

vom 21. 3. 2019, Rz 37) sah der EuGH keinen Anlass, auf Browsereinstellungen einzugehen.

Der österr Gesetzgeber hat sich demgegenüber für die Wirksamkeit einer Einwilligung mittels Browser-Einstellungen entschieden: § 96 Abs 3 TKG 2003 (in Umsetzung des Art 5 Abs 3 ePrivacy-RL 2002/58/EG idF RL 2009/136/EG) ist nach den Mat so auszulegen, dass „[...] die Einwilligung des Nutzers zur Verarbeitung über die Handhabung der entsprechenden Einstellungen eines Browsers oder einer anderen Anwendung ausgedrückt werden“ kann, sofern „dies technisch durchführbar ist“ (ErläutRV 1389 BlgNR 24. GP 25). Damit entspricht die österr Regelung dem Wortlaut der RL, die ident vorsieht, dass „die Einwilligung des Nutzers zur Verarbeitung [...] über die Handhabung der entsprechenden Einstellungen eines Browsers oder einer anderen Anwendung ausgedrückt werden“ kann, „[w]enn es technisch durchführbar und wirksam ist“ (ErwGr 66). Die Artikel-29-Datenschutzgruppe hat ebenfalls bereits Stellung bezogen und die Möglichkeit einer Einwilligung durch Einstellungen des Browsers nicht grundsätzlich abgelehnt (Stellungnahme 2/2010, WP 171, 16 ff; idS auch WP 259, 20). Vielmehr kommt sie zum Ergebnis, dass eine wirksame Einwilligung dann vorliegen kann, wenn „Browser [...] Third-Party-Cookies standardmäßig ablehnen und [...] eine positiv bejahende Handlung der betroffenen Person benötigen“. Wirksamkeitserfordernis sei zudem, dass „Browser [...] klare, umfassende und vollständig sichtbare Informationen erteilen, um sicherzustellen, dass die Einwilligung in voller Kenntnis der Sachlage erfolgt“.

Die ePrivacy-RL nimmt Bezug auf den **Einwilligungsbegriff** der Datenschutz-RL (95/46/EG), wobei der Verweis nunmehr als Verweis auf die DSGVO zu verstehen ist (Art 2 lit f ePrivacy-RL; Art 94 Abs 2 DSGVO). Fraglich ist, ob durch Inkrafttreten der DSGVO nun strengere Anforderungen an eine gültige Einwilligung in die Verwendung von Cookies zu stellen sind. Die Beantwortung dieser Frage hängt vom Verhältnis der ePrivacy-RL zur DSGVO ab (vgl ua Geuer/Reinisch, Direktwerbung und Cookies im Spannungsfeld des TKG und der DSGVO, MR 2018, 123 [123]; Sydow in Sydow, DSGVO Art 95 Rz 3 ff; Kühling/Raab in Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG² Art 95 Rz 6). Nach Art 95 DSGVO genießt die ePrivacy-RL Anwendungsvorrang gegenüber Bestimmungen, die dasselbe Ziel verfolgen. Dies gilt jedoch nur in Bezug auf Anbieter öffentlich zugänglicher elektronischer

Kommunikationsdienste, nicht für sonstige Dienste der Informationsgesellschaft wie eine Website. Der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) veröffentlichte am 12. 3. 2019 eine Stellungnahme, wonach Art 5 Abs 3 ePrivacy-RL in Bezug auf das Setzen von Cookies *lex specialis* gegenüber Art 6 DSGVO ist (Opinion 5/2019, Rz 40): „To the extent that the information stored in the end-users device constitutes personal data, article 5(3) of the ePrivacy Directive shall take precedence over article 6 of the GDPR with regards to the activity of storing or gaining access to this information.“

Nach Inkrafttreten der DSGVO war beabsichtigt, die ePrivacy-RL anzupassen, „um insbesondere die Kohärenz mit [der DSGVO] zu gewährleisten“ (ErwGr 173 DSGVO). Der Gesetzgebungsprozess der ePrivacy-VO (KOM[2017] 10 endg) ist jedoch bislang nicht abgeschlossen. Wie die ePrivacy-VO die Einwilligung in die Verwendung von Cookies regeln wird, ist derzeit nicht absehbar. Art 9 Abs 2 des VO-Entwurfs erlaubte ursprünglich ausdrücklich eine Einwilligung mittels **entsprechender Einstellungen im Browser**. Dieser Passus (samt ErwGr 22 bis 24) wurde durch den Rat der EU in der jüngsten Fassung v 8. 11. 2019 jedoch gestrichen (2017/0003[COD]). Ein Schlusswort ist daher noch nicht gesprochen. Auf eine deutliche Regelung in der ePrivacy-VO bleibt zu hoffen.

Überraschend ist an der Entscheidung *Planet49* ein anderer Aspekt, nämlich die Stellungnahme des EuGH zu den Informationsanforderungen. Der EuGH geht über die Pflichten von DSGVO und TKG 2003 hinaus. Gem Art 13 Abs 2 lit a DSGVO sind Informationen „über die Dauer, für die die personenbezogenen Daten gespeichert werden, oder, falls dies nicht möglich ist, die Kriterien für die Festlegung dieser Dauer“ zur Verfügung zu stellen. Gem § 96 Abs 3 TKG 2003 ist darüber zu informieren, „für wie lange die Daten gespeichert werden“. Diese beiden Bestimmungen erfassen lediglich die Dauer der Datenspeicherung **beim Verantwortlichen**. Zu den Informationen, die der Diensteanbieter den Nutzern zu erteilen hat, zählen dem EuGH zufolge aber auch „Angaben zur Funktionsdauer der Cookies“ (Rz 81), dh dazu, **wie lange die Cookies im Browser des Nutzers** gespeichert werden. Es ist davon auszugehen, dass bei diesem Aspekt nun für viele Diensteanbieter Handlungsbedarf besteht.

Lukas Feiler/Mirjam Tercero,
Baker McKenzie



→ Weltweite Löschungsverpflichtung des Host-Providers

Art 15 Abs 1 E-Commerce-RL steht einer gerichtlichen Verfügung nicht entgegen, die den Social-Media-Betreiber zu einer im Rahmen des internationalen Rechts ggf auch weltweiten Löschung

Die Entscheidung (Zusammenfassung):

Im österr Anlassfall sperrte Facebook Ireland den Zugang zu einem Facebook-Post mit einem ehrkränkenden Kommentar über Frau *Glawischnig-Piesczek*

nicht nur wort-, sondern auch sinngleicher Informationen sämtlicher Nutzer verpflichtet, sofern sie ihn nicht zwingt, eine autonome Beurteilung des Inhalts vorzunehmen.

(„miese Volksverräterin“) nicht unverzüglich nach Aufforderung, sondern erst nach Ergehen einer einstweiligen Verfügung, uzw (nur) in Ö und beschränkt auf den ursprünglich geposteten Beitrag. →

VbR 2019/147

Art 15 Abs 1,
Art 18
E-Commerce-RL
2000/31/EG;
§ 18 ECG;
§ 1330 ABGB;
§ 78 UrhG

EuGH 3. 10. 2019,
C-18/18,

Glawischnig-
Piesczek/
Facebook

Hosting-Anbieter;
Löschungs-
verpflichtung

Wortgleiche Informationen

Art 15 Abs 1 E-Commerce-RL verbietet den Mitgliedstaaten, Hosting-Anbietern eine allgemeine Verpflichtung aufzuerlegen, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen; dies gilt nach ErwGr 47 aber nicht für Überwachungspflichten „in spezifischen Fällen“. Ein solcher spezifischer Fall kann ua, wie hier, in einer konkreten Information begründet sein, die vom Hosting-Anbieter im Auftrag eines Nutzers gespeichert wurde und deren Inhalt von einem zuständigen Gericht für rechtswidrig erklärt wurde. Da ein soziales Netzwerk die schnelle Übermittlung der Informationen zwischen seinen Nutzern erleichtert, besteht eine reale Gefahr, dass eine rechtswidrige Information von einem anderen Nutzer wiedergegeben und geteilt wird. Um erreichen zu können, dass der Hosting-Anbieter jeden weiteren Schaden bei den Betroffenen verhindert, ist es unter diesen Umständen legitim, dass das zuständige Gericht von ihm verlangen kann, den Zugang zu gespeicherten Informationen mit wortgleichem Inhalt zu sperren oder sie zu entfernen, ganz gleich, wer den Auftrag zur Speicherung gegeben hat.

Sinngleiche Informationen

Damit eine Verfügung, mit der eine rechtswidrige Handlung abgestellt und ihre Wiederholung sowie ein weiterer Schaden bei den Betroffenen verhindert werden sollen (Art 18 Abs 1), diese Ziele tatsächlich erreichen kann, muss sie sich auf Informationen erstrecken können, deren Inhalt wegen der verwendeten Worte oder ihrer Kombination im Vergleich zu der für rechtswidrig erklärten Information zwar leicht unterschiedlich formuliert ist, aber iW die gleiche Aussage vermittelt. Andernfalls könnten die Wirkungen der Verfügung leicht umgangen werden, was dazu führen könnte, dass die betroffene Person eine Vielzahl von Verfahren anstrengen muss.

Das Ziel einer Verfügung iSv Art 18 Abs 1 kann nach ErwGr 41 nicht durch eine übermäßige Verpflichtung des Hosting-Anbieters verfolgt werden. Die sinnvollen Informationen müssen daher spezifische Einzelheiten umfassen, die von demjenigen, der die Verfügung erlassen hat, gebührend identifiziert worden sind, wie den Namen der betroffenen Person, die Umstände, unter denen diese Verletzung festgestellt wurde, und einen Inhalt, der dem für rechtswidrig erklärten Inhalt sinngleich ist. Unterschiede in der Formulierung dieses sinngleichen Inhalts im Vergleich zu dem für rechtswidrig erklärten Inhalt dürfen jedenfalls nicht so geartet sein, dass sie den Hosting-Anbieter zwingen, eine autonome Beurteilung dieses Inhalts vorzunehmen.

Unter diesen Umständen erscheint eine Verpflichtung, indem sie sich auch auf Informationen sinngleichen Inhalts erstreckt, hinreichend wirksam, um den Schutz der betroffenen Person sicherzustellen. Zum anderen wird dieser Schutz nicht durch eine übermäßige Verpflichtung des Hosting-Anbieters gewährleistet, da die Überwachung und das Nachforschen, die sie erfordert, auf die Informationen beschränkt sind, die in der Verfügung genau bezeichneten Einzelheiten enthalten, und da ihr diffamierender Inhalt sinngleicher Art den Hosting-Anbieter nicht verpflichtet, eine autonome Beurteilung vorzunehmen, so dass er auf automatisierte Techniken und Mittel zur Nachforschung zurückgreifen kann.

Weltweite Verpflichtung

Die E-Commerce-RL sieht keine Beschränkung der Reichweite von Maßnahmen, insb in räumlicher Hinsicht, vor. Der Unionsgesetzgeber ging angesichts der globalen Dimension des elektronischen Geschäftsverkehrs aber von der Notwendigkeit aus, dass die Unionsvorschriften mit den internationalen Regeln in Einklang stehen (ErwGr 58, 60). Es ist Sache der Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass die von ihnen erlassenen Maßnahmen, die weltweit Wirkungen erzeugen, diese Regeln gebührend berücksichtigen.

Praxistipp:

- Der EuGH folgt iW den Schlussanträgen von GA Szpunar v 4. 6. 2019. Abweichend vom GA ist die Reichweite der Verpflichtung des Host-Providers iZm sinngleichen Äußerungen nach dem Urteil allerdings nicht auf jenen Nutzer beschränkt, der die rechtswidrige Information gepostet hat. Der Host-Provider hat vielmehr die Beiträge sämtlicher Nutzer ggf nicht nur auf ihre Wort-, sondern auch auf ihre Sinngleicheit zu durchsuchen und zu löschen.
- Zur Haftungsbeschränkung von Host-Providern nach Art 14 E-Commerce-RL (ua in Hinblick auf

Unterlassungsansprüche) sind mehrere Vorabentscheidungsverfahren anhängig, jeweils zum Betreiber einer Online-Videoplattform (YouTube): Vorlage des OGH zu 4 Ob 74/19 i und des BGH zu I ZR 140/15 (anhängig zu C-682/18). Zu § 16 ECG s zuletzt 6 Ob 204/17 v VbR 2018/32 = jusIT 2018/19 (krit *Staudegger*), wonach Betreiber von Facebook-Seiten selbst dann als haftungsprivilegierte Host-Provider (Haftung bzgl Fremdinhalten nur mangels unverzüglicher Löschung) gelten, wenn sie die Kommentare der Nutzer durch eigene Inhalte bewusst provoziert haben.

Anmerkung:

Art 15 E-Commerce-RL (2000/31/EG) verbietet es den Mitgliedstaaten, Diensteanbietern eine allgemeine Überwachungspflicht aufzuerlegen. Im Rahmen des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens hat der OGH (6 Ob 116/17b) an den EuGH die

Frage gerichtet, ob eine Unterlassungsverfügung im Fall einer ehrverletzenden Äußerung, die sowohl „wortgleiche“ als auch „sinngleiche“ Äußerungen umfasst, gegen das Verbot der allgemeinen Überwachungspflicht verstoße. Außerdem wollte der OGH wissen, ob die Anordnung einer Unterlassungsver-



pflichtung mit weltweiter Wirkung mit Unionsrecht in Einklang stehe.

Die RL 2000/31/EG – so der EuGH – sehe keine Beschränkung in räumlicher Hinsicht vor (Rn 49). Konkret enthalte die RL weder eine Erlaubnis noch ein Verbot einer Anordnung mit weltweiter Wirkung, was bedeute, dass es Sache der Mitgliedstaaten sei, dafür zu sorgen, dass die von ihnen erlassenen Maßnahmen auch in Hinblick auf ihre räumliche Wirkung im Einklang mit internationalen Regeln (insb Völkerrecht und Internationales Privatrecht) stehen.

In einer weiteren aktuellen Entscheidung zum „Recht auf Vergessen“ (C-507/17, *Google*) hat der EuGH ebenfalls darauf hingewiesen, dass das Unionsrecht derzeit keine Regelungen in Hinblick auf die Reichweite einer Auslistung über die Union hinaus vorsehe. Das Unionsrecht verbiete jedoch auch nicht – und so decken sich die Entscheidungen des EuGH –, dass nationale Behörden anhand von nationalen Schutzstandards nach entsprechender Abwägung zwischen dem Recht auf Achtung des Privatlebens und auf den Schutz personenbezogener Daten einerseits und der Informationsfreiheit der Internetnutzer andererseits eine weltweite Auslistung anordnen (Rn 72). In beiden Fällen wird also die nationale Behörde prüfen müssen, ob eine Anordnung mit weltweiter Wirkung nach internationalen Regeln zulässig ist.

Was die Unterlassungsanordnung in Bezug auf „sinngleiche“ Äußerungen betrifft, so erfasst nach stRsp des OGH eine Unterlassungsverpflichtung im Fall einer ehrverletzenden oder kreditschädigenden Äußerung auch „sinngleiche“ Behauptungen, denn andernfalls könnte die Wirkung dieser Verpflichtung durch geringfügige Änderungen leicht umgangen wer-

den. Diese Verpflichtung ist in Hinblick auf den unmittelbaren Täter klar. Die aktuelle Frage lautet jedoch, ob ein Host-Provider, der bloß fremde Inhalte speichert, zur Löschung „sinngleicher“ Äußerungen aller Nutzer verpflichtet werden kann, ohne dass dies die Wirkung einer – wenngleich auf die konkret stattgefundene Rechtsverletzung bezogenen – allgemeinen Überwachungspflicht iSd Art 15 RL 2000/31/EG (einschließlich der Pflicht, aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen) entfalte.

Laut EuGH sei es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, dem Host-Provider aufzutragen, auch sinngleiche Äußerungen zu löschen, jedoch müsse diese Anordnung auf Aussagen beschränkt sein, deren Inhalt im Vergleich zu dem Inhalt, der zur Feststellung der Rechtswidrigkeit geführt hat, iW unverändert geblieben ist. Die Unterschiede in der Formulierung dieses sinngleichen Inhalts dürfen im Vergleich zu der Formulierung, die die zuvor für rechtswidrig erklärte Information ausmacht, jedoch nicht so geartet sein, dass sie den Hosting-Anbieter zwingen, eine autonome Beurteilung dieses Inhalts bzw jeder einzelnen Äußerung vorzunehmen. Die Unterlassungsanordnung dürfe sich also nur auf jene sinngleichen Äußerungen erstrecken, die der Hosting-Anbieter durch automatisierte Techniken und Mittel zur Nachforschung erkennen kann. Wie eine solche Anordnung und die erforderlichen technischen Maßnahmen des Host-Providers konkret aussehen werden, bleibt unbeantwortet. Diese Frage wird daher der OGH zu klären haben.

Maximilian Kralik,
Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte



→ Ausgleichsanspruch: kein Boarding-Nachweis

Ein Fluggast, der über eine bestätigte Buchung für einen Flug verfügt, muss bei Stellung seines Antrags auf Ausgleichszahlung (Art 7 Fluggastrechte-VO) nicht mittels Bordkarte oder anderen Dokumenten nachweisen, dass er sich zur Abferti-

gung des Fluges eingefunden hatte. Anderes gilt nur dann, wenn vonseiten der Fluglinie dargetan wird, dass er tatsächlich nicht mit dem verspäteten Flug befördert wurde.

VbR 2019/148

Art 3 Abs 2 lit a;
Art 7 Fluggastrechte-VO (261/2004)

EuGH
24. 10. 2019,
C-756/18, *easyjet*

Praxistipp:

Nach Art 3 Abs 2 lit a Fluggastrechte-VO setzt die Anwendbarkeit der VO kumulativ voraus, dass der Fluggast über eine bestätigte Buchung für den Flug verfügt und – außer bei Annullierung (Art 5) – sich zur schriftlich oder elektronisch angegebenen Zeit, subsidiär spätestens 45 min vor Abflug, zur Abfertigung einfindet. Nach dem EuGH könne zwar Letzteres nicht schon aufgrund der bestätigten Buchung

vermutet werden; der Fluggast ist nach der vorliegenden Entscheidung aber weder für die tatsächliche Beförderung beweispflichtig noch dafür, dass er sich iSd Art 3 Abs 2 lit a fristgerecht zur Abfertigung eingefunden hat. Zur Beweislast der Fluglinie für das Vorliegen eines haftungsbefreienden außergewöhnlichen Umstands für Verspätung und Annullierung und dessen Unvermeidbarkeit mit zumutbaren Maßnahmen s Art 5 Abs 3 leg cit.

