Profil der Person wird dann neben ihrem Namen „In Erinnerung an“ angezeigt, abhängig von den Privatsphäre-Einstellungen des Kontos können Freunde in der in den Gedenkzustand versetzten Chronik Erinnerungen teilen. Von der verstorbenen Person geteilte Inhalte (zB Fotos, Beiträge) bleiben auf Facebook verfügbar und sind für die Zielgruppe, mit der sie geteilt wurden, sichtbar. In den Gedenkzustand versetzte Profile erscheinen nicht öffentlich, etwa als „Person, die du vielleicht kennst“, als Werbeanzeigen oder als Geburtstagserinnerung. Konten im Gedenkzustand, die nicht über einen Nachlasskontakt verfügen, können nicht geändert werden.

Um das Facebook-Konto vollständig zu löschen, muss man Facebook einen Nachweis (die Sterbeurkunde oder

13 Solmecke/Köbrich/Schmitt aaO 292.

14 So auch die Stellungnahme des DAV, 53, vgl FN 4.

15 Siehe dazu die umfassende Darstellung von Leeb, Bekannt verstorben – Rechtsfragen des Umgangs mit Social Media Daten Verstorbener, K&R 2014, 693.

16 Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken, MMR 2012, 635.

17 *Bräutigam* aaO 638.

18 Vgl BGH I ZR 277/03 – kinski-klaus.de; BGH Z 143, 214 – Marlene Dietrich; BVerfG 22. 8. 2006, 1 BvR 1168/04 – Blauer Engel.

19 Vgl Volkszählungsurteil des BVerfG 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83; vom VfGH im E zur Vorratsdatenspeicherung vom

27. 06. 2014, G 47/2012, G 59/2012, G 62/2012, G 70/2012, G 71/2012 „fast versteckt erstmalig anerkannt“, so Lehofer in <http://blog.lehofer.at/2014/07/vfghvds.html>; in der Rsp des OGH bisher eher unfreundlich abgeferigt („Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist ein Grundrecht des deutschen Verfassungsrechts und ist daher im gegebenen Zusammenhang nicht weiter zu untersuchen.“), 6 Ob 63/11z.

20 Unter Zitierung von Forkel, GRUR 1988, 491, 496ff; Kilian, CR 2002, 921, 927.

Geburtsurkunde der verstorbenen Person oder einen rechtsgültigen Nachweis einer Behörde) vorlegen, dass man ein direktes Familienmitglied ist.

Dauerschuldverhältnisse

Der Eintritt des Erben in Dauerschuldverhältnisse stellt auch in der online-Welt grundsätzlich kein Problem dar, mag es sich um Verträge über E-Mail-Accounts, Domains oder Webhosting handeln.²¹

Die Spuren des Verstorbenen im Internet – zum postmortalen Persönlichkeitsschutz

Und die sonstigen Spuren der Person im Internet? Hier geht es um die **postmortalen Persönlichkeitsrechte**²². Bei diesen geht es gar nicht um die Frage, ob ein Verstorbener noch Rechte haben kann. Es geht um das Recht der Lebenden, auch noch nach ihrem Tod respektvoll behandelt zu werden, also darum, dass die Vorstellung, dass auf unserem Andenken, kaum sind wir verblichen, herumgetrampelt werden kann, unser gegenwärtiges Leben beeinträchtigen würde – mit den Worten des OGH geht es darum, die freie Entfaltung der Persönlichkeit möglichst weitgehend zu gewährleisten²³; gleichzeitig geht es natürlich um die Achtung der Gefühle der nahen Nachkommen des Verstorbenen. Eine grundsätzliche Bemerkung voraus: Der postmortale Persönlichkeitsschutz ist gegenüber dem Schutz lebender Personen keineswegs abgeschwächt²⁴. Der Oberste Gerichtshof hat schon wiederholt das Bestehen eines postmortalen Persönlichkeitsrechts bejaht²⁵ wie auch die Berechtigung zumindest der nahen Angehörigen des Verstorbenen, den postmortalen Persönlichkeitsschutz durchzusetzen²⁶.

Online-Friedhöfe²⁷

Im deutschsprachigen Raum entstanden die ersten Online-Friedhöfe Ende der 1990er Jahre, die ein sehr buntes Bild geben. „So können verwaiste Eltern ihrer Sterbenden gedenken, Motorradliebhaber ihren verunglückten Freunden, Hamsterbesitzer ihren kleinen Lieblingen ein Denkmal setzen oder Hinterbliebene gefalle-

nen Soldaten die letzte Ehre erweisen“²⁸. Aber auch dem Eisbären Knut wurde ein virtuelles Grab eingerichtet, an dem er zahlreiche Botschaften seiner Fans empfängt²⁹. Es kann davon ausgegangen werden, dass Knuts Grab nicht von eisbärgen Nachkommen errichtet wurde, wie es wohl auch niemanden gibt, der Knuts postmortale Persönlichkeitsrechte verteidigen könnte. Anders sieht dies aber schon bei menschlichen Promis aus, für die Fans virtuelle Begräbnisstätten eingerichtet haben. So zählen während der von *Föderler* durchgeführten Untersuchung im Jahr 2011 zu den zehn meistbesuchten online-Gräbern drei (voneinander unabhängige) für Peter Alexander³⁰.

Richten Nachkommen, denen auch die Wahrung der Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen zukommt, eine derartige Gedenkstätte ein, so werden sie auch das Recht haben, ehrverletzende oder sonstwie ihnen unpassend erscheinende Postings zu löschen, wie sie ja auch vom physischen Grab Blumen, die ihnen nicht passen, entfernen können. Bei einer Gedenkstätte, die ein Dritter eingerichtet hat, werden sich die Erben schon schwer tun. Ein Recht, dies generell zu verbieten, kommt ihnen genauso wenig zu, wie Veröffentlichungen über den Verstorbenen in der „realen“ Welt zu untersagen. Sie sind hier wie dort darauf verwiesen, die Veröffentlichungen an den Kriterien des postmortalen Persönlichkeitsschutzes zu messen. Verunglimpfungen werden sie verbieten können, einen von ihnen vielleicht nur subjektiv als abstoßend empfundenen Totenkult schlechthin jedoch nicht.

§ 190 StGB pönalisiert die Störung der Totenruhe, die ua darin besteht, eine Totengedenkstätte zu verunehren. Anders als bei der schweren Sachbeschädigung im Sinne des § 126 Abs 1 Z 2 StGB, der ua auf eine Totengedenkstätte abstellt, „die sich in einem Friedhof oder einem der Religionsausübung dienenden Raum befindet“, ist der Schutz des § 190 nicht davon abhängig, dass sich die Stätte auf einem Friedhof oder einem Gottesdienstraum befindet. Unter einer Totengedenkstätte ist ein Ort zu verstehen, der an den Tod eines oder mehrerer Menschen erinnert, ein räumlicher Zusammenhang mit dem Tod des Betroffenen ist nicht gefordert. Daher werden auch Marterln am Wegesrand erfasst, nicht jedoch bloße Hinweistafeln, die ein Gebäude als Geburts-, Wohn-

21 Vgl Thiele, Der digitale Nachlass, 170.

22 Vgl Pierer, Postmortaler Brief- und Bildnisschutz, ÖBl 2014, 200; Rest, Postmortaler Persönlichkeitsschutz – ein Überblick, MR 2012, 113.

23 1 Ob 550/84.

24 OGH 4 Ob 224/13i.

25 1 Ob 550/84 zum Recht auf Einsicht in die Krankengeschichte; 1 Ob 341/99z zum Recht auf Geheimnisschutz; 6 Ob 283/01p zum Recht auf Schutz der Ehre und der Privatsphäre des Verstorbenen.

26 6 Ob 283/01p mwN; 4 Ob 112/10i.

27 Vgl die Darstellung von Föderler, „Sag‘ zum Abschied leise CU“ – Mediale Handlungspraktiken am Beispiel deutschsprachiger online-Friedhöfe, Diplomarbeit Universität Wien, Kultur- und Sozialanthropologie, 2012.

28 Föderler aaO 33.

29 Föderler aaO 81.

30 Platz 1 nahm die Gedenkstätte eines mit 15 Jahren Verstorbenen ein, die Plätze 2 bis 6 besetzten verschiedene Gräber des Eisbären Knut.

oder Sterbehaus von Personen kennzeichnen, da es hier in erster Linie um historische Informationen, nicht aber um die Erinnerung an den Tod des Verstorbenen geht. Ein Kenotaph (symbolisches Grab) ist sehr wohl als Totengedenkstätte zu qualifizieren³¹. Es liegt daher nahe, auch eine online-Gedenkstätte oder ein „Grab“ in einem online-Friedhof als eine von § 190 StGB geschützte Gedenkstätte anzusehen. Postings an eine solche Gedenkstätte, die als Verunehrung – also als derbe und deutliche Missachtungsbekundung³² – zu qualifizieren sind, könnten daher tatbestandsmäßig sein. Im Zeitalter der ausschließlich physischen Gedenkstätte war es klar, dass bloße Äußerungen nicht tatbildlich sein konnten; als tatbestandsmäßig galten ausschließlich Handlungen wie das Umwerfen eines Sarges oder Grabsteins oder Besudelungen der geschützten Stätten³³. Was aber, wenn die geschützte Stätte selbst physisch nicht vorhanden ist, „Besudelungen“ daher nur in Äußerungsform geschehen können? Auch hier wird man wohl in der Anwendung des § 190 StGB restriktiv sein müssen. Ein Hacker-Angriff auf die online-Gedenkstätte, der diese verunstaltet, würde aber wohl das Tatbild der Störung der Totenruhe verwirklichen.

Widerruf einer unwiderruflich erteilten Rechtseinräumung an Fotos

Dass sich speziell junge Menschen überlegen sollten, was sie von sich im Internet preisgeben, ist auch schon wieder ein alter Hut. Aber auch die Gründe zu einer durchaus überlegt erteilten Zustimmung können mit der Zeit von geänderten Umständen überholt werden. Eine fünfundzwanzigjährige Frau hatte einem Fotografen Aktaufnahmen gestattet und die Veröffentlichungsrechte unwiderruflich und uneingeschränkt übertragen. Später jedoch untersagte sie die weitere Veröffentlichung der Fotos. Nacktfotos, so der OGH³⁴ betreffen regelmäßig den Kern der Persönlichkeit. In diesem höchstpersönlichen Intimbereich überwiegen deshalb im Interessenkonflikt des § 78 UrhG ungeachtet einer einmal erteilten Veröffentlichungsermächtigung – mag diese auch unwiderruflich und uneingeschränkt eingeräumt worden sein – regelmäßig die Interessen des Abgebildeten, auch wenn dieser einem Berufsfotografen Modell gestanden ist.

In unserem Zusammenhang stellt sich nun die Frage, ob auch nahe Angehörige des verstorbenen Aktmodells die

weitere Veröffentlichung untersagen könnten. Eine Rechtsgrundlage dafür, dass Nachkommen das Lebensbild ihres verstorbenen Vorfahren nach Belieben korrigieren könnten, ist nicht ersichtlich, mag ihnen einiges davon auch peinlich, vielleicht sogar hinderlich für ihr eigenes Fortkommen, sein. Nur dann, wenn bereits der Verstorbene Schritte unternommen hat, die eindeutig in Richtung eines Widerrufs einer erteilten Zustimmung gehen, und dessen Interessen überwiegend waren, wird auch den Nachkommen ein Recht auf Untersagung derartiger Veröffentlichungen zustehen.

Online Archive

Der Mord an dem Schauspieler *Walter Sedlmayr* ging auch in die juristischen Annalen ein: 18 Jahre nach der Tat wollte der haftentlassene Kläger verhindern, dass frühere Berichte über ihn im Internet verfügbar blieben. Der BGH³⁵ anerkannte ein öffentliches Interesse nicht nur an der Information über das Zeitgeschehen, sondern auch an der Möglichkeit, zeitgeschichtliche Ereignisse zu recherchieren. Die Meldung war ja nur im Archiv, als Altmeldung gekennzeichnet, enthalten. Ein generelles Gebot der Löschung aller früheren den Täter identifizierenden Darstellungen in online-Archiven würde dazu führen, dass Geschichte getilgt und der Straftäter immunisiert würde, so der BGH, der darüber hinaus einen abschreckenden Effekt auf den Gebrauch der Pressefreiheit befürchtete.

Zwei Jahre später ging es um den an der Tat teilnehmenden Bruder des ersten Mörders. Der BGH³⁶: Zwar gewinne mit zeitlicher Distanz zur Straftat das Interesse des Täters, von einer Reaktualisierung seiner Verfehlung verschont zu bleiben, zunehmende Bedeutung. Aber: Zugunsten des Online-Archivs fällt ins Gewicht, dass der Meldung dort nur geringe Breitenwirkung zukommt und dass die ursprüngliche Veröffentlichung (bekannter Schauspieler, öffentliches Aufsehen, wahrheitsgemäß, sachbezogen) zulässig war. Der BGH blieb daher bei den schon 2009 ausgesprochenen Grundsätzen. In einer späteren Entscheidung³⁷ wiederholte er diese Grundsätze und ergänzte: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht vermittelt Straftätern keinen Anspruch darauf, in der Öffentlichkeit überhaupt nicht mehr mit ihrer Tat konfrontiert zu werden. Selbst die Verbüßung der Straftat führt nicht dazu, dass ein Täter den uneingeschränkten Anspruch erwirbt, mit der Tat „allein gelassen zu wer-

31 Elisabeth Mayer, Der Umgang mit der Leiche, Dissertation an der juristischen Fakultät der Universität Wien, 2010, 25f, unter Zitierung von Triffterer, SbgK § 190 Rz 24 (2. Lfg) u.w.N.

32 Fabrizy StGB¹⁰ § 190 Rz 2; Foregger WK-StGB² § 190 Rz 13; Hinterhofer BT II⁴ § 190 Rz 11; Leukauf/Steininger StGB³ § 190 Rz 14; Triffterer SbgK § 190 Rz 22 (2. Lfg); zitiert bei Mayer, aaO 68.

33 Fabrizy, StGB¹⁰ § 190 Rz 2.

34 4 Ob 211/03p; s. dazu die Anm. von Thiele, K&R 2004, 541; vgl. BGH VI ZR 28/83.

35 VI ZR 227/08 – Online-Archiv, BGHZ 183, 353.

36 2VI ZR 345/09, MR Int. 2011, 136.

37 BGH VI ZR 217/08.

den“. Maßgeblich ist vielmehr stets, in welchem Ausmaß das Persönlichkeitsrecht einschließlich des Resozialisierungsinteresses des Straftäters von der Berichterstattung unter den konkreten Umständen des Einzelfalls beeinträchtigt wird.

Der OGH³⁸ setzt grundsätzlich online-Archive online-Medien gleich – um aber dann gleich zu differenzieren: „Das Online-Archiv dokumentiert im Unterschied zu Online-Zeitungen und Informationsportalen mit aktuellen Meldungen offensichtlich Vergangenes. Der Äußerungsgehalt eines aus dem Online-Archiv abrufbaren Artikels besteht im Wesentlichen in einer wahrheitsgemäßen, lückenlosen Information für die historisch interessierte Allgemeinheit über in der Vergangenheit verbreitete Inhalte. Online-Archive haben eine mit der Tätigkeit einer Bibliothek durchaus vergleichbare Funktion. Die zur Unterlassungspflicht des Buchhändlers oder Bibliothekars angestellten Erwägungen sind daher auf den Betreiber eines Online-Archivs, der keine ‚eigenen‘ Beiträge ins Archiv stellt, übertragbar. Dazu kommt, dass im Fall eines Eingriffs in Persönlichkeitsrechte durch einen zunächst im Printmedium und in dessen Online-Ausgabe erschienenen Artikels im Online-Archiv auch nachzulesen ist, wenn der Verletzte erfolgreich gerichtlich gegen das Printmedium vorgegangen ist. Urteilsveröffentlichungen, Gegendarstellungen und Widerrufe werden dort genauso dauernd bereitgehalten wie die Anlassartikel.“

Er bewertet daher das Interesse der Öffentlichkeit an digitalen Archiven – den Bibliotheken des digitalen Zeitalters – gegenüber dem Interesse des Verletzten auf Abwehr von ehrenrührigen Angriffen höher. Dem Archivbetreiber wird es wirtschaftlich unmöglich sein, die Fülle der in einem elektronischen Archiv gespeicherten Informationen auf Gesetzesverstöße zu prüfen. Archivbetreiber würden ansonsten mit einer unzumutbaren Aufgabe belastet, die letztlich zur Zurückdrängung digitaler Archive führen würde. Ohne Hinweis des Verletzten auf einen Eingriff in seine Rechte kann eine Prüfpflicht des Betreibers nicht gefordert werden. Der OGH kam aber nur zur Bibliotheks-Analogie, da die Beklagte den strittigen Artikel weder für die Online-Ausgabe der Zeitschrift aufbereitet noch auf der Website veröffentlicht oder ins Archiv gestellt hatte. Es ging hier lediglich um den „Nur-Archivar“!

Zur Erinnerung: OGH im Fall Marcus O.³⁹: „Dass durch die durch nichts erwiesene Behauptung, der Verstorbene sei Drogendealer gewesen und habe Kinder ruiniert, sein Lebensbild nachhaltig negativ entstellt wurde, bedarf keiner näheren Ausführung.“ „Die Äußerung erfolgte erst einige Monate nach dem Tod des Betroffenen und zu einem Zeitpunkt, als das Medieninteresse an den Umständen seines Todes und seiner Persönlichkeit noch anhielt. Damit ist jedenfalls noch von schützenswertem Interesse auszugehen, sodass sich im vorliegenden Fall nicht die Frage stellt, ob die Dauer des Schutzes etwa in Analogie zu §§ 77 Abs 2 und 78 Abs 2 UrhG mit einem absoluten Zeitraum zu begrenzen ist⁴⁰, oder ob in jedem Fall eine Güterabwägung dahin stattzufinden hat, inwieweit das Rechtsschutzbedürfnis an der Nichtverfälschung des Lebensbildes durch den Lauf der Zeit und die verblassende Erinnerung an den Verstorbenen vorzunehmen ist⁴¹.“ Gern hätten wir hier vom OGH mehr gehört: Wie sieht es mit den postmortalen Persönlichkeitsrechten (bei denen es ja zumindest *auch* um die Nachkommen geht) aus, wenn kein Medieninteresse mehr da ist? Das kann ja wohl nicht das Kriterium sein.

Bis vor kurzem sah die Rechtslage wie folgt aus: War eine Veröffentlichung schon ursprünglich rechtswidrig, und wurde dann bloß ins digitale Archiv verschoben, so muss der Betreiber den Artikel aus dem Archiv entfernen⁴². War der Artikel zu Recht veröffentlicht worden, führte aber in der Folge zu einem Widerruf oder einer Gegendarstellung, so kann er zwar im Archiv belassen werden, Widerruf bzw. Gegendarstellung müssen aber mit diesem Artikel verknüpft werden⁴³. Ob durch die fortdauernde rechtswidrig gewordene Bildnisveröffentlichung durch Bereithalten im online-Archiv berechnete Interessen des Abgebildeten verletzt und, wenn ja, dies durch überwiegendes Veröffentlichungsinteresse des Mediums aufgewogen werden kann, hatte der OGH noch nicht beantwortet.

Seit der Entscheidung des OGH vom 17. Februar 2015⁴⁴ ist die Luft für online-Archive etwas dünner geworden. Der spätere Kläger war des Mordversuchs angeklagt, das beklagte Medium berichtete am Prozesstag und veröffentlichte dabei auch ein Lichtbild des Klägers, das ihn im Gerichtssaal in Handschellen anlässlich seiner Vorführung durch zwei Exekutivbeamte zeigt. Schon

38 6 Ob 218/03g, MR 204, 97.

39 29. 8. 2002, 6 Ob 283/01p.

40 Vgl. Aicher in Rummel, ABGB P 3 § 16 ABGB Rz 28ff.

41 BGH 20. 3. 1968, I ZR 44/66 – Mephisto, BGHZ 50, 133 = NJW 1968, 1773; s. dazu auch BVerfG 24. 2. 1971 I BvR 435/68 – Mephisto, BVerfGE 30, 173.

42 OGH 19. 2. 2004, 6 Ob 190/03i.

43 In der analogen Welt ist alles einfacher: „Eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung liegt nicht schon dann vor, wenn der Verdächtige in der Folge freigesprochen wird. Ein der Bildnisveröffentlichung

nachfolgender Freispruch ist kein Umstand, den das Medienunternehmen bei seiner Entscheidung, ob es ein Bild des Verdächtigen veröffentlichen solle, berücksichtigen könnte; er kann daher auch nicht in die Beurteilung einbezogen werden, ob die Bildnisveröffentlichung das Fortkommen des Betroffenen unverhältnismäßig beeinträchtigt und sein Interesse am Unterbleiben der Veröffentlichung daher ein allfälliges Veröffentlichungsinteresse überwiegt.“ OGH 3. 5. 2000, 4 Ob 110/00f.

44 4 Ob 187/14z; s. Seite 340 in diesem Heft.

am darauf folgenden Tag wurde der Kläger freigesprochen – good news für ihn, no news für das Medium⁴⁵, das daher über den Freispruch nicht berichtete – auch nicht in der online-Ausgabe, in der der Artikel samt Foto in gleicher Art wie in der Printversion nach wie vor zum Abruf bereitgehalten wurde. Der OGH stellte klar, dass das passive Bereithalten von Berichten in online-Archiven immer noch als Veröffentlichung zu werten sei, da jedermann zu diesem Archiv Zugang hat, „sofern er in der Lage ist, sich des Internets bedienen“, was, wie der Gerichtshof durchaus richtig erkennt, „auf einen stetig größer werdenden Anteil der Gesamtbevölkerung zutrifft“⁴⁶.

Durch die fortlaufende Bereithaltung der seinerzeitigen Berichterstattung wird nicht nur an einen historischen Sachverhalt erinnert, sondern ein die berechtigten Interessen des Klägers verletzender, inzwischen unrichtig gewordener, Eindruck aufrechterhalten – der dem historischen Sachverhalt nicht entspricht! Weder sah der OGH ein überwiegendes Veröffentlichungsinteresse des Mediums, noch einen unzumutbaren Aufwand für dieses. Es werde ihm nicht auferlegt, auf unbestimmte Zeit laufend eine allfällige Rechtswidrigkeit durch geänderte Tatumstände zu überprüfen, sondern lediglich den zeitnahen Abschluss eines begonnenen Verfahrens zu beobachten. Hätte also das Medium diese Veröffentlichung überhaupt nicht weiter bereithalten dürfen? Doch, belehrt der OGH, aber nur, wenn gleich und räumlich verbunden auf den Freispruch von der Mordanklage hingewiesen würde. Mit seinem auf § 81 UrhG gestützten Unterlassungsbegehren drang der Kläger daher ebenso durch wie mit seinem Begehren auf Urteilsveröffentlichung nach § 85 Abs 1.

Dem OGH ist hier das Kunststück gelungen, einerseits seine bisherige Rsp aufrechtzuerhalten (dass in die Interessensabwägung nur Umstände einbezogen werden, die schon im Zeitpunkt der Bildveröffentlichung vorlagen⁴⁷) und andererseits das Bereithalten der zum Zeitpunkt des Erscheinens der Erstmeldung korrekten Mitteilung (Anklageerhebung) doch als Eingriff zu qualifizieren – nämlich dadurch, dass er den Begriff des „zutreffenden historischen Sachverhalts“ weiter fasst: dieser besteht aus Anklageerhebung *und* darauf folgendem Freispruch; einen „bloßen Teil des historischen Geschehens“ (Anklageerhebung) darzustellen, rufe einen „gänzlich unrichtigen Eindruck“ hervor.

Was bedeutet dies nun für den postmortalen Persönlichkeitsschutz im Internet? Ob der Betroffene zum Zeitpunkt der abrufbaren Veröffentlichung noch lebt oder nicht, ist letztlich gleichgültig: Dargestellt werden muss der komplette historische Sachverhalt, also das, was sich zeitnah zusammengehörig ereignet hat, wozu im konkreten Beispiel Beginn und Ende der Hauptverhandlung gehörten. Nicht verpflichtet ist das Medium zur darüber hinausgehenden Recherche. Was aber die Frage aufwirft: Wenn es zwar nicht zur Recherche verpflichtet ist, muss es auf entsprechende Hinweise reagieren? Wohl nur dann, wenn durch solche die Veröffentlichung einer historischen Teilwahrheit im obigen Sinn korrigiert werden soll.

Wie ist es mit Veröffentlichungen von Abbildungen, die von Anfang an in die Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen eingreifen (wie etwa, wenn durch eine Fotomontage oder den Begleittext der unwahre Eindruck erweckt wird, der Verstorbene sei mit der Rotlichtszene verbunden gewesen – so der Sachverhalt in der ersten Entscheidung zum postmortalen Bildnisschutz⁴⁸)? § 78 UrhG stellt auf die berechtigten Interessen des Abgebildeten ab, nach dessen Tod auf jene „eines nahen Angehörigen“. Diese wiederum sind jedenfalls schon dann beeinträchtigt, wenn die Interessenabwägung zu Lebzeiten des Verstorbenen zu dessen Gunsten ausgegangen wäre, eine besondere Begründung für eine eigene Interessenbeeinträchtigung der Angehörigen ist daher nicht erforderlich⁴⁹. Jeder Angehörige kann einen derartigen Anspruch selbstständig und unabhängig von einem gemeinschaftlichen aller Angehörigen geltend machen.

Digitale Nachlassverwalter

Analoge Bestatter mögen es bedauern, dass ein Mensch nur einen einzigen Körper hat, den es letztlich zu versorgen gilt; für ihre digitalen Branchenkollegen gibt es mehr zu tun. Anders als die konventionelle Bestattung steckt diese aber noch in den Kinderschuhen, kann ein digitaler Nachlassverwalter doch nur dann problemlos aktiv werden, wenn er über die Passwörter zu den einzelnen Bestandteilen des Nachlasses verfügt. In diesem Sinn bieten Anbieter wie SecureSafe, Netarius oder LegacyLocker an, die Zugangsdaten zu verwahren. Bei den meisten muss als Nachweis des Todes eine Sterbeur-

45 Es war übrigens nicht „News“, das der Ordnung halber.

46 Ebenso der BGH in 30. 10. 2012 VI ZR 4/12 unter Zitierung seiner E vom 8. 5. 2012, VI ZR 217/08.

47 Vgl OGH 2. 10. 2007, 4 Ob 169/07t: „Ob die mit der Bildnisveröffentlichung verbundene Preisgabe der Identität des Betroffenen dessen Fortkommen unverhältnismäßig beeinträchtigt und damit

dessen berechnete Interessen verletzt, ist nach den im Zeitpunkt der Bildnisveröffentlichung gegebenen Umständen zu beurteilen.“

48 OGH 4 Ob 203/13a - Russen-Anwalt; s Pierer, Postmortaler Brief- und Bildnisschutz, ÖBl 2014, 200, 201.

49 So auch OGH 4 Ob 224/13i; vgl auch 6 Ob 283/01p.

kunde vorgelegt werden, umgekehrt bei SecureSafe, wo die Ausgabe der hinterlegten Daten durch Eingabe eines Aktivierungscodes beantragt werden kann; kann SecureSafe nicht innerhalb einer bestimmten Zeit den Dateneinhaber kontaktieren, werden die Daten freigegeben. Wie das so mit den digitalen Spuren ist, illustriert der schwedische Nachlassverwalter mywebwill, auf den nach wie vor zahlreiche Links zielen, am eigenen Leib recht handgreiflich (und hier klingen die analogen Me-

taphern besonders schräg): der Dienst hat bereits 2011 zugesperrt.

Nachlassdienste durchforsten das Internet nach Spuren des Verstorbenen und setzen sich dann mit den Betreibern der entsprechenden Onlinedienste in Verbindung, um Verträge aufzulösen und Daten zu löschen. Ohne klare Anweisungen des Verbliebenen in einer letztwilligen Verfügung wird dies allerdings in vielen Fällen schwer sein.