

## Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation in Österreich

Auftragsvergabe

Verjährung von Schadenersatzansprüchen

Übernahmerecht

Verzicht auf Bedingungen

Industriearbeiter und -angestellte

Einheitliche Entlohnungssysteme

Energiepreisrecht

SystemnutzungstarifV verfassungskonform?

Public Private Partnership

Risikoverteilung bei Infrastrukturprojekten

Tabakgesetznovelle

Nichtraucher weiterhin schutzlos

# Host-Provider als Richter? Seit In-Kraft-Treten des E-Commerce-

*Gesetzes, BGBl I 2001/152, existiert ein rechtlicher Rahmen, der die Tätigkeit von Internet-Providern (Host-Providern) in Gesetzesform regelt. Allerdings war von Beginn an unklar, wann Host-Provider für fremdes Fehlverhalten haften. In jüngster Zeit ergingen erfreulicherweise wesentliche Entscheidungen, die die rechtliche Haftung von Providern klarstellen helfen können.*

MICHAEL HASBERGER / KATHARINA SEMRAU-DEUTSCH

Besteht der Verdacht eines rechtswidrigen Inhalts oder einer rechtswidrigen Information, die vom Host-Provider gespeichert wird, so hat der Host-Provider die Wahl: Er kann tätig werden und, allenfalls nach vergeblicher Aufforderung an den Dritten, den Inhalt / die Information sperren oder schlicht untätig bleiben. Wird er tätig und sperrt zu Unrecht, sieht er sich der Gefahr einer Haftung aus einer Vertragsverletzung gegenüber dem Dritten ausgesetzt. Bleibt der Host-Provider untätig, drohen diesem allenfalls straf- oder zivilrechtliche Konsequenzen. Das Risiko einer Fehleinschätzung liegt daher ausschließlich beim Host-Provider selbst, der insofern bei der Beurteilung der Sach- und Rechtslage als Richter auftreten muss.

## A. RECHTLICHE GRUNDLAGEN

Das ECG<sup>1)</sup> normiert ein Haftungsprivileg für Internet-Provider,<sup>2)</sup> wobei auch Vorgänge erfasst werden, die eine gerichtliche oder verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung begründen.<sup>3)</sup> Danach ist ein Host-Provider im Fall dreier sich (alternativ) erfüllender Sachverhalte von der Haftung freigestellt:

- Der Host-Provider ist nicht verantwortlich, wenn er von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat (§ 16 Abs 1 Z 1, 1. Alternative).
- Die Haftung für Schadenersatzansprüche ist ausgeschlossen, wenn sich der Host-Provider keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird (§ 16 Abs 1 Z 1, 2. Alternative).
- Der Host-Provider wird unverzüglich tätig, sobald er tatsächlich Kenntnis von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information erlangt (§ 16 Abs 1 Z 2, 3. Alternative).

Demnach greift das Haftungsprivileg in jenen Fällen, in denen der Host-Provider von der Existenz einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine Kenntnis hat. Bedeutend schwieriger ist die Situation für den Host-Provider dann, wenn er von einem angeblich rechtswidrigen Inhalt oder einer angeblich rechtswidrigen Tätigkeit Kenntnis hat oder – im Hinblick auf etwaige Schadenersatzansprüche – davon Kenntnis hätte haben müssen. Das bloße Studium des Gesetzestextes schafft für den sich in einer quasi Richterposition befindlichen Host-Provider keine Klarheit. In der Literatur wird die überwie-

gende Ansicht vertreten, dass dem Host-Provider die Rechtswidrigkeit des relevanten Inhaltes im Sinn des § 9 Abs 2 StGB bekannt sein muss.<sup>4)</sup> Dies ist anzunehmen, wenn die Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen leicht erkennbar ist.<sup>5)</sup> Insofern bleibt der Host-Provider in seiner Entscheidung, ob nun eine Haftung für Fehlverhalten besteht, allein gelassen. Die Frage nach der zivilrechtlichen Haftung stellt sich daher nicht nur im Rahmen des § 16 ECG (Haftungsprivileg), sondern auch außerhalb des ECG nach den materiell-rechtlichen Bestimmungen.

## B. HAFTUNG FÜR ZIVILRECHTLICHE UNTERLASSUNGSANSPRÜCHE NACH DEM ECG

Die Praxis zeigt, dass sich viele Host-Provider in Gerichtsverfahren Unterlassungsansprüchen aufgrund eines Fehlverhaltens eines Dritten ausgesetzt sehen, wiewohl die Host-Provider weder tatsächlich noch rechtlich auf den Inhalt der beanstandeten Websites Einfluss genommen haben. Die Berufung der Host-Provider auf das Haftungsprivileg des § 16 ECG scheint durch die eindeutige Bestimmung des § 19 ECG verwehrt. Nach § 19 ECG lassen die §§ 13 bis 18 ECG „gesetzliche Vorschriften, nach denen ein Gericht oder eine Behörde dem Diensteanbieter

Dr. Michael Hasberger ist Partner bei Hasberger Seitz & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien. Mag. Katharina Semrau-Deutsch ist Juristin.

- 1) E-Commerce-Gesetz. Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz – ECG), BGBl I 2001/152.
- 2) Im Rahmen dieses Beitrags wird die rechtliche Stellung von Host-Providern untersucht. Wesentliche Aussagen gelten jedoch auch für andere Diensteanbieter wie zB Access-Provider.
- 3) Bei Vorliegen der normierten Voraussetzungen sind Provider von jeder Haftung befreit, sog horizontale Haftungsbeschränkung. Vgl EBRV 46, 48. Zankl, E-Commerce-Gesetz: Kommentar und Handbuch (2002) Rz 50.
- 4) § 9 Abs 2 lautet: Der Rechtsirrtum ist dann vorzuwerfen, wenn das Unrecht für den Täter wie für jedermann *leicht erkennbar* war oder wenn sich der Täter mit den einschlägigen Vorschriften nicht bekannt gemacht hat, obwohl er seinem Beruf, seiner Beschäftigung oder sonst den Umständen nach dazu verpflichtet gewesen wäre. Kainz/Trapitsch, *ecolex* 2002, 738; Zankl, ECG, Rz 236; Burgstaller/Minichmayr, E-Commerce-Gesetz: Praxiskommentar (2002), 122 f; zur deutschen Rechtslage Eck/Ruess, MMR 6/2003, 363 ff. Die Terminologie „Offensichtlichkeit“ sowie „Bewusstsein“ in § 16 Abs 1 Z 1 ECG ist im österreichischen Recht nicht geläufig und stammt aus der Richtlinie Art 14 Abs 1 lit a.
- 5) EBRV 36.

die Unterlassung, Beseitigung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung auftragen kann, unberührt<sup>6)</sup> Dennoch ist der Ausschluss des Haftungsprivilegs für zivilrechtliche Unterlassungsansprüche in der Literatur strittig. Manche Autoren bejahen ungeachtet des eindeutigen Gesetzeswortlautes des § 19 ECG die Anwendung des Haftungsprivilegs. Nach deren Ansicht würde eine ergänzende bzw berichtigende Auslegung des ECG bzw der ECRL dafür sprechen.<sup>7)</sup> Dieser Ansicht ist jedenfalls zuzugestehen, dass die Schutzziele der Richtlinie, die Provider mangels Kenntnis und Kontrolle über die vermittelte Information verantwortungsfrei zu stellen, wohl nur bei Bejahung des Haftungsprivilegs für zivilrechtliche Unterlassungsansprüche gem § 16 ECG erreicht werden können.<sup>8)</sup> *Schanda* legt mit überzeugenden Argumenten dar, dass die bisherige Haftung des Host-Providers für Unterlassungsansprüche der nunmehr in § 16 ECG normierten Regelung entspricht, sodass § 19 ECG dahingehend einschränkend zu interpretieren wäre.<sup>9)</sup> Demnach ist ein Unterlassungsanspruch gegen den Host-Provider nur dann gegeben, wenn dieser als Gehilfe mithaftet. Nach der herrschenden Rsp ist dies dann der Fall, wenn der Gehilfe den unmittelbaren Täter bewusst fördert.<sup>10)</sup> Der überwiegende Teil in der Literatur lehnt jedoch die Anwendung des Haftungsprivilegs für zivilrechtliche Unterlassungsansprüche ab.<sup>11)</sup>

In der Judikatur ist die Frage nach der Anwendung des Haftungsprivilegs für zivilrechtliche Unterlassungsansprüche noch nicht entschieden. In einer E des OLG Wien vertritt das Gericht die Ansicht, dass § 19 ECG der Anwendung des in § 16 ECG enthaltenen Haftungsprivilegs nicht entgegen steht.<sup>12)</sup> Das OLG Wien stellt dabei an die Voraussetzungen, wann der Provider tätig werden muss, keine strengen Anforderungen. Es verweist darauf, dass es dem Provider nicht zumutbar ist, beispielsweise im Fall einer behaupteten sittenwidrigen Werbung im Internet ein Rechtsgutachten zur Feststellung der Wettbewerbskonformität der Homepage einzuholen. Allerdings sprach der OGH in den Online-Archiv-Entscheidungen aus, freilich ohne dies eingehend und näher zu begründen, dass im Hinblick auf § 19 Abs 1 ECG das Haftungsprivileg des § 16 ECG bei Unterlassungsansprüchen nicht zur Anwendung kommt.<sup>13)</sup> In der jüngsten E hat jedoch der (zuständige Fachsenat des) OGH die Anwendung des Haftungsprivilegs bei zivilrechtlichen Unterlassungsansprüchen ausdrücklich offen gelassen, da der in Anspruch genommene Host-Provider im zu entscheidenden Fall unabhängig von der allfälligen Haftungsbefreiung nach § 16 ECG, und zwar nach den jeweiligen materiellrechtlichen Bestimmungen, nicht haftete.<sup>14)</sup> Es ist durchaus möglich, dass noch eine eingehendere Auseinandersetzung des OGH mit dieser Frage erfolgt. Das letzte Wort dürfte daher noch nicht gesprochen sein.

### C. HAFTUNG OHNE HAFTUNGSPRIVILEG DES ECG

Häufig werden Host-Provider wegen Fehlverhaltens ihrer Vertragspartner, zB Betreiber einer Homepage,

die vom Provider gehostet wird, in Anspruch genommen. In den meisten Fällen fußt die Inanspruchnahme auf einer behaupteten Verletzung des UWG, ABGB oder auch UrhG. Jüngst erging eine wesentliche Entscheidung des OGH. Der Host-Provider wurde als Gehilfe des eigentlichen Störers wegen wettbewerbsrechtlicher Verstöße in Anspruch genommen. Der OGH sprach in Fortführung seiner Judikaturlinie aus, dass auch der Gehilfe für wettbewerbswidriges Verhalten eines anderen einzustehen hat, wenn dieser den Wettbewerbsverstoß durch eigenes Verhalten gefördert oder überhaupt erst ermöglicht hat.<sup>15)</sup> Demnach haftet der Gehilfe, wenn dieser den Täter bewusst fördert, er muss im Sinn des § 12 StGB und § 7 VStG zur Ausführung der Tat beitragen oder diese erleichtern.<sup>16)</sup> Der OGH verneinte die Haftung des Host-Providers für die Verwendung sehr weitgehender Haftungsfreizeichnungsklauseln in AGB sowie für die beanstandete Bewerbung von Kontakten unter bestimmten Telefonnummern als gratis auf der gehosteten Website, da es sich nicht um Rechtsverletzungen handelte, die auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig sind, also die Rechtswidrigkeit für den Anbieter wie für jedermann nicht leicht erkennbar war (vgl § 9 Abs 2 StGB).<sup>17)</sup> Es bleibt offen, ob nun der direkte Bezug auf § 9 Abs 2 StGB sowie auf die in diesem Zusammenhang vom OGH verwendeten Begriffe wie „juristischer Laie“ und „offenkundige Rechtsverletzung“ für den Provider hilfreich sind.

### 1. RECHTSIRRTUM

Durch den Bezug auf § 9 Abs 2 StGB wird das strafrechtliche Unrechtsbewusstsein zum Beurteilungskri-

6) Vgl Art 14 Abs 3 ECRL; *Zankl*, *ecolex* 2004, 361.

7) *Kresbach*, *E-Commerce: Nationale und internationale Rechtsvorschriften zum Geschäftsverkehr über elektronische Medien* (2002), 56; *Zib* in *Strejcek/Hoscher/Eder*, Glücksspiel in der EU und in Österreich (2001), 86 ff.

8) *Erwägungsgründe* 40 ff ECRL; MR 2004, 128 f.

9) *Schanda*, *ecolex* 2001, 920 f.

10) *Schanda*, *ebda*; MR 1995, 31; wbl 1997, 260 (Ungarischer Zahnarzt) mwN.

11) *Zankl* (2002), Rz 297; *Gruber*, Haftung für fremde Inhalte im Internet, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Internet und Recht. Rechtsfragen von E-Commerce und E-Government (2002), 154; *Burgstaller/Minichmayr*, E-Commerce-Gesetz, Praxis-Kommentar (2002), 142; differenzierend *Blume/Hammerl*, E-Commerce-Gesetz, ECG: Kommentar zum E-Commerce-Gesetz ECG (2002), 153; *Zankl*, *ecolex* 2004, 361.

12) OLG Wien 15. 12. 2003, 4 R 186/03 g.

13) OGH 11. 12. 2003, 6 Ob 218/03 g, 6 Ob 274/03 t; OGH 19. 2. 2004, 6 Ob 190/03 i; *Zankl*, *ecolex* 2004, 702; *Zankl*, *ecolex* 2004, 524; SZ 72/144.

14) OGH 6. 7. 2004, 4 Ob 66/04 s – Megasex; MR 2004, 274 ff; *ecolex* 2004, 799.

15) Siehe FN 14.

16) 4 Ob 66/04 s. Vgl OGH 11. 2. 1997 wbl 1997, 260 (Ungarischer Zahnarzt); OGH 12. 2. 1991 wbl 1991, 330.

17) 4 Ob 66/04 s. Damit bleibt der OGH bei den für die Haftung von Presseunternehmen und auch für einen Domain-Vergabestelle entwickelten Grundsätzen. Vgl 4 Ob 166/00 s, MR 2000, 328 = ÖBl 2001, 30 = *ecolex* 2001, 128; ÖBl 2000, 30 mit Anm *Schramböck*; ÖBl 2002, 242; ähnlich auch 4 Ob 134/01 m; SZ 72/144; jüngst OGH 18. 8. 2004, 4 Ob 122/04 a (*zahntaxi.at*).

terium. Demnach reicht das laienhafte Erkennen des Verstoßes gegen irgendwelche Rechtsvorschriften aus.<sup>18)</sup> Eine Rechtsverletzung ist dann nicht vorwerfbar, wenn der Täter sein Verhalten für rechtmäßig hält, obwohl er alle Sachverhaltsbezüge kennt, aus denen sich bei richtiger rechtlicher Beurteilung die Rechtswidrigkeit ergibt.<sup>19)</sup> Der Täter ist daher nur dann verantwortlich, wenn das Unrecht der Tat für diesen wie für jedermann leicht erkennbar war.<sup>20)</sup> Wäre nun das Unrecht der Tat für den Täter erkennbar gewesen, nicht aber für den Durchschnittsmenschen, so ist der Täter gleichfalls exkulpiert.<sup>21)</sup> Allerdings stellt die Judikatur im Strafrecht, hier geht es um kriminelles Unrecht, sehr hohe Anforderungen an die Erkundungspflicht.<sup>22)</sup>

## 2. JURISTISCHER LAIE

Der juristische Laie findet sich in einigen Entscheidungen des OGH. Das Begriffsverständnis des OGH orientiert sich am allgemeinen Sprachgebrauch, wonach der Laie schlicht als Nichtfachmann bezeichnet wird.<sup>23)</sup> Aus anderen Entscheidungen lässt sich e contrario ableiten, dass der juristische Laie nicht über eine rechtswissenschaftliche Ausbildung verfügt.<sup>24)</sup> Demnach ist derjenige, der über eine rechtswissenschaftliche Ausbildung verfügt, nicht juristischer Laie.

## 3. OFFENKUNDIGE RECHTSVERLETZUNG

Der Begriff „Offenkundigkeit“ legt nahe, dass ein bestimmter Zustand bzw ein bestimmtes Ereignis für jedermann erkennbar sein muss. Die Judikatur stellt darauf ab, dass offenkundige Tatsachen für jedermann ohne besondere Fachkenntnisse aus zuverlässigen Quellen überprüft werden können.<sup>25)</sup> Es ist daher also nicht auf einen Fachmann bzw Fachkreis abzustellen, sondern auf Erfahrungssätze aus der allgemeinen Lebenserfahrung, geografische Tatsachen oder Ereignisse des Zeitgeschehens.<sup>26)</sup> Eine offenkundige Rechtsverletzung fällt demnach in die Augen, ist daher auch für den Laien ohne größere Schwierigkeiten wahrnehm- und erkennbar.<sup>27)</sup> So könnte zB ein Selbstmordforum, eine Website mit dem das NS-Verbotsgesetz oder dem Pornografiegesetz verletzenden Inhalten oder mit kinderpornografischen Darstellungen als offenkundige Rechtsverletzung qualifiziert werden, die den Host-Provider zum Tätigwerden verpflichten.<sup>28)</sup>

## 4. GESETZESBEGRÜNDUNG

Der Gesetzgeber setzt sich, da aus der Richtlinie kein direkter Hinweis erfolgt, mit der relevanten Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen der Host-Provider von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information ausgehen muss. Gerade für den Fall, dass für den Provider die Sach- und Rechtslage anhand der ihm vorliegenden Informationen nicht abschließend beurteilt werden kann, verweist der Gesetzgeber auf den vom OGH verwendeten Rechtsatz, „wenn die Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig ist“.<sup>29)</sup>

## D. ERGEBNIS

Aus der Judikatur und der Gesetzesbegründung ist ableitbar, dass die Haftung von Providern für fremdes Fehlverhalten stark eingeschränkt wird. Für den Provider muss daher die Rechtsverletzung wie für einen juristischen Laien, ohne weitere Nachforschungen betreiben zu müssen, offenkundig im Sinn von in die Augen fallend sein. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Provider aufgrund besonderer Rechtskenntnisse einen Gesetzesverstoß erkennen kann, sondern der Gesetzesverstoß muss auch für jedermann leicht erkennbar sein. Im Unterschied zur strafrechtlichen Judikatur stellt der OGH keine strengen Anforderungen an die Erkundungspflicht. Im Gegenteil, es liegt der Schluss nahe, dass eine solche hier nicht besteht.<sup>30)</sup> Diese Haftungseinschränkung ist praxisgerecht, da das Risiko einer rechtlichen Fehleinschätzung nicht auf den Provider überwältigt werden kann. Nur für die Fälle der Offenkundigkeit ist es auch einem Provider, der in der Regel ein Massengeschäft betreibt, zumutbar, den Gesetzesverstoß zu erkennen und tätig zu werden. Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers.

18) *Leukauff/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>3</sup>, § 9 Rz 3.

19) *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht AT1<sup>6</sup>, 23. Kapitel Rz 19.

20) NRsp 1993/256.

21) *Foregger/Fabrizy*, StGB<sup>7</sup>, § 9 Rz 6.

22) EvBl 1979/194; JBl 1979, 551.

23) *Duden*, Die deutsche Rechtschreibung<sup>22</sup>: Laie = Nichtfachmann, Außenstehender.

24) OGH 14. 2. 1985, 8 Ob 511/85. Hier verweist der OGH darauf, dass die Unterweisung in Rechtskunde, die im Zuge einer Ausbildung zur Meisterprüfung erteilt wird, den Betreffenden die Qualifikation als juristischer Laie nicht nimmt. Ähnlich auch OGH 21. 5. 1992, 7 Ob 6/92. Siehe auch die OGH-Judikatur zu Beginn der Verjährung nach § 1489 ABGB, OGH 16. 11. 1977, 1 Ob 651/77; JBl 1988, 321; jüngst OGH 29. 10. 2001, 7 Ob 249/01 w.

25) EFSlg 90.957.

26) JBl 1963, 617; ZfRV 1969, 143.

27) OGH 23. 11. 1993, 5 Ob 563/93; OGH 5. 7. 1994, 5 Ob 1063/94.

28) Vgl Pornografiegesetz, BGBl 1950/97 idgF; vgl *Zankl*, ECG, Rz 242; 4 Ob 166/00 s, MR 2000, 328 = ÖBl 2001, 30 = ecolex 2001, 128 = wbl 2001, 91.

29) EBRV 36; es wird auf OGH 19. 3. 2000, MR 2000, 328 mit Anm *Pilz* verwiesen. Die Rechtswidrigkeit muss für den Anbieter wie für jedermann leicht erkennbar sein (§ 9 Abs 2 StGB).

30) Der OGH halt in 4 Ob 66/04 s ausdrücklich fest, dass ein Tätigwerden des Diensteanbieters nicht zumutbar ist.

### SCHLUSSSTRICH

*Der OGH schränkt die Haftung für Internet-Provider für fremdes Fehlverhalten deutlich ein. Diese müssen nur dann tätig werden, wenn die beanstandeten Inhalte als Rechtsverletzungen zu qualifizieren sind, die auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig sind. Damit wird verhindert, dass Internet-Provider quasi als Richter tätig werden müssen, wenn diese fremde Inhalte verwalten.*