



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Strafschadenersatz für das Medienrecht

Effektiver Rechtsschutz für
Persönlichkeitsrechte

Verfasser

Mag. Philipp S. Nagel

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, im Mai 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer:

Univ. Prof. Dr. Hanspeter Hanreich

Meinen Eltern

VORWORT

Die vorliegende Dissertation wurde im Zeitraum von Jänner 2009 bis Mai 2011 zur Erlangung des akademischen Grades des Doktors der Rechtswissenschaften (Dr. iur.) erstellt, da eine kurze Einführung in die inhaltliche Thematik im ersten Abschnitt erfolgt, möchte ich das Vorwort nutzen, zu allererst einigen Personen meinen Dank auszusprechen.

An dieser Stelle gebührt mein Dank zunächst meinem Schwager Dr. Claus Hofer, der mich im Zuge meiner Recherchetätigkeiten zur Themenfindung unterstützte und mich auf das Medienrecht aufmerksam machte, sowie RA Univ.-Doz. Dr. Alfred Noll, der mich im Zuge eines Gespräches auf das Themengebiet des Mangels an effektivem Persönlichkeitsrechtsschutz im Medienrecht führte.

Großen Dank aussprechen möchte ich meinem Betreuer Univ.-Prof. Dr. Hanspeter Hanreich, zunächst für die Übernahme der Betreuung meiner Dissertation wie auch ihrer Begutachtung, aber insbesondere auch für seinen aufgeschlossenen Zugang zur Thematik und seinen Betreuungsstil, mich unabhängig und frei meinen Stil verfolgen zu lassen und mir jederzeit mit Hilfestellung, Anmerkungen und Verbesserungen zur Seite zu stehen. Mein Dank gilt an dieser Stelle auch Frau ao. Univ.-Prof. Dr. Eva Palten für die Übernahme der Zweitbegutachtung.

Mein größter Dank gilt an dieser Stelle meiner ganzen Familie, allen voran meinen Eltern Manfred und Irmi Nagel, denen diese Dissertation gewidmet sein soll, wie auch meinen Geschwistern Birgit und Markus und meinem Schwager Claus. Ohne ihre umfassende Unterstützung, den steten Rückhalt und unsere starke familiäre Bindung wäre die Erstellung dieser Dissertation, wie auch mein gesamter bisheriger beruflicher Werdegang und überhaupt mein persönlicher Lebensweg undenkbar.

Abschließend gilt mein besonderer Dank meiner Freundin Martina, die mich während der gesamten Entstehungsphase immer unterstützt hat, obwohl sie in der vergangenen Zeit sehr oft auf mich verzichten musste und Nachmittage wie auch Abende alleine verbracht hat, während ich an dieser Arbeit geschrieben habe.

INHALTSÜBERSICHT

VORWORT	1
INHALTSÜBERSICHT	3
INHALTSVERZEICHNIS	5
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	11
LITERATURVERZEICHNIS	13
I. EINLEITUNG.....	17
1. Ein Einstieg	17
2. Zielsetzung & Inhalt der Dissertation	19
3. Medien im Spannungsfeld	21
4. Strafschadenersatz – ein Einstieg	24
II. GRUNDLAGEN DES ÖSTERREICHISCHEN SCHADENERSATZRECHTS.....	27
1. Einleitung	27
2. Zweck des Schadenersatzrechts	27
3. Der Schadensbegriff.....	30
4. Vermögensschaden – Immaterieller Schaden	32
5. Verursachung.....	34
6. Rechtswidrigkeit und Schutzzweck der Norm	36
7. Verschulden	37
8. Umfang	39
III. DER SCHUTZ DER PERSÖNLICHKEITSRECHTE IM LICHT DES MEDIENRECHTS - GELTENDE RECHTSLAGE IN ÖSTERREICH	41
1. Einleitung	41
2. Überblick auf die im Lichte des Medienrechts relevanten Persönlichkeitsrechte	41
3. Das ABGB	46
4. Der Bildnisschutz nach Urheberrechtsgesetz	51
5. Das Mediengesetz.....	54
6. Ergebnis: Abschließende Würdigung.....	91
IV. AUSGEWÄHLTE SANKTIONEN UND ARTEN DER RECHTSDURCHSETZUNGEN IM ÖSTERREICHISCHEN RECHT	95
1. Einleitung	95
2. Sanktionen im Immaterialgüterrecht	96
3. Wegnahme der Bereicherung im Strafrecht.....	105

4.	Rechtsdurchsetzung im österreichischen Lauterkeitsrecht	112
5.	Ergebnis: Abschließende Würdigung	129
V.	EUROPÄISCHE UND US- AMERIKANISCHE PERSPEKTIVE	131
1.	Einleitung.....	131
2.	System und Wesen der US-amerikanischen punitive damages	131
3.	Einflüsse durch das Recht der Europäischen Union	138
VI.	STRAFSCHADENERSATZ FÜR DAS ÖSTERREICHISCHE RECHT	143
1.	Einleitung & Kurzzusammenfassung	143
2.	Gründe für einen Strafschadenersatz	144
3.	Ausgestaltungsmöglichkeit.....	149
4.	Strafschadenersatz im Verhältnis zur Medienfreiheit.....	162
5.	Strafschadenersatz für das Lauterkeitsrecht?	165
6.	Gewinnabschöpfung als Alternative zum Strafschadenersatz im Medienrecht?	170
7.	Abschließende Würdigung	173
VII.	NACHWORT	175
	ANHANG I	179
	Abstract	179
	ANHANG II	181
	Lebenslauf des Verfassers	181

INHALTSVERZEICHNIS

VORWORT	1
INHALTSÜBERSICHT	3
INHALTSVERZEICHNIS	5
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	11
LITERATURVERZEICHNIS	13
I. EINLEITUNG.....	17
1. Ein Einstieg.....	17
2. Zielsetzung & Inhalt der Dissertation	19
3. Medien im Spannungsfeld	21
4. Strafschadenersatz – ein Einstieg	24
II. GRUNDLAGEN DES ÖSTERREICHISCHEN SCHADENERSATZRECHTS.....	27
1. Einleitung	27
2. Zweck des Schadenersatzrechts	27
2.1. Der Ausgleichsgedanke	27
2.2. Der Sanktionsgedanke	29
2.3. Der Präventionsgedanke.....	29
3. Der Schadensbegriff.....	30
4. Vermögensschaden – Immaterieller Schaden	32
4.1. Vermögensschäden / materielle Schäden	32
4.2. Immaterieller Schaden.....	33
5. Verursachung.....	34
6. Rechtswidrigkeit und Schutzzweck der Norm	36
7. Verschulden	37
8. Umfang	39
III. DER SCHUTZ DER PERSÖNLICHKEITSRECHTE IM LICHT DES MEDIENRECHTS - GELTENDE RECHTSLAGE IN ÖSTERREICH	41
1. Einleitung	41
2. Überblick auf die im Lichte des Medienrechts relevanten Persönlichkeitsrechte	41
2.1. Vorbemerkung	41
2.2. Die betrachteten Persönlichkeitsrechte im Einzelnen.....	42
2.2.1. Der Schutz der Ehre	42
2.2.2. Das Recht am Namen – das Recht auf Namensanonymität	43

2.2.3.	Die Achtung der Privatsphäre.....	43
2.2.4.	Das Recht am eigenen Bild	45
2.2.5.	Schutz der Unschuldsvermutung.....	45
3.	Das ABGB.....	46
3.1.	Einleitung.....	46
3.2.	Ehrenbeleidigung - § 1330 ABGB.....	47
3.3.	Recht auf Wahrung der Privatsphäre – § 1328a ABGB	48
4.	Der Bildnisschutz nach Urheberrechtsgesetz.....	51
4.1.	Einleitung.....	51
4.2.	Inhalt.....	51
5.	Das Mediengesetz	54
5.1.	Einleitung.....	54
5.2.	Einzelne, ausgewählte Begriffsdefinitionen des § 1 MedienG	54
5.2.1.	Das Medium (Z 1)	54
5.2.2.	Medienunternehmer (Z 6) und Medieninhaber (Z 8).....	55
5.2.3.	Medieninhaltsdelikt (Z 12).....	56
5.3.	Allgemeine Grundlagen zur Gestaltung des Persönlichkeitsschutzes im Mediengesetz	57
5.3.1.	Formen.....	57
5.3.2.	Rechtsnatur der Entschädigungsansprüche und Besonderheiten	57
5.3.3.	Ausgestaltung als Form der Gefährdungshaftung.....	57
5.3.4.	Besonderheiten bei Schadensbemessung und Haftungsumfang.....	58
5.3.5.	Verfahrensrechtliche Grundsätze.....	59
5.4.	Die Entschädigungsansprüche im Einzelnen	61
5.4.1.	§ 6 MedienG – Üble Nachrede, Beschimpfung, Verspottung und Verleumdung	61
5.4.1.1.	Regelungsgegenstand	61
5.4.1.2.	Entschädigung.....	63
5.4.1.3.	Befreiung.....	63
5.4.2.	Ergänzung: Wahrnehmung der journalistischen Sorgfalt und § 29 MedienG.....	65
5.4.2.1.	Wahrung journalistischer Sorgfalt	65
5.4.2.2.	Der Inhalt des § 29 MedienG	66
5.4.3.	§ 7 MedienG – Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches.....	67
5.4.3.1.	Regelungsgegenstand	67
5.4.3.2.	Entschädigung.....	68
5.4.3.3.	Befreiung.....	68
5.4.4.	§7a MedienG - Identitätsschutz	70
5.4.4.1.	Regelungsgegenstand	70
5.4.4.2.	Entschädigung.....	71

5.4.4.3.	Befreiung.....	72
5.4.5.	§7b MedienG – Schutz der Unschuldsvermutung	74
5.4.5.1.	Regelungsgegenstand	74
5.4.5.2.	Entschädigung	75
5.4.5.3.	Befreiung.....	75
5.4.6.	§ 7c MedienG – Schutz vor verbotener Veröffentlichung	77
5.4.6.1.	Regelungsgegenstand	77
5.4.6.2.	Entschädigung	78
5.4.6.3.	Befreiung.....	78
5.5.	Gegendarstellung.....	79
5.5.1.	Einleitung	79
5.5.2.	Funktion und Norminhalt	80
5.6.	Urteilsveröffentlichung nach § 34 MedienG	81
5.6.1.	Funktion und Norminhalt	81
5.7.	Der Presserat	82
5.7.1.	Historie.....	82
5.7.2.	Presserat neu – Aufbau und Aufgaben.....	83
5.7.3.	Würdigung	86
5.8.	Ergänzung: Mediengesetznovelle	87
5.8.1.	Einleitung	87
5.8.2.	Inhalt des Ministerialentwurfs – wesentliche Änderungen.....	88
5.8.2.1.	Einfügung eines § 120a StGB.....	88
5.8.2.2.	Änderungen im Mediengesetz	89
5.8.3.	Kritik.....	90
6.	Ergebnis: Abschließende Würdigung.....	91
IV.	AUSGEWÄHLTE SANKTIONEN UND ARTEN DER RECHTSDURCHSETZUNGEN IM ÖSTERREICHISCHEN RECHT	95
1.	Einleitung	95
2.	Sanktionen im Immaterialgüterrecht	96
2.1.	Einleitung	96
2.2.	Rechtsdurchsetzung im Immaterialgüterrecht.....	96
2.3.	Der Anspruch auf angemessenes Entgelt	97
2.4.	Schadenersatz	98
2.5.	Die Herausgabe des Gewinns	99
2.6.	Der Anspruch auf doppeltes Entgelt – der pauschalierte Schadenersatz des § 87 Abs 3 UrhG	102
2.6.1.	Einleitung	102

2.6.2.	Norminhalt.....	102
2.6.3.	§ 87 Abs 3 UrhG – eine Anomalie im System?	103
3.	Wegnahme der Bereicherung im Strafrecht	105
3.1.	Vorbemerkung.....	105
3.2.	Einleitung, Grundlagen	105
3.3.	Die alte Rechtslage: Gewinnabschöpfung nach § 20 StGB aF	106
3.3.1.	Norminhalt.....	106
3.3.2.	Berechnung des Gewinns: Nettoprinzip	108
3.3.3.	Unterbleiben der Abschöpfung - § 20a StGB aF	109
3.4.	Der Verfall nach § 20 StGB neu	109
3.4.1.	Gründe für eine Reform	109
3.4.2.	Wesentliche Änderungen: Wechsel zum Bruttoprinzip	110
4.	Rechtsdurchsetzung im österreichischen Lauterkeitsrecht	112
4.1.	Einleitung.....	112
4.2.	Überblick: Grundlagen zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	112
4.3.	„Berufliche Sorgfalt“ als Kriterium der Lauterkeit.....	114
4.4.	Ausgewählte Normen des UWG.....	115
4.4.1.	Der Schutz des wirtschaftlichen Rufes eines Unternehmens: § 7 UWG	115
4.4.2.	Missbrauch von Kennzeichen eines Unternehmens: § 9 UWG	116
4.5.	Der Umfang der Schadenersatzpflicht im Lauterkeitsrecht - § 16 UWG.....	117
4.6.	Die Diskussion um eine Gewinnabschöpfung im UWG	119
4.6.1.	Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.....	119
4.6.2.	Die Gesetzgebung in Deutschland	120
4.6.2.1.	Einleitung	120
4.6.2.2.	Gesetzestext & Norminhalt.....	121
4.6.2.3.	Unbestimmte Begriffe.....	121
4.6.2.4.	Höhe der Abschöpfung / Bemessung des Gewinns	122
4.6.2.5.	Anspruchsberechtigung / Begünstigung.....	123
4.6.2.6.	Würdigung	123
4.6.3.	Entwicklung in Österreich.....	125
4.6.3.1.	Lobby für die Gewinnabschöpfung	125
4.6.3.2.	Vorgeschlagene Gesetzesbestimmung des BMSK	125
4.6.3.3.	Inhalt & Würdigung.....	126
5.	Ergebnis: Abschließende Würdigung	129
V.	EUROPÄISCHE UND US- AMERIKANISCHE PERSPEKTIVE.....	131
1.	Einleitung.....	131
2.	System und Wesen der US-amerikanischen punitive damages	131

2.1.	Einleitung	131
2.2.	Wesentliche Besonderheiten des US- Rechtssystems.....	133
2.3.	Rechtsgrundlage	133
2.4.	Kurzbeschreibung in der Literatur	134
2.5.	Zweck von punitive damages.....	134
2.6.	Exkurs: treble damages.....	136
2.7.	Würdigung	136
3.	Einflüsse durch das Recht der Europäischen Union	138
3.1.	Einleitung	138
3.2.	Der „effet utile“	138
3.3.	Grünbuch & Weißbuch der Kommission: „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“	140
3.4.	Zusammenfassung	141
VI.	STRAFSCHADENERSATZ FÜR DAS ÖSTERREICHISCHE RECHT	143
1.	Einleitung & Kurzzusammenfassung.....	143
2.	Gründe für einen Strafschadenersatz.....	144
2.1.	Unzulänglichkeiten im Bereich des Medienrechts, Notwendigkeit der Effektivität des Rechtsschutzes.....	144
2.2.	Prävention als Hauptziel	145
2.3.	Sanktion als gerechtfertigte Folge	147
3.	Ausgestaltungsmöglichkeit	149
3.1.	Einordnung.....	149
3.2.	Anwendungsvoraussetzung.....	150
3.2.1.	Ausgangssituation.....	150
3.2.2.	Umsetzungsmöglichkeit.....	150
3.2.3.	Ergebnis	151
3.3.	Verschuldenserfordernis?.....	152
3.3.1.	Problemstellung.....	152
3.3.2.	Lösungsmöglichkeit - Umsetzungsmöglichkeit	153
3.4.	Höhe des Strafschadenersatzes – Bemessungskriterien	154
3.4.1.	Ausgangslage, Problemstellung	154
3.4.2.	Umsetzungsmöglichkeit.....	156
3.4.2.1.	Orientierung an der wirtschaftlichen Situation des Schädigers.....	156
3.4.2.2.	Vervielfachung des zugesprochenen Schadenersatzes.....	157
3.4.3.	Ergebnis	158
3.5.	Zuspruch an den Geschädigten.....	159

3.6. Ergebnis der Erarbeitung.....	161
4. Strafschadenersatz im Verhältnis zur Medienfreiheit.....	162
5. Strafschadenersatz für das Lauterkeitsrecht?	165
5.1. Einleitung.....	165
5.2. Problemstellung.....	165
5.3. Lösungsansatz.....	166
5.4. Umsetzungsmöglichkeit	167
5.5. Würdigung	169
6. Gewinnabschöpfung als Alternative zum Strafschadenersatz im Medienrecht?	170
6.1. Einleitung.....	170
6.2. Überlegungen, Problematik, Auseinandersetzung.....	170
6.3. Würdigung	172
7. Abschließende Würdigung	173
VII. NACHWORT	175
ANHANG I	179
Abstract	179
ANHANG II	181
Lebenslauf des Verfassers	181

Anmerkung:

Verweise auf andere Stellen in dieser Dissertation werden so dargestellt, dass zunächst der Abschnitt (röm. Ziffer), dann das entsprechende Kapitel inkl. dessen Überschrift und die Seitenzahl angegeben werden. Verweise ohne römische Ziffern beziehen sich somit immer auf denselben Abschnitt.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aaO	am angegebenen Ort
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
aF	Alte Fassung
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMSK	Bundesministerium für Soziales und Konsumentenschutz
BMWA	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
bzw.	Beziehungsweise
Dh	das heißt
dUWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (Deutschland)
Ecolex	„Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht“
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
et al	und andere Autoren
ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
etc.	et cetera
EUR	Euro
EvBl	Evidenzblatt in der Österreichischen Juristenzeitung
F	Folgende
FN	Fußnote
gem.	Gemäß
GP	Gesetzgebungsperiode
GRUR	„Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht“
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
iSd	im Sinne der/des
iS	Im Sinne
iVm	in Verbindung mit
JBl	„Juristische Blätter“
JournalistenG	Journalistengesetz
JSt	„Journal für Strafrecht“
Juridikum	„Zeitschrift im Rechtsstaat“
JZ	„Juristenzeitung“

KOM	Dokumente der Kommission d Europäischen Gemeinschaften
Komm	Kommentar
Lit	Literatur
MarkenG	Markengesetz (Deutschland)
MSchG	Markenschutzgesetz
mE	meinen Erwägungen nach
MedienG	Mediengesetz
Mio	Million(en)
MuSchG	Musterschutzgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
MR	„Medien und Recht“
MR-Int	„Medien und Recht International“
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖBl	„Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht“
ÖJZ	„Österreichische Juristenzeitung“
OLG	Oberlandesgericht
österr	österreichisch/österreichische
OZK	„Zeitschrift für Kartell- und Wettbewerbsrecht“
PatG	Patentgesetz
RdW	„Recht der Wirtschaft“
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramtes (www.ris.bka.gv.at)
RL	Richtlinie der Europäischen Union
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
RZ	„Österreichische Richterzeitung“
StGB	Strafgesetzbuch
SZ	Entscheidungen des OGH in Zivilsachen
ua	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
RL-UGP	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken
UrhG	Urheberrechtsgesetz
uU	unter Umständen
USD	US- Dollar
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
va	vor allem
vgl	Vergleiche
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VO	Verordnung der Europäischen Union
wbl	„Wirtschaftsrechtliche Blätter“
z.B.	zum Beispiel
ZIP	„Zeitschrift für Wirtschaftsrecht“
ZPMRK	Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention
zT	zum Teil

LITERATURVERZEICHNIS

- Alexander*, Marktsteuerung durch Abschöpfungsansprüche, JZ 2006, 890
- Berka*, Das Recht der Massenmedien, 1989, Böhlau Verlag
- Berka/Höhne/Noll/Polley*, Mediengesetz, Praxiskommentar², LexisNexis ARD Orac
- Bertel/Schweighofer*, Strafrecht Besonderer Teil I¹¹, Springer
- Bertel/Schweighofer*, Strafrecht Besonderer Teil II⁷, Springer
- Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union³ (2006), UTB
- Büchele/Guggenbichler*, Österr. Urheberrecht, (8. Lfg, 2007), LexisNexis
- Bydlinski Franz*, System und Prinzipien des Privatrechts, (1996), Springer
- Dichlberger*, Die Gewinnabschöpfung – eine unbekannte Größe?, ecolex 2010, 880
- Dittrich (Hrsg)*, Beiträge zum Urheberrecht IV (1996), Manz
- Fabrizy*, Kurzkommentar StGB⁸, (2002), Manz
- Feil/Langer*, Das österreichische Schadenersatz- und Haftpflichtrecht (1971), Prugg Verlag
- Fezer*, Markenrecht⁴, (2009), Beck
- Fort*, Strafelemente im deutschen, amerikanischen und österreichischen Schadensersatzrecht unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts (2001), Shaker Verlag
- Gamerith*, Die Probleme des Bildnisschutzes aus der Sicht der Rechtsprechung, MR 1996, 130
- Gamerith*, Wettbewerbsrecht I – UWG⁶ (2008), Orac
- Gruber*, Schadenersatz und Kartellrecht – das Grünbuch der Kommission, MR-Int 2006, 17
- Grünzweig*, Markenrecht, (1. Lfg, 2005), LexisNexis
- Gschnitzer*, Österreichisches Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz², (1988), Springer
- Hager/Zöchbauer*, Persönlichkeitsschutz im Straf- und Medienrecht⁴; Medien und Recht
- Handig*, EG Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken – Anlass für eine Reform des UWG, ÖBI 2005, 196
- Handler*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten 2008, Verlag Österreich
- Heermann/Hirsch (Hrsg)*, Münchner Kommentar zum Lauterkeitsrecht Bd2 (2006), Beck
- Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Beck 'scher Kurzkommentar Band 13a, Kommentar zum UWG²⁵ (2007), Beck

Hinterhofer, Verfall statt Abschöpfung der Bereicherung im österreichischen Strafrecht, *ecolex* 2011, 317

Holoubek/Kassai/Trainer, Grundzüge des Rechts der Massenmedien³ (2006), Springer

Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch², (49. Lfg, 2007), Manz

Kletecka, punitive damages – der vergessene Reformpunkt?, *ÖJZ* 2008, 785

Kocholl – Punitive damages in Österreich (2001), NWV

Korn, Bildnisschutz neu – Abschied von alten Dogmen, *MR* 1999, 213

Korn, Die berufliche Sorgfalt im Wettbewerbsrecht, *ÖBl* 2008, 169

Korn/Neumayer – Persönlichkeitsschutz im Zivil- und Wettbewerbsrecht (1991),
Medien und Recht

Koziol, „Patentverletzungen und Schadenersatz“, *RdW* 2007, 198

Koziol, Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2005), Springer

Koziol, Haftpflichtrecht I³ (1997), Manz

Koziol/Welser – Grundriss Bürgerliches Recht I¹³, Manz

Koziol/Welser – Grundriss Bürgerliches Recht II¹², Manz

Koziol/Wilcox (Eds), Punitive damages: Common law and civil law perspectives (2009),
Springer

Koziol/Warziles (eds), Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien (2005), Springer

Kucsko – geistiges eigentum (2003), Manz

Kucsko (Hrsg), urheber.recht (2008), Manz

Kucsko, marken.schutz (2006), Manz

Lukas, Schadenersatz bei Verletzung der Privatsphäre, *RZ* 2004, 33

Mahr, Die „rätselhafte Schadenspauschalierung“ nach § 87 Abs 3 UrhG, *MR* 1994, 183

Maleczky, Strafrecht Allgemeiner Teil II¹⁰, (2004), facultas.wuv

Mayer (Hrsg) – Persönlichkeitsschutz und Medienrecht, 1999, Manz

Mönch, Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach §10 UWG, *ZIP* 2004, 2032

Mönsdorf-Schulte, Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages (1999),
Mohr Siebeck

Obwexer, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts,
ecolex 2008, 878

Paulus, Das Weißbuch der Europäischen Kommission (Teil I), Schadenersatzklagen wegen
Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (Private Enforcement), *OZK* 2008, 43

Paulus, Das Weißbuch der Europäischen Kommission (Teil II), Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (Private Enforcement), OZK 2008, 83

Prisching, Immaterieller Schadenersatz in Österreich und den USA (2003), NWV

Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁶ (2003), Manz

Rummel (Hrsg) – Kommentar zum ABGB³ 1. Band 2000, Manz

Rummel (Hrsg) – Kommentar zum ABGB³ 2. Band 2002, Manz

Schaub, Schadenersatz und Gewinnabschöpfung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, GRUR 2005, 918

Schuhmacher Wolfgang, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, wbl 2005, 506

Schumacher Christian, Medienberichterstattung und Schutz der Persönlichkeitsrechte (2001), Manz

Schweighofer, Anmerkungen zum strafrechtlichen Kompetenzpaket (sKp), JSt 2010, 203

Schwimann (Hrsg) – ABGB, Praxiskommentar³ 2005, LexisNexis ARD Orac

Swoboda, §7a MedienG – Interessenabwägung im Blindflug?, MR 1997, 189

Thiele, Unbefugte Bildaufnahme und ihre Verbreitung im Internet – braucht Österreich einen Paparazzi- Paragraphen?, RZ 2007, 2

Trieb, „Unteilbarkeit“ des Identitätsschutzes – neue Judikatur?, MR 1998, 43

Trieb, §7a MedienG – Interpretation und Judikatur, MR 1996, 227

Walter, Schadenersatz, angemessenes Entgelt und Verletzererfolg bei Urheberrechtsverletzungen, MR 1995, 2

Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007), Manz

Wiebe (Hrsg), Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2010), facultas.wuv

Wiebe, Fit für Europa – die deutsche UWG Reform, MR 2004, 339

Wiebe, Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform, JBl 2007, 69

Wiebe/Kodek (Hrsg) – Kommentar zum UWG (2009), Manz

Wiltschek, Patentrecht (2000), Manz

Wimmer-Leonhardt, UWG-Reform und Gewinnabschöpfungsanspruch oder „die Wiederkehr der Drachen“, GRUR 2004, 12

Windhager, Kinder als Opfer medialer Berichterstattung, juridikum 2006, 163

Zöchbauer (Bearb.), Das neue Medienrecht (1993), WUV

Zöchbauer, Grundfragen des Medienstrafrechts (1992), Orac

I. EINLEITUNG

1. Ein Einstieg

Strafschadenersatz im österreichischen Recht – wieso gerade dieses Thema, wieso gerade am Beispiel des Medienrechts?

Mein Interesse an der Frage, ob das Konstrukt eines Strafschadenersatzes auch in Österreich realisierbar wäre bzw. ob dafür überhaupt eine Veranlassung besteht wurde durch zwei Ereignisse beeinflusst. Zunächst befasste ich mich im Rahmen einer Seminararbeit während meines Diplomstudiums mit der Thematik einer Gewinnabschöpfung für das Lauterkeitsrecht, wo ich mit der Problematik von Geschäftspraktiken von Unternehmen, welche sogenannte „Werbefahrten“¹ – also als Gratisbustouren getarnte Verkaufsfahrten – und der Schwierigkeit, die sich bei der Eindämmung bzw. Verfolgung solcher Praktiken darstellen, konfrontiert wurde. Damit war mein Interesse an alternativen, neuen und vor allem effektiven Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten geweckt.

Zu dem Thema Strafschadenersatz führte mich dann ein Blick in die Medienlandschaft bzw. die Vorgänge rund um einen populären Fall in der jüngeren österreichischen Kriminalgeschichte. Es handelte sich dabei um den weithin unter dem Titel „Fall Amstetten“ bekannten Fall, in welchem der damals mutmaßliche und inzwischen rechtskräftig verurteilte Täter Josef F. Familienmitglieder jahrelang in einem Kellerverlies gefangen gehalten hat.²

Die Umstände dieses einzigartigen Falles weckten immenses mediales Interesse auch weit über die Grenzen Österreichs hinaus – besonders in den Boulevardmedien wurde das Thema wochenlang, bis in jedes Detail und mit großformatigen Bildern seitenlang dargestellt.³

¹ Siehe zu Werbefahrten die Information der österr. Arbeiterkammer: <http://www.arbeiterkammer.at/online/achtung-bei-werbefahrten-51468.html>; zuletzt abgerufen am 16.05.2011

² Für Details hierzu siehe z.B. <http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/462532/index.do>; zuletzt abgerufen am 16.05.2011

³ Ich erspare mir an dieser Stelle die Aufzählung diverser Quellen und schlage stattdessen dem Leser vor, den Begriff „Fall Amstetten“ zu googeln und sich selbst ein Bild ob der Chronologie und der Vielzahl der Schlagzeilen alleine in den Onlinemedien zu machen

Gerade diese ausufernde Berichterstattung und insbesondere die dabei angewandten Methoden bzw. der – höflich formuliert – schlampige Umgang mit Persönlichkeitsrechten ließen mich erkennen, dass die Effizienz des Mediengesetzes wohl unzureichend ist.

Sofort nach Bekanntwerden der Tat, insbesondere des Umfangs und der Einzigartigkeit, war nämlich der volle Name des (zum damaligen Zeitpunkt mutmaßlichen) Täters sofort überall bekannt, erst nach und nach wurde der Nachname nicht mehr benannt („Josef F.“) bzw. auf „Fall Amstetten“ umgetitelt. Das Foto des Täters wurde auf Titelseiten publiziert – auf den sonst bekannten ‚schwarzen Balken‘ über den Augen bzw. eine Verzerrung des Gesichts wurde oftmals verzichtet. Hand in Hand damit wurde auf Opferseite genauso wenig zimperlich vorgegangen: das Krankenhaus, in welchem die befreiten Opfer untergebracht wurden, musste von Sicherheitspersonal bewacht werden um Fotografenscharen davon abzuhalten, das Krankenhaus zu betreten. Besondere Aufmerksamkeit erlangte hierbei die Aktion eines Fotografen, der bei seinem Versuch ins Krankenhaus einzudringen und ein Foto der Opfer zu schießen (für ein Foto der Opfer wurde von Medienunternehmen angeblich bis zu 1 Mio USD geboten), einen Wachmann tätlich angriff und verletzte.⁴

Diese Vorgänge waren für mich ausschlaggebend um zu hinterfragen, ob die geltende Rechtslage den Schutz der Persönlichkeitsrechte des Einzelnen ausreichend sicherstellt, wo die Grenzen rechtmäßigen Verhaltens sind und ob ein Verstoß adäquat sanktioniert wird. Selbstverständlich lässt sich rund um die Thematik von Boulevard und Sensationsjournalismus seitenlang darüber philosophieren und diskutieren, wo die Grenzen von ordentlichem Journalismus einerseits und rein der Sensationslust dienendem „Journalismus“ andererseits liegen – für die vorliegende Arbeit wäre dies jedoch zu umfangreich und fehlplatziert, ich überlasse daher diese Frage einer Auseinandersetzung dem Bereich der Publizistik.

Die Frage nach der Sicherstellung und angemessenen Sanktion führt unverweigerlich zu den Leidtragenden solcher Verstöße, also den „Opfern“ einer ausufernden Berichterstattung. Was bedeutet es für einen Menschen, für seine Existenz, wenn man ihn in sämtlichen Medien sprichwörtlich ‚durch den Dreck zieht‘? Reichen hier die gesetzlich vorgeschriebenen

⁴ http://www.welt.de/vermischtes/article2012401/Fotograf_schlaegt_Wache_wegen_Fritzl_Fotos_nieder.html; zuletzt abgerufen am 16.05.2011

‚Wiedergutmachungsmöglichkeiten‘ tatsächlich aus? Reicht das ‚klassische‘ Schadenersatzrecht?

Der beschriebene Fall ist kein Einzelfall, immer öfter fällt ein ‚lockerer‘ Umgang von Medien mit Themen wie Unschuldsvermutung, Persönlichkeitsrechten, etc. auf. Dabei ist es nicht so, dass es für klare Verstöße gegen das Medienrecht keine Sanktionsmöglichkeiten gäbe, es gibt eine vielfältige Judikatur zu den entsprechenden Tatbeständen im Mediengesetz, und Strafen werden durchaus auch verhängt – dennoch scheinen diese keinen Grund darzustellen, solche Verletzungen erneut zu begehen.

2. Zielsetzung & Inhalt der Dissertation

Wenn nun also angenommen wird, dass die Grenzen der Rechtmäßigkeit immer öfter überschritten werden und auch Verurteilungen nach dem Mediengesetz keine Seltenheit darstellen, stellt sich für mich unverweigerlich die Frage: kann es sich ein Medienunternehmen ‚leisten‘, gegen das Mediengesetz zu verstoßen? Nimmt es etwa Sanktionen bewusst in Kauf, weil sie nicht im Verhältnis zum Absatz stehen? Ist hier eine Abschreckungs- bzw. Präventionswirkung gegeben?

Offensichtlich nein: gerade der Fall Amstetten und andere populäre Fälle haben die Koalitionsparteien dazu bewogen, in das Regierungsprogramm⁵ für die 24. Gesetzgebungsperiode die Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes im Medienrecht aufzunehmen.

Im österreichischen Recht finden sich verschiedenste Möglichkeiten rechtswidriges Verhalten abzustellen bzw. einen Verstoß zu sanktionieren. Strafe, Unterlassung, Beseitigung, Schadenersatz, etc. sind diverse Methoden, um den Rechtsunterworfenen zu rechtskonformem Verhalten zu bewegen.

Für viele Anwendungsbereiche in unserem Rechtssystem sind die gegebenen Möglichkeiten im Prinzip passend – wenn auch ihre jeweilige Ausgestaltung und Handhabung in manchen

⁵ Ersichtlich zB unter <http://www.oevp.at/Common/Downloads/Regierungsprogramm2008-2013.pdf>; Seite 113; zuletzt abgerufen am 16.05.2011

Rechtsgebieten Aufsätze und Dissertationen füllen können, so geht es doch meist mehr um die konkrete Ausgestaltung einer an sich akzeptierten Sanktion als um deren grundlegende Hinterfragung. Andererseits gibt es aber auch Rechtsgebiete, deren Ausgestaltung, salopp formuliert, ‚in die Jahre‘ gekommen ist und die sich deshalb einer grundlegenden, umfassenden Diskussion zu deren Reform befinden. Dies gilt insbesondere für das Schadenersatzrecht, welches sich ob seiner Reformbedürftigkeit seit Jahren in solch einem Diskussionsprozess befindet.⁶

Ein Bereich rund um das Thema Schadenersatzrecht stellt für mich gleichermaßen Ausgangspunkt wie auch Kernelement der hier vorliegenden Dissertation dar: Der Strafschadenersatz (oder ‚punitive damages‘, aus dem US-amerikanischen Recht) hat folgende Komponenten in sich: anstelle des klassischen, auf den Ausgleich ausgerichteten Schadenersatz für den Geschädigten tritt eine harte, strafende Sanktion gegen den Schädiger, die eine starke präventive Wirkung entfacht.

Wenn wir nun also davon ausgehen, dass im Gebiet des Medienrechts offensichtlich Unzulänglichkeiten der bestehenden Gesetzeslage bestehen, noch dazu gerade bei jenem sensiblen Bereich des Schutzes von Persönlichkeitsrechten, sehe ich eine gerechtfertigte Diskussionsgrundlage gegeben, um der Frage, ob Strafschadenersatz eine Möglichkeit eines effektiven Rechtsschutzes im Mediengesetz darstellt, nachzugehen.

Die Auseinandersetzung soll allerdings nicht ausschließlich, wenn auch schwerpunktmäßig auf das Medienrecht bzw. den Persönlichkeitsrechten beschränkt sein. Es werden im Zuge der Auseinandersetzung auch andere Teilgebiete des Unternehmensrechts und den dort geschützten Rechtsgütern und deren Sanktionsmöglichkeiten in die Betrachtung miteinbezogen werden, primär am Lauterkeitsrecht orientiert. Daneben gibt es aber auch andere Bereiche wie z.B. die Sanktionen im Immaterialgüterrecht, die von besonderem Interesse sind und daher dargestellt werden.

⁶ Welcher nicht zuletzt auch in diversen Vorschlägen eine Konkretisierung fand: siehe z.B. *Kozioł*, Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2005), Springer

Im Zuge der Erarbeitung soll dabei auch ein Blick in das amerikanische Recht erfolgen, wo das Instrument von ‚punitive damages‘ geltendes Recht darstellt, sowie ein Einblick in das europäische Gemeinschaftsrecht geworfen werden.

Zusammenfassend soll Ziel dieser Dissertation sein, positiv wie gleichermaßen kritisch die Möglichkeit und Sinnhaftigkeit zur Implementierung und Anwendbarkeit eines neuen Instruments, des Strafschadenersatzes, im Medienrecht darzustellen, bzw. Alternativen zu überlegen. Dies soll ebenfalls, wenn auch in kleinerem Rahmen, für das Lauterkeitsrecht verwirklicht werden.

3. Medien im Spannungsfeld

Die vorliegende Auseinandersetzung kann sich schon allein deshalb, weil die Frage gestellt wird, ob Medien stärker zu sanktionieren sind, wenn sie Persönlichkeitsrechte verletzen, nicht nur auf eine rein dogmatische Betrachtung beschränken, sondern soll an dieser Stelle auch kurz dem gesellschaftspolitischen Aspekt des Medienrechts besonderes Augenmerk schenken.

Medien nehmen eine unschätzbar wichtige Rolle in einer demokratischen Gesellschaft wahr. In ihrer Aufgabe als „public watchdog“⁷ wahren die Medien den Zugang zu einer objektiven wie kritischen Betrachtungsweise aller möglichen Geschehnisse der Zeitgeschichte. Selbstverständlich ist mit dieser Aufgabe auch eine große Verantwortung verbunden, und je stärker ein Medium insbesondere in den privaten bzw. persönlichen Bereich Einblick nimmt, desto dringender bedarf es auch einer gewissen ‚Selbstbeherrschung‘ dieser Medien, um den Ausgleich zwischen im Sinne des Wohles der öffentlichen Meinung gebotener veröffentlichter Information und reiner Sensationsgier bzw. Umsatzgier zu finden.

Schutz der Persönlichkeitsrechte und Medien bedeuten somit ein breites Feld für Spannungsfelder. Gerade im Bereich des Boulevard finden sich immer mehr Beiträge des Öfteren nicht – oder zumindest nicht erkennbar – des Informationsgehalts wegen, sondern

⁷ Polley in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG Vor §§28-41 Rz 47; Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG Präambel Rz 9

vielmehr aufgrund eines gesteigert sensationslüsternem Publikums und immer mehr auch, weil diese Beiträge schlichtweg einen eigenen Marktwert besitzen.⁸

Natürlich muss differenziert werden, mit welchem Medium man es zu tun hat: ein Blatt des Boulevards hat sicherlich einen anderen Leserkreis als sog. Qualitätsmedien, was gleichermaßen natürlich auch einen anderen inhaltlichen Schwerpunkt hervorruft. Ein Society-Magazin wird sich anderen Themen widmen als ein politisches, journalistisch investigatives Nachrichtenmagazin. Gleiche Kriterien, gleiches Niveau für unterschiedliche Zielgruppen und Schwerpunkte annehmen zu wollen, wäre schlichtweg ein falscher Denkansatz und ist noch dazu nicht der Kern des Problems.

Jedoch muss kritisch betrachtet und hinterfragt werden, wo und wie ein gewisses Mindestmaß an journalistischer Sorgfalt besteht – oder nicht. Aber auch diese Frage führt unverweigerlich wieder in dasselbe Dilemma wie oben, weil der Maßstab fehlt: die Arbeit eines Bauhandwerkers auf gut oder schlecht zu qualifizieren (egal ob bei einem Bauschuppen oder einer Villa) ist leicht, weil ein Maßstab vorhanden ist – im Journalismus fehlt genau dieser. Nichtsdestotrotz, alleine bei der Betrachtung der unterschiedlichen Tageszeitungen in Österreich sieht man, wie gleiche Inhalte anders aufgebaut werden können. Alleine das Wording des Titels kann einen immensen Unterschied machen – ebenso wie Bilder – oder, im Zeitalter von Online-Zeitungen sogar Videos.

Und hier kommt bereits ein weiterer Aspekt zum Vorschein: das Internet. Gerade für die Boulevardpresse bedeutet das Internet eine große Konkurrenz; Handykameras in Verbindung mit Accounts bei YouTube⁹ oder ein Blog auf Twitter¹⁰ oder MySpace¹¹ schaffen hierbei, ohne Ansprüchen des Journalismus bzw. einer journalistischen Sorgfalt auch nur ansatzweise gerecht werden zu müssen, eine neue Dimension der „Publizierung“, die insbesondere die Boulevardpresse herausfordert, weiterhin mithalten zu können – wieso soll ich mir eine Zeitung kaufen, die mir „exklusiv“ Fotos von einem Prominenten in einer peinlichen Situation zeigt, wenn das ganze bereits seit Tagen – gratis wohlgemerkt – auf YouTube anzusehen ist?

⁸ Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG Vor §§6-8a Rz 1f; Handler, Schutz von Persönlichkeitsrechten 437

⁹ Youtube.com betrieben von YouTube LLC. ist eine Internetplattform, die das uploaden von Videos durch User erlaubt

¹⁰ Twitter.com, betrieben von Twitter Inc., ist eine Internetplattform für sog. „Mikroblogging“; also das Veröffentlichen kurzer Textmitteilungen

¹¹ Myspace.com wird von MySpace Inc. betrieben. Es handelt sich dabei um eine Online-Community, bei welcher die Mitglieder auf einer Art ‚Mini-Homepage‘ Blogs schreiben, Fotos darstellen, etc. können

Die Medien müssen hier also erfinderisch bis kreativ werden, um mithalten zu können. Hierbei beginnt auch schon die juristische Komponente miteinzufließen: jemand, der ein Video anonym ins Netz stellt, schert sich wenig bis gar nicht um Persönlichkeitsrechte anderer – verpixelte Gesichter sind höchstens zu sehen, wenn der Filmende selber sichtbar ist. Dem Medienunternehmen sind hierbei rechtlich bereits die Hände gebunden, es muss verpixeln – welches Video ist wohl interessanter?

Diese Entwicklung darf allerdings keine Entschuldigung oder gar Rechtfertigung für Medien darstellen, gegen Persönlichkeitsrechte zu verstoßen. Selbstverständlich mag die Grenzziehung zwischen Erlaubtem und die Grenze Überschreitendem nicht immer einfach sein, andererseits gibt es aber auch immer mehr Fälle, in denen die Medien (bewusst?) die Grenze zum Teil überschreiten – im Fall Josef F. z.B. war dies gut zu beobachten.¹² Für gerade solche Fälle ist es geboten, wirksamen Rechtsschutz und effiziente Sanktionen zu implementieren, die auch dazu führt, dass sie eingehalten werden und somit präventive Wirkung entfalten.

Unverweigerlich wird man in dieser Diskussion auch mit der Frage konfrontiert, ob es denn tatsächlich gerechtfertigt – oder gar, im Sinne der Pressefreiheit, überhaupt gestattet – ist, so massiv in die Freiheiten der Medien Eingriff nehmen zu wollen, um präventiv Veröffentlichungen unterbinden zu wollen. Deshalb sei gleich vorweg genommen: es soll keineswegs das Ziel, geschweige denn Intention, dieser Dissertation sein, in irgendeiner Weise an der Pressefreiheit zu rütteln oder diese einzuschränken. Allerdings bedeutet eine Sensibilisierung der Presse hin zu einem ordentlichen Umgang mit Persönlichkeitsrechten nicht automatisch eine Einschränkung der Pressefreiheit.

Welches objektive Interesse der Allgemeinheit besteht z.B. die Fotos der Gesichter der befreiten Kinder von Josef F. in eine Zeitung abzudrucken? Ist der „Voyeurismuszwang“ der Gesellschaft tatsächlich eine Rechtfertigung dafür? Auch wenn Internet und Co. eine große Konkurrenz darstellen darf dies keineswegs als Rechtfertigung dienen, die fundamentalen Rechte einer Person zu verletzen, weil sonst „die Zahlen“ nicht mehr stimmen bzw. Leser

¹² Aktuell bildet z.B. der Fall jenes 23-jährigen Jusstudenten Philipp K., der seine Freundin Steffi P. brutal ermordet hat, ein hervorragendes Beispiel, wie lax mit Persönlichkeitsrechtsschutz umgegangen wird

verloren gehen. Leider, so scheint es, werden diese Verletzungen aber bewusst in Kauf genommen; offensichtlich schrecken die angedrohten Strafen nicht ab, sondern können sogar budgetiert und miteinkalkuliert werden. Was ist für eine österreichweit erscheinende, auflagenstarke Tageszeitung schon EUR 20.000,- an Entschädigungszahlung (Anm.: die Höchstbemessung für den Verstoß gegen die Unschuldsvermutung)? Die Rechnung lautet: bei einem Preis von EUR 1,- pro Zeitung bezahlen, salopp formuliert, 20.000 Leser eine Entschädigungszahlung. Die Kronenzeitung beispielsweise hatte im Jahr 2009 eine (bezahlte) Auflage von rund 820.000 Stück¹³ – täglich.

4. Strafschadenersatz – ein Einstieg

Die erste Frage, die im Zuge der Betrachtung aufkommt, ist natürlich jene, worum es sich bei dem Begriff „Strafschadenersatz“ überhaupt handelt. Die ausführliche Behandlung der relevanten Fragen um den Strafschadenersatz bildet den Kern dieser Arbeit, dennoch sollen zur Klarstellung – und als erster Einstieg – kurz einige wichtige Grundlagen skizziert werden.

Grundsätzlich: Strafschadenersatz versteht sich nicht als eine Strafe im strafrechtlichen Sinne aber auch nicht als Schadenersatz im zivilrechtlichen Sinn.

Die vorherrschende österreichische Rechtslehre versteht im Zweck des Schadenersatzes primär die Funktion eines „Ausgleichs“ eines erlittenen Schadens, also die wirtschaftliche Wiederherstellung des Zustandes vor einem schädigenden Ereignis.¹⁴ Daneben werden aber auch präventive und sanktionierende Funktionen – als freilich dem Ausgleich untergeordnet und eher als „Nebeneffekt“ auftretend – bejaht.¹⁵

Demgegenüber sieht der Strafschadenersatz eine differenziertere Funktion als die eines auf einen Ausgleich des erlittenen Schadens vor: Strafschadenersatz gewährt dem Geschädigten einen über einen Ausgleich hinausgehenden Ersatz. Entscheidend ist hierbei, dass dem bloßen

¹³ Wochenschnitt Mo-Sa in der Kategorie "Verkaufte Auflage mit Großverkauf max. 17,5 %"; Quelle: Jahresschnitt 2009 der Österreichischen Auflagenkontrolle (OEAK);

http://www.oepak.at/content/intern/Auflagenlisten/OEAK_2009_JS_KORR_20100824.pdf; zuletzt abgerufen am 16.05.2011

¹⁴ Im Detail unten II./ 2. - Zweck des Schadenersatzrechts, Seite 27

¹⁵ Z.B. Koziol, Haftpflichtrecht Rz 1/13; F. Bydlinski, System und Prinzipien 185f, Welser in Koziol/Welser, Grundriss 283

Zweck des Ausgleichs ein Präventions- wie auch Sanktionszweck hinzukommt.¹⁶ Der Strafschadenersatz nimmt somit gleichermaßen eine starke präventive wie auch sanktionierende Wirkung ein.

Im US-amerikanischen Recht, als Ursprung der dort unter „punitive damages“ bekannten Form des Strafschadenersatzes, ist dieser als Instrument zur Rechtsdurchsetzung bei als besonders schwerwiegenden, moralisch verwerflichen Rechtsverstößen zu finden.¹⁷

Ein wichtiger Ansatz, der gleich zu Beginn ebenfalls klargestellt werden muss, ist jener, dass der Strafschadenersatz im allgemeinen Verständnis – und somit auch in dieser Darstellung – als rein zivilrechtliches Konstrukt zu sehen ist. Strafschadenersatz als „Privatstrafe“¹⁸ ist somit im Sinne dieser Betrachtung mit rein zivilrechtlichen Fragestellungen konfrontiert und betrifft somit nicht den Bereich des Strafrechts.

Wenn im Zuge dieser Dissertation der Strafschadenersatz erarbeitet wird, soll dieser damit in erster Linie nicht als Ersatz sondern vielmehr als Erweiterung und Ergänzung zum Schadenersatzrecht gesehen werden. Der Zweck, der meinen Überlegungen den Strafschadenersatz betreffend zugrunde liegt ist es, in sensiblen Bereichen, wo das klassische Schadenersatzrecht nicht auszureichen scheint, durch die präventive wie sanktionierende Charakteristik des Strafschadenersatzes eine Erweiterung zu schaffen, solche „groben“ Rechtsverstöße verhindern zu können, indem durch ein starkes Instrument die Abschreckungs- bzw. Präventivwirkung verstärkt wird, ohne dabei die grundlegenden Schadenersatzansprüche zu verdrängen.

¹⁶ Kletecka, ÖJZ 2008, 785 (786); Kocholl, Punitive damages 105

¹⁷ Sebok in Koziol/Wilcox (eds), Punitive damages 155 Rz 1; Kocholl, Punitive damages 107

¹⁸ Kocholl, Punitive damages 106

II. GRUNDLAGEN DES ÖSTERREICHISCHEN SCHADENERSATZRECHTS

1. Einleitung

„Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten hat.“

§1293 ABGB

Eine fundierte Auseinandersetzung mit dem Thema Strafschadenersatz erfordert es zunächst, einen Überblick über die wichtigsten Grundlagen und Prinzipien des österreichischen Schadenersatzrechtes zu geben, wobei selbstverständlich nicht das gesamte Gebiet des Schadenersatzrechtes bis ins Detail beleuchtet werden soll. Vielmehr beschränkt sich diese Darstellung auf jene Bereiche, die insbesondere auch für den weiteren Verlauf von Bedeutung sind.

2. Zweck des Schadenersatzrechts

2.1. Der Ausgleichsgedanke

In der überwiegenden österreichischen Rechtslehre¹⁹ wird ein bestimmtes Prinzip als primäre Funktion des österreichischen Schadenersatzrechtes gesehen (und ist damit gleichermaßen auch stärkstes Argument der Gegner eines Strafschadenersatzes in Österreich). Es handelt sich hierbei um den Ausgleichsgedanken. *Welser*²⁰ beschreibt hierzu beispielsweise: „Primärer Zweck des Schadenersatzrechtes ist es, dem Geschädigten durch einen Ersatzanspruch einen Ausgleich für die erlittene Einbuße zu verschaffen. Diese Ausgleichsfunktion ist dem gesamten

¹⁹ So z.B. *Welser in Koziol/Welser*, Grundriss 283; *Koziol*, Haftpflichtrecht Rz 1/13; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 187

²⁰ *Welser in Koziol/Welser*, Grundriss 283

Haftungsrecht gemeinsam, gleichgültig auf welchen Haftungselementen (z.B. Verschulden oder Gefährdung) es beruht.“

Das österreichische Schadenersatzrecht funktioniert nach dieser Bewertung also grundsätzlich nach dem Dogma des Schadensausgleichs; der Geschädigte ist so zu stellen wie vor dem schädigenden Ereignis. Das Schadenersatzrecht dient damit also in erster Linie einer „Verschiebung“ des durch das schädigende Ereignis eingetretenen Nachteils zugunsten des Geschädigten.²¹

Damit ist ein für die weitere Betrachtung essentieller Punkt angesprochen: der Ausgleichsgedanke verbietet es nämlich aus seiner eigenen Logik heraus, einem Geschädigten mehr zuzusprechen, als er an Nachteil erlitten hat – mehr auszusprechen würde ja über einen reinen „Ausgleich“ hinausgehen. Dementsprechend muss jede Bemessung eines Anspruches jenes Umfangs sein, welcher sich anhand des erlittenen Schadens ergeben hat. Insbesondere bei immateriellen Schäden ist hier einem breiten Spektrum an Diskussionen und wissenschaftlichen Auseinandersetzungen Tür und Tor geöffnet – denn wie sollen diese nicht messbare Schäden „konkretisiert“ bzw. in ausgleichende Höhen gebracht werden – wer bemisst z.B. den „richtigen“ Grad beim Affektionsinteresse?²²

Eine positive Einstellung zum Strafschadenersatz fordert somit eine differenziertere Betrachtungsweise mit diesem vorherrschenden Prinzip, denn der Ausgleichsgedanke kann ja weiterhin wesentlicher Bestandteil des Schadenersatzrechtes bleiben, da der Strafschadenersatz diesen nicht verdrängt, sondern erweitert und für den Strafschadenersatz diese Dogmen nicht anwendbar sind.

²¹ *Gschnitzer*, Schuldrecht 419

²² § 1331 ABGB – siehe unten III./ 3. - Das ABGB, Seite 46f

2.2. Der Sanktionsgedanke

Trotz seiner „Vorherrschaft“ in der Frage des Zwecks des Schadenersatzrechts bestehen neben dem Ausgleichsprinzip noch weitere Prinzipien, die nach der Lehre Zwecke des Schadenersatzrechtes darstellen, hierzu gehört zunächst der Sanktionsgedanke.²³

§ 1324 ABGB normiert, dass jeder Schädiger nach dem Grad seines Verschuldens Ersatz zu leisten hat. *Koziol*²⁴ sieht in dieser Bestimmung die Verankerung des Sanktionsgedankens, wenngleich er betont, dass damit „keineswegs Schadenersatz und Strafe“ vermengt werden dürfe. Gleichermaßen sei damit aber auch betont, dass die Sanktion mit dem Verschulden des Schädigers verknüpft ist, somit ist dieses Prinzip grundsätzlich auch nur für die Verschuldenshaftung relevant, nicht aber im Bereich der Gefährdungshaftung.²⁵ Dem ist kritisch entgegenzuhalten, dass auch ein ohne Verschulden Haftender natürlich in der Ersatzpflicht eine Sanktion sehen wird, insbesondere gerade auch deshalb, weil er diese ohne Verschulden zu tragen hat.

2.3. Der Präventionsgedanke

Schließlich kommt noch ein weiterer Zweck im Schadenersatz zum Tragen: jener der Prävention. Unbestrittener Weise soll auch ein präventiver Aspekt in den Bestimmungen des Schadenersatzes zu finden sein.

Dies erscheint nicht nur sinnvoll, sondern vielmehr notwendig: würde man nämlich, vom Sanktionsgedanken abgesehen, lediglich ausgleichende, jedoch keine präventive Zwecke im Schadenersatzrecht erkennen, hätte dies aus meiner Sicht ganz klar auch rechtspolitisch bedenkliche Züge. Das Schadenersatzrecht benennt die Rechtsfolgen einer Schädigung gleichermaßen in Regelungen für die Ersatzpflicht, wie es dabei auch, wie die Rechtsordnung grundsätzlich, jedenfalls ein präventives Element beherbergt, diese Rechtsfolgen gar nicht erst entstehen zu lassen – indem der Schaden gar nicht erst angerichtet wird und der

²³ *Koziol*, Haftpflichtrecht Rz 1/16; *Gschnitzer*, Schuldrecht 426 (dort „Vergeltungsgedanke“), 455

²⁴ *Welser* in *Koziol/Welser*, Grundriss 283; *Koziol*, Haftpflichtrecht Rz 1/16

²⁵ *Koziol*, Haftpflichtrecht Rz 1/16

Rechtsunterworfenen sich rechtskonform verhält – und wirkt somit präventiv gegen die Schadenszufügung.²⁶

Gleichermaßen sind mit diesem Präventionsgedanken sowohl die generalpräventive wie auch die spezialpräventive Wirkung berücksichtigt: es soll gleichermaßen die Allgemeinheit wie auch der Einzelne angehalten werden, keine Schäden zu verursachen.²⁷ Die präventive Wirkung ist aber nicht nur auf die Verschuldenshaftung anwendbar, sondern ist auch in der Gefährdungshaftung vorhanden, wenn auch in geringerem Ausmaß als in der Verschuldenshaftung, da eine Haftung auch bei sorgfältigstem Verhalten auftreten kann.

Genauso wie der Ausgleichsgedanke dem Strafschadenersatz die „Existenzberechtigung“ nimmt, beleben gerade Präventions- und Sanktionsgedanke eben diese wieder. Wie bereits kurz angerissen ist es nämlich in erster Linie der präventive Charakter des Strafschadenersatzes, der die Effektivität des Schutzes in der Verhinderung eines rechtswidrigen Verhaltens stärkt.

3. Der Schadensbegriff

Die Definition des Schadens eröffnet eine Vielzahl von Fragestellungen, wie „Schaden“ angesehen werden kann oder nicht: rein materiell oder immateriell; nur realer oder auch rechnerischer Schaden; positiver Schaden oder entgangener Gewinn; normativer Schaden etc. – es würde den Umfang dieser Arbeit übersteigen, all diesen Fragen nachzugehen. Kern dieser Arbeit bildet auch nicht die Frage, wie genau der Schaden zu definieren ist, um ihn optimal auszugleichen – sondern wie seine Entstehung überhaupt verhindert werden kann. Nichtsdestotrotz ist eine Auseinandersetzung mit dem Schadensbegriff nicht ganz auszuklammern.

²⁶ F. Bydlinski, System und Prinzipien 190; Koziol, Entwurf Rz 22; Gschnitzer, Schuldrecht 426; Koziol, Haftpflichtrecht Rz 1/15; Welser in Koziol/Welser, Grundriss 283 (mwN)

²⁷ Gschnitzer, Schuldrecht 426, der dem Präventionsgedanken sogar die überragende Bedeutung einräumt („...vor allem...“)

*Gschnitzer*²⁸ definiert den Schaden zunächst ganz allgemein als Vergleich von zwei Lagen: „die wirkliche, die durch das Ereignis eingetreten ist“, und die, „welche ohne das Ereignis bestünde“. Ist die reale Lage schlechter als die hypothetische, sei von einem Schaden zu sprechen, und das Ereignis als schädigendes Ereignis zu betrachten.

Für die Betrachtung ist es insbesondere von Bedeutung, zwei wesentliche Schadenselemente zu nennen: jenen des Vermögensschadens und des ideellen bzw. immateriellen Schadens. Während sich ersterer in einer konkreten Minderung des Vermögens ausdrückt (im Sinne eines „objektiven Schadensbegriffes“²⁹) – sei es in Form des positiven Schadens oder des entgangenen Gewinns, ist mit letzterem ein nicht konkret messbarer Nachteil gemeint.³⁰ Der Ersatz eines solchen kann beispielsweise im zur Befriedigung des Affektionsinteresse nach § 1331 ABGB³¹ zugestanden werden, oder aber auch den Bereich des Schmerzensgeldes nach § 1325 ABGB.

Bei Betrachtung von Persönlichkeitsrechten – und diese bilden ja Kern dieser Arbeit – ist jedenfalls zu berücksichtigen, dass durch deren Verletzung sowohl Vermögens- wie auch immaterielle Schäden entstehen können.

Wichtig ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass im Strafschadenersatz, da er ja gerade nicht auf den Ausgleich dieses Schadens hinausläuft, der „Schaden“ nach dieser Begrifflichkeit lediglich bei der konkreten Ausgestaltung einen Anhaltspunkt für die Bemessung liefern kann (wie dieser z.B. bei den treble damages³² herangezogen wird), nicht aber Grundlage der Bemessung liefert.

²⁸ *Gschnitzer*, Schuldrecht 418

²⁹ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 191; *Feil/Langer*, Schadenersatz- und Haftpflichtrecht 6f

³⁰ *Kozioł*, Haftpflichtrecht Rz 2/102

³¹ Siehe hierzu z.B. *Kozioł*, Haftpflichtrecht Rz 2/105

³² Siehe hierzu unten 0./ 2.6 - Exkurs: treble damages, Seite 136

4. Vermögensschaden – Immaterieller Schaden

Bei der Auseinandersetzung mit Persönlichkeitsrechten ist im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit von Schäden jedenfalls auch die Unterscheidung in Vermögensschaden und immateriellen Schaden darzulegen.

Vorab sei nochmals angemerkt: die hL³³ wie auch Rechtsprechung³⁴ definieren im Hinblick auf den Ausgleichsgedanken, dass gleichgültig ob Vermögensschaden oder immaterieller Schaden ersetzt wird, immer der Ausgleich für tatsächliche Schäden im Vordergrund steht. Es ist also ohne Bedeutung, ob ein greifbarer Schaden (wie z.B. die zerbrochene Vase) oder ein nicht greifbarer Schaden (wie z.B. Schmerzen) vorliegt: der Ersatz gebührt bei beiden Varianten nur als Ersatz für den tatsächlichen Schaden und kann daher für einen Strafschadenersatz wiederum nur einen Anhaltspunkt liefern.

4.1. Vermögensschäden / materielle Schäden

Als Vermögensschaden wird jener Schaden bezeichnet, der auch in Geld messbar ist.³⁵ Als weitere Differenzierung wird zwischen realem und rechnerischem Schaden unterschieden. Der reale Schaden stellt die tatsächliche nachteilige Veränderung dar und ist somit in erster Linie im Falle einer Naturalrestitution von Bedeutung.³⁶ Realer Schaden bedeutet den wirklich greifbaren, wie beispielsweise der zerstörte Tennisschläger oder die zerbrochene Vase. Der rechnerische Schaden stellt demgegenüber den Wert der Verminderung des Vermögens (und/oder –gutes) des Geschädigten dar, ist also für die Fälle von Geldersatz von Bedeutung.³⁷

Von besonderer Bedeutung ist auch die Unterscheidung zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn, wie sie auch schon bereits § 1293 ABGB vornimmt. Die Unterscheidung ist für den Umfang der Ersatzpflicht von Bedeutung, da in der Regel entgangener Gewinn nur

³³ Siehe schon oben II./ 2.1 - Der Ausgleichsgedanke, Seite 27

³⁴ RIS-Justiz RS0023471: "Der Schadenersatzanspruch hat den Zweck, dem Geschädigten einen Ausgleich für die erlittene Einbuße zukommen zu lassen. Die primäre Funktion des gesamten Haftpflichtrechtes liegt in der Verwirklichung dieses Ausgleichsgedankens. Diese Funktion ist dem gesamten Haftpflichtrecht gemeinsam."

³⁵ *Welser in Koziol/Welser*, Grundriss 285:

³⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht Rz 2/2

³⁷ aaO Rz 2/18

bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz zugestanden wird (bedeutende Ausnahme bildet hier § 349 UGB, wonach bei Geschäften unter Unternehmern immer der entgangene Gewinn zu ersetzen ist). Der positive Schaden drückt sich in der tatsächlichen Vermögensminderung aus, während der entgangene Gewinn die Erwerbschancen auf Vermögen darstellt – wie *Kozio*³⁸ treffend zitiert: „beim positiven Schaden kommt man um das, was man hatte, beim entgangenen Gewinn um das, was man hätte.“ Zur Veranschaulichung sei ein Beispiel aufgegriffen: das Auto, das bei einem Unfall einen Totalschaden erleidet, ist der positive Schaden. Die Tatsache, dass der Geschädigte das Auto gewinnbringend verkaufen konnte und jetzt um diese Möglichkeit gekommen ist, stellt seinen entgangenen Gewinn dar.

4.2. Immaterieller Schaden

Neben den messbaren Vermögensschäden ist auch der Ersatz des immateriellen bzw. ideellen Schadens vorgesehen, die im Kontext dieser Auseinandersetzung von besonderer Bedeutung sind. Als immaterielle Schäden gelten solche Schäden, die zu keiner Verringerung des Vermögens führen, die also in Geld nicht messbar sind („Gefühlsschäden“³⁹). Nach Ansicht der Lehre wird im allgemeinen Zivilrecht anders als in Sondergesetzen wie z.B. dem Medienrecht⁴⁰ – im Gegensatz zum Vermögensschaden – immaterieller Schadenersatz nur im Fall seiner expliziten Benennung (also wenn eine besondere Vorschrift diesen vorsieht), aber nicht generell gewährt.⁴¹

Die Einteilung eines Schadens kann aber nicht immer in die Kategorien materielle – immaterielle Schäden erfolgen, vielmehr kann sowohl durch einen Vermögensschaden für den Einzelnen auch ein immaterieller Schaden entstehen (zu denken ist hier besonders an den „Wert der besonderen Vorliebe“ des § 1331 ABGB), wie umgekehrt auch durch einen immateriellen Schaden ein Vermögensschaden (z.B. der Verdienstentgang infolge des Verlustes des Arbeitsplatzes aufgrund einer Beleidigung (§ 1330 ABGB) oder Behandlungskosten aufgrund einer Körperverletzung (§ 1325 ABGB)) entstehen kann.

³⁸ *Kozio*, Haftpflichtrecht Rz 2/34;

³⁹ *Welser in Kozio/Welser*, Grundriss 287

⁴⁰ Vgl. *Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG Vor §§6-8a Rz 21

⁴¹ *Feil/Langer*, Schadenersatz- und Haftpflichtrecht 145; *Kozio*, Haftpflichtrecht Rz 2/104; kritisch: aaO in Rz 11/2

Die größte Schwierigkeit bei dem Ersatz immaterieller Schäden ist die Frage, wie die Ersatzpflicht im Hinblick auf den Ausgleichsgedanken bemessen wird. Im Gegensatz zu den materiellen Schäden, welche in aller Regel nach objektiven Kriterien – in Geld – messbar sind, ist der Ersatz bei immateriellen Schäden nur schwer zu beurteilen, da immaterielle Schäden immer mit einer „subjektiven Komponente“ behaftet sind. Wie soll der erlittene Schmerz einer Person bemessen werden? Wie das erlittene Affektionsinteresse?

Die Bemessung erfolgt daher nach den äußerlich feststellbaren Umständen anhand einer Objektivierung des immateriellen Schadens, wenngleich subjektive Momente durchaus in diese Bemessung miteinfließen: folgt man den allgemeinen Bemessungskriterien nach dem Grad des Verschuldens (§§ 1323, 1324 ABGB) ergibt sich daraus, dass bei leichter Fahrlässigkeit jedenfalls ein möglichst objektiv ermittelter Schadenausgleich gewährt wird, der jedoch nicht über die Kriterien eines „positiven Schadens“ hinausgeht.⁴² Darüber hinaus muss bei grober Fahrlässigkeit oder Verschulden wiederum eine subjektive Bemessung erfolgen.⁴³

5. Verursachung

Das Schadenersatzrecht greift nur dort, wo die Person des Schädigers und jene des Geschädigten auseinanderfallen; ist dies der Fall kommt es zu der bereits angesprochenen Verlagerung der Schadenstragung vom Geschädigten zum Schädiger.⁴⁴

Dafür ist es zunächst jedenfalls erforderlich, dass der anderen Person das schädigende Ereignis zurechenbar ist, sprich dass diese Person diesen Schaden (kausal) verursacht hat. Durch das Erfordernis der Kausalität ist jedenfalls festgehalten, dass es eines Zusammenhangs zwischen dem Verhalten des Schädigers und des Schadens bedarf, um eine Verlagerung der Schadenstragung auszulösen – und damit der Schadenersatzpflicht.

⁴² Koziol, Haftpflichtrecht Rz 11/23

⁴³ aaO Rz 11/24

⁴⁴ Vgl. auch Welser in Koziol/Welser, Grundriss 282f; Gschnitzer, Schuldrecht 427f

Unter Kausalität versteht man, dass der eingetretene Schaden ohne die schädigende Handlung (bzw. Unterlassung) nicht eingetreten wäre. Mit anderen Worten: denkt man sich theoretisch die Handlung bzw. Unterlassung weg, tritt das schädigende Ereignis dann auch ein? Wird dies verneint, so ist die Handlung bzw. Unterlassung für das schädigende Ereignis kausal und dem Schädiger zuzurechnen.

Diese Beurteilung wird aber durch die sog. Adäquanztheorie eingeschränkt.⁴⁵ Die Adäquanz soll die Kausalität auf ein maßvolles Ausmaß einschränken, *Welser*⁴⁶ beschreibt hierzu: „Ein Verhalten (Umstand) ist für einen Erfolg adäquat ursächlich, wenn es seiner Natur nach für die Herbeiführung solcher Erfolge nicht völlig ungeeignet erscheint“. Damit ist gemeint, dass eine jede Zurechnung einer gewissen Begrenzung bedarf.

Ohne Adäquanz wäre ein weites Tor geöffnet, einen jeden Nachteil auf das vermeintlich ursächliche schädigende Ereignis zuzurechnen und damit eine übermäßige Haftung zu begründen. Nicht ein jeder, strikt nach einer Kausalkette durch dieses Ereignis ursächlicher Schaden soll einem Schädiger zuzurechnen sein. Wenn beispielsweise ein Autofahrer einen Unfall mit einer Straßenbahn verursacht, ist diesem der Unfall mitsamt etwaigen Schäden an der Straßenbahngarnitur bzw. Personenschäden natürlich zuzurechnen, es ginge aber zu weit, wenn er für persönliche Nachteile eines jeden einzelnen, an den folgenden Haltestellen wartenden Fahrgastes zur Verantwortung gezogen werden würde, weil durch den Unfall die Straßenbahn nicht fährt und diese Menschen wichtige Termine versäumen.

⁴⁵ *Gschnitzer, Schuldrecht* 435; *Welser in Koziol/Welser, Grundriss* 292

⁴⁶ *Welser in Koziol/Welser, Grundriss* 292; *Gschnitzer, Schuldrecht* 435

6. Rechtswidrigkeit und Schutzzweck der Norm

„Rechtswidrig“ ist ein Verhalten dann, wenn es gegen ein Gebot oder Verbot verstößt, gleichgültig ob dieses im Gesetz oder in einem Vertrag genannt wird.⁴⁷ Die Rechtswidrigkeit ist neben der Zurechnung Voraussetzung für die Bejahung einer Verschuldenshaftung.

Beim Gesetz ist dabei nicht nur auf eine einzelne Norm, sondern auch auf Rechtsgrundsätze und die Sittenwidrigkeit Bedacht zu nehmen.⁴⁸ Rechtswidrigkeit bedeutet ein Verhalten eines Menschen, nicht den Erfolg der Handlung („Verhaltensunrecht“).⁴⁹ Erwähnt seien hierbei auch noch die Rechtfertigungsgründe, welche die Rechtswidrigkeit heilen können (z.B. Notwehr).

Im Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit von Bedeutung ist die Frage nach dem Rechtswidrigkeitszusammenhang bzw. insbesondere dem Schutzzweck einer Norm: eine bestimmte Norm, die ein bestimmtes Verhalten verbietet oder gebietet, hat einen gewissen Zweck, warum gerade dieses Verhalten normativ geregelt ist. Daher führt ein Verstoß gegen diesen Zweck, den Schutzzweck, zur Verwirklichung der Rechtswidrigkeit,⁵⁰ aber eben auch *nur* gegen diesen Schutzzweck. Der Haftung sind somit auch im Bereich der Rechtswidrigkeit Schranken gesetzt, um die Schadenszurechnung zu begrenzen. Dennoch ist meist der Schutzzweck einer Norm nicht eingeschränkt zu betrachten.⁵¹ Klassisch anschauliches Beispiel bietet hierzu der Fall des Fahrens ohne Führerschein, wie des gesamten Kraftfahrzeugrechts allgemein.⁵²

Der „Schutzzweck der Norm“ ist auch bei der Frage nach Haftungsbegründungen im vertraglichen Haftungsrecht von Bedeutung: auch hier wird sich die Frage stellen, inwieweit

⁴⁷ Koziol/Welser, Grundriss 293; Gschnitzer, Schuldrecht 438

⁴⁸ Gschnitzer, Schuldrecht 438: „Rechtswidrigkeit ist Verstoß (...) sowohl gegen eine ausdrückliche Norm wie gegen den Normzweck, insb. auch gegen oberste Rechtsgrundsätze; auch Sittenwidrigkeit ist ein Fall der Rechtswidrigkeit.“ Welser in Koziol/Welser, Grundriss 293: „Ein Verhalten (Handlung oder Unterlassen) ist rechtswidrig, wenn es gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung oder gegen die guten Sitten verstößt. Für die Haftung aus Vertrag ist das vertragswidrige Verhalten rechtswidrig.“

⁴⁹ Welser in Koziol/Welser, Grundriss 293 (mwN)

⁵⁰ Feil/Langer, Schadenersatz- und Haftpflichtrecht 11; Gschnitzer, Schuldrecht 443

⁵¹ Welser in Koziol/Welser, Grundriss 297

⁵² Siehe hierzu z.B. Koziol, Haftpflichtrecht Rz 8/24

der Schutzzweck des Vertrages zu sehen ist, und inwieweit somit für Schäden gehaftet wird, dies wird in erster Linie durch Vertragsauslegung ermittelt werden.⁵³

7. Verschulden

Wichtiger Aspekt des Schadenersatzrechtes ist die Unterteilung in Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung. Während bei der Verschuldenshaftung die Verantwortlichkeit auf einem rechtswidrig und schuldhaft begangenen Verhalten beruht, welches die Haftung auslöst, bedarf es bei der Gefährdungshaftung keiner Rechtswidrigkeit, sondern es soll ein Schaden, der auf einem an und für sich erlaubten Verhalten beruht, aufgrund seiner „objektiven“ Gefährlichkeit eine Haftung auslösen.⁵⁴

Die Unterscheidung ist insofern auch für die vorliegende Auseinandersetzung nicht unerheblich, als dass für die bestehenden persönlichkeitsrechtsschützenden Mediendelikte aus verschiedenen Gründen nicht auf das Vorliegen eines Verschuldens abzielen, sondern vielmehr auf eine „objektive Tatseite“ abstellen und als Art der Gefährdungshaftung oder Haftung sui generis ausgestaltet sind.⁵⁵

Verschulden bedeutet, dass das rechtswidrige Verhalten dem Schädiger persönlich vorwerfbar sein muss, sprich, dass aus der subjektiven Sicht des Schädigers heraus diesem zur Last gelegt werden kann, dass er sein (rechtswidriges) Verhalten erkennen konnte und sich demgemäß verhalten hätte können.

Für das Verschulden sieht das ABGB zweierlei Formen vor: § 1294 ABGB benennt „Versehen“ und „böse Absicht“ – und meint damit in heutiger Terminologie Fahrlässigkeit und Vorsatz. Die Fahrlässigkeit wiederum ist in zwei Untergruppen unterteilt: in leichte und grobe. Die Unterscheidung ist von entscheidender Bedeutung für den Umfang der Schadenersatzpflicht (siehe sogleich unten).

⁵³ Koziol, Haftpflichtrecht Rz 8/49; Welser in Koziol/Welser, Grundriss 297

⁵⁴ Welser in Koziol/Welser, Grundriss 282; Koziol, Haftpflichtrecht Rz 4/1

⁵⁵ Siehe unten III./ 5.3 - Allgemeine Grundlagen zur Gestaltung des Persönlichkeitsschutzes im Mediengesetz, Seite 57f

Vorsatz bedeutet nach ABGB eine Schadenszufügung mit „Wissen und Willen“, was nach allgemeiner Lehre als bewusstes in Kauf nehmen eines vorhersehbaren Ereignisses verstanden wird. Es ist also für den Vorsatz nicht erforderlich, sich des eintretenden Schadens gewiss zu sein, es genügt, wenn man ihn für hinreichend wahrscheinlich hält und sich damit abfindet.⁵⁶

Demgegenüber stellt die Fahrlässigkeit darauf ab, dass der Schaden aus einer „Unwissenheit“, „Mangel an „gehöriger Aufmerksamkeit“ oder „gehörigen Fleißes“ (§ 1294 ABGB) resultiert. Leichte Fahrlässigkeit als schwächere Form indiziert, dass der Fehler auch einem sorgsam Menschen gelegentlich passieren kann, während bei grober Fahrlässigkeit eine auffallende Sorglosigkeit, also ein Fehler, der einem sorgsam Menschen eben nicht passieren würde, vorliegt.⁵⁷

Ein Fall einer Gefährdungshaftung liegt dann vor, wenn das Gesetz gerade nicht auf das rechtswidrige, schuldhafte Verhalten des Schädigers abstellt, es schafft hierbei für eine als gefährlich angesehene, aber erlaubte Tätigkeit einen besonderen Haftungstatbestand.⁵⁸ Jemand, der einen Nutzen aus solch einer besonders gefährlichen Tätigkeit zieht, soll für die damit verbundene Gefahr einstehen.⁵⁹

⁵⁶ F. Bydlinski, System und Prinzipien 196f; Welser in Koziol/Welser, Grundriss 300; Gschnitzer, Schuldrecht 428

⁵⁷ Welser in Koziol/Welser, Grundriss 300; Gschnitzer, Schuldrecht 428

⁵⁸ Koziol, Haftpflichtrecht Rz 6/10

⁵⁹ Welser in Koziol/Welser, Grundriss 282

8. Umfang

Der Umfang des Schadensausgleichs, den der Geschädigte nach allgemeinem Zivilrecht bzw. dem ABGB erhält, ist unterschiedlich. Primär normiert § 1323 ABGB, dass jedenfalls der „Zurückversetzung in den vorigen Stand“, also einer Naturalrestitution, vor einem Geldersatz der Vorrang zu geben ist.

Bedeutend ist hierbei, dass die Naturalrestitution grundsätzlich auch für immaterielle Schäden zu leisten ist.⁶⁰ *Koziol*⁶¹ benennt als Beispiele unter anderem den Widerruf nach § 1330 ABGB oder die Gegendarstellung bzw. Urteilsveröffentlichung nach dem Mediengesetz als solche Naturalrestitutionen. Selbstverständlich bedeutet dies nicht, dass immaterielle Schäden auch in Geld ausgeglichen werden können (bzw. müssen - z.B. beim Schmerzensgeld).

Beim Ersatz in Geld normiert § 1324 ABGB für die Verschuldenshaftung eine Abstufung der Ersatzpflicht nach dem Grad des Verschuldens, wonach bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz „volle Genugtuung“, also inklusive entgangenem Gewinn zu leisten ist, während bei leichter Fahrlässigkeit nur der positive Schaden zu ersetzen ist.

Wird der positive Schaden zugestanden, wird damit der objektive Wert der Sache verstanden,⁶² dh es wird im Allgemeinen keine Rücksicht auf die besonderen Wertvorstellungen des Geschädigten (Stichwort: Erbstücke) genommen, der Schaden ist nach § 1332 ABGB nach dem „gemeinen Wert“ der Sache zu bemessen. Wichtige Erweiterung im allgemeinen Zivilrecht ist hierbei das Affektionsinteresse, welches nach § 1331 ABGB bei besonderer Qualifikation des Vorsatzes den Wert der besonderen Vorliebe für Sachschäden gewährt, damit wird neben einem Vermögensschadenersatz auch ein immaterieller Schadenersatz gewährt. Die Berechnung erfolgt rein nach objektiven Kriterien, was in der Regel den gemeinen Wert der Sache bzw. die Wiederherstellungskosten bedeutet.⁶³

⁶⁰ *Koziol*, Haftpflichtrecht Rz 9/14

⁶¹ aaO

⁶² *Welser in Koziol/Welser*, Grundriss 303, 329

⁶³ *Koziol*, Haftpflichtrecht Rz 2/56; Rz 10/13

Bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz gebührt dem Geschädigten für Vermögensschäden über den positiven Schaden hinaus volle Genugtuung, er hat somit Anspruch auch auf den entgangenen Gewinn – die abstrakte, objektive Schadensberechnung wird zu einer konkreten, subjektiven, und dieser Ersatz umfasst somit das gesamte „Interesse“ des Geschädigten.⁶⁴

⁶⁴ *Welser in Koziol/Welser, Grundriss 303, 304*

III. DER SCHUTZ DER PERSÖNLICHKEITSRECHTE IM LICHT DES MEDIENRECHTS - GELTENDE RECHTSLAGE IN ÖSTERREICH

1. Einleitung

Nachdem nun die Grundlagen und Prinzipien des österreichischen Schadenersatzrechts behandelt wurden, gilt es jetzt den Bogen zurück zum Medienrecht zu spannen, wie bereits eingangs erwähnt, stellt dieses den Schwerpunkt der Betrachtung dar.

Bevor die Frage behandelt wird, ob Strafschadenersatz erforderlich ist bzw. wie dieser ausgestaltet werden sollte muss selbstverständlich zunächst dargestellt werden, wie das geltende österreichische Recht Persönlichkeitsrechte, die im Bereich des Medienrechts von Interesse sind, schützt. Folgende Kapitel sollen dies darlegen.

2. Überblick auf die im Lichte des Medienrechts relevanten Persönlichkeitsrechte

2.1. Vorbemerkung

Zunächst gilt es festzuhalten, welche Persönlichkeitsrechte überhaupt für diese Darstellung von Bedeutung sind. Für die Beurteilung medienrechtlicher Persönlichkeitsrechtsverletzungen sind selbstverständlich nicht alle Persönlichkeitsrechte von Belang. Beispielsweise ist das Recht auf körperliche Unversehrtheit sehr wohl ein grundlegendes Persönlichkeitsrecht, jedoch ist der Bereich des Schmerzengeldes für Verletzung am Körper für das Medienrecht ohne Bedeutung. In diesem Zusammenhang sei auch auf die Thematik rund um die Bereiche Trauerschaden und Schockschaden verwiesen, welche ebenfalls eine sehr umfassende Diskussion in der Lehre genießen und sicherlich ebenfalls eine spannende Grundlage für eine

strafschadenersatzrechtliche Auseinandersetzung bieten würden, in diesem Rahmen jedoch nicht von Belang sind.

Eingangs sei auf die Frage verwiesen, was eigentlich der Begriff „Persönlichkeitsrecht“ besagt. Hierbei entsteht die Definitionsfragestellung, ob von einem „allgemeinen Persönlichkeitsrecht“ oder von einzelnen, „besonderen Persönlichkeitsrechten“ ausgegangen werden soll. Diese Auseinandersetzung ist bis heute eine vieldiskutierte und ungeklärte Frage der Lehre,⁶⁵ an dieser Stelle sei nur auf sie verwiesen, da eine Klärung dieser Frage nicht Inhalt dieser Auseinandersetzung ist. Vielmehr sei auf einzelne Persönlichkeitsrechte eingegangen, die unbestrittenermaßen bestehen, gleichgültig, ob man sie als Ausgestaltung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes sieht oder als einzelne, aus einem Persönlichkeitsrechtekatalog entspringende.

Nach hL⁶⁶ ist § 16 ABGB als „zentrale Norm“ für alle Persönlichkeitsrechte anzusehen, sein Norminhalt begründet die Anerkennung eben dieser.⁶⁷ Die bestimmten Persönlichkeitsrechte wiederum sind in verschiedensten Rechtsbereichen verankert, und finden sich neben dem ABGB z.B. im Medienrecht, im Strafrecht, im Zivilrecht, im Datenschutzrecht oder im Urheberrecht.

2.2. Die betrachteten Persönlichkeitsrechte im Einzelnen

2.2.1. Der Schutz der Ehre

Als erstes Persönlichkeitsrecht ist das Recht auf den Schutz der Ehre zu benennen. Durch dieses wird das Recht verankert, vor ungerechtfertigter Herabsetzung und Beleidigung geschützt zu werden. Wesentlich dabei ist, dass vor unwahrer bzw. beleidigender Herabsetzung geschützt wird, während die Behauptung tatsächlich wahrer Tatsachen den Ehrenschatz nicht berührt.

⁶⁵ Vgl. Posch in Schwimann (Hrsg), ABGB §16 Rz 13f; Aicher in Rummel (Hrsg), ABGB §16 Rz 12f

⁶⁶ Posch in Schwimann (Hrsg), ABGB §16 Rz 3

⁶⁷ Aicher in Rummel (Hrsg), ABGB §16 Rz 11

Ehrenschutz wird insbesondere im Strafrecht (§ 111 ff StGB), wie auch im Zivilrecht (§ 1330 ABGB; im Zusammenhang mit Bildveröffentlichungen auch auf § 78 UrhG gestützt) geschützt⁶⁸ und ist im Medienrecht in § 6 MedienG verankert. Nach *Posch*⁶⁹ sind eventuelle Lücken im Beleidigungsrecht über § 16 ABGB zu schließen. Die Ausgestaltung des jeweiligen Schutzes ist jedoch unterschiedlich ausgeprägt, dazu genauer bei der Betrachtung der jeweiligen Norm.

2.2.2. Das Recht am Namen – das Recht auf Namensanonymität

§ 43 ABGB gewährt zum einen das subjektive Recht zur Führung des Namens und weiters den Schutz gegen unbefugten Gebrauch des Namens, nicht geschützt hingegen ist allerdings die Verwendung des wahren Namens ohne Zustimmung des Betroffenen (Namensanonymität).⁷⁰

Der OGH hat das Recht auf Namensanonymität durch § 16 ABGB iVm § 1330 ABGB abgeleitet⁷¹ und lässt Namensnennung nur insofern zu, als „...das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit (...) [dem] Namensträger sachlichen Anlass zur Nennung seines Namens gegeben hat“.⁷²

2.2.3. Die Achtung der Privatsphäre

Der Schutz der Privatsphäre ist ein zentraler Bereich der vorliegenden Thematik. Die Achtung der Privatsphäre soll den Einzelnen davor bewahren, dass seine Privat- bzw. Geheimsphäre unbegrenzt und unbeschränkt der Öffentlichkeit präsentiert wird. Es ist ein zentrales Menschenrecht, die Privatsphäre eines jeden einzelnen zu schützen.⁷³ Im Bereich des Medienrechts gerät es hierbei ständig in Konflikt mit dem Veröffentlichungsinteresse und der Pressefreiheit.

⁶⁸ *Berka* in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG Vor §§6-8a Rz 7

⁶⁹ *Posch* in *Schwimann (Hrsg)*, ABGB §16 Rz 30

⁷⁰ *Welser* in *Koziol/Welser*, Grundriss 87

⁷¹ *Aicher* in *Rummel (Hrsg)*, ABGB §16 Rz 23; *Posch* in *Schwimann (Hrsg)*, ABGB §16 Rz 24

⁷² RIS-Justiz RS0008998

⁷³ Vgl. Art 8 EMRK

Gerade dieser Bereich der Persönlichkeitsrechte ist daneben ein schwer abgrenzbarer, der auch oftmals in Relation zum ‚öffentlichen Leben‘ bestimmter Personen zu sehen ist, dh dass hier z.B. eine Abwägung vorgenommen werden muss, wenn eine Person im öffentlichen Interesse steht (wie z.B. ein Politiker).

Um die Privatsphäre zu achten, ist es zunächst erforderlich, den Begriff „Privatsphäre“ zu beschreiben. Zunächst kann Art 8 Abs 1 EMRK zu Hilfe genommen werden, welcher von der „Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz“ spricht. Grob ausgesprochen kann der „Nichtöffentliche Bereich“⁷⁴ als Ansatz für die Privatsphäre betrachtet werden.

Jedenfalls geschützt ist damit die „Geheimsphäre“⁷⁵ eines Menschen, unter der Privatsphäre versteht sich aber insbesondere auch das Leben in der Familie, die Gesundheitssphäre sowie das Sexualleben und die Intimsphäre eines Menschen, zudem wird hierunter auch die „Privatöffentlichkeit“⁷⁶ (also z.B. der Besuch von Lokalen, Kirchengänge, ein Krankenhausaufenthalt, etc.) gesehen. Wenn von der Achtung der Wohnung gesprochen wird, darf dies jedenfalls nicht zu eingeschränkt betrachtet werden, es fällt darunter jedenfalls die eigene Wohnung oder das eigene Haus genauso wie ein Hotelzimmer.⁷⁷

Im Anwendungsbereich des § 7 MedienG, unter dem Begriff des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“, (eine Erscheinungsform der Privatsphäre⁷⁸), fallen Angelegenheiten im Bereich des Wirtschafts- und bzw. Berufslebens jedenfalls nicht mehr darunter.⁷⁹

Das Recht auf Achtung der Privatsphäre ist im ABGB durch § 1328a ABGB festgeschrieben und geschützt. Darüber hinaus ist es zum einen über das Grundrecht des Datenschutzes (Datenschutzgesetz (§1 DSG)), als auch über die §§ 7 ff MedienG normiert. Daneben ist es auch durch Verbindung mit dem Bildnisschutz (§ 78 UrhG, siehe sogleich) mitumfasst. Bis zum

⁷⁴ Thiele, RZ 2007, 2 (8)

⁷⁵ Lukas, RZ 2004, 33 (35); Thiele, RZ 2007, 2 (8)

⁷⁶ Handler, Schutz von Persönlichkeitsrechten 449; Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7 Rz 10

⁷⁷ Thiele, RZ 2007, 2 (8)

⁷⁸ Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG Vor §§6-8a Rz 15

⁷⁹ Handler, Schutz von Persönlichkeitsrechten 448f (mwN); Hager/Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz 45 (mwN)

Inkrafttreten des § 1328a ABGB durch das Zivilrechtsänderungsgesetz⁸⁰ im Jahr 2004 wurde es als ein „Auffangrecht“ durch den OGH über § 16 ABGB begründet.⁸¹

2.2.4. Das Recht am eigenen Bild

Im Urheberrechtsgesetz wird in dessen § 78 UrhG das Recht am eigenen Bild determiniert, welches einen Schutz gegen Bildveröffentlichungen bietet, die berechnigte Interessen des Abgebildeten verletzen, wobei auch hier eine Abwägung und insofern eine „Relativität“ geboten ist.

Bildveröffentlichungen sind insofern auch rechtswidrig, als dass sie auch verschiedene andere Persönlichkeitsrechte berühren können, wie beispielsweise den Ehrenschatz oder die Achtung der Privatsphäre, etc. Besonders heikel ist dies auch im Bereich des Schutzes der Unschuldsvormutung (man denke an das „Verpixeln“ von Gesichtern des Beschuldigten).

2.2.5. Schutz der Unschuldsvormutung

Ein zentraler Aspekt der österr. Rechtsordnung ist die Unschuldsvormutung und der damit in engem Zusammenhang stehende medienrechtliche Unschuldsvormutungsschutz. Durch ihn soll verhindert werden, dass ein Verdächtiger im Bereich der Kriminalberichterstattung grenzenlos in die mediale Öffentlichkeit gezerrt wird und unter Umständen durch eine „Medienjustiz“⁸² vorverurteilt wird, so dass selbst ein Freispruch einen Schaden durch die mediale Vernichtung und Vorverurteilung hervorruft, der nicht mehr wiedergutzumachen ist, weil der Verdächtige ewig punziert ist.

Aber nicht nur der Tatverdächtige, auch der Verurteilte hat das Recht, nach Verbüßung seiner Strafe in der Lage zu sein, sich wieder in die Gesellschaft zu resozialisieren bzw. integrieren. Auch dies kann durch eine intensive Medienkampagne nachhaltig beeinträchtigt bzw.

⁸⁰ Zivilrechts-Änderungsgesetz 2004 (ZivRÄG 2004) BGBl 91/2003

⁸¹ RIS-Justiz RS0009003; OGH 4 Ob 91/78 SZ 51/146; vgl. Posch in *Schwimann (Hrsg)* ABGB §16 Rz 38, Aicher in *Rummel (Hrsg)*, ABGB §16 Rz 24

⁸² Berka in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG Vor §§6-8a Rz 18

vernichtet werden. Sehr oft kann beobachtet werden, dass die Berichterstattung über die vermeintliche Tat bzw. den Täter Titelseiten und Coverstorys füllt, ein Monate später erfolgter Freispruch bzw. eine Einstellung des Verfahrens findet meist nur noch in einer Nebenzeile oder Kurzmeldung Platz (es sei denn das entsprechende Medium ist sich sicher, es handle sich um ein Fehlurteil, was es für den Freigesprochenen nicht wirklich einfacher macht).

Im Hinblick auf die Kriminalberichterstattung normiert das Mediengesetz mit den §§ 7a, 7b MedienG entsprechenden Schutz um dem entgegenzusteuern, wobei § 7a MedienG einen weiteren wichtigen Punkt in diesem Zusammenhang normiert: den Schutz der Opfer. Eine Kriminalberichterstattung wird nicht beim vermeintlichen Täter haltmachen und führt damit zwangsläufig auch zu einer ausufernden Berichterstattung über Opfer einer Tat und bedeutet somit für diese ebenfalls einen massiven Eingriff in deren Persönlichkeitsrechte und uU eine entsprechende Erniedrigung in der Öffentlichkeit.

3. Das ABGB

3.1. Einleitung

Die den Persönlichkeitsschutz grundlegend gewährende Norm des § 16 ABGB wurde bereits bei der Einführung in die Persönlichkeitsrechte beschrieben und bedarf daher nicht erneut einer Betrachtung, ebenso wenig § 43 ABGB.

Dieses Kapitel befasst sich aufgrund der thematischen Schwerpunktsetzung mit den §§ 1328a, 1330 ABGB. Der guten Ordnung halber sei an dieser Stelle aber nochmals darauf hingewiesen, dass (andere) Persönlichkeitsrechte im ABGB in vielfältiger Weise Schutz genießen – und auch viele Anspruchsgrundlagen durch die Rechtsprechung aus diesen Normen abgeleitet wurden. Eine generelle Auseinandersetzung mit allen Persönlichkeitsrechten würde aber den Rahmen dieser Dissertation bei weitem sprengen.

3.2. Ehrenbeleidigung - § 1330 ABGB

- § 1330. (1) Wenn jemandem durch Ehrenbeleidigung ein wirklicher Schade oder Entgang des Gewinnes verursacht worden ist, so ist er berechtigt, den Ersatz zu fordern.*
- (2) Dies gilt auch, wenn jemand Tatsachen verbreitet, die den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen eines anderen gefährden und deren Unwahrheit er kannte oder kennen musste. In diesem Falle kann auch der Widerruf und die Veröffentlichung desselben verlangt werden. Für eine nicht öffentlich vorgebrachte Mitteilung, deren Unwahrheit der Mitteilende nicht kennt, haftet er nicht, wenn er oder Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hatte.*

Die Regelung des § 1330 Abs 1 ABGB schützt das (absolute) Rechtsgut der Ehre. Unter den Begriff der Ehrenbeleidigung fallen zum einen die Beschimpfung und Verspottung einer (juristischen⁸³ oder natürlichen) Person, aber auch die Verbreitung unwahrer Tatsachen kann hierunter subsumiert werden.

Grundlegend ist hierbei, dass dieser Schutz nicht im Sinne bzw. in der Einschränkung des Ehrschutzes nach dem Strafgesetzbuch (§ 111 StGB) gesehen werden kann, sondern umfassenderen Schutz bietet, was insbesondere dahingehend von Bedeutung ist, dass nicht nur vorsätzliche, sondern auch fahrlässige Begehung die Haftung auslöst.⁸⁴

§ 1330 Abs 2 ABGB verlangt keine Herabwürdigung im Sinne einer Ehrverletzung, sondern stellt darauf ab, dass eine unwahre bzw. falsche Tatsache (und kein Werturteil⁸⁵) behauptet und verbreitet wird (Tatsachenbehauptung), die „den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen“ („wirtschaftlicher Ruf“⁸⁶) eines anderen gefährdet. Insofern ist es in diesem Zusammenhang also lediglich von Bedeutung, ob dem Schädiger fahrlässiges oder vorsätzliches Verbreiten der falschen Tatsachen vorzuwerfen ist. § 1330 Abs 2 dritter Satz ABGB schränkt die Haftung insoweit ein, als dass für nichtöffentliche Mitteilungen nur haftet, wer vorsätzlich die falsche/unwahre Tatsache an einen berechtigten Dritten weiterleitet (denkbares Beispiel wäre eine unwahre Behauptung über die Zahlungsmoral einer Person durch den Schädiger an eine Bank).

Im Sinne des Abs 2 ist es nicht erforderlich, dass die verbreitete Tatsache eine Ehrenbeleidigung darstellt, dies schließt selbstverständlich nicht aus, dass sie aber auch unter

⁸³ Ausführlich hierzu *Reischauer in Rummel (Hrsg)*, ABGB §1330 Rz 1a

⁸⁴ *Feil/Langer*, Schadenersatz- und Haftpflichtrecht 273f ; *Gschnitzer*, Schuldrecht 510f

⁸⁵ *Feil/Langer*, Schadenersatz- und Haftpflichtrecht 275

⁸⁶ *Reischauer in Rummel (Hrsg)*, ABGB §1330 Rz 7

Abs 1 fallen kann, ein Anspruch kann sich auf beide Absätze kumulativ gründen.⁸⁷ Klargestellt ist durch das Abstellen auf die „Unwahrheit“ aber auch, dass eine Verwirklichung iSd § 1330 ABGB nicht in Betracht kommt, wenn die veröffentlichte Tatsache wahrheitsgetreu wiedergegeben wurde.

Im Hinblick auf den Umfang ist wesentlicher Aspekt, dass § 1330 ABGB keinen Ersatz für immateriellen Schaden gewährt, sondern lediglich „wirklicher (Vermögens-) Schaden“ zu ersetzen ist⁸⁸; damit einher geht auch ein Anspruch auf Unterlassung.⁸⁹ Des Weiteren gewährt Abs 2 dem Geschädigten einen Anspruch auf Widerruf und Veröffentlichung. Von der Lehre wird hier betont, dass dies eine Wiedergutmachung immaterieller Schäden darstellt.⁹⁰ Dieser immaterielle Schaden wird also lediglich durch eine Art „Naturalrestitution“, nicht aber einen Ersatzanspruch in Geld gewährt.⁹¹

3.3. Recht auf Wahrung der Privatsphäre – § 1328a ABGB

§ 1328a. (1) Wer rechtswidrig und schuldhaft in die Privatsphäre eines Menschen eingreift oder Umstände aus der Privatsphäre eines Menschen offenbart oder verwertet, hat ihm den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Bei erheblichen Verletzungen der Privatsphäre, etwa wenn Umstände daraus in einer Weise verwertet werden, die geeignet ist, den Menschen in der Öffentlichkeit bloßzustellen, umfasst der Ersatzanspruch auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. (2) Abs. 1 ist nicht anzuwenden, sofern eine Verletzung der Privatsphäre nach besonderen Bestimmungen zu beurteilen ist. Die Verantwortung für Verletzungen der Privatsphäre durch Medien richtet sich allein nach den Bestimmungen des Mediengesetzes, BGBl. Nr. 314/1981, in der jeweils geltenden Fassung.

Im Zuge des Zivilrechtsänderungsgesetzes 2004 fand ein neuer § 1328a Eingang in das ABGB. Das bis dato lediglich unter das allgemeine Persönlichkeitsrecht des § 16 ABGB subsumierte Recht auf Privatsphäre ist seither im ABGB klar verankert.⁹²

Geschützt ist die bereits unter Kapitel 2.2.3 - Die Achtung der Privatsphäre, Seite 43 näher beschriebene Privatsphäre eines Menschen. Nach dem Gesetzeswortlaut ist sowohl die „Offenbarung“ als auch die „Verwertung“ vom Schutz mitumfasst. Während die Offenbarung

⁸⁷ Reischauer in Rummel (Hrsg), ABGB §1330 Rz 6 (mwN)

⁸⁸ Koziol, Haftpflichtrecht Rz 7/3, 11/5

⁸⁹ Feil/Langer, Schadenersatz- und Haftpflichtrecht 283

⁹⁰ Reischauer in Rummel (Hrsg), ABGB §1330 Rz 3; Koziol, Haftpflichtrecht 9/14; Gschnitzer, Schuldrecht 511

⁹¹ Koziol, Haftpflichtrecht Rz 7/3

⁹² Siehe hierzu bereits oben 2.2.3 - Die Achtung der Privatsphäre, Seite 43

eine Mitteilung an die Öffentlichkeit bedeutet, ist eine Verwertung deren materielle Ausnutzung.⁹³

§ 1328a ABGB sichert jedermann das Recht auf Wahrung der Privatsphäre und ist systematisch inmitten der anderen schadenersatzrechtlichen Ansprüche eingebettet.⁹⁴ Nach der Intention des Gesetzgebers soll die Bestimmung denn auch hinsichtlich der materiellen Schäden zu keinerlei Änderungen der Rechtslage führen.⁹⁵

Die Bestimmung enthält jedoch eine besondere Komponente, da das Recht auf Wahrung der Privatsphäre anders als bei § 1330 ABGB explizit mit einem Ersatz des immateriellen Schadens ausgestattet ist. Dieser immaterielle Schadenersatz soll für jene Fälle gewährt werden, wenn „erhebliche Verletzungen der Privatsphäre“ entstanden sind. Beispielhaft („etwa wenn“) nennt das Gesetz „Umstände, die geeignet sind den Geschädigten bloßzustellen“. Der Gesetzgeber erläutert in den Materialien dabei das Bekenntnis zum Ausgleichsgedanken und stellt fest, dass ein Ersatz keinesfalls gebührt, wenn der Betroffene keine Verletzung empfindet.⁹⁶

Die Beurteilung, ob diese Voraussetzungen, insbesondere die eben beschriebene „Erheblichkeitsschwelle“ überschritten ist oder nicht, ist dem Einzelfall überlassen, in der ErläutRV aufgeführt werden als Maßstäbe „die Intensität und das Ausmaß der Verletzung der Privatsphäre, der Grad des Verschuldens des Schädigers, die Bedeutung der preisgegebenen Information für den Betroffenen, die mit der Verletzung der Privatsphäre verbundenen psychischen Beeinträchtigungen und Kränkungen sowie die damit verbundenen Verletzungen anderer Persönlichkeitsrechte“.⁹⁷

Vom Gesetzgeber gewünscht ist jedenfalls, die konkrete Bemessung eines solchen immateriellen Ersatzanspruches an der Rechtsprechung und den Anspruchsgrenzen der §§ 7 ff MedienG zu orientieren.⁹⁸

⁹³ Lukas, RZ 2004, 33 (38)

⁹⁴ Lukas, RZ 2004, 33 (37)

⁹⁵ ErläutRV 173 BlgNR 22. GP 15

⁹⁶ ErläutRV 173 BlgNR 22. GP 19

⁹⁷ ErläutRV 173 BlgNR 22. GP 19

⁹⁸ Lukas, RZ 2004, 33 (39); ErläutRV 173 BlgNR 22. GP 19

Die Haftung ist als Verschuldenshaftung konzipiert („rechtswidrig und schuldhaft“), bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit ist auf eine umfassende Interessenabwägung abzustellen, dh wenn das Interesse an der Veröffentlichung die Interessen des Einzelnen übersteigen, ist keine Rechtswidrigkeit gegeben.⁹⁹ Jedenfalls gilt, dass je stärker die Intensität des Eingriffs ist, desto strenger die Interessensabwägung stattfinden muss. Das Verschulden ist nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen hinsichtlich der Zurechnungskriterien zu überprüfen.

Nach dem § 1328a Abs 2 erster Satz ABGB ist weiters festgehalten, dass § 1328a ABGB nicht anzuwenden ist, wenn die Verletzung nach besonderen Bestimmungen zu beurteilen ist, was bedeutet, dass eine Verletzung einer Schutznorm oder vertraglicher Pflichten auch weiterhin auf Grundlage dieser geltend gemacht werden muss. Im Hinblick auf diese Arbeit ebenfalls von entscheidender Bedeutung ist, dass alle Verletzungen der Privatsphäre durch Medien allein nach dem Mediengesetz geltend gemacht werden können.

Was die Bestimmung hingegen nicht enthält – im Gegensatz zur Ehrenbeleidigung – sind Bestimmungen zu Widerrufs- oder Veröffentlichungspflichten bzw. Unterlassungspflichten.¹⁰⁰

⁹⁹ ErläutRV 173 BlgNR 22. GP 16

¹⁰⁰ Thiele, RZ 2007, 2 (6)

4. Der Bildnisschutz nach Urheberrechtsgesetz

- § 78. (1) *Bildnisse von Personen dürfen weder öffentlich ausgestellt noch auf eine andere Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, verbreitet werden, wenn dadurch berechnigte Interessen des Abgebildeten oder, falls er gestorben ist, ohne die Veröffentlichung gestattet oder angeordnet zu haben, eines nahen Angehörigen verletzt würden.*
(2) *Die Vorschriften der §§ 41 und 77, Absatz 2 und 4, gelten entsprechend.*

4.1. Einleitung

Eine wichtige Norm im Bereich des Schutzes von Persönlichkeitsrechten bildet § 78 UrhG. Die Einordnung des Bildnisschutzes in das Urheberrechtsgesetz ist allerdings als systemwidrig zu betrachten, da dieser Paragraph keinerlei urheberrechtlichen Zusammenhang hat, sondern eine rein dem Persönlichkeitsschutz (Recht am eigenen Bild) dienende Norm darstellt.¹⁰¹

4.2. Inhalt

§ 78 UrhG ist, wie bereits erwähnt, keine dem Urheberrecht zuzuordnende Norm und zielt somit auch nicht auf den Schutz des Urhebers bzw. des Herstellers von Werken iSd Urheberrechtsgesetzes ab¹⁰² (diese genießen Schutz nach § 74 UrhG), sondern schützt den Betroffenen vor einer Veröffentlichung seiner Abbildung, wenn damit seine berechtigten Interessen (bzw. falls er gestorben ist, die seiner Angehörigen) verletzt werden würden. Mit dieser Formulierung wird zum Ausdruck gebracht, dass Schutzobjekt die Interessen des Abgebildeten sind, nicht jedoch die Abbildung an sich.¹⁰³ Weiters ist hinzuzufügen, dass der Schutz jedwede Art von „Abbildungen“ umfasst – damit sind insbesondere nicht nur Fotos, sondern auch Filmaufnahmen mitumfasst.¹⁰⁴

Durch das Abstellen auf die berechtigten Interessen ist nach herrschender Auffassung die (unbefugte) Bildaufnahme an sich nicht geschützt, sondern nur die Veröffentlichung bzw.

¹⁰¹ *Kodek in Kucsko (Hrsg), urheber.recht 1059 (mwN); Appl in Wiebe (Hrsg), Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 160*

¹⁰² *Appl in Wiebe (Hrsg), Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 160*

¹⁰³ *Kodek in Kucsko (Hrsg), urheber.recht 1059*

¹⁰⁴ aaO, 1060

Verbreitung des Bildnisses.¹⁰⁵ Aufgrund der Ausnahmebestimmung zur freien Werknutzung im Interesse der Rechtspflege ist die Verwendung zu Zwecken „der öffentlichen Sicherheit oder zur Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufs von Verwaltungsverfahren, ferner parlamentarischen Verfahren oder Gerichtsverfahren“ (§ 41 UrhG) ebenfalls gestattet (§ 78 Abs 2 UrhG). Damit greift der Bildnisschutz zum Beispiel bei Veröffentlichung von Fahndungsfotos nicht.

Ebenso wenig eine rechtswidrige Veröffentlichung ist eine solche, die mit Zustimmung des Abgebildeten erfolgt, wobei bei einer solchen Zustimmung des Abgebildeten immer der Umfang der erteilten Zustimmung zu berücksichtigen ist.¹⁰⁶ Zu beachten ist hierbei insbesondere, dass der Abgebildete seine Zustimmung (insofern sie unentgeltlich ist) im Falle geänderter Umstände jedenfalls auch widerrufen kann.¹⁰⁷

Für das Verletzen der berechtigten Interessen des Verletzten ist es nicht nur erforderlich, dass dessen Interessen tatsächlich verletzt werden, vielmehr genügt hierzu schon die potentielle Möglichkeit zur Verletzung.¹⁰⁸ Aus dieser Formulierung heraus ist aber auch klar, dass keine Verletzung bzw. Rechtswidrigkeit besteht, wenn keine Interessen verletzt wurden. Als berechnigte Interessen sind hierbei die bereits angesprochenen Persönlichkeitsrechte (Schutz der Ehre, Unschuldsvermutung, etc.) zu sehen.¹⁰⁹

Der Begriff des „Schutzes berechtigter Interessen“ ist weitläufig und unbestimmt. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die Abwägung, ob berechnigte Interessen des Abgebildeten verletzt wurden oder nicht, jeweils für den Einzelfall (durch die Rsp) zu beurteilen ist. Jedenfalls ist bei der Beurteilung ein objektiver Maßstab heranzuziehen um die Abwägung zu treffen.¹¹⁰ Dabei ist aber auch nicht nur auf das Bildnis alleine, sondern auch auf einen begleitenden Text oder eine Bildunterschrift (bzw. ein Insert oder gesprochener Begleittext in einem Video), also auf den Gesamtkontext, abzustellen.¹¹¹

¹⁰⁵ Thiele, RZ 2007, 2 (4)

¹⁰⁶ RIS-Justiz RS0078128: „(...)wobei allerdings auch zu berücksichtigen ist, für welchen Zweck und innerhalb welchen Rahmens diese Zustimmung erteilt wurde (...); Kodek in Kucsko (Hrsg), urheber.recht 1070f

¹⁰⁷ Kodek in Kucsko (Hrsg), urheber.recht 1071

¹⁰⁸ aaO 1063

¹⁰⁹ Gamerith, MR 1996, 130 (130)

¹¹⁰ Kodek in Kucsko (Hrsg), urheber.recht 1065

¹¹¹ RIS-Justiz RS0078077: „ (...)die Art der Verbreitung und der Rahmen, in welchen das Bild gestellt wurde.“

Selbst wenn berechnigte Interessen des Abgebildeten vorliegen, hat das Gericht in einem nächsten Schritt eine Abwägung anzustellen, ob das Interesse an der Veröffentlichung oder jenes am Schutz der Interessen des Abgebildeten überwiegt.¹¹²

Nur kurz sei an dieser Stelle auf die Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Veröffentlichung eingegangen. Die im Rahmen dieser Auseinandersetzung relevante Rechtsfolge des Schadenersatzes nach UrhG wird – da kontextmäßig passender – weiter unten im nachfolgenden Abschnitt erörtert werden.

Das III. Hauptstück des UrhG regelt für die Verletzung von Rechten nach § 78 UrhG – abschließend¹¹³ – die Gewährung eines Anspruchs auf Unterlassung (§ 81 UrhG), auf Beseitigung (§ 82 UrhG), auf Urteilsveröffentlichung (§ 85 UrhG) sowie bei schuldhaftem Verhalten auf Schadenersatz (§ 87 UrhG).

¹¹² Wobei wohl die Abwägungsgrundsätze der § 1330 ABGB und §§ 6f MedienG auch für den Bildnisschutz gelten

¹¹³ *Kodek in Kucsko (Hrsg)*, urheber.recht 1078

5. Das Mediengesetz

5.1. Einleitung

Als wichtigste Rechtsgrundlage für medienrechtliche Belange ist natürlich das Mediengesetz zu sehen, dementsprechend sollen in diesem Kapitel nicht nur umfassend jene Normen dargestellt werden, die den Schutz der Persönlichkeitsrechte gewährleisten sollen, sondern auch weitere für die nachfolgende Betrachtung wichtige Begriffe und Grundlagen des Mediengesetzes erörtert werden.

Das Mediengesetz konkretisiert durch seine Begriffsbestimmungen in § 1 MedienG den Rahmen sowie Anwendungsbereich seiner Regelungen. Da durch diese Arbeit über die Sinnhaftigkeit von Strafschadenersatz Anwendungsbereich des Mediengesetzes nicht berührt bzw. verändert werden soll, sei zunächst bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass für den weiteren Verlauf dieser Dissertation den medienrechtlichen bzw. mediengesetzlichen Begriffsbestimmungen gefolgt wird. An dieser Stelle sei weiters erwähnt, dass selbstverständlich die Frage rund um die Medienfreiheit nicht ausgeklammert wird, sondern als im Spannungsverhältnis zum Strafschadenersatz stehend an späterer Stelle behandelt wird.

5.2. Einzelne, ausgewählte Begriffsdefinitionen des § 1 MedienG

5.2.1. Das Medium (Z 1)

Grundsätzliche Definition ist zunächst jene des Mediums an sich, da diese Abgrenzung den Geltungsbereich des Mediengesetzes eingrenzt. Nach ihr ist als Medium „jedes Mittel zur Verbreitung von Mitteilungen oder Darbietungen mit gedanklichem Inhalt in Wort, Schrift, Ton oder Bild an einen größeren Personenkreis im Wege der Massenherstellung oder der Massenverbreitung“ zu betrachten. Unter diese umfassende Klausel fallen somit sowohl Printmedien wie auch elektronische und audiovisuelle Medien.¹¹⁴

¹¹⁴ Noll in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §1 Rz 4

Erforderlich ist eine Verbreitung (egal mit welchem Mittel) an einen größeren Personenkreis, was eine recht große Unklarheit im Gesetz bedeutet, zumal weder die Verbreitung, noch der größere Personenkreis definiert sind. Als Verbreitung ist jedenfalls eine Zugänglichmachung außerhalb eines eingeschränkten Personenkreises zu sehen, auf die tatsächliche Verbreitung kommt es wiederum nicht an.¹¹⁵ Unter einem „größeren Personenkreis“ ist nach *Noll*¹¹⁶ eine „nicht von vornherein begrenzte, nicht unerhebliche Personenmenge“ zu verstehen, erfordert aber nicht die Verbreitung an die Allgemeinheit. Damit ist festgehalten, dass auch die Verbreitung an einen an sich geschlossenen Personenkreis bei erheblicher Personenmenge unter die Definition „Medium“ und somit in die Anwendung des Mediengesetzes fallen kann.

*Berka*¹¹⁷ unterteilt den Begriff des Mediums in drei Einteilungen: Medienwerke (Printmedien, aber auch Audio- bzw. Videobänder, etc.), Rundfunkprogramme, Mitteilungen eines Mediendienstes sowie sonstige Medien (z.B. elektronische Medien). Diese Begriffe sind ebenfalls unter § 1 MedienG definiert.

5.2.2. Medienunternehmer (Z 6) und Medieninhaber (Z 8)

Der Begriff des Medienunternehmers ist insofern von besonderer Bedeutung, als an die Eigenschaft des Medienunternehmers die mediengesetzlichen Sonderrechte nach §§ 2 ff MedienG wie auch des JournalistenG geknüpft sind (insb. Überzeugungsschutz, Redaktionsstatuten).

Als Medienunternehmer bezeichnet wird ein Unternehmen, welches „die inhaltliche Gestaltung des Mediums“ besorgt sowie Herstellung, Verbreitung bzw. Ausstrahlung oder Abrufbarkeit besorgt oder veranlasst. Für die Qualifikation als „Unternehmen“ ist das Vorliegen einer wirtschaftlichen Organisationseinheit sowie das Vorliegen des Unternehmenszwecks der inhaltlichen Gestaltung eines Mediums erforderlich.¹¹⁸

¹¹⁵ aaO Rz 7

¹¹⁶ in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG §1 Rz 10

¹¹⁷ in *Recht der Massenmedien* 107

¹¹⁸ ErläutRV 784 BlgNR 22. GP 5

Die Qualifikation als Medieninhaber nimmt eine zentrale Stellung im Medienrecht ein, ist doch der Medieninhaber der umfassende Träger¹¹⁹ (wirtschaftlich, rechtlich, inhaltlich) des Mediums und insbesondere auch im Hinblick auf die Ansprüche aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen Anspruchsgegner, also Träger der Haftung. Nach dem Wortlaut der Z8 ist ein Medienunternehmen jedenfalls Medieninhaber (Z8 a); zu den weiteren Formen der Medieninhaber siehe die Z8).

5.2.3. Medieninhaltsdelikt (Z 12)

Des Weiteren ist für die Darstellung der Begriff des Medieninhaltsdelikts von besonderer Bedeutung. Nach dem Wortlaut der Z 12 gilt ein durch „den Inhalt eines Mediums begangene, mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung, die in einer an einen größeren Personenkreis gerichteten Mitteilung oder Darbietung“ besteht als Medieninhaltsdelikt.

Medieninhaltsdelikte sind damit keine eigenen Straftatbestände sondern vielmehr eine besondere Form der Begehung eines solchen.¹²⁰ Ein Beispiel für ein solches Medieninhaltsdelikt ist jenes der strafbaren Handlung gegen die Ehre (§ 111 StGB), welche durch Äußerung in einem Medium zu einem Medieninhaltsdelikt wird. Das Mediengesetz für sich enthält lediglich zwei gerichtlich strafbare Tatbestände.¹²¹ Für Medieninhaltsdelikte bestimmt §28 MedienG die – wenn das Mediengesetz keine eigenen Bestimmungen vorsieht – (subsidiäre) Anwendung des StGB und der StPO, was insbesondere für die Begehungsformen (Versuch, Mittäterschaft) von Bedeutung ist.

¹¹⁹ Noll in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG §1 Rz 31

¹²⁰ Holoubek/Kassai/Trainer, Recht der Massenmedien 56

¹²¹ Es handelt sich um die §§ 23, 38 MedienG; Polley in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG §28 Rz 6

5.3. Allgemeine Grundlagen zur Gestaltung des Persönlichkeitsschutzes im Mediengesetz

5.3.1. Formen

Der Schutz der Persönlichkeitsrechte wird im Mediengesetz einerseits durch die hier fokussiert behandelten §§ 6 ff MedienG in Form von Entschädigungsansprüchen gewährt. Daneben finden sich noch Regelungen zur Gegendarstellung, der Veröffentlichung oder auch zur Beschlagnahme und Einziehung.¹²²

5.3.2. Rechtsnatur der Entschädigungsansprüche und Besonderheiten

Die Entschädigungsansprüche beinhalten im Vergleich zum allgemeinen schadenersatzrechtlichen System nach ABGB einige Besonderheiten. In erster Linie sticht hervor, dass das Gesetz durch die Entschädigungsansprüche einen Anspruch auf den Ersatz des immateriellen Schadens und damit einen Ausgleichsanspruch auf die erlittene Kränkung gewährt.¹²³ Daneben entstandene Vermögensschäden sollen hierdurch jedoch nicht abgegolten werden, diese sind über andere Rechtsinstrumente geltend zu machen (z.B. § 1330 ABGB oder § 78 UrhG).¹²⁴

5.3.3. Ausgestaltung als Form der Gefährdungshaftung

Bedeutende Besonderheit ist, dass die Haftung den Medieninhaber und nicht den eigentlichen „Verfasser“ trifft, und dieser Haftungsanspruch lediglich eine objektive Verwirklichung des Tatbestandes erfordert.¹²⁵ Der Haftungsanspruch entspricht somit einer Ausgestaltung in Form einer verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung¹²⁶, was insofern interessant ist,

¹²² Siehe dazu weiter unten 5.5 - Gegendarstellung, Seite 79f und 5.6 - Urteilsveröffentlichung nach § 34 MedienG, Seite 81f

¹²³ Holoubek/Kassai/Traimer, Recht der Massenmedien 133; Zöchbauer, Medienrecht 22; Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG Vor §§6-8a Rz 43

¹²⁴ Hager/Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz 39

¹²⁵ Siehe zu diesen bei den jeweiligen Tatbeständen

¹²⁶ Korn in Mayer (Hrsg) – Persönlichkeitsschutz u Medienrecht 76f; Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG Vor §§6-8a Rz 22; Zöchbauer, Medienstrafrecht 120f;

als die Gefährdungshaftung idR als Ausgleich für eine „besondere Gefahr“¹²⁷ konzipiert ist, und somit in diesen medienrechtlichen Ansprüchen die Verwirklichung einer „Gefahr“ der medialen Berichterstattung argumentiert werden muss.¹²⁸ Die Rsp betrachtet diesen Anspruch mitunter jedoch als einen „sui generis“.¹²⁹

Diese Ausgestaltung trägt nicht zuletzt dem Umstand Rechnung, dass eine reine Verschuldenshaftung aufgrund des Redaktionsgeheimnisses wohl kaum Anwendung finden würde. Das Redaktionsgeheimnis ist als Teil des Grundrechts auf Medienfreiheit¹³⁰ (nach Art 10 EMRK) zu betrachten und ist im Mediengesetz in § 31 MedienG normiert,¹³¹ insofern würde eine Haftung des Verfassers entweder eine Missachtung des Redaktionsgeheimnisses erfordern (bzw. ein freiwilliges Benennen durch den Medieninhaber erfordern, was freilich realistisch betrachtet kein Medieninhaber tun würde) oder eine Haftung, die ins Leere gehen würde, bedeuten.¹³²

Der Verfasser kann aber selbstverständlich weiterhin nach allgemeinem Schadenersatzrecht (§ 1330 ABGB) zur Verantwortung gezogen werden. Umstritten ist, ob der Medieninhaber im Rahmen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes bei Verschulden eines seiner Mitarbeiter Rückgriff nehmen kann.¹³³

5.3.4. Besonderheiten bei Schadensbemessung und Haftungsumfang

Darüber hinaus beinhaltet das Mediengesetz Sonderregelungen betreffend den Schaden, hier insbesondere in Hinblick auf den Umfang des Schadens. Einerseits ist laut den Bestimmungen auf die konkreten Auswirkungen, wie Verbreitung der Veröffentlichung, konkreten Auswirkungen, etc. Bedacht zu nehmen.

¹²⁷ Siehe oben II./ 7. - Verschulden; Seite 37

¹²⁸ So wie dies in *Holoubek/Kassai/Trainer*, Recht der Massenmedien 134 getan wird

¹²⁹ RIS- Justiz RS0108866

¹³⁰ Vgl. EGMR, 22.02.1996 – Goodwin vs. UK (16/1994/463/54), Rz 39: “Protection of journalistic sources is one of the basic conditions for press freedom”

¹³¹ *Hager/Zöchbauer*, Persönlichkeitsschutz 105

¹³² *Holoubek/Kassai/Trainer*, Recht der Massenmedien 130

¹³³ Siehe hierzu *Berka* in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG Vor §§ 6-8a Rz 36

Daneben ist aber auch auf die „Wahrung der wirtschaftlichen Existenz“ des Medieninhabers Rücksicht nehmen, was sich insbesondere auch in der Festlegung auf Höchstbetragsgrenzen, die die Haftung beschränken, zeigt. Diese werden freilich in der Rsp nur selten zugesprochen bzw. erreicht.¹³⁴ Da bei den bestehenden Höchstbeträgen zumindest im Bereich von Medienunternehmen kaum von einer Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz gesprochen werden kann, ist diese Einschränkung in erster Linie wohl für sonstige Medieninhaber von Bedeutung (und damit insgesamt wohl wiederum eher von geringer Bedeutung).

5.3.5. Verfahrensrechtliche Grundsätze

Das Mediengesetz wurde, nicht zuletzt durch die Ausgestaltung des Persönlichkeitsschutzes in Form von Entschädigungsansprüchen, im Gegensatz zur Rechtsordnung vor 1981 weitgehend entkriminalisiert und vom Strafrecht weggeführt.¹³⁵ Nichts desto trotz bleiben auch knapp 30 Jahre nach Inkrafttreten des Mediengesetzes noch immer Strafgerichte für mediengesetzliche Verfahren zuständig und entscheiden daher auch nach den Verfahrensvorschriften der StPO – unter Beachtung der Sonderbestimmungen nach § 41 MedienG – über diese eigentlich zivilrechtlichen Haftungsansprüche. In diesem Punkt wäre meines Erachtens dringend Handlungsbedarf des Gesetzgebers gegeben, und es sollte, insbesondere im Hinblick auf die – derzeit im parlamentarischen Geschehen stillstehende – Mediengesetznovelle¹³⁶ jedenfalls auch eine Zuständigkeit der Zivilgerichte überdacht werden, wenn denn der Status Quo der Entschädigungsansprüche bestehen bleibt.

Die Entschädigungsansprüche nach den §§ 6 ff MedienG können zum einen im Zuge eines strafgerichtlichen Verfahrens (gegen den Medieninhaber) geltend gemacht werden, die Geltendmachung kann bis zum Schluss einer Hauptverhandlung in Form eines Adhäsionsanspruchs begehrt werden.¹³⁷ Besonderheit besteht hinsichtlich des Antrages insoweit, als in diesem kein konkreter Betrag begehrt werden muss, der Kläger somit de facto also keine Schadenshöhe benennen muss.¹³⁸

¹³⁴ Vgl. die Auflistung und Verweise von Berka in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG Vor §§ 6-8a Rz 49; Korn in Mayer (Hrsg) – Persönlichkeitsschutz u Medienrecht 115f

¹³⁵ Dies geschah durch die Mediengesetznovelle 1993 BGBl 20/1993

¹³⁶ Siehe zur Novelle unten 5.8 - Ergänzung: Mediengesetznovelle, Seite 87f

¹³⁷ Holoubek/Kassai/Trainer, Recht der Massenmedien 134

¹³⁸ Berka in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG §8 Rz 10

Daneben können die Ansprüche aber auch in einem sog. „Selbstständigen Entschädigungsverfahren“ nach § 8a MedienG geltend gemacht werden. Dieses Verfahren folgt nach dem Wortlaut des § 8a Abs 1 MedienG den strafprozessrechtlichen Bestimmungen für die Privatanklage.¹³⁹

Anspruchsberechtigt ist derjenige, der durch die Verletzung betroffen ist. „Betroffen“ ist eine verletzte Person dann, wenn durch die Berichterstattung auf die Identität des Betroffenen geschlossen werden kann.¹⁴⁰ ‚Identifizierend‘ darf hierbei jedoch nicht zu eingeschränkt betrachtet werden und ist einer fallweise Beurteilung, ob eine Identifikation vorliegt oder nicht, zu unterziehen.¹⁴¹ Damit ist klargestellt, dass es nicht unbedingt z.B. der Nennung des vollen Namens bedarf, sondern auch dann, wenn aufgrund anderer Umstände auf die Identität geschlossen werden kann (so wird z.B. die Bezeichnung „der beliebte Gastwirt des Ortswirtshauses“ in einer Kleingemeinde ebenfalls eine klare Identifizierung ermöglichen und somit darstellen). Wie bereits dargestellt steht als Anspruchsgegner der Medieninhaber auf der Beklagtenseite.

¹³⁹ aaO, Komm MedienG §8a Rz 3

¹⁴⁰ aaO, Komm MedienG Vor §§6-8a Rz 25

¹⁴¹ aaO, Komm MedienG Vor §§6-8a Rz 28

5.4. Die Entschädigungsansprüche im Einzelnen

5.4.1. § 6 MedienG – Üble Nachrede, Beschimpfung, Verspottung und Verleumdung

- § 6.** (1) Wird in einem Medium der objektive Tatbestand der üblen Nachrede, der Beschimpfung, der Verspottung oder der Verleumdung hergestellt, so hat der Betroffene gegen den Medieninhaber Anspruch auf eine Entschädigung für die erlittene Kränkung. Die Höhe des Entschädigungsbetrages ist nach Maßgabe des Umfangs und der Auswirkungen der Veröffentlichung, insbesondere auch der Art und des Ausmaßes der Verbreitung des Mediums, zu bestimmen; auf die Wahrung der wirtschaftlichen Existenz des Medieninhabers ist Bedacht zu nehmen. Der Entschädigungsbetrag darf 20 000 EUR, bei einer Verleumdung oder bei besonders schwerwiegenden Auswirkungen einer üblen Nachrede 50 000 EUR nicht übersteigen.
- (2) Der Anspruch nach Abs. 1 besteht nicht, wenn
1. es sich um einen wahrheitsgetreuen Bericht über eine Verhandlung in einer öffentlichen Sitzung des Nationalrates, des Bundesrates, der Bundesversammlung, eines Landtages oder eines Ausschusses eines dieser allgemeinen Vertretungskörper handelt,
 2. im Falle einer üblen Nachrede
 - a) die Veröffentlichung wahr ist oder
 - b) ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Veröffentlichung bestanden hat und auch bei Aufwendung der gebotenen journalistischen Sorgfalt hinreichende Gründe vorgelegen sind, die Behauptung für wahr zu halten,
 3. es sich um eine unmittelbare Ausstrahlung im Rundfunk (Live-Sendung) handelt, ohne daß ein Mitarbeiter oder Beauftragter des Rundfunks die gebotene journalistische Sorgfalt außer acht gelassen hat,
 - 3a. es sich um die Abrufbarkeit auf einer Website handelt, ohne dass der Medieninhaber oder einer seiner Mitarbeiter oder Beauftragten die gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen hat, oder
 4. es sich um eine wahrheitsgetreue Wiedergabe der Äußerung eines Dritten handelt und ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Kenntnis der zitierten Äußerung bestanden hat.
- (3) Bezieht sich die Veröffentlichung auf den höchstpersönlichen Lebensbereich, so ist der Anspruch nach Abs. 1 nur aus dem Grunde des Abs. 2 Z 1, des Abs. 2 Z 2 lit. a, des Abs. 2 Z 3 oder des Abs. 2 Z 3a ausgeschlossen, im Falle des Abs. 2 Z 2 lit. a aber nur, wenn die veröffentlichten Tatsachen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem öffentlichen Leben stehen.

5.4.1.1. Regelungsgegenstand

§ 6 MedienG normiert Entschädigungsansprüche wenn durch ein Medium die strafrechtlichen Beleidigungsdelikte, konkret jene der üblen Nachrede, der Beschimpfung, der Verspottung und der Verleumdung verwirklicht werden.¹⁴²

Voraussetzung für die Entschädigung ist die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes, somit wird klargestellt, dass für die medienrechtliche Verfolgung nicht auf die subjektive Tatseite abgestellt wird. Das Gesetz orientiert sich dabei an der Lehre vom

¹⁴² Berka, Recht der Massenmedien 214f; tiefergehende Details zu den strafrechtlichen Straftatbeständen siehe z.B. Bertel/Schweighofer – „Strafrecht BT I“¹¹ (2009) und „Strafrecht BT II“⁷ (2003)

Unrechtstatbestand¹⁴³, infolge dessen auf subjektive Elemente, wie Verschulden oder Entschuldigungsgründe, nicht abzustellen ist. Im Rahmen der Rechtfertigungsgründe ist ebenfalls zwischen subjektiven und objektiven zu unterscheiden: während subjektive Rechtfertigungsgründe keinerlei Einfluss auf die Verwirklichung haben sind objektive (wie z.B. die Zustimmung an der Veröffentlichung) durchaus rechtfertigungsfähig.¹⁴⁴

§ 111 StGB – Üble Nachrede:

Nach § 111 StGB macht sich strafbar, wer: einerseits einen anderen „einer verächtlichen Eigenschaft oder Gesinnung zeiht“ (§ 111 Abs 1 erster Fall StGB) einen anderen „eines unehrenhaften Verhaltens oder eines gegen die guten Sitten verstoßendes Verhaltens beschuldigt“ (§ 111 Abs 1 zweiter Fall StGB).

§115 StGB – Beschimpfung, Verspottung:

Als Beschimpfung ist eine „Bekundung der Missachtung gegenüber einem anderen“, z.B. durch die Verwendung von Schimpfwörtern¹⁴⁵, zu verstehen. Erforderliche ist jedenfalls eine entsprechende Diffamierung, wobei die Grenze zwischen Karikatur, Parodie und Kritik zu einer Beschimpfung freilich nicht immer einfach zu beurteilen sein wird. Insbesondere ist hier auch auf die Freiheit zur Kritik sowie die Kunstfreiheit Rücksicht zu nehmen.¹⁴⁶

Verspottung wiederum liegt dann vor, wenn jemand lächerlich gemacht und verhöhnt wird.

Die im § 115 StGB geforderte öffentlichkeitswirksame Tathandlung liegt bei der Veröffentlichung in einem Medium selbstverständlich stets vor.¹⁴⁷

§297 StGB – Verleumdung:

Einer Verleumdung macht sich schuldig, wer einen anderen fälschlich der Begehung einer strafbaren Handlung oder Verletzung einer Amts- bzw. Standespflicht bezichtigt, und diese gleichzeitig dazu geeignet ist, den fälschlich Bezichtigten der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung auszusetzen. Die Verleumdung stellt damit die schwerste Form eines Angriffs auf

¹⁴³ Hager/Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz 39; Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §6 Rz 4 (mwN)

¹⁴⁴ Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §6 Rz 5

¹⁴⁵ aaO Rz 16

¹⁴⁶ aaO Rz 16

¹⁴⁷ aaO Rz 17

fremde Ehre dar, da mit ihr neben Ansehen und wirtschaftlichem Fortkommen auch die Freiheit einer Person bedroht werden kann.¹⁴⁸

5.4.1.2. Entschädigung

Die Entschädigungshöhe ist entsprechend der bereits genannten allgemeinen Grundsätze im Hinblick auf die Auswirkungen wie auch die wirtschaftliche Existenz des Medieninhabers zu bemessen. Als Höchstgrenzen für die Entschädigung bestimmt das Gesetz einen Betrag von EUR 20.000,-, welcher sich bei einer Verleumdung oder bei schwerwiegenden Auswirkungen einer üblen Nachrede auf EUR 50.000,- erhöht.

5.4.1.3. Befreiung

Die Haftung ist aber nicht in jedem Fall gegeben, das Gesetz normiert Befreiungstatbestände, die eine Entschädigungspflicht entfallen lassen, zunächst sind in § 6 Abs 2 MedienG fünf Ausschlusskriterien genannt, nach denen eine Haftung entfällt.

§ 6 Abs 2 Z1 MedienG schließt die Haftung für wahrheitsgetreue Berichterstattung aus öffentlichen Sitzungen von Nationalrat, Bundesrat, Bundesversammlung, Landtag oder eines Ausschusses eines dieser Gremien aus.

§ 6 Abs 2 Z2a MedienG befreit bei der üblen Nachrede dann von der Haftung, wenn die Veröffentlichung wahr ist (Wahrheitsbeweis¹⁴⁹). Wahre Veröffentlichungen verstoßen somit idR nicht gegen ein geschütztes Interesse, woraus folgt, dass die Möglichkeit eines Wahrheitsbeweises nur für den Fall einer Tatsachenbehauptung, nicht aber für ein Werturteil möglich ist.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Berka, Recht der Massenmedien 227

¹⁴⁹ siehe zum Wahrheitsbeweis auch Zöchbauer, Medienstrafrecht 15f (auf den §111 StGB bezogen)

¹⁵⁰ Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §6 Rz 29

§ 6 Abs 2 Z2b MedienG determiniert, ebenfalls nur für den Fall der üblen Nachrede, die Befreiung bei überwiegendem öffentlichem Interesse an der Veröffentlichung, wenn unter Wahrung journalistischer Sorgfalt hinreichend Gründe vorlagen, die Behauptung für wahr zu halten. Die Festlegung, wann ein solches Interesse vorliegt, ist einzelfallorientiert und kann nicht verallgemeinert festgestellt werden, grundsätzlich besteht ein solches Interesse aber nur bei einem gewissen objektiven Nachrichtenwert, es darf sich also nicht um „reine Sensationslust“ handeln.¹⁵¹ (Zur Wahrung der journalistischen Sorgfalt siehe sogleich unten 5.4.2.)

§ 6 Abs 2 Z3 MedienG normiert eine Haftungsbefreiung für Live-Sendungen, also für unmittelbare Ausstrahlungen im Rundfunk. Dies erscheint nur konsequent, da Äußerungen Dritter während einer Livesendung praktisch im Vorhinein nicht verhindert werden können.

§ 6 Abs 2 Z3a MedienG erweitert diese Befreiung auch auf Websites (nicht aber für Newsletter oder E-Mails¹⁵²), wobei nur bei Wahrung der „gebotenen Sorgfalt“ die Haftung entfällt. Der Medieninhaber wird also nicht grundsätzlich von der Haftung befreit, zu denken ist hierbei insbesondere an die rasche Entfernung von Forumsbeiträgen, die Persönlichkeitsrechte verletzen.¹⁵³

§ 6 Abs 2 Z4 MedienG befreit den Medieninhaber, wenn er lediglich die Äußerungen Dritter wiedergibt (diese Bestimmung ist entstanden aus der sog „Zitatenjudikatur“¹⁵⁴).

Durch § 6 Abs 3 MedienG schränkt das Gesetz die Befreiungsgründe insofern wieder ein, als bei einer Veröffentlichung von Gegebenheiten im höchstpersönlichen Lebensbereich der Schutz insofern verstärkt ist, als dadurch nur in den Z1, Z2a, Z3, Z3a die Haftung entfällt und somit keine Befreiung für eine Wiedergabe der Äußerungen Dritter oder einer Veröffentlichung aufgrund der Annahme, der Inhalt sei unter der Wahrung journalistischer Sorgfalt für wahr gehalten worden, in Anspruch genommen werden kann. Auch der

¹⁵¹ Polley in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §29 Rz 12f

¹⁵² Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §6 Rz 41

¹⁵³ aaO §6 Rz 43

¹⁵⁴ Hager/Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz 16

Wahrheitsbeweis der Z2a ist insofern eingeschränkt, als ein „unmittelbarer Zusammenhang mit dem öffentlichen Leben“ der Person bestehen muss.¹⁵⁵

5.4.2. Ergänzung: Wahrnehmung der journalistischen Sorgfalt und § 29 MedienG

5.4.2.1. Wahrung journalistischer Sorgfalt

Als ein wichtiger Bestandteil der eben dargestellten Entschädigungsansprüche bzw. der Befreiungsgründe bedarf in diesem Zusammenhang der Begriff der „Wahrung der journalistischen Sorgfalt“ noch einer kurzen gesonderten Erörterung.

Die Wahrung der journalistischen Sorgfalt ist als ein objektiver Sorgfaltsmaßstab zu sehen, bei dem von einem verantwortungsvollen Journalisten auszugehen ist, womit jedenfalls von einer gewissen Nachforschungspflicht und Recherchenotwendigkeit auszugehen sein wird.¹⁵⁶

Für die Beurteilung dieses Maßstabes insbesondere von Bedeutung sind die aus dem „Ehrenkodex“ des Presserates¹⁵⁷ hervorgehenden Pflichten wie auch die sich aus der Rechtsprechung zur „beruflichen Sorgfalt“ aus dem UWG ergebenden Definitionen und Kriterien.¹⁵⁸

Mit den Worten des OGH ist bei der Wahrung der journalistischen Sorgfalt von „der Maßfigur eines verantwortungsvollen, gewissenhaften, verständigen, sach- und fachkundigen Journalisten auszugehen, der sorgfältige Recherchen anstellt und dabei dem Grundsatz „audiatur et altera pars“ - welchem in der Regel durch Einholung einer Stellungnahme des Betroffenen zu entsprechen ist - Rechnung trägt. Dies ist nicht in allen Fällen absolut notwendig, vielmehr kann in Ausnahmefällen darauf verzichtet werden, insbesondere dann, wenn die Informationsquelle eine besonders verlässliche ist und die Einholung einer Stellungnahme aus besonderen Umständen innerhalb angemessener Zeit nicht möglich

¹⁵⁵ Koziol/Warziles in Koziol/Warziles (eds) Persönlichkeitsschutz Rz 25; Berka, Recht der Massenmedien 239

¹⁵⁶ Berka, Recht der Massenmedien 219

¹⁵⁷ siehe dazu weiter unten, 5.7 - Der Presserat, Seite 82f

¹⁵⁸ siehe unten IV./ 4.3 - „Berufliche Sorgfalt“ als Kriterium der Lauterkeit, Seite 114f

war.“¹⁵⁹ Damit ist durch diesen Rechtsatz ausgedrückt, dass ein wichtiges Element der journalistischen Sorgfalt jedenfalls die Einholung einer Stellungnahme der betroffenen Person ist, um die Sorgfalt zu wahren.¹⁶⁰

5.4.2.2. Der Inhalt des § 29 MedienG

§ 29 MedienG normiert, dass Medieninhaber oder Medienmitarbeiter wegen eines Medieninhaltsdelikts¹⁶¹ nicht nur dann nicht zu bestrafen sind, wenn ihnen der Wahrheitsbeweis gelingt sondern auch dann, wenn ein Interesse an der Veröffentlichung bestanden hat und auch bei Aufwendung der gebotenen journalistischen Sorgfalt hinreichende Gründe bestanden haben, die Behauptung für wahr zu halten. Der Wahrheitsbeweis ist aber nur im Falle des § 111 StGB zulässig¹⁶² und daher auch nur für Fälle der üblen Nachrede anwendbar.¹⁶³

Damit normiert diese Bestimmung eine Art „Gutgläubensbeweis“¹⁶⁴ für Medieninhaber und Medienmitarbeiter. Klargestellt ist mit dieser Formulierung aber auch, dass nur die genannten Personen den Schutz der Bestimmung in Anspruch nehmen können.

Wiederum ist es auch hier erforderlich, dass ein gewisser „Nachrichtenwert“¹⁶⁵ für das Vorliegen eines überwiegenden Interesses der Öffentlichkeit vorhanden ist und daher eine Interessenabwägung der Veröffentlichung den Vorzug vor der Wahrung des Persönlichkeitsrechts ergibt. Im höchstpersönlichen Lebensbereich ist eine Befreiung überhaupt nur dann gegeben, wenn ein Zusammenhang mit dem öffentlichen Leben des Betroffenen besteht (§ 29 Abs 1 letzter Satz MedienG).

¹⁵⁹ RIS-JUSTIZ RS0124797

¹⁶⁰ Polley in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §29 Rz 18

¹⁶¹ siehe zum Begriff schon oben 5.2.3 - Medieninhaltsdelikt (Z 12), Seite 56

¹⁶² Polley in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §29 Rz 3

¹⁶³ Holoubek/Kassai/Traimer, Recht der Massenmedien 130

¹⁶⁴ Berka, Recht der Massenmedien 218; Polley in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §29 Rz 4

¹⁶⁵ Polley in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §29 Rz 13

5.4.3. § 7 MedienG – Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches

- § 7. (1) Wird in einem Medium der höchstpersönliche Lebensbereich eines Menschen in einer Weise erörtert oder dargestellt, die geeignet ist, ihn in der Öffentlichkeit bloßzustellen, so hat der Betroffene gegen den Medieninhaber Anspruch auf eine Entschädigung für die erlittene Kränkung. Der Entschädigungsbetrag darf 20 000 EUR nicht übersteigen; im übrigen ist § 6 Abs. 1 zweiter Satz anzuwenden.
- (2) Der Anspruch nach Abs. 1 besteht nicht, wenn
1. es sich um einen wahrheitsgetreuen Bericht über eine Verhandlung in einer öffentlichen Sitzung des Nationalrates, des Bundesrates, der Bundesversammlung, eines Landtages oder eines Ausschusses eines dieser allgemeinen Vertretungskörper handelt,
 2. die Veröffentlichung wahr ist und in unmittelbarem Zusammenhang mit dem öffentlichen Leben steht,
 3. nach den Umständen angenommen werden konnte, daß der Betroffene mit der Veröffentlichung einverstanden war,
 4. es sich um eine unmittelbare Ausstrahlung im Rundfunk (Live-Sendung) handelt, ohne daß ein Mitarbeiter oder Beauftragter des Rundfunks die gebotene journalistische Sorgfalt außer acht gelassen hat, oder
 5. es sich um die Abrufbarkeit auf einer Website handelt, ohne dass der Medieninhaber oder einer seiner Mitarbeiter oder Beauftragten die gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen hat.

5.4.3.1. Regelungsgegenstand

Mit dem Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch § 7 MedienG wird dem Einzelnen Schutz vor ufer- und grenzenloser Berichterstattung und der damit verbundenen Bloßstellung in der Öffentlichkeit gewährt,¹⁶⁶ und ist damit gerade auch für die eingangs beschriebene Problematik des Umgangs von Medien mit Persönlichkeitsrechten von besonderem Interesse.

§ 7 MedienG normiert einen Entschädigungsanspruch, wenn in einem Medium der höchstpersönliche Lebensbereich eines Menschen in einer Weise dargestellt wird, die Berichterstattung geeignet ist, eine öffentliche Bloßstellung zu bewirken. Die Formulierung des Gesetzeswortlautes beinhaltet dabei zwei nicht genau definierte Begriffe:

Durch die Beschränkung auf den „höchstpersönlichen“ Lebensbereich kann geschlossen werden, dass nicht das gesamte private Leben den Schutz von § 7 MedienG genießt¹⁶⁷, jedenfalls soll der Begriff sich aber mit jenem des Privat- und Familienlebens iSd Art 8 EMRK decken¹⁶⁸ und auch den Bereich der Privatöffentlichkeit abdecken.¹⁶⁹

¹⁶⁶ siehe hierzu bereits oben 2.2.3 - Die Achtung der Privatsphäre, Seite 43

¹⁶⁷ Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7 Rz 8f

¹⁶⁸ Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7 Rz 6

Weitere Voraussetzung zur Haftung ist die Eignung zur Bloßstellung: somit löst nicht jede Veröffentlichung aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich per se die Haftung aus, sondern nur eine bloßstellende. Damit sie bloßstellend sein kann, muss die Information jedenfalls vorher vertraulich gewesen sein, muss enthüllend wirken und muss in der Preisgabe intimster Angelegenheiten bestehen.¹⁷⁰ Das Erfordernis der Eignung zur Bloßstellung indiziert aber auch eine objektive Betrachtungsweise der Bloßstellung, es ist daher nicht auf den Einzelfall abzustellen, wie beispielsweise ob jemand besonders empfindlich reagiert,¹⁷¹ jedenfalls als bloßstellend ist eine Veröffentlichung im Bereich der Intimsphäre anzusehen, im Bereich des sonstigen höchstpersönlichen Lebensbereiches ist die Eignung zur Bloßstellung zu prüfen.¹⁷²

5.4.3.2. Entschädigung

Der Geschädigte hat gegenüber dem Medieninhaber einen Anspruch auf die Entschädigung des aus der Verletzung seines höchstpersönlichen Lebensbereichs entstanden immateriellen Schadens. Als Höchstgrenzen legt das Gesetz wiederum einen Betrag von EUR 20.000,- fest. Nach § 7 Abs 1 MedienG sind die Grundsätze des § 6 MedienG zur Bemessung auch für § 7 MedienG anzuwenden.

5.4.3.3. Befreiung

Dem Aufbau des § 6 MedienG folgend normiert § 7 Abs 2 MedienG wiederum Befreiungstatbestände, die den Medieninhaber von der Entschädigung befreien.

Bei den Ziffern 1, 4 und 5 handelt es sich um wortidentische Ausschlüsse, wie sie bereits im § 6 Abs 2 MedienG genannt werden: daher entfällt die Haftung für Sitzungsberichte (Z1), Live-Sendungen (Z4) und Websites (Z5).

¹⁶⁹ *Handler*, Schutz von Persönlichkeitsrechten 448f

¹⁷⁰ OLG Wien 26.11.1984 27 Bs542/84 = MR 1986/3,13; OLG Wien 12.12.1986 27 Bs27/86 = MR 1986/.5,9; siehe *Hager/Zöchbauer*, Persönlichkeitsschutz 46

¹⁷¹ *Berka* in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG §7 Rz 18

¹⁷² aaO Rz 20

§ 7 Abs 2 Z2 MedienG gestattet dem Medieninhaber auch für den höchstpersönlichen Lebensbereich die Möglichkeit, sich durch einen Wahrheitsbeweis von der Haftung zu befreien. Dies gilt allerdings mit der wichtigen Einschränkung, dass diese nur dann entfällt wenn die Veröffentlichung im Zusammenhang mit dem öffentlichen Leben des Betroffenen steht. Was zum öffentlichen Leben zu zählen ist, ist in der Lit nicht einhellig geklärt.¹⁷³ Unbestritten ist jedoch, dass für die Berichterstattung jedenfalls ein sachgerechtes Informationsinteresse bestehen muss, und es sich nicht nur um eine blanke Sensationsstory handeln darf.¹⁷⁴ So ist mE beispielsweise die Berichterstattung über den Gesundheitszustand eines Landeshauptmannes durchaus gerechtfertigt, weil ein berechtigtes Interesse daran besteht, ob dieser in der Lage ist, seine Amtsgeschäfte auszuüben, nicht jedoch, welche Sexualpraktiken er bevorzugt (es sei denn, dies würde wiederum in Zusammenhang zum öffentlichen Leben stehen, weil er sich davor politisch in diesem Zusammenhang geäußert hat).

§ 7 Abs 2 Z3 MedienG befreit schließlich den Medieninhaber, wenn dieser „nach den Umständen“ annehmen konnte „dass der Betroffene mit der Veröffentlichung einverstanden war“. Die Tatsache, dass es sich dabei nicht um eine ausdrückliche Zustimmung handeln muss gestattet auch die Annahme einer Zustimmung, wenn diese sich lediglich aus den Umständen ergeben kann.¹⁷⁵ Diese „stillschweigende Zustimmung“ ist insbesondere im Hinblick auf die gesamte „High-Society“ Berichterstattung von Bedeutung, wenngleich selbstverständlich aus den Umständen nicht eine Generalermächtigung für alle möglichen Veröffentlichungen abgeleitet werden darf.¹⁷⁶

¹⁷³ Erweiternd Hager/Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz 46; einschränkend hingegen Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7 Rz 26

¹⁷⁴ Vgl. hierzu schon die Ausführungen zur journalistischen Sorgfalt, oben 5.4.2 -

Ergänzung: Wahrnehmung der journalistischen Sorgfalt und § 29 MedienG, Seite 65

¹⁷⁵ Koziol/Warziles in Koziol/Warziles (eds), Persönlichkeitsschutz Rz 76

¹⁷⁶ Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7 Rz 30

5.4.4. §7a MedienG - Identitätsschutz

- § 7a. (1) Werden in einem Medium der Name, das Bild oder andere Angaben veröffentlicht, die geeignet sind, in einem nicht unmittelbar informierten größeren Personenkreis zum Bekanntwerden der Identität einer Person zu führen, die
1. Opfer einer gerichtlich strafbaren Handlung geworden ist oder
 2. einer gerichtlich strafbaren Handlung verdächtig ist oder wegen einer solchen verurteilt wurde, und werden hiedurch schutzwürdige Interessen dieser Person verletzt, ohne daß wegen deren Stellung in der Öffentlichkeit, wegen eines sonstigen Zusammenhanges mit dem öffentlichen Leben oder aus anderen Gründen ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Veröffentlichung dieser Angaben bestanden hat, so hat der Betroffene gegen den Medieninhaber Anspruch auf Entschädigung für die erlittene Kränkung. Der Entschädigungsbetrag darf 20 000 EUR nicht übersteigen; im übrigen ist § 6 Abs. 1 zweiter Satz anzuwenden.
- (2) Schutzwürdige Interessen des Betroffenen werden jedenfalls verletzt, wenn die Veröffentlichung
1. im Fall des Abs. 1 Z 1 geeignet ist, einen Eingriff in den höchstpersönlichen Lebensbereich oder eine Bloßstellung des Opfers herbeizuführen,
 2. im Fall des Abs. 1 Z 2 sich auf einen Jugendlichen oder bloß auf ein Vergehen bezieht oder das Fortkommen des Betroffenen unverhältnismäßig beeinträchtigen kann.
- (3) Der Anspruch nach Abs. 1 besteht nicht, wenn
1. es sich um einen wahrheitsgetreuen Bericht über eine Verhandlung in einer öffentlichen Sitzung des Nationalrates, des Bundesrates, der Bundesversammlung, eines Landtages oder eines Ausschusses eines dieser allgemeinen Vertretungskörper handelt,
 2. die Veröffentlichung der Angaben zur Person amtlich veranlaßt war, insbesondere für Zwecke der Strafrechtspflege oder der Sicherheitspolizei,
 3. der Betroffene mit der Veröffentlichung einverstanden war oder diese auf einer Mitteilung des Betroffenen gegenüber einem Medium beruht
 4. es sich um eine unmittelbare Ausstrahlung im Rundfunk (Live-Sendung) handelt, ohne daß ein Mitarbeiter oder Beauftragter des Rundfunks die gebotene journalistische Sorgfalt außer acht gelassen hat, oder
 5. es sich um die Abrufbarkeit auf einer Website handelt, ohne dass der Medieninhaber oder einer seiner Mitarbeiter oder Beauftragten die gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen hat.

5.4.4.1. Regelungsgegenstand

Die Mediengesetznovelle 1993¹⁷⁷ verankerte mit den §§ 7a, 7b MedienG zwei wichtige Bestimmungen für den Bereich der Kriminalberichterstattung. Im Wesentlichen verfolgen beide Bestimmungen den Zweck, eine identifizierende und bloßstellende Medienberichterstattung im Bereich der Kriminalberichterstattung und einen damit einhergehenden bzw. möglichen „Medienpranger“ zu verhindern.¹⁷⁸

§ 7a MedienG schützt grundsätzlich vor Veröffentlichungen, die eine Identifikation bestimmter Personen ermöglichen. Dabei handelt es sich zunächst um Personen, die Opfer einer gerichtlich strafbaren Handlung geworden sind, aber auch solche, die verdächtig

¹⁷⁷ BGBl 20/1993

¹⁷⁸ Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7a Rz 1; Handler, Schutz von Persönlichkeitsrechten 450

werden eine gerichtlich strafbare Handlung begangen zu haben und darüber hinaus sogar, wer wegen einer solchen strafbaren Handlung verurteilt wurde. § 7a MedienG gewährt diesen Personen somit einen Identifikationsschutz bzw. gibt ihnen einen Anspruch auf Wahrung einer gewissen Anonymität.¹⁷⁹ Dieser ist jedoch keineswegs allumfassend, vielmehr stellt § 7a MedienG darauf ab, ob mit einer Veröffentlichung schutzwürdige Interessen der betroffenen Person verletzt werden könnten.

Was solche schutzwürdigen Interessen sein können, ist in § 7a Abs 2 MedienG demonstrativ¹⁸⁰, also keineswegs abschließend, aufgezählt, diese gelten dafür abstrakt.¹⁸¹ Schutzwürdige Interessen eines Opfers sind somit jedenfalls dann verletzt, wenn die Eignung besteht, einerseits in den höchstpersönlichen Lebensbereich einzugreifen und andererseits das Opfer bloßgestellt werden könnte (§ 7a Abs 2 Z1 MedienG). Auf Verdächtigen- bzw. Täterseite hingegen ist ein solches schutzwürdiges Interesse zu wahren, wenn es sich entweder um Straftaten von Jugendlichen handelt, ein Vergehen und nicht ein Verbrechen (vgl § 17 StGB) vorliegt und das berufliche Fortkommen des Verdächtigen bzw. Verurteilten sonst unverhältnismäßig beeinträchtigt wird (§ 7a Abs 2 Z2 MedienG), daneben müssen die schutzwürdigen Interessen konkret gefährdet sein.¹⁸²

5.4.4.2. Entschädigung

Die Entschädigung ist auch im Fall des § 7a MedienG im Ausmaß der erlittenen Kränkung auszusprechen. Der zuzusprechende immaterielle Schadenersatz ist jedoch wiederum mit EUR 20.000,- begrenzt, die konkrete Bemessung der Höhe erfolgt dabei wiederum nach den Grundsätzen des § 6 MedienG (insb. Veröffentlichungsgrad, wirtschaftliche Rücksichtnahme).

¹⁷⁹ *Handler*, Schutz von Persönlichkeitsrechten 450f; *Zeiler* in *Mayer (Hrsg)*, Persönlichkeitsschutz u Medienrecht 35

¹⁸⁰ „jedenfalls“ – vgl. auch *Zeiler* in *Mayer (Hrsg)*, Persönlichkeitsschutz u Medienrecht 35

¹⁸¹ *Handler*, Schutz von Persönlichkeitsrechten 453

¹⁸² *Berka* in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG §7a Rz 23; *Handler*, Schutz von Persönlichkeitsrechten 453

5.4.4.3. Befreiung

Selbst bei Vorliegen der schutzwürdigen Interessen gewährt § 7a MedienG keinen Ersatz wenn überwiegende, „qualifizierte Veröffentlichungsinteressen“¹⁸³ bestehen, die eine Veröffentlichung rechtfertigen. Maßgeblich ist hierbei, ob wegen der Stellung der betroffenen Person in der Öffentlichkeit, wegen eines sonstigen Zusammenhangs mit dem öffentlichen Leben oder aus anderen Gründen (z.B. Warnung vor einem Straftäter¹⁸⁴) eine Veröffentlichung gerechtfertigt erscheint.

Die Veröffentlichungsinteressen können damit bei gewissen Merkmalen des Betroffenen überwiegen und eine Berichterstattung gestatten, damit steht fest, dass eine Veröffentlichung jedenfalls einer Interessensabwägung bedarf.¹⁸⁵ Gerade diese Interessensabwägung ist nicht leicht zu ziehen und bietet viel Platz für Diskussion in der Lit.¹⁸⁶

Jedenfalls steht aber fest, dass reine Sensationsgier wiederum kein Veröffentlichungsinteresse darstellt, sondern dass jedenfalls ein gewisser Nachrichtenwert der Information unverzichtbar ist: die Berücksichtigung der „öffentlichen Stellung“ bedeutet hierbei, dass für Personen der Zeitgeschichte ein anderer Maßstab zu gelten hat als für andere Personen.¹⁸⁷ Ein Veröffentlichungsinteresse kann z.B. bestehen, wenn über Medien weitere Zeugen oder Opfer einer Straftat gesucht werden – auch hier ist aber wieder zu bedenken, inwiefern eine Identifikation erforderlich ist, um dieses Ziel zu erreichen.

Damit eröffnet § 7a MedienG ein breites Feld an Diskussionen in Judikatur und Literatur¹⁸⁸ wo die Abgrenzung der schutzwürdigen Interessen, die Interessenabwägung aber auch die Frage nach objektiver oder subjektiver Einordnung bei der Berücksichtigung eben dieser unterschiedlich beurteilt werden können und sollen; damit einher geht somit eine kasuistische, einzelfallbezogene Auseinandersetzung.

¹⁸³ Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7a Rz 25

¹⁸⁴ Handler, Schutz von Persönlichkeitsrechten 454

¹⁸⁵ Zeiler in Mayer (Hrsg), Persönlichkeitsschutz u Medienrecht 37; Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7a Rz 26; Hager/Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz 55

¹⁸⁶ Siehe z.B. Swoboda, MR 1997, 189

¹⁸⁷ Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7a Rz 27, 28

¹⁸⁸ Siehe z.B. die Beiträge von Swoboda, MR 1997,189; Trieb, MR 1996, 227; Korn, MR 1999, 213; Windhager, juridikum 2006, 163; Trieb, MR 1998, 43

Das Gesetz bestimmt in § 7a Abs 3 MedienG weitere Ausnahmen, die jedenfalls eine Ersatzpflicht ausschließen: systemgerecht wiederum befreit sind hierbei Sitzungsberichte (Z1), Live-Sendungen (Z4) und Websites (Z5), wobei auch hier die bereits beim § 6 MedienG angesprochenen Grundsätze gelten.

§ 7a Abs 3 Z3 MedienG lässt durch die Zustimmung des Betroffenen, ob ausdrücklich oder konkludent, wird eine Ersatzpflicht ausgeschlossen. Darüber hinaus entfällt auch durch eine „Mitteilung“ über eine Straftat durch den Betroffenen an ein Medium dessen Ersatzpflicht – auch ohne konkludente bzw. ausdrückliche Zustimmung – es sei denn, der Betroffene weist ausdrücklich darauf hin, dass er eine Veröffentlichung nicht möchte.¹⁸⁹

§ 7a Abs 3 Z2 MedienG schließt weiters eine Ersatzpflicht aus, wenn die Veröffentlichung der Angaben amtlich veranlasst war, insbesondere für Zwecke der Strafrechtspflege oder der Sicherheitspolizei. Zu denken ist hierbei in erster Linie an ausgeschriebene Fahndungen der Polizei bezüglich gesuchter Tatverdächtiger oder geflohener Gefangener.

¹⁸⁹ *Handler*, Schutz von Persönlichkeitsrechten 456

5.4.5. §7b MedienG – Schutz der Unschuldsvermutung

- § 7b. (1) Wird in einem Medium eine Person, die einer gerichtlich strafbaren Handlung verdächtig, aber nicht rechtskräftig verurteilt ist, als überführt oder schuldig hingestellt oder als Täter dieser strafbaren Handlung und nicht bloß als tatverdächtig bezeichnet, so hat der Betroffene gegen den Medieninhaber Anspruch auf eine Entschädigung für die erlittene Kränkung. Der Entschädigungsbetrag darf 20 000 EUR nicht übersteigen; im übrigen ist § 6 Abs. 1 zweiter Satz anzuwenden.
- (2) Der Anspruch nach Abs. 1 besteht nicht, wenn
1. es sich um einen wahrheitsgetreuen Bericht über eine Verhandlung in einer öffentlichen Sitzung des Nationalrates, des Bundesrates, der Bundesversammlung, eines Landtages oder eines Ausschusses eines dieser allgemeinen Vertretungskörper handelt,
 2. es sich um einen wahrheitsgetreuen Bericht über ein Strafurteil erster Instanz handelt und dabei zum Ausdruck gebracht wird, daß das Urteil nicht rechtskräftig ist,
 3. der Betroffene öffentlich oder gegenüber einem Medium die Tat eingestanden und dies nicht widerrufen hat,
 4. es sich um eine unmittelbare Ausstrahlung im Rundfunk (Live-Sendung) handelt, ohne daß ein Mitarbeiter oder Beauftragter des Rundfunks die gebotene journalistische Sorgfalt außer acht gelassen hat,
 - 4a. es sich um die Abrufbarkeit auf einer Website handelt, ohne dass der Medieninhaber oder einer seiner Mitarbeiter oder Beauftragten die gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen hat, oder
 5. es sich um eine wahrheitsgetreue Wiedergabe der Äußerung eines Dritten handelt und ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Kenntnis der zitierten Äußerung bestanden hat.

5.4.5.1. Regelungsgegenstand

Die Bestimmungen des § 7b MedienG sollen eine Person, die einer gerichtlich strafbaren Handlung nur verdächtig wird davor schützen, als verurteilt oder schuldig hingestellt zu werden. Diese Bestimmung im Mediengesetz ist im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gewährte Unschuldsvermutung (Art 6 Abs 2 EMRK) als Maßnahme einer „staatlichen Schutzpflicht“ zu sehen.¹⁹⁰ Dies deshalb, da die Unschuldsvermutung aus Sicht des VfGH als ein für die gesamte Rechtsordnung bestehender Grundsatz anzusehen ist¹⁹¹, somit soll mit dieser Bestimmung medialer Hetze vorgebeugt und Vorverurteilungen verhindert werden.

Dabei wird der Schutz gleichermaßen dafür gewährt, dass jemand ungerechtfertigt beschuldigt wird, eine Straftat begangen zu haben, aber genauso auch ein (ex post betrachtet: wirklicher) Täter vor seiner rechtskräftigen Verurteilung. § 7b MedienG verletzt das Medium also wenn jemanden als schuldig hingestellt, der Hinweis auf den Tatverdacht fehlt oder

¹⁹⁰ Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7b Rz 4

¹⁹¹ VfGH B 193/86 VfSlg 11.062; Zeiler in Mayer (Hrsg), Persönlichkeitsschutz u Medienrecht 41

jemand als überführt hingestellt wird. Somit ist es grundsätzlich verboten, jemanden z.B. als Dieb oder Mörder zu bezeichnen bevor er deswegen rechtskräftig verurteilt wurde.

Darüber hinaus kommt es aber nicht rein formal auf solche Bezeichnungen an, vielmehr ist der Gesamteindruck der Berichterstattung maßgebend, sodass eine inhaltlich verurteilende und als schuldig darstellende Darstellung nicht durch den Schlusssatz „es gilt die Unschuldsvermutung“ ausgeschlossen werden kann.¹⁹² Vielmehr ist der Medieninhaber dazu angehalten, eine entsprechende Objektivität und Distanzierung zu wahren.¹⁹³

(Erst) ab einer rechtskräftigen Verurteilung endet der Schutz nach § 7b MedienG.¹⁹⁴

5.4.5.2. Entschädigung

Auch für die Verletzung der Unschuldsvermutung gebührt dem Betroffenen ein Ersatz des immateriellen Schadens gegen den Medieninhaber. Die Obergrenze beträgt wiederum EUR 20.000,-, erneut erfolgt die konkrete Bemessung der Höhe nach den Grundsätzen des § 6 MedienG.

5.4.5.3. Befreiung

Erneut ausgeschlossen ist die Ersatzpflicht für Sitzungsberichte (Z1), bei der Übertragung von Live-Sendungen (Z4), bei Websites (Z4a) und bei Zitaten von Dritten. Der Schutz des Zitats besteht aber lediglich dann, wenn überwiegendes Interesse an der Veröffentlichung dieses Zitats besteht (Z5).

Um bei einem vorverurteilenden Zitat tatsächlich ein „überwiegendes Interesse an der Veröffentlichung“ vorliegen zu haben kann z.B. bei einer Äußerung durch eine wichtige,

¹⁹² Oder aber auch der bloße Hinweis, das Urteil „sei noch nicht rechtskräftig“ - *Handler*, Schutz von Persönlichkeitsrechten 458; *Berka* in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG §7b Rz 15

¹⁹³ *Berka* in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG §7b Rz 15, *Hager/Zöschbauer*, Persönlichkeitsschutz 61; *Handler*, Schutz von Persönlichkeitsrechten 458

¹⁹⁴ Zur Diskussion um die Schutzdauer bei Freisprüchen siehe *Berka* in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG §7b Rz 11 (mwN)

öffentliche Persönlichkeit angenommen werden, wenn es gerade darum geht, dass eben diese Person die Vorverurteilung ausspricht.¹⁹⁵

§ 7b Abs 2 Z 2 MedienG befreit den Medieninhaber, wenn es sich um wahrheitsgetreue Berichterstattungen von Strafurteilen erster Instanz handelt und die noch nicht eingetretene Rechtsfähigkeit zum Ausdruck gebracht wird. Auch hier gilt wieder das oben Gesagte im Hinblick auf die Gesamtbetrachtung.

§ 7b Abs 2 Z 3 MedienG schließlich lässt die Ersatzpflicht entfallen, wenn der Betroffene öffentlich (z.B. in der Hauptverhandlung) oder gegenüber dem Medium die Tat eingestanden hat. Hauptkriterium hierbei ist das Erfordernis der Öffentlichkeit, ein Geständnis z.B. vor einem Polizisten reicht nicht aus, um diesem Erfordernis gerecht zu werden.¹⁹⁶

Die Frage, ob eine ausdrückliche oder konkludente Zustimmung durch die betroffene Person zu einer Vorverurteilung erteilt werden kann, ist in der Lit umstritten¹⁹⁷, weil sie – im Gegensatz zu den anderen Entschädigungsansprüchen – im Gesetz nicht genannt wird. Für die Zustimmung spricht, dass durch ein Geständnis des Betroffenen gegenüber dem Medium die Z 3 erfüllt ist. Zu bedenken ist hierbei jedoch mE, dass zwischen der Zustimmung zu einer Vorverurteilung und einem Geständnis doch ein wesentlicher Unterschied liegt – eine Zustimmung zu einer Vorverurteilung ist kein Geständnis und darf auch nicht als ein solches gewertet werden. Freilich wird in der Praxis wohl kaum jemand ein Interesse daran haben, seine Zustimmung zu einer Vorverurteilung zu erteilen, wenn er gänzlich unschuldig ist, undenkbar ist es dennoch nicht.

¹⁹⁵ Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7b Rz 30

¹⁹⁶ aaO Rz 23

¹⁹⁷ Ablehnend Hager/Zöschbauer, Persönlichkeitsschutz 62f; zustimmend: Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7b Rz 24

5.4.6. § 7c MedienG – Schutz vor verbotener Veröffentlichung

- § 7c. (1) Wird in einem Medium eine Mitteilung über den Inhalt von Aufnahmen, Bildern oder schriftlichen Aufzeichnungen aus der Überwachung von Nachrichten im Sinne des § 134 Z 3 StPO oder aus einer optischen oder akustischen Überwachung von Personen unter Verwendung technischer Mittel veröffentlicht, ohne dass insoweit von den Aufnahmen oder von den Bildern und schriftlichen Aufzeichnungen in öffentlicher Hauptverhandlung Gebrauch gemacht wurde, so hat jeder Betroffene, dessen schutzwürdige Interessen verletzt sind, gegen den Medieninhaber Anspruch auf eine Entschädigung für die erlittene Kränkung. Der Entschädigungsbetrag darf 50000 EUR, ist die Veröffentlichung jedoch geeignet, die wirtschaftliche Existenz oder die gesellschaftliche Stellung des Betroffenen zu vernichten, 100 000 EUR nicht übersteigen; im Übrigen ist § 6 Abs. 1 zweiter Satz anzuwenden.
- (2) In den im § 7a Abs. 3 erwähnten Fällen besteht kein Anspruch nach Abs. 1.

5.4.6.1. Regelungsgegenstand

Besondere Ermittlungsmaßnahmen wie jene der Rasterfahndung, des Lauschangriffs oder von Videoüberwachungen eröffnen neben den Verbesserungen für die Strafverfolgung gleichermaßen auch Felder für eine missbräuchliche Verwendung der über diesen Weg gesammelten Daten, § 7c MedienG schützt den Einzelnen vor einem medialem Missbrauch auf solchem Weg gesammelter Daten.¹⁹⁸

Entschädigung nach § 7c MedienG steht jenen Personen zu, die durch die mediale Veröffentlichung von Informationen, welche auf dem Wege einer der genannten Überwachungsmaßnahmen (der StPO) an die Öffentlichkeit geraten sind¹⁹⁹, wenn deren schutzwürdige Interessen verletzt wurden.

Eine Besonderheit im Gegensatz zu den vorher genannten Ansprüchen besteht hierbei darin, dass, wie dies auch die entsprechenden Materialien²⁰⁰ zum Ausdruck bringen, nicht nur der „höchstpersönliche Lebensbereich“ betroffen sein muss und auch keine Notwendigkeit daran besteht, dass der Inhalt der Veröffentlichung bloßstellenden Charakter im eigentlichen Sinn hat, sondern dass es ausreicht, wenn Berufs-, Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse oder andere berechnete private Interessen beeinträchtigt werden können.

¹⁹⁸ Koziol/Warziles in Koziol/Warziles (eds), Persönlichkeitsschutz Rz 32

¹⁹⁹ Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7c Rz 7

²⁰⁰ ErläutRV 49 BlgNR 20. GP 27

Eingeschränkt wird das Veröffentlichungsverbot jedoch auch hier wieder insoweit, als dass die berechtigten, schutzwürdigen Interessen des Betroffenen *verletzt* werden müssen, um eine Entschädigungspflicht auszulösen. Damit besteht selbst bei einer Veröffentlichung kein Schutz, wenn keine Interessen verletzt wurden.

Jedoch ist ebenfalls von Bedeutung, dass § 7c MedienG im Vergleich zu den anderen Normen keine Interessenabwägung vorsieht (kein Veröffentlichungsinteresse, etc.), das Verbot ist also als absolut zu betrachten.²⁰¹

5.4.6.2. Entschädigung

Die Entschädigung erfolgt wiederum nach dem Grad der erlittenen Kränkung und gewährt dafür einen immateriellen Schadenersatz. Die Obergrenzen sind im § 7c MedienG höher als in den anderen Entschädigungsansprüchen und sind bei EUR 50.000,-, wenn die Veröffentlichung jedoch geeignet ist, die wirtschaftliche oder die gesellschaftliche Stellung des Betroffenen zu „vernichten“, bei EUR 100.000,-.

Dieser letzte Passus hat zudem eine nicht unwesentliche Abweichung vom restlichen System der Entschädigungsansprüche, indem aus der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Stellung des Betroffenen materielle Schäden in die Bemessung einfließen.²⁰²

5.4.6.3. Befreiung

§ 7c Abs 2 MedienG normiert, dass dieselben Ausschlussgründe wie jene des § 7a Abs 3 MedienG zur Anwendung kommen sollen, auf die entsprechenden Ausführungen dazu sei verwiesen.

Keine Ersatzpflicht nach § 7c MedienG besteht aber überdies, wenn die Ergebnisse dieser Untersuchungen in einer öffentlichen Hauptverhandlung behandelt und von ihnen Gebrauch

²⁰¹ Hager/Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz 63; Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7c Rz 3 (mwN)

²⁰² Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7c Rz 17

gemacht wird. Dies beschränkt sich aber auf jene Gegenstände, die tatsächlich eingeführt wurden, nicht eingeführte Tatsachen bleiben somit auch weiterhin vor einer Veröffentlichung geschützt.²⁰³ Diese Einschränkung ist nicht zu verwechseln mit jener des bereits durch den § 7c Abs 2 MedienG miteinbezogenen Befreiungsgrundes der amtlichen Veranlassung (z.B. Fahndung).

5.5. Gegendarstellung

- § 9. *(1) Jede durch eine Tatsachenmitteilung, die in einem periodischen Medium verbreitet worden ist, nicht bloß allgemein betroffene natürliche oder juristische Person (Behörde) hat Anspruch auf unentgeltliche Veröffentlichung einer Gegendarstellung in diesem Medium, es sei denn, daß die Gegendarstellung unwahr oder ihre Veröffentlichung aus anderen Gründen ausgeschlossen ist.*
- (2) Einer Gegendarstellung zugängliche Tatsachenmitteilungen sind Angaben, die ihrer Art nach einer Prüfung auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zugänglich sind und deren wesentliche Aussage nicht bloß in einer persönlichen Meinungsäußerung, einer Wertung oder einer Warnung vor dem zukünftigen Verhalten eines anderen besteht.*
- (3) In der Gegendarstellung ist in knapper Weise auszuführen, daß und inwieweit die Tatsachenmitteilung unrichtig oder unvollständig sei und woraus sich dies ergebe. Die Gegendarstellung kann sprachlich frei gestaltet werden. Sie muß entweder die Tatsachen anführen, die im Gegensatz zur Tatsachenmitteilung richtig seien oder letztere in einem erheblichen Punkt ergänzen, oder sich sonst unmittelbar auf die Tatsachenmitteilung und deren Unrichtigkeit oder irreführende Unvollständigkeit beziehen. Ihr Umfang darf nicht außer Verhältnis zu dem der Tatsachenmitteilung stehen. Sie muß in der Sprache der Veröffentlichung, auf die sie sich bezieht, abgefaßt sein.*

5.5.1. Einleitung

Neben den genannten Ersatzansprüchen ist sicherlich neben der Veröffentlichungspflicht in der Gegendarstellung ein weiteres wichtiges, wenn nicht sogar das wichtigste Instrument²⁰⁴ zur Rechtsdurchsetzung im Medienrecht zu sehen. Nichts desto trotz soll an dieser Stelle der Gegendarstellung nicht jener Umfang gewidmet sein, der den haftungsrelevanten Ersatzansprüchen gewährt wurde, da das Gegendarstellungsrecht in der Auseinandersetzung eines medienrechtlichen Rechtsdurchsetzungsthemas sicherlich einen zentralen Punkt darstellt, in gegebenem Zusammenhang aber für die Auseinandersetzung mit einem Strafschadenersatz nicht vordergründig ist.

²⁰³ Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §7c Rz 10

²⁰⁴ RIS-JUSTIZ RS0074796: „Die Gegendarstellung ist das wichtigste Mittel des von einer abträglichen Medienbehauptung Betroffenen, um sich zur Wehr zu setzen.“

Die Darstellung des Gegendarstellungsrechts beschränkt sich somit auf wesentliche Grundlagen dieses Rechtsinstruments – wie auch im Zuge der nachfolgenden Gesamtbeurteilung (siehe sogleich unten 6) mit der tatsächlichen Effektivität des Mediengesetzes. Es soll aber nicht der Eindruck erweckt werden, die Gegendarstellung sei nur ein unbedeutendes Instrument im Kreis der medienrechtlichen Ansprüche.²⁰⁵

5.5.2. Funktion und Norminhalt

Die Gegendarstellung stellt einen zivilrechtlichen Beseitigungsanspruch²⁰⁶ dar und soll einer Person, welcher durch eine Berichterstattung eines Mediums – genauer, eines periodischen Mediums – betroffen ist die Möglichkeit eröffnen, auf diese Berichterstattung zu reagieren und gehört zu werden.

Die Gegendarstellung ist nach dem Wortlaut des Gesetzestextes jedenfalls nur für Tatsachenmitteilungen, nicht aber für Werturteile anwendbar, woran insbesondere das Problem haftet, dass Berichte in Medien oftmals nicht nur Tatsachen, sondern eben auch Wertungen enthalten.²⁰⁷

Die Form und Ausgestaltung einer Gegendarstellung muss jedenfalls in demselben Ausmaß wie die ursprüngliche Darstellung erfolgen, also den gleichen Veröffentlichungswert haben (§ 13 Abs 3 MedienG), findet sich meiner Erfahrung nach in der Praxis dennoch oftmals in einer kurzen, meist eher dezentralen Spalte mit den Worten „Herr Musturname begehrt folgende Gegendarstellung: er war nie...“. Die Gegendarstellung hat unentgeltlich zu erfolgen und für den Fall, dass der Medieninhaber sich weigert eine Gegendarstellung unentgeltlich zu veröffentlichen, besteht die Möglichkeit, vor Gericht einen Antrag auf Veröffentlichung zu stellen (§ 14 MedienG). Sollte sich in diesem Fall im Zuge eines Verfahrens jedoch herausstellen, dass die Veröffentlichung der Gegendarstellung zu Unrecht zustande gekommen ist, trägt der Antragsteller die Kosten der Veröffentlichung.²⁰⁸

²⁰⁵ Hierzu auch Korn in Koziol/Warziles (eds), Persönlichkeitsschutz Rz 24

²⁰⁶ Korn in Koziol/Warziles (eds), Persönlichkeitsschutz Rz 24

²⁰⁷ Höhne in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG Vor §§9-21 Rz 11

²⁰⁸ Höhne in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §9 Rz 27; was insbesondere für den, der die Gegendarstellung begehrt, mit einem unter Umständen enormen Kostenrisiko verbunden ist.

5.6. Urteilsveröffentlichung nach § 34 MedienG

- § 34. (1) Im Strafurteil wegen eines Medieninhaltsdelikts ist auf Antrag des Anklägers auf die Veröffentlichung der Teile des Urteils zu erkennen, deren Mitteilung zur Unterrichtung der Öffentlichkeit über die strafbare Handlung und ihre Aburteilung erforderlich ist. Die zu veröffentlichenden Teile des Urteils sind im Urteilsspruch anzuführen. Hierbei kann das Gericht, soweit dies zur leichten Verständlichkeit des Urteilsinhalts oder zur Beschränkung des Umfangs der Veröffentlichung geboten erscheint, den Wortlaut von Teilen des Urteils durch eine gedrängte Darstellung ersetzen.
- (2) Bei einer Verleumdung, einer strafbaren Handlung gegen die Ehre oder wenn eine andere mit Strafe bedrohte Handlung Umstände oder Tatsachen des Privat- oder Familienlebens betrifft, darf auf Urteilsveröffentlichung nur mit Zustimmung des Opfers erkannt werden, auch wenn zur Verfolgung der strafbaren Handlung eine Ermächtigung nicht erforderlich oder bereits erteilt worden ist.
- (3) Auf Antrag des Anklägers oder des zur Anklage Berechtigten ist auf Urteilsveröffentlichung in einem selbständigen Verfahren zu erkennen, wenn in einem Medium der objektive Tatbestand einer strafbaren Handlung hergestellt worden ist und die Verfolgung einer bestimmten Person nicht durchführbar ist, nicht beantragt oder nicht aufrechterhalten wird oder die Verurteilung aus Gründen, die eine Bestrafung ausschließen, nicht möglich ist. § 33 Abs. 2 zweiter Satz und Abs. 3 sind anzuwenden.
- (3a) Die Urteilsveröffentlichung ist unzulässig, wenn es sich um die Wiedergabe der Äußerung eines Dritten im Sinn des § 6 Abs. 2 Z 4 gehandelt hat.
- (4) Ist das Medieninhaltsdelikt in einem periodischen Medium begangen worden, so hat die Urteilsveröffentlichung in diesem Medium in sinngemäßer Anwendung des § 13 zu erfolgen, wobei die Veröffentlichungsfrist beginnt, sobald das Urteil in Rechtskraft erwachsen und zugestellt worden ist. Für die Durchsetzung gilt § 20 sinngemäß.
- (5) Auf Veröffentlichung in einem anderen periodischen Medium ist zu erkennen, wenn das periodische Medium, in dem das Medieninhaltsdelikt begangen worden ist, nicht mehr besteht oder wenn das Medieninhaltsdelikt in einem anderen als einem periodischen oder in einem ausländischen Medium begangen worden ist. Die Kosten einer solchen Urteilsveröffentlichung gehören zu den Kosten des Strafverfahrens. Hinsichtlich der Durchsetzung gilt § 46.
- (6) Wird auf Urteilsveröffentlichung im selbständigen Verfahren erkannt, so treffen die Kosten des Verfahrens den Medieninhaber.

5.6.1. Funktion und Norminhalt

Wird ein Medieninhaber aufgrund eines Medieninhaltsdeliktes verurteilt, so kann der Ankläger (bzw. der Betroffene) nach § 34 MedienG einen Antrag auf Veröffentlichung dieses Urteiles stellen. Die Urteilsveröffentlichung dient dem Zweck, dem Betroffenen eine Möglichkeit zu geben öffentlich zu machen, dass er sich gegen die seinerzeitige Berichterstattung erfolgreich zur Wehr gesetzt hat.²⁰⁹

Bei diesem in der Praxis zentralen und wichtigen²¹⁰ Instrument zur Verfolgung von Medieninhaltsdelikten handelt es sich um eine „Maßnahme publizistischer

²⁰⁹ Polley in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §34 Rz 1

²¹⁰ aaO Rz 3

Wiedergutmachung und dient dem Schutz vor dem Fortwirken des Delikts in der öffentlichen Meinung“.²¹¹

Vom Umfang her muss die Veröffentlichung nicht das gesamte Urteil umfassen, sondern vielmehr nur jene Teile beinhalten, die für die Information an die Öffentlichkeit von Bedeutung sind, wobei Textierung und Umfang von der Einschätzung des Richters abhängen,²¹² insofern ist der zu veröffentlichende Teil des Urteils auch mit in den Urteilsspruch aufzunehmen.²¹³ Entsprechend dem bereits unter der Gegendarstellung dargelegtem ist auch bei der Urteilsveröffentlichung geboten, dass der Veröffentlichung derselbe Veröffentlichungswert wie der ursprünglichen, erfolgreich bekämpften Berichterstattung zukommt, wenngleich nicht vollkommene Identität erforderlich ist.²¹⁴

5.7. Der Presserat

Abgesehen von den gesetzlichen Verhaltensregeln und Sanktionen gibt es auch außerhalb des Gesetzesrechts durch den Presserat eine weitere Möglichkeit, als Geschädigter seine Ansprüche geltend zu machen. Dieses wieder neu installierte Gremium behandelt daher dieses Kapitel.

5.7.1. Historie

Ein neuerdings wieder auflebendes Gremium sei an dieser Stelle ebenfalls dargestellt und erörtert: der österreichische Presserat.²¹⁵

Der österreichische Presserat wurde 1961 von der Berufsorganisation der Zeitungs- und Zeitschriftenherausgeber (VÖZ) und der Journalistengewerkschaft gegründet und ist als ein Instrument zur freiwilligen Selbstkontrolle, aber ohne erzwingbare Rechtspflichten, auf

²¹¹ OGH 120s 135/07 f MR 2009,129

²¹² Polley in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §34 Rz 19

²¹³ Zöchbauer - Medienstrafrecht 99

²¹⁴ RIS-JUSTIZ RS0074798: „Der Grundsatz des gleichen Veröffentlichungswerts bedeutet zwar nicht vollkommene Identität, aber eine möglichst weitgehende Annäherung.“

²¹⁵ Offiziell lt. Vereinsregister: „Verein zur Selbstkontrolle der österreichischen Presse – Österreichischer Presserat“

freiwilliger Basis eingerichtet worden.²¹⁶ Seine Durchsetzungskraft basierte auf der freiwilligen Unterwerfung von Medien unter seine Sprüche.

Als Zweck setzte sich der Presserat die Wahrung der Berufspflichten der österreichischen Presse, unter anderem auch um Missstände festzustellen und besonders um das Ansehen der österreichischen Presse zu wahren und erließ dazu einen „Ehrenkodex für die publizistische Arbeit“²¹⁷, der trotz der fehlenden Rechtsverbindlichkeit für die Interpretation von so wichtigen Begriffen wie jenem der „Wahrnehmung der journalistischen Sorgfalt“ von Bedeutung war.²¹⁸

Der Presserat sah sich mit immer stärker werdenden Konflikten konfrontiert, insbesondere auch mit der „Kronen Zeitung“: diese unterwarf sich nicht nur von Anfang an nicht dem Presserat,²¹⁹ sondern reichte sogar Klage wegen Kreditschädigung gegen den Presserat ein (und verlor²²⁰). Zusammen mit einer immer größer werdenden öffentlichen Wahrnehmung als zahnloses Gremium verließ im Jahr 2001 schließlich der VÖZ den Presserat, wodurch dessen Arbeit de facto eingestellt wurde.

5.7.2. Presserat neu – Aufbau und Aufgaben

Im Herbst 2010 ist es nach neunjähriger Unterbrechung gelungen, den Presserat wieder als Selbstkontrollorgan einzurichten. Der Presserat sieht seine Aufgabe als „moderne Selbstregulierungseinrichtung im Pressebereich, die auf dem Prinzip der Freiwilligkeit beruht und der redaktionellen Qualitätssicherung sowie der Gewährleistung der Pressefreiheit dient.“²²¹

Für diese Qualitätssicherung wurde auch bereits ein neuer Ehrenkodex²²² für die publizistische Arbeit erlassen. Dieser Ehrenkodex entspricht in seiner Qualifikation dem alten Kodex und

²¹⁶ Berka, Recht der Massenmedien 218; http://de.wikipedia.org/wiki/%C3%96sterreichischer_Presserat, zuletzt abgerufen am 16.05.2011

²¹⁷ Zum Stand 1999 abgedruckt bei Noll in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §2, Rz 13

²¹⁸ Noll in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §2, Rz 14

²¹⁹ http://de.wikipedia.org/wiki/%C3%96sterreichischer_Presserat, zuletzt abgerufen am 16.05.2011

²²⁰ OGH 4Ob 295/99 g ÖBl 2001, 117

²²¹ http://www.presserat.at/show_content.php?sid=1, zuletzt abgerufen am 16.05.2011

²²² http://www.presserat.at/show_content.php?hid=2; zuletzt abgerufen am 16.05.2011

enthält insbesondere auch Vorschriften und Verhaltensanordnungen betreffend der Wahrung des Persönlichkeitsschutzes²²³, daneben sind auch noch besondere Verhaltensanordnungen die Intimsphäre betreffend²²⁴ genannt.

Der Presserat besteht aus einem Trägerverein²²⁵; Mitglieder dieses Trägervereines sind der Verband Österreichischer Zeitungen (VÖZ), der Österreichische Gewerkschaftsbund (vertreten durch die Journalistengewerkschaft in der GPA-DJP), der Österreichische Zeitschriften- und Fachmedienverband (ÖZV), der Verband der Regionalmedien Österreichs (VRM), der Verein der Chefredakteure sowie der Presseclub Concordia (PCC). Leitungsorgan im Sinne eines Vereinsvorstandes nach Vereinsgesetz ist das Präsidium, das auf den Mitgliederversammlungen gewählt wird. Daneben ist ein Geschäftsführer zu bestellen. Im Zuge der Mitgliederversammlung sind zudem 2 Beschwerdesenate zu besetzen.

Die Mitglieder der Beschwerdesenate werden von der Mitgliederversammlung auf 3 Jahre bestellt und bestehen aus jeweils 7 Mitgliedern und 4 Ersatzmitgliedern, wobei in jedem Senat zumindest ein Mitglied und ein Ersatzmitglied eine abgeschlossene juristische Ausbildung mit zumindest 5 Jahren Erfahrung in einem Rechtsberuf aufweisen muss. Die anderen Mitglieder bzw. Ersatzmitglieder müssen dagegen ausreichende Erfahrung in einem Medienberuf haben und Journalisten im Sinne des Journalistengesetzes (JournalistenG) sein.

Ausgeschlossen von der Tätigkeit in den Senaten sind führende Funktionäre der Mitgliedsorganisationen des Vereins, führende Funktionäre von anderen Interessensvertretungen auf Bundes- oder Landesebene, Mitglieder des Präsidiums sowie Inhaber politischer Ämter auf Bundes- oder Landesebene.

Die Mitglieder dieser beiden Beschwerdesenate bilden gemeinsam das eigentliche Gremium „Presserat“. Die beiden Beschwerdesenate sind als unabhängige und weisungsfreie Organe der Selbstkontrolle der österreichischen Presse dazu eingerichtet, Beschwerden von Personen, die sich durch ein Medium in ihren Rechten verletzt fühlen, als Schiedsgericht iSd §§ 577 ff ZPO zu behandeln.

²²³ Siehe Punkt 5 des Kodex

²²⁴ Siehe Punkt 6 des Kodex

²²⁵ Siehe Statuten des Presserats, abrufbar unter http://www.presserat.at/show_content.php?sid=6, zuletzt abgerufen am 16.05.2011

Dies bedeutet, dass die Beschwerdesenate zur Entscheidung über Beschwerden über Veröffentlichungen oder journalistische Verhaltensweisen, die an den Verein herangetragen werden, berufen sind. Daneben kann der Presserat aber auch auf eigene Initiative tätig werden.

Vorgesehen ist, dass sich Verlage von periodischen Druckwerken (damit sind auch Onlinemedien gemeint) freiwillig schriftlich zu den Grundsätzen für die publizistische Arbeit (also den Ehrenkodex) bekennen bzw. sich diesem unterwerfen und in weiterer, konsequenter Folge die von den Beschwerdesenaten wegen eines allfälligen Verstoßes ausgesprochenen Sanktionen anerkennen bzw. Entscheidungen hierzu, wo der Beschwerdesenat auf Veröffentlichung erkannt hat, in ihren jeweiligen Medien aktualitätsnah zu publizieren. Im Gegenzug werden die Verlage berechtigt, das Presserat-Gütesiegel zu führen.

Eine Beschwerde beim Presserat bzw. ein „Prozess“ vor diesem hat aber eine große Einschränkung: mittels Selbstverpflichtungserklärung muss sich ein Beschwerdeführer nämlich dazu verpflichten, ausschließlich das Schiedsverfahren vor dem Presserat bzw. den Senaten zu verfolgen und mit der Causa zu befassen – der ordentliche Rechtsweg wird damit ausgeschlossen. Der Ablauf des Verfahrens ist durch eine eigens erlassene Verfahrensordnung geregelt.²²⁶

Dies ist insofern für einen Beschwerdeführer von Interesse, als die schärfste Sanktion, die der Presserat verhängen kann, eine Verpflichtung zur Veröffentlichung der Entscheidung darstellt. Wird der Presserat auf eigene Initiative tätig, bleibt ihm überhaupt als einzige Sanktion „den Missbrauch der Pressefreiheit, den Verstoß gegen die guten Sitten, die gröbliche Verletzung der Wahrheitspflicht oder die Verletzung der Berufspflichten der Presse und/oder der Grundsätze für die publizistische Arbeit“²²⁷ festzustellen.

²²⁶ http://www.presserat.at/show_content.php?sid=14, zuletzt abgerufen am 16.05.2011

²²⁷ Vgl. § 20 Verfahrensordnung des Beschwerdesenats (http://www.presserat.at/show_content.php?sid=14; zuletzt abgerufen am 16.05.2011)

5.7.3. Würdigung

Grundsätzlich ist die Wiederrichtung des Presserates sicherlich eine zu begrüßende Entwicklung in Richtung einer Selbstkontrolle der Medien, insbesondere in Hinblick darauf, dass der aufgesetzte Ehrenkodex den Zweck einer "für die journalistische Arbeit am Mediengesetz anknüpfende ethische Richtschnur für Medienschaffende"²²⁸ erfüllen soll.

Fraglich bleibt hingegen, inwieweit tatsächlich der Presserat als Entscheidungsgremium bzw. als diese ethische Richtschnur – gerade von den Boulevardmedien – akzeptiert werden wird. Schon einmal ist der Presserat an der divergierenden Auffassung solch einer Ethik gescheitert, und es wird wohl in Wirklichkeit eher an der „ethischen Richtschnur“ jedes einzelnen Mediums denn an der des Ehrenkodex liegen, ob die Unterwerfung unter dessen „Gerichtsbarkeit“ tatsächlich stattfinden bzw. berücksichtigt werden wird.

Fragwürdig bleibt, wieso eine Anrufung nur durch den Verzicht auf den ordentlichen Rechtsweg aufgenommen kann. Eine solche Bindung macht sicherlich im Hinblick auf die Möglichkeit einer Einigung vor dem Schiedsgericht im Vergleichswege Sinn, da damit ja auch für das Medium ein Anreiz geschaffen werden könnte, sich bei eindeutigen Fällen nicht querzulegen sondern auf die gütliche Einigung hinzuarbeiten.

Der neue Geschäftsführer des Presserates hat in einem Interview mit der Tageszeitung „Die Presse“²²⁹ diese Einschränkung damit gerechtfertigt, dass verhindert werden soll, dass Beschwerdeführer Erfolgchancen „austesten“ und den Entscheidungen des Rates dadurch auch „mehr Gewicht“ verliehen werden soll und die Vorzüge mit der schnelleren Entscheidungsfindung und kürzerer Prozessdauer beschrieben. Es wird sich erst zeigen müssen, ob und wie diese Einschätzung tatsächlich Anklang finden werden.

Für den Betroffenen stellt sich aber die Frage, ob er tatsächlich den Verzicht auf jene staatlichen (und damit wirklich unabhängige, denn der Presserat bleibt als „Selbstregulierungseinrichtung“ weiterhin eine Einrichtung seiner Trägerorganisationen)

²²⁸ Vgl. „Aufgaben“ auf der Homepage des Presserates: http://www.presserat.at/show_content.php?hid=1, zuletzt abgerufen am 16.05.2011

²²⁹ "Die Presse", Rechtspanorama der Print-Ausgabe, 16.05.2011

unabhängigen Gerichte verzichten will, die ihm noch dazu schärfere Sanktionen im Falle einer Verurteilung in Aussicht stellen. Auf die Persönlichkeitsrechte abgestellt: wähle ich als in meinen Rechten Verletzter a) die Möglichkeit eines (instanzenlosen) Schiedsspruchs, dessen schärfste Sanktion eine Veröffentlichung eben dieses ist, oder b) den Weg vor die Mediengerichte, die im Falle einer Verurteilung ja nicht nur ebenfalls auf die Veröffentlichung erkennen können, sondern darüber hinaus noch auf Entschädigungen?

Interessant wird sein, inwiefern sich die „Rechtsprechung“ der Schiedsgerichte des Presserates auf die Entwicklung der Definition von „beruflichen Sorgfaltspflichten“, welche insbesondere ein Maßstab für die „journalistischen Sorgfalt“²³⁰, aber auch für das Wettbewerbsrecht eine Orientierungshilfe für die Lauterkeit²³¹ darstellen, auswirken wird, insbesondere ob der Presserat hiermit auch durch die „echte“ Rechtsprechung anwendbare „Berufsstandards“ mitentwickeln wird, die dann von dieser als Grundlage bzw. Orientierung für ihre Entscheidungen annehmen wird (und als solche uU auch für die Anspruchsgrundlage eines Strafschadenersatzanspruchs heranziehbare Maßstäbe entwickeln könnte).

5.8. Ergänzung: Mediengesetznovelle

5.8.1. Einleitung

Nicht zuletzt aufgrund, wenn nicht sogar überhaupt ausgehend von den auch eingangs beschriebenen jüngeren Fällen aus der Praxis hat sich die österreichische Bundesregierung in ihrem Regierungsprogramm – wie bereits erwähnt – dazu bekannt, Verschärfungen zugunsten des Schutzes von Persönlichkeitsrechten im Medienrecht einleiten zu wollen.²³²

Mitte August 2009 nahm diese Absichtserklärung mit dem Ministerialentwurf einer Novelle zum Mediengesetz²³³ konkrete Formen an, bisweilen jedoch ist das Gesetzgebungsverfahren an diesem Punkt zum Stillstand gekommen und nicht weiter behandelt worden. Eine

²³⁰ Korn, ÖBI 2008, 169 (172)

²³¹ Siehe dazu weiter unten IV./ 4.3 - „Berufliche Sorgfalt“ als Kriterium der Lauterkeit“, Seite 114

²³² Siehe dazu auch den eindeutigen Wortlaut in 82/ME 24. GP Mat 3 bei welchem im Übrigen auch auf die bereits oben zitierten Vorfälle im Fall Amstetten Bezug genommen wird

²³³ 82/ME 24. GP

Umsetzung bzw. parlamentarische Beschlussfassung steht derzeit offensichtlich nicht auf der tagespolitischen Agenda.

Nichts desto trotz gilt es, im Sinne der Vollständigkeit diese Novelle an dieser Stelle zu erwähnen und kurz zu erörtern.

5.8.2. Inhalt des Ministerialentwurfs – wesentliche Änderungen

Wie aus den Materialien zum Ministerialentwurf ersichtlich betreffen die Änderungsvorschläge im Wesentlichen die §§ 6ff MedienG und sehen zum einen Erleichterungen für die Rechtsdurchsetzung vor, daneben aber auch Ausdehnungen auf einen vergrößerten Personenkreis an Anspruchsberechtigten sowie einer Entschädigungsuntergrenze und eine einheitliche Obergrenze, die in besonderen Fällen sogar überschritten werden kann.

Daneben ist aber auch vorgesehen, einen neuen § 120a StGB ins Strafrecht aufzunehmen, welcher sich nach den Materialien als ein „Paparazzi-Paragraph“ darstellt²³⁴, daneben aber auch für Fälle des sog. „Happy Slapping“, also der besonders bei Jugendlichen kurzzeitig recht populäre „Spaß“, andere Menschen gewaltsam zu attackieren und dabei zu filmen, um diese „Heldentat“ später idR auf Onlinevideoplattformen zu veröffentlichen.

5.8.2.1. Einfügung eines § 120a StGB

Neben den genannten Maßnahmen zum Eindämmen des „Happy Slapping“ ist mit dem § 120a StGB vor allem an eine Maßnahme gedacht, um Übergriffe durch Paparazzi vorzubeugen bzw. diese entsprechend sanktionieren zu können. Nach dem Wortlaut des Gesetzestextes soll künftig jemand, der „von einem anderen in der Absicht, diesen bloßzustellen, eine Bildaufnahme herstellt, einem Dritten zugänglich macht oder veröffentlicht, die Umstände des persönlichen Lebens- oder Geheimnisbereichs betrifft, an

²³⁴ 82/ME 24. GP Mat 7

denen der Abgebildete ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse (§§ 1 Abs 1, 8 und 9 DSGVO 2000) hat“, mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen bestraft werden. Ausgestaltet ist dieses Delikt nicht als Privatanklage-, sondern als Ermächtigungsdelikt. „Bloßstellen“ ist im Sinne des § 7 MedienG zu interpretieren, die Materialien stellen aber auch klar, dass Bloßstellen auch „Mitleid hervorrufen“ bedeuten kann, insbesondere in jenen Fällen, in denen vordergründig ein Voyeurismus der Öffentlichkeit bedient wird.²³⁵

Der Entwurf verwendet den Begriff des persönlichen „Lebens- und Geheimnisbereiches“, setzt ihn mit jenem der „Privat- und Geheimsphäre“ gleich und betont, dass damit neben sämtlichen privaten Tätigkeiten eines Menschen auch Berufs- und Geschäftsgeheimnisse miteingeschlossen werden und somit insofern nicht nur auf den „höchstpersönlichen Lebensbereich“ abzustellen ist.

Wenngleich dieser Bestimmung, die als „Paparazzi- Paragraph“ titulierte wurde, große Kritik entgegengebracht wurde²³⁶, woraufhin zunächst von Seiten des Justizministeriums diese Bestimmung wieder fallen gelassen wurde, äußerte sich die damalige Justizministerin Claudia Bandion-Ortner daraufhin erneut mit dem Vorhaben, gegen „Happy Slapping“ mit einer Gesetzesänderung vorgehen zu wollen.²³⁷ Ob diese Agenden unter der neuen Justizministerin Beatrix Karl Priorität genießen werden, bleibt abzuwarten.

5.8.2.2. Änderungen im Mediengesetz

Weit umfangreichere Änderungen sieht der Entwurf für das Medienrecht vor. Hier soll insbesondere künftig eine Entschädigungsuntergrenze von EUR 100,- vorgesehen werden, und darüber hinaus für alle Entschädigungsansprüche eine Höchstbetragsgrenze von EUR 100.000,- gelten, diese wandert damit als eine gemeinsame Bestimmung in den § 8 MedienG des Entwurfs. Daneben soll auch – wie im Gegendarstellungsrecht – der

²³⁵ 82/ME 24. GP Mat 8

²³⁶ Siehe dazu insb. die umfassenden Stellungnahmen zum Ministerialentwurf 82/ME 24. GP

²³⁷ <http://derstandard.at/1293369828816/Bandion-Ortner-will-Strafen-fuer-Happy-Slapping>, zuletzt abgerufen am 16.05.2011

Veröffentlichungswert als neues Kriterium eingefügt werden. Der Begriff der „erlittenen Kränkung“ soll durch jenen der „persönlichen Beeinträchtigung“ ersetzt werden.

Bemerkenswert ist, dass vorgesehen ist, in besonderen Fällen die Höchstgrenze überschreiten zu können. Die Materialien gehen hier auch ganz eindeutig darauf ein, dass Medienunternehmen auch nach Ansicht des Justizministeriums Ersatzpflichten bewusst in Kauf nehmen und dass in der Praxis die gegenwärtigen Obergrenzen zu niedrig angesetzt seien.²³⁸ Zur Überschreitung des Höchstbetrages sollen zwei Voraussetzungen erforderlich sein: zum einen müssen besonders schwerwiegende Auswirkungen der Veröffentlichung vorliegen, daneben aber auch ein besonders schwerwiegender Verstoß gegen die gebotene journalistische Sorgfalt gegeben sein. Damit soll eine stärkere präventive Wirkung erzielt werden. Bestehen bleibt hingegen die Bedachtnahme auf die wirtschaftliche Existenz des Medieninhabers.

Besonderes Augenmerk liegt in der Erweiterung und Umformulierung des § 7a MedienG: neben den bisher geschützten Personen sollen künftig auch Zeugen und Angehörige in den Schutzbereich aufgenommen werden. Daneben soll es für Opfer künftig erleichtert werden, in den Schutzbereich zu fallen, indem das Erfordernis der „schutzwürdigen Interessen“ nicht mehr im Gesetzestext verankert ist – bei Tatverdächtigen oder Verurteilten hingegen bleibt dieser sehr wohl bestehen.

Die Möglichkeit zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen soll von derzeit sechs Monaten auf neun Monate ausgedehnt werden.

5.8.3. Kritik

Die geplanten Änderungen im Mediengesetz sind nicht zuletzt aufgrund der zeitlichen Nähe zum Fall Josef Fritzl sicherlich mit dem Prädikat „Anlassgesetzgebung“ zu versehen und alleine schon deshalb kritisch zu betrachten.

²³⁸ 82/ME 24. GP 11f

Nichts desto trotz lässt sich daraus aber auch eine Sensibilisierung und auch von der Politik wahrgenommene Unzulänglichkeit im Hinblick auf den Schutz von Persönlichkeitsrechten erkennen. Gerade im Bereich der Sanktionen des Mediengesetzes lässt sich erkennen, dass offenbar mit höheren Strafdrohungen der präventive wie auch sanktionierende Charakter der Bestimmungen verschärft werden soll.

Inwieweit diese Verschärfungen tatsächlich Wirkung zeigen sollen, bleibt allerdings offen, nimmt man sich die Einnahmen des Boulevards nochmals zur Hand (vgl. das Beispiel unter „3 Medien im Spannungsfeld“). Gleichzeitig bleibt, Verschärfung hin oder her, weiterhin der Ausgleich der erlittenen Kränkung maßgeblich, wie auch die Bedachtnahme auf die wirtschaftliche Tragfähigkeit des Medieninhabers. Es dürfte daher nur schwer nachweisbar sein, dass eine Veröffentlichung einen tatsächlichen immateriellen Schaden von EUR 100.000,- hervorgerufen hat.

6. Ergebnis: Abschließende Würdigung

Die in diesem Abschnitt dargelegten Rechtsbehelfe zeigen zunächst, dass auf gesetzlicher Basis durchaus Instrumente gegeben sind die den Schutz von Persönlichkeitsrechten gewährleisten sollen.

Erste Schwierigkeiten entstehen jedoch zunächst in der Anwendung aufgrund einer nicht geringen Zahl an unklaren bzw. nicht genau definierten Begriffen, Definitionen, klaren Vorgaben sowie klaren Abgrenzungen. Gerade die Frage, wann beispielsweise schutzwürdige Interessen eines Betroffenen etwaigen Veröffentlichungsinteressen überwiegen, kann nur kasuistisch und einzelfallbezogen beantwortet werden. Ebenso verhält es sich mit der Definition der „Wahrung der journalistischen Sorgfalt“: wie soll und kann bei dieser eine klare Grenzziehung stattfinden, wenn gleichzeitig eingestanden werden muss, dass ein unterschiedlicher Leserkreis zu unterschiedlicher „Qualität“ und unterschiedlichem Aufbau des Inhalts besteht.

Die Unzulänglichkeiten der Rechtsdurchsetzung zeigen sich jedenfalls aber dort, wo eine mediale Berichterstattung „eindeutig“ den Rahmen verlässt und wo für ein Medienunternehmen lediglich der Marktwert einer „Information“ den Gradmesser für ein Veröffentlichungsinteresse darstellt – wo also die Veröffentlichung den Selbstzweck darstellt.

Hierbei tun sich verschiedene Hauptanwendungsbereiche auf: zum einen geht es um den Bereich der sogenannten „High Society“ - Berichterstattung, daneben besonders um jene der Kriminalberichterstattung. Daneben sind aber sicherlich auch, ich nenne es an dieser Stelle „Schicksalsstories“, von Bedeutung, wo ohne einen kriminalthematischen Hintergrund persönliche „Schicksale“ medial aufgebauscht werden.

Veröffentlichung als Selbstzweck – wenn man dies aus Sicht der sogenannten „High-Society“ Gesellschaft betrachtet, kann man beinahe schon versucht sein, davon zu sprechen die persönlichkeitsrechtsschützenden Bestimmungen für diese Gruppe der Gesellschaft nicht grundsätzlich, sondern nur in krassen Ausnahmefällen anwendbar zu machen. Selbstverständlich haben auch Personen der „High- Society“ wie jeder andere auch das Recht, dass ihre Persönlichkeitsrechte gewahrt werden. ME ist hierbei der Maßstab jedoch deutlich niedriger anzusetzen, da solche Personen meist, selbsternannte ‚Promis‘ ‚B-Promis‘ und ‚Adabeis‘, oftmals geradezu davon leben, im Boulevard erwähnt zu werden und daher von sich aus mit allen möglichen privaten Details in die Öffentlichkeit drängen. Oftmals ist hier zu beobachten, dass Personen, die selbst jahrelang in die Öffentlichkeit gedrängt haben, und keine Gelegenheit, im Boulevard abgedruckt zu werden ausgelassen haben, plötzlich eine Aversion gegen genau diesen entwickeln. Hier könnte man fast gewillt sein, das alte Sprichwort „friss nicht die Hand, die dich füttert“ bei Beschwerden gelten zu lassen.

Selbstverständlich ist diese – zugegebenermaßen leicht polemische – Attacke auf die Lugners, Schillers und Fionas Österreichs etwas überzogen, bringt aber nichtsdestotrotz eine komplexe Komponente der Auseinandersetzung zum Vorschein. Natürlich ist die Verallgemeinerung solcher Personen nicht möglich, da selbstverständlich auch Personen zu einer öffentlichen Wahrnehmung gelangen, denen bisweilen gar nichts daran liegt – oder wo es die Folge der wirtschaftlichen oder sozialen Positionen dieser Person ist. Mit anderen Worten: der

Boulevard besteht nicht nur aus Lugners, Schillers und Fionas, sondern eben auch aus Ruttenstorfers, Treichls, Landaus und Nowotnys.

Viel gravierender wird es, wie bereits dargelegt, wenn die Sensationslust bzw. der Marktwert einer Berichterstattung nicht aus einer eingebildeten Wichtigkeit einer „High Society“- Person resultiert, sondern wenn Schicksale und Tragödien dazu benutzt werden, den Voyeurismus und die Sensationslust des Boulevards zu bedienen.

Die vom Gesetzgeber normierten Entschädigungen sind konzipiert als Ersatz des immateriellen Schadens, haben aber wieder eine reine Ausgleichsfunktion. Sie sind somit primär nicht als Sanktion oder zur Prävention vorgesehen, wenngleich sie diese Wirkung in gewissen Ausmaß auch besitzen (- müssen?).²³⁹ Gerade dieser, ausführlich dargestellte Grundgedanke ist meines Erachtens aber aufgrund der faktischen Umstände zu hinterfragen – und wird es offenbar auch, wie die Überlegungen zur Medienrechtsnovelle zeigen.

In der Tat bewegen sich die in der Judikatur tatsächlich ausgesprochenen Entschädigungsbeträge nämlich kaum auch nur Nahe an den Obergrenzen, so stellt *Berka*²⁴⁰ beispielsweise fest, dass in den Jahren 1994 – 1999 bei einer bestimmten Tageszeitung die jeweils zugesprochenen Entschädigungen zwischen EUR 1500,- und EUR 7300,- betrugen – eine Bedachtnahme auf die wirtschaftlichen Umstände des Medieninhabers wirkt bei Anblick dieser Zahlen geradezu als Hohn, mindestens aber als „totes Recht“. Ein Überblick über die Judikatur mit den entsprechenden Entschädigungssummen findet sich auch in der tabellarischen Auflistung von *Korn*²⁴¹, wo deutlich wird, dass nicht nur die Beträge auf - im Verhältnis zur Höchstgrenze - niedrigem Niveau pendeln, sondern auch, dass bestimmte Medienunternehmen offensichtlich immer wieder zu solchen Entschädigungen verurteilt werden, was nicht auf einen wirksamen präventiven Charakter der Bestimmungen schließen lässt.

Dem Schutz von Persönlichkeitsrechten im Medienrecht sollte somit meines Erachtens nicht in erster Linie über einen Ausgleich der erlittenen Kränkung, sondern davon losgelöst über

²³⁹ *Berka* in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG Vor §§6-8a Rz 23, 43f; *Hager/Zöchbauer*, Persönlichkeitsschutz 38f; *Handler*, Schutz von Persönlichkeitsrechten 441f; *Korn* in *Mayer (Hrsg)*, Persönlichkeitsschutz u Medienrecht 47f

²⁴⁰ in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG Vor §§6-8 MedienG Rz 49 (mwN)

²⁴¹ in *Mayer (Hrsg)*, Persönlichkeitsschutz und Medienrecht 115f

solche Maßnahmen,, die eine starke präventive Wirkung zeigen und bei denen die Sanktion eine gerechtfertigte Folge darstellt, genüge getan werden. Ein Ausgleich kann nämlich selten eine bereits geschehene Stigmatisierung wiedergutmachen. Was nützt es einem als ‚Mörder‘ bezeichneten Betroffenen, EUR 5.000,- zu erhalten, wenn er wochenlang an den Medienpranger gestellt wurde? Nützen ihm EUR 50.000,-? Nützen ihm EUR 100.000,-? Können damit Auswirkungen auf Umfeld, Ruf, familiäres Umfeld etc. wirklich ausgeglichen werden? Was wäre ihnen lieber – wenn sie, nachdem sie ein Medium zu Unrecht als Pädophilen bezeichnet hat, von diesem EUR 100.000,- zugesprochen werden – oder dass sie erst gar nicht als solcher bezeichnet werden würden, weil sich das Medium zuerst genauer mit der Sachlage vertraut macht und besser recherchiert, bevor es aus der Überlegung „super Story – Aufreger und schockierend“ ihr Foto veröffentlicht?

Die beste Intention eines Gesetzes nützt nichts, wenn ihre Auswirkungen keine Folgen haben. Härtere Sanktionen gegenüber Medien führen zwangsläufig zu der Auseinandersetzung mit der Frage, ob damit nicht die Gefahr einer Zensur und Beschneidung der Pressefreiheit entsteht. Tiefergehend möchte ich mich dieser Frage erst bei der Beurteilung und Würdigung der Konzeption des Strafschadenersatzes befassen, da sie dort systematisch besser zu behandeln ist.

Jedenfalls zeigt das dargelegte, dass auf Grundlage der geltenden Rechtslage alternative, neue Formen von Rechtsschutzinstrumenten jedenfalls nötig sind und überdacht gehören.

IV. AUSGEWÄHLTE SANKTIONEN UND ARTEN DER RECHTSDURCHSETZUNGEN IM ÖSTERREICHISCHEN RECHT

1. Einleitung

Wie bereits eingangs dargelegt, genießt im Zuge dieser Darstellung das Medienrecht nicht den ausschließlichen Betrachtungspunkt der Auseinandersetzung mit dem Thema Strafschadenersatz, der folgende Abschnitt soll die Frage behandeln, inwiefern dem österreichischen (Unternehmens-) Recht bereits andere (zivilrechtliche) Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung bekannt sind, die vom klassischen Schadenersatz nach dem ABGB abweichen und die unter Umständen für das Medienrecht anwendbare bzw. modifiziert anwendbare Lösungsansätze darstellen würden und darüber hinaus erörtern, ob gar bereits schon Formen von strafschadenersatzartigen Sanktionen im österreichischen Recht Eingang gefunden haben.

Gleichermaßen können daher auch einige der diesen Rechtsbereichen zugrundeliegenden Rechtsfolgen ihrerseits später einer Betrachtung unterzogen werden, ob sich umgekehrt an ihrer statt ein Strafschadenersatz eignen würden bzw. ein solcher zur effektiven Rechtsdurchsetzung sinnvoll wäre – bzw. ob überhaupt eine Notwendigkeit für eine solche Überlegung besteht.

2. Sanktionen im Immaterialgüterrecht

2.1. Einleitung

Das Immaterialgüterrecht schützt das geistige Eigentumsrecht seines Schöpfers. Mit dem Begriff Immaterialgüterrecht umfasst sind gleichermaßen sowohl das Urheberrecht, das Markenschutzrecht, das Musterschutzrecht sowie das Patentrecht, die aufgrund der im Wesentlichen hierzu identen Rechtsdurchsetzungsbestimmungen gemeinsam behandelt werden, wobei auf die Darstellung der allgemeinen Grundlagen der einzelnen Rechtsgebiete an dieser Stelle verzichtet wird.

2.2. Rechtsdurchsetzung im Immaterialgüterrecht

Gegen Verletzungen eines dieser geschützten Rechte, wie sie beispielsweise im Markenschutz die unbefugte Verwendung einer geschützten Marke sein könnte oder im Urheberrecht das „Abkupfern“ eines Liedes eines Musikers durch einen Dritten, sind vielfältige Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung vorgesehen.

Allen voran steht dabei der Anspruch auf Unterlassung (z.B. § 81 UrhG, § 51 MSchG) der verletzenden Handlung als wichtigster Rechtsbehelf, wenngleich dieser nicht eine „Sanktion“ sondern vielmehr eine Verhinderung künftiger Störungen darstellt.²⁴² Daneben besteht auch ein Anspruch auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes (z.B. § 52 MSchG, § 148 PatG), wie auch Urteilsveröffentlichungen und Auskunftsansprüche, um Quellen von Verletzungen aufdecken zu können.²⁴³

Für alle Immaterialgüterrechte vorgesehen ist darüber hinaus ein vom Grad des Verschuldens abhängiger Anspruch auf Ersatz in Geld: neben dem (verschuldensunabhängigen) Anspruch auf angemessenes Entgelt bestehen auch (verschuldensabhängig) Schadenersatzansprüche inklusive entgangenem Gewinn (volle Genugtuung), Herausgabe des durch die

²⁴² Heidinger in Wiebe (Hrsg), Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 163

²⁴³ aaO 166

Rechtsverletzung erzielten Gewinns und eine Schadenspauschalierung durch ein doppeltes Entgelt.

2.3. Der Anspruch auf angemessenes Entgelt

Der Anspruch auf angemessenes Entgelt ist ein verschuldensunabhängiger, bereicherungsrechtlicher²⁴⁴ Anspruch, der auf einen Ersatz des sonst üblicherweise zu bezahlenden Lizenzentgelts abzielt („hypothetische Lizenzgebühr“²⁴⁵).

Bereicherungsrechtlicher Anspruch ist dieser deshalb, da er einen Verwendungsanspruch im Sinne des § 1041 ABGB darstellt, also als eine „ersparte Lizenzgebühr“²⁴⁶ durch die Verwendung der fremden Sache zu sehen ist. Dabei ist nicht nur der Nachweis eines Verschuldens nicht erforderlich, es muss darüber hinaus auch kein Schaden nachgewiesen werden.

„Angemessen“ bedeutet in diesem Zusammenhang eine Eingrenzung der Lizenzgebühr iSd § 1431 ABGB, nach welchem der Empfänger einer Leistung, auf welche dieser kein Recht hat, dem Leistenden einen angemessenen Lohn zu entrichten hat.²⁴⁷ Die Bemessung dieses Entgelts richtet sich dabei nach dem Kriterium, was für eine Lizenzgebühr Vertragspartner bei Berücksichtigung aller objektiven und relevanten Umstände vereinbart hätten.²⁴⁸ Orientierungshilfe bieten dabei die im Geschäftsverkehr üblichen Lizenzgebühren.²⁴⁹

In der Regel wird durch ein Sachverständigengutachten ein solches angemessenes Entgelt ermittelt, darüber hinaus kommt aber auch eine Entscheidung des Gerichts nach § 273 Abs 1 ZPO in Betracht²⁵⁰, das bedeutet, der Richter kann eine Festsetzung der Bemessung nach bestem Wissen und Gewissen, auf Grundlage seiner Lebenserfahrung und nach den Ergebnissen des Verfahrens durchführen.

²⁴⁴ *Handler*, Schutz von Persönlichkeitsrechten 423

²⁴⁵ RIS-Justiz RS0108478; *Grünzweig*, Markenrecht, § 53 Rz 2

²⁴⁶ *Walter*, , MR 1995, 2 (3)

²⁴⁷ *Guggenbichler in Kucsko (Hrsg)*, marken.recht 749

²⁴⁸ *Guggenbichler in Kucsko (Hrsg)*, urheber.recht 1239; *Guggenbichler in Kucsko (Hrsg)*, marken.recht 751

²⁴⁹ *Kucsko*, geistiges eigentum 530

²⁵⁰ *Grünzweig*, Markenrecht § 53 Rz 2

2.4. Schadenersatz

Für schuldhafte Verletzungen von Immaterialgüterrechten sehen die einschlägigen Bestimmungen jeweils auch Ansprüche auf Schadenersatz vor. Gemeinsamkeit aller Ansprüche besteht grundsätzlich darin, dass der Schadenersatzanspruch immer auch den entgangenen Gewinn mitumfasst.

Mit Ausnahme des UrhG steht der Schadenersatzanspruch nur alternativ zu den sonst bestehenden Rechtsdurchsetzungsbehelfen der Herausgabe des Gewinns bzw. des angemessenen Entgelts zur Verfügung, während gemäß § 87 Abs 5 UrhG ein Vermögensschaden auch neben diesen geltend gemacht werden kann, wenn der Schaden das angemessene Entgelt oder den herauszugebenden Gewinn übersteigt.²⁵¹

Daneben sehen alle Bestimmungen für schuldhafte Immaterialgüterrechtsverletzungen in besonderen Fällen auch einen Ersatz für entstandene immaterielle Schäden vor, welcher unabhängig von den vermögensrechtlichen Ansprüchen besteht, aber gleichsam einen Ausgleich für eine erlittene Kränkung gewähren soll.²⁵² Denkbar wäre hier beispielsweise eine erlittene Kränkung durch die Beeinträchtigung des Images durch die Verletzung.²⁵³ Wenngleich leichte Fahrlässigkeit genügt, ist dieser Anspruch jedenfalls – wie es im MSchG oder PatG das Gesetz bereits vorschreibt – auf „besondere Umstände“ beschränkt, und nicht jede Kränkung führt zu einem Zuspruch des immateriellen Schadenersatzes.²⁵⁴

Größtes Problem der Schadenersatzansprüche im Immaterialgüterrecht ist jedoch meist das Nichtvorliegen bzw. die Erbringung des Nachweises eines konkreten, messbaren Schadens. Aber auch ein entgangener Gewinn wird meist nur sehr schwer darzulegen sein. Das Immaterialgüterrecht begegnet diesen Unzulänglichkeiten mit Sonderbestimmungen wie der Herausgabe des Gewinns und der Schadenspauschalierung.

²⁵¹ Guggenbichler in Kucsko (Hrsg), urheber.recht 1255

²⁵² aaO 1251

²⁵³ Grünzweig, Markenrecht § 53 Rz 3

²⁵⁴ Vgl. die Auflistung der Judikatur bei Guggenbichler in Kucsko (Hrsg), marken.recht FN 59

2.5. Die Herausgabe des Gewinns

Die Herausgabe des Gewinns ist in den § 87 Abs 4 UrhG, § 53 Abs 2 Z2 MSchG, § 150 Abs 2 lit b PatG sowie in § 34 MuSchG jeweils ähnlich geregelt, wobei § 34 MuSchG überhaupt auf das PatG verweist.

Die Herausgabe des Gewinns ist ein zivilrechtlicher Anspruch auf Herausgabe zugunsten des Geschädigten. Wichtiger Grundgedanke dieses Herausgabeanspruchs ist zunächst, dass mit ihm kein Anspruch auf Ersatz eines konkret entstandenen Schadens gewährt wird, sondern dass ein billiger Ausgleich für den Vermögensnachteil, den der in seinen Rechten Geschädigte erlitten hat, erzielt werden soll. Für die Herausgabe des Gewinns ist dabei auch unerheblich, ob der Geschädigte selbst in der Lage gewesen wäre, diesen Gewinn zu erzielen,²⁵⁵ es geht ja auch darum, den unbillig erhaltenen Vorteil nicht beim Schädiger zu belassen.²⁵⁶ Diesem Herausgabeanspruch wird neben der Ausgleichsfunktion daher auch eine Präventivfunktion zugesprochen.²⁵⁷

Bei diesem Herausgabeanspruch handelt es sich um einen Anspruch aus unechter Geschäftsführung, bei welcher der Schädiger wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt wird und daher zur Herausgabe des gesamten widerrechtlich aus dem Eingriff entstandenen Gewinns verpflichtet wird,²⁵⁸ „atypischerweise“ jedoch verschuldensabhängig ist und damit wieder eher „schadenersatzrechtliche Komponenten“ trägt.²⁵⁹

Aufgrund dieses Verschuldenserfordernisses ist somit in dieser Bestimmung jedenfalls eine schadenersatzrechtliche Komponente vorhanden, die meines Erachtens in weiterer Folge im Hinblick auf die Ausgleichs- und Präventivfunktion daher einen noch viel bedeutenderen Aspekt beinhaltet. Durch das Fehlen des Abstellens auf den konkreten Schaden des Geschädigten wird mit dieser Bestimmung sehr deutlich der Schwerpunkt auf die Prävention und nicht auf den Ausgleich gesetzt. Denn nicht die konkreten Auswirkungen auf den Geschädigten (Stichwort: Schaden), sondern jene auf den Schädiger (Stichwort: erzielter

²⁵⁵ Guggenbichler in Kucsko, marken.schutz 754; ders. in Kucsko (Hrsg), urheber.recht 1255

²⁵⁶ Dichlberger, ecolex 2010, 880 (881); Guggenbichler in Kucsko, marken.schutz 754

²⁵⁷ Fezer, Markenrecht § 14 Rz 1033 (zum dt. Markengesetz); Guggenbichler in Kucsko, marken.schutz 754

²⁵⁸ Dichlberger, ecolex 2010, 880 (881)

²⁵⁹ Walter, MR 1995, 2 (5)

Gewinn) stehen im Mittelpunkt und auf diese wird einzig abgestellt. Schadenersatzrechtlich atypisch kann, selbst wenn der Geschädigte überhaupt keinen Schaden davongetragen hat, eine Herausgabe verlangt werden, wenn der Schädiger schuldhaft die Immaterialgüterrechte des Geschädigten verletzt hat. Dies kann nur dem primären Zweck dienen, Immaterialgüterrechtsverletzungen mit präventiven Mitteln – im Hinblick auf deren Unrentabilität²⁶⁰ – zu unterbinden. Jedoch ist somit ein Ausgleich nach klassischem schadenersatzrechtlichem Verständnis für einen erlittenen Schaden nicht zu erblicken, nachdem nicht einmal ein Schaden vorliegen muss, dessen ungeachtet dessen Rechtsfolgen aber dennoch eintreten.

Die Ausgleichsfunktion tritt somit meines Erachtens deutlich in den Hintergrund der Präventivfunktion – und die Bestimmung verlässt damit das klassische schadenersatzrechtliche Dogma der Ausgleichsfunktion als primäre Funktion.²⁶¹ Wenngleich oder gerade da dieser Bestimmung nur schadenersatzrechtliche Komponenten (Ersatz des tatsächlichen Schadens) zugerechnet werden, bemerkenswert ist es dennoch allemal. Noch viel stärker wird dieses Abgehen beim weiter unten behandelten pauschalierten Schadenersatz ersichtlich.

Im Verhältnis zu anderen Ansprüchen unterscheiden sich die einzelnen Bestimmungen: während im UrhG beispielsweise der Gewinnherausgabeanspruch auch neben jenen auf angemessenes bzw. doppeltes Entgelt besteht (insofern er jene übersteigt), dafür aber nur in den im § 87 Abs 4 UrhG aufgezählten Fällen, kann der Anspruch in den anderen Immaterialgüterrechtsgesetzen nur Anstelle des angemessenen Entgelts geltend gemacht werden.

Für die Berechnung des Gewinns ist zunächst maßgeblich, dass nicht auf den Umsatz abzustellen ist und somit nur der Reingewinn gefordert werden darf.²⁶² In logischer Konsequenz bedeutet dies, dass dieser Anspruch ins Leere geht, wenn gar kein Gewinn erzielt wurde.

²⁶⁰ *Dichlberger*, *ecolex* 2010, 880 (881); *Guggenbichler in Kucsko*, *marken.schutz* 754

²⁶¹ Vgl. oben II./ - 2.1 Der Ausgleichsgedanke, Seite 27f

²⁶² OGH 4 Ob 376/86 RdW 1987,51 (RIS-JUSTIZ RS0077434)

Für das Verschulden des Schädigers genügt bereits leichte Fahrlässigkeit²⁶³, unter Heranziehung der Grundsätze der unechten Geschäftsführung ist der Schädiger jedenfalls als unredlich bereichert zu qualifizieren.²⁶⁴

Die genaue Feststellung wie hoch der Gewinn ist kann sich schwierig gestalten. Dies besonders, da der Gewinn idR verbunden mit eigenen Leistungen und Aufwendungen des Schädigers entstanden sein wird (wenngleich der Schädiger den Anspruch auf Herausgabe nicht abwenden kann indem er einwendet, der Gewinn sei überwiegend auf eine erhebliche eigene Leistung zurückzuführen²⁶⁵). Bei der Berechnung kann der Schädiger hierbei aber nicht alle Aufwendungen, insbesondere nicht seine unabhängigen Fixkosten (z.B. Mieten; ausgenommen bestimmte, die unmittelbar durch die Verletzung bedingt sind²⁶⁶), zum Abzug bringen, sondern lediglich aus der Verletzung entstandene variable Kosten.²⁶⁷ Zum Nachweis bzw. zur Darlegung all dieser Informationen besteht ein Anspruch auf Rechnungslegung (z.B. § 87a UrhG). Dieser Rechnungslegungsanspruch ist ein Hilfsanspruch zur Durchsetzung der Ansprüche, der dem Geschädigten zusteht.²⁶⁸

In der Praxis ergibt sich für die Herausgabe des Gewinns der ebenfalls nicht unbedeutender Aspekt, dass der Geschädigte seine eigenen Unternehmensinformationen nicht preisgeben muss, da ja die Folgen von seinen Verhältnissen unabhängig sind und vielmehr der Schädiger seine Unternehmensgeheimnisse offenlegen muss.

Im Falle erheblicher Beweisschwierigkeiten ist darüber hinaus § 273 ZPO anwendbar.²⁶⁹

²⁶³ *Guggenbichler in Kucsko*, marken.schutz 753

²⁶⁴ *Dichlberger*, ecolex 2010, 880 (881)

²⁶⁵ *Guggenbichler in Kucsko (Hrsg)*, urheber.recht 1255

²⁶⁶ *Dichlberger*, ecolex 2010, 880 (882)

²⁶⁷ *Guggenbichler in Kucsko*, marken.schutz 753

²⁶⁸ *Schachter in Kucsko (Hrsg)*, urheber.recht 1258

²⁶⁹ *Guggenbichler in Kucsko (Hrsg)*, urheber.recht 1255

2.6. Der Anspruch auf doppeltes Entgelt – der pauschalierte Schadenersatz des § 87 Abs 3 UrhG

2.6.1. Einleitung

Zentrale Norm des Anspruchs auf doppeltes Entgelt oder der sog. Schadenspauschalierung²⁷⁰ ist mit Sicherheit § 87 Abs 3 UrhG. In diesem Kapitel soll daher dieser Bestimmung die Betrachtung gelten, wenngleich auch in den anderen immaterialgüterrechtlichen Gesetzen entsprechende Bestimmungen bestehen.

2.6.2. Norminhalt

§ 87 Abs 3 UrhG gewährt bei schuldhafter Verletzung von Urheberrechten einen Anspruch auf das doppelte des nach § 86 UrhG zustehenden angemessenen Entgelts.²⁷¹ Keine Anwendung findet diese Bestimmung allerdings bei Verletzung des (oben bereits behandelten) Rechts am eigenen Bild (Bildnisschutz) nach § 78 UrhG, da einem solcherart Geschädigten grundsätzlich keine Möglichkeit offensteht, ein Entgelt zu verlangen.²⁷² Seit seiner Entscheidung „Rauchfänge“²⁷³ sieht der OGH diesen Anspruch als einen von einem „Grundscha­den“ unabhängigen Anspruch an, dh dass er auch ohne den Nachweis eines konkreten Schadens zusteht.²⁷⁴ Dies hat zur Folge, dass einem Geschädigten der schwierige Nachweis eines eigenen Schaden bzw. eines entgangenen Gewinns erspart bleibt und er somit lediglich eine Verletzung seiner Rechte sowie das angemessene Entgelt behaupten bzw. beweisen muss.²⁷⁵

²⁷⁰ OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 SZ 66/122 (RIS-JUSTIZ RS0077347)

²⁷¹ Guggenbichler in Kucsko (Hrsg), urheber.recht 1253

²⁷² Kodek in Kucsko (Hrsg), urheber.recht 1079

²⁷³ OGH 4 Ob 63/98p RdW 1998,610

²⁷⁴ OGH 4 Ob 63/98p RdW 1998,610; Kucsko – geistiges eigentum 1276

²⁷⁵ Guggenbichler in Kucsko (Hrsg), urheber.recht 1253; Heidinger in Wiebe (Hrsg), Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 165

2.6.3. § 87 Abs 3 UrhG – eine Anomalie im System?

Das gleichermaßen bemerkenswerte wie auch für die vorliegende Auseinandersetzung wesentlichste Element in dieser Bestimmung liegt aber in dessen Einordnung bzw. „Klassifizierung“ im Schadenersatzrecht.

Wenngleich sicherlich die Erleichterung von Beweisschwierigkeiten im Vordergrund der Schadenspauschalierung steht, bedarf ein wichtiger Aspekt einer ausführlicheren Betrachtung: die Bestimmung widerspricht einem der wichtigsten Grundsätze des Schadenersatzrechtes: dem Nachweis eines Schadens. Damit passt diese Bestimmung nicht in das Dogma des Schadenersatzrechts als primär dem „Ausgleich“ eines erlittenen Schadens dienend. Nicht umsonst lehnt *Kozio*²⁷⁶ daher diese Bestimmung als mit dem österreichischen Schadenersatzsystem nicht in Einklang stehend ab.

Der OGH²⁷⁷ rechtfertigt diese Loslösung folgendermaßen: „Die sachliche Rechtfertigung eines besonderen Schutzes von Urhebern kann darin erblickt werden, daß (sic!) das Urheberrecht anders als körperliche Sachen sonst nur schwer gegen Eingriffe geschützt werden kann und daher eines besonderen Schutzes bedarf. Dies hat der Gesetzgeber in den Materialien auch zum Ausdruck gebracht. Die Pauschalierung dient dem Zweck, diesem Schutzbedürfnis des Urhebers dadurch gerecht zu werden, daß (sic!) die bei der Feststellung vermögensrechtlicher Schäden auftretenden Beweisschwierigkeiten hintangehalten werden. Sie ist damit auch sachlich gerechtfertigt.“

Mit dem Schutz vor Eingriffen wird also eine Rechtfertigung geschaffen, die dazu führt, dass präventive und sanktionierende Funktionen in den Vordergrund rücken.²⁷⁸ Damit einhergehend rückt logischerweise der Ausgleich in den Hintergrund. Vielmehr noch: ist er doch sogar, wenn überhaupt kein Schaden entstanden, nicht mehr vorhanden.

²⁷⁶ in *Dittrich (Hrsg)*, Urheberrecht IV, 52f; wenngleich er sin RdW 2007, 200 zwischenzeitlich doch „vorsichtig positiv“ dem doppelten angemessenen Entgelt „nähert“

²⁷⁷ OGH 4 Ob 63/98p RdW 1998,610

²⁷⁸ Vgl. auch *Mahr* in *Dittrich (Hrsg)*, Urheberrecht IV, 46

Somit passt die Bestimmung nicht ins Bild, wenn man sich die dargelegten Grundprinzipien des Schadenersatzrechtes nochmals vor Augen führt.²⁷⁹ Im österreichischen Rechtssystem ist die Norm dennoch (immerhin schon seit 1936²⁸⁰) bereits vorhanden, es darf ihr also zugestanden werden, nicht bloß als „Anomalie“, sondern vielmehr als integrativer Bestandteil des Systems seit immerhin 75 Jahren zu gelten. Bleibt also die Frage, was die Norm darstellt: es bietet sich durchaus an, sie als Sonderfall und eigens zu bezeichnen – was in der Rechtsprechung auch geschah: der OGH²⁸¹ nennt § 87 Abs 3 UrhG daher „eine Art Strafschaden“ und auch die Lehre folgt dieser Ansicht.²⁸²

Damit wird mit dieser Regelung aber eines ganz klar: ein Strafschaden(-ersatz) ist dem österreichischen Recht keineswegs unbekannt, und kann auch dem Schadenersatzrecht zugeordnet werden, insbesondere dann, wenn man ihn als Anomalie *im System* betrachtet und nicht als völlig eigenständiges Konstrukt. Fast genauso wichtig ist aber, dass mit dieser Norm besonders hervorgehoben wird, dass präventive und sanktionierende bzw. strafende Elemente jedenfalls auch einen wichtigen Stellenwert besitzen und nicht etwa der Ausgleich als alleinig primäre Funktion zivilrechtlicher Ersatzansprüche gesehen werden muss.

²⁷⁹ Siehe oben II./ 2. - Zweck des Schadenersatzrechts, Seite 27

²⁸⁰ BGBl 111/1936

²⁸¹ OGH 4 Ob 63/98p RdW 1998,610

²⁸² Guggenbichler in Kucsko (Hrsg), Urheberrecht 1254; Walter, MR 1995, 2 (4); Koziol hingegen lehnt diese Bezeichnung als ein dem öst. Recht unbekanntes Konstrukt ab (in Dittrich (Hrsg), Urheberrecht IV, 55)

3. Wegnahme der Bereicherung im Strafrecht

3.1. Vorbemerkung

Im Verlauf der Erstellung dieser Dissertation trat am 1.1.2011 aufgrund des „strafrechtlichen Kompetenzpaketes (sKp)“²⁸³ ein neuer § 20 StGB in Kraft, der die bisherigen Regelungen zur Gewinnabschöpfung und zum Verfall nach §§ 20, 20a, 20b StGB ersetzte.

Wenngleich sich somit die gesetzlichen Grundlagen geändert haben, soll an dieser Stelle die alte Rechtslage dennoch als Grundstruktur dienen und die Darstellung der neuen Rechtslage die in diesem Zusammenhang wesentlichen Änderungen im Vergleich zur alten Rechtslage darlegen. Dies insbesondere deshalb, weil aus dogmatischer Sicht mit der Neuregelung des Verfalls ein zu den bisher anerkannten Prinzipien der Abschöpfung ein grundlegender System- und Dogmenwechsel, weg vom Nettoprinzip hin zum Bruttoprinzip, stattgefunden hat, dessen dogmatische Problemstellung einer eigenen Auseinandersetzung bedürfen, die an dieser Stelle nicht getroffen werden kann.

3.2. Einleitung, Grundlagen

Grundsätzlich passt im Zusammenhang mit der vorliegenden Auseinandersetzung die Gewinnabschöpfung im Strafrecht dogmatisch nicht in die Diskussion um einen (zivilrechtlichen) Strafschadenersatz. Tatsächlich steht jedoch auch fest, dass der Strafschadenersatz stark an das Strafrecht erinnernde Elemente enthält.

Daneben soll auch erwähnt werden, dass das Mediengesetz nach strafrechtlichem Prozessrecht behandelt wird und dies auch bei den zivilrechtlichen Entschädigungsansprüchen der Fall ist,²⁸⁴ es ist daher schon alleine deshalb nicht abwegig, hier einen Blick auf das Strafrecht zu treffen.

²⁸³ BGBl 108/2010

²⁸⁴ Berka in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG § 8 Rz 1f

Grundlage für die Abschöpfung ist, dass dem Schädiger ein aufgrund einer Rechtsverletzung erzielter Gewinn abgenommen werden soll. Während es sich beim zivilrechtlichen Herausgabeanspruch im Immaterialgüterrecht um einen Anspruch des Geschädigten handelt, handelt es sich im Strafrecht um eine Abschöpfung an den Staat, die Abschöpfung erfolgt somit nicht als ein Ausgleich dem Geschädigten gegenüber.

Grundsatz der Gewinnabschöpfung, jedenfalls so, wie sie definitiv noch aus der alten Rechtslage begründbar ist, ist jener, dass es sich dabei um keine Strafe handelt, mit ihr sollen lediglich unrechtmäßig erlangte Vorteile wieder abgenommen werden, sie wird daher auch als quasi-konditioneller Ausgleichsanspruch oder als strafrechtliche Sanktion eigener Art bezeichnet.²⁸⁵ Ihr Zweck kann also damit beschrieben werden, dass mit dieser Norm – präventiv – vermittelt werden soll, dass sich strafbare Handlungen und ungerechtfertigte Bereicherungen nicht lohnen.²⁸⁶ Die Gewinnabschöpfung ist damit aber auch nicht vom Verschulden des Schädigers abhängig, was ihr insbesondere auch eine Abschöpfungsmöglichkeit bei Dritten eröffnet.²⁸⁷

Die Relevanz der Gewinnabschöpfung in der strafrechtlichen Praxis hat sich allerdings entgegen den Erwartungen des Gesetzgebers nur als gering herausgestellt,²⁸⁸ was für den Reformbedarf dieser Norm gesprochen hat.²⁸⁹

3.3. Die alte Rechtslage: Gewinnabschöpfung nach § 20 StGB aF

3.3.1. Norminhalt

Die Abschöpfung der Bereicherung erfolgte hierbei entweder direkt beim Täter (§ 20 Abs 1 StGB aF), aufgrund der Vermutung einer Bereicherung aus einem gerichtlich strafbaren Delikt (§ 20 Abs 2 StGB aF) und bei organisierter Kriminalität (§ 20 Abs 3 StGB aF).

²⁸⁵ *Fuchs/Tipold* in Wr. Komm StGB §20 Rz 11 bzw. 19a

²⁸⁶ *Maleczky*, Strafrecht AT II, 67

²⁸⁷ *Fuchs/Tipold* in Wr. Komm StGB §20 Rz 15

²⁸⁸ *Fuchs/Tipold* in Wr. Komm StGB §20a Rz 31

²⁸⁹ ErläutRV 918 BlgNR 24. GP 1

Im Falle der Abschöpfung beim Täter kannte das Gesetz zum einen die Bereicherung aus der Tat selbst (z.B. das gestohlene Bargeld), aber auch eine allfällige Belohnung für die Begehung einer Tat (z.B. Honorar des Mörders) unterlag der Abschöpfung.

Durch die Formulierung des Gesetzes („Zahlung eines Geldbetrages in Höhe...“) wurde auch klargestellt, dass durch die Abschöpfung nicht auf einen bestimmten Gegenstand, sondern vielmehr auf das gesamte Vermögen des Bereicherten zurückgegriffen werden konnte – es handelte sich dabei daher um einen schuldrechtlichen Anspruch des öffentlichen Rechts.²⁹⁰

Um Schwierigkeiten bei der Beweisfindung in besonderen Fällen wie z.B. bei Suchtgifthändlern oder anderen Serientätern zu minimieren, sah § 20 Abs 2 StGB aF eine Art „Bescheinigungslastumkehr“²⁹¹ vor, dh dem Bereicherten oblag es, die Rechtmäßigkeit der Bereicherung zu bescheinigen. Damit sollte in den genannten Fällen berücksichtigt werden, dass bei bestimmten Tätergruppen meist nur eine bestimmte Tat nachgewiesen werden kann, aus den Umständen jedoch der Schluss zulässig ist, dass die Bereicherung ebenfalls aus der Begehung anderer strafbarer Handlungen stammt.²⁹²

Dafür galten jedoch strenge Kriterien, die kumulativ vorliegen mussten,²⁹³ nämlich vorliegende Anlasstaten und eine Unerklärlichkeit der Vermögenszuflüsse. Der Bereicherte musste somit fortgesetzt und wiederkehrend Verbrechen (iSd § 17 StGB) begangen haben und Vermögensvorteile dafür „erlangt oder für diese empfangen“ haben, die in zeitlichem Zusammenhang mit den begangenen Verbrechen zugeflossen sind und bei denen die Annahme naheliegt, dass sie aus weiteren Verbrechen stammen, und deren rechtmäßige Herkunft der Bereicherte nicht glaubhaft darlegen kann.

Die Abschöpfung bei organisierter Kriminalität erfasste Umstände von unerklärten Vermögenszuwächsen, deren Rechtmäßigkeit nicht glaubhaft gemacht werden kann, in den Fällen der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung (§ 278a StGB) bzw. einer terroristischen Vereinigung (§ 278b StGB). Im Gegensatz zur Erweiterung des

²⁹⁰ Fuchs/Tipold in Wr. Komm StGB §20 Rz 21f

²⁹¹ Maleczky, Strafrecht AT II, 70

²⁹² Fuchs/Tipold in Wr. Komm StGB §20 Rz 73

²⁹³ Fabrizio, Kommentar StGB §20 Rz 3

§ 20 Abs 2 StGB aF genügte für § 20 Abs 3 StGB aF bereits die Begehung eines der genannten Organisationsdelikte.²⁹⁴

3.3.2. Berechnung des Gewinns: Nettoprinzip

Da es sich bei der Abschöpfung der Bereicherung nicht um eine Strafe handelt, wurde daher auch nur eine Abschöpfung im Ausmaß der tatsächlichen, unrechtmäßigen Bereicherung abgeschöpft und somit dem „Nettoprinzip“²⁹⁵ gefolgt, also dem Prinzip, dass der Bereicherung alle Aufwendungen abzuziehen sind und daher nur der „Reingewinn“ abgeschöpft wurde.²⁹⁶

Dogmatisch galt (und gilt eigentlich weiterhin), dass eine darüber hinausgehende Abschöpfung („Bruttoprinzip“) bereits eine Bestrafung des Bereicherten bedeuten und damit dem Grundsatz dieser – verschuldensunabhängiger – Abschöpfung widersprechen würde.²⁹⁷ Wie bereits bei der zivilrechtlichen Herausgabe des Gewinns dargelegt, waren hierbei auch im Strafrecht nur jene Aufwendungen abzuziehen, die in einem unmittelbaren Zusammenhang zu dem Delikt stehen und waren insbesondere Arbeitsleistungen, Gemeinkosten sowie Steuern nicht zu berücksichtigen.

Während die Berechnung des Gewinns bei unmittelbarer Bereicherung (z.B. der Wert der gestohlenen Uhr oder des gestohlenen Autos) noch eher zu bewerkstelligen war, (wenngleich auch hier bereits wieder Probleme mit der Berücksichtigung der Aufwendungen auftreten konnten), wurde diese bei mittelbarer Verursachung²⁹⁸ (z.B. bei Umweltdelikten) offensichtlich komplex. Um auch hier etwaigen Beweisschwierigkeiten entgegen zu wirken, normierte daher § 20 Abs 1 Z2 letzter Satz StGB aF, dass die Festsetzung der Höhe der Bereicherung für jene Fälle, in denen der Eintritt der Bereicherung zwar gewiss, aber der Höhe nach nicht festgestellt werden kann, nach der Überzeugung des Richters erfolgen konnte, der Richter somit also einen gewissen Ermessensspielraum hat, die § 273 ZPO nachempfunden war.²⁹⁹

²⁹⁴ Fuchs/Tipold in Wr. Komm StGB §20 Rz 94

²⁹⁵ Fabrizy, Kommentar StGB §20 Rz 2

²⁹⁶ Vgl. mit oben 2.5 - Die Herausgabe des Gewinns, Seite 99f

²⁹⁷ Fuchs/Tipold in Wr. Komm StGB §20 Rz 16

²⁹⁸ Fuchs/Tipold in Wr. Komm StGB §20 Rz 30

²⁹⁹ ErläutRV 33 BlgNR 20. GP 29; Fuchs/Tipold in Wr. Komm StGB §20 Rz 31

3.3.3. Unterbleiben der Abschöpfung - § 20a StGB aF

Die Gewinnabschöpfung unterlag der Subsidiarität der Abschöpfung gegenüber zivilrechtlichen Ansprüchen, die der Geschädigte geltend machte.³⁰⁰ Daher kam eine Abschöpfung grundsätzlich erst dann in Betracht, wenn die Bereicherung des „Schädigers“ nicht durch andere rechtliche Maßnahmen rückgängig gemacht werden konnte. Jedenfalls ausgeschlossen war die Abschöpfung somit dann, wenn der Bereicherte bereits zivilrechtliche Ansprüche aus der Tat befriedigt hatte. Selbst wenn dem noch nicht der Fall war, war von einer Abschöpfung abzusehen, wenn sich der Täter dazu in vollstreckbarer Form vertraglich verpflichtet hatte oder verurteilt wurde, der Geschädigte also bereits einen Exekutionstitel innehatte, sowie im Falle des Zuspruchs von Privatbeteiligtenansprüchen im Wege des Adhäsionsverfahren, wenn damit die Bereicherung beseitigt wurde.³⁰¹

Darüber war nach § 20a Abs 2 StGB aF von der Abschöpfung abzusehen, wenn der Verfahrensaufwand außer Verhältnis zum abzuschöpfenden Betrag stand wie auch bei Anwendbarkeit der sog. „Härteklausel“, wonach dann von der Abschöpfung abzusehen war, wenn die Abschöpfung den Bereicherten unbillig hart getroffen hätte.³⁰²

3.4. Der Verfall nach § 20 StGB neu

3.4.1. Gründe für eine Reform

Der Gesetzgeber entschloss sich, wie bereits oben dargelegt, im Zuge der Novelle des Strafgesetzbuches durch das sKp zu einer Neufassung der Gewinnabschöpfung, um „kriminell erwirtschaftetes Vermögen wirkungsvoll zugunsten des Staatshaushaltes einziehen zu können“.³⁰³

Der Gesetzgeber ging somit also auf die faktische Unbedeutsamkeit der Gewinnabschöpfung im Strafrecht ein und möchte durch Vereinfachungen dessen Bedeutung und Handhabung

³⁰⁰ *Fabrizy*, Kommentar StGB §20a Rz 1

³⁰¹ *Fuchs/Tipold* in Wr. Komm StGB §20a Rz 13

³⁰² *Fuchs/Tipold* in Wr. Komm StGB §20 Rz 41

³⁰³ ErläutRV 918 BlgNR 24. GP 1

verbessern,³⁰⁴ aber auch, um „internationalen Entwicklungen im Bereich der Vollstreckung vermögensrechtlicher Anordnungen“ zu folgen.³⁰⁵

3.4.2. Wesentliche Änderungen: Wechsel zum Bruttonprinzip

Eine der grundlegenden Änderungen ist jene, die mit der Änderung der alten Bezeichnung der „Gewinnabschöpfung“ durch den Begriff des „Verfalls“ einhergeht, was nicht nur eine neue Bezeichnung, sondern eine Umgestaltung der bisherigen Abschöpfung (§ 20 StGB aF) und des Verfalls (§ 20b StGB aF) bedeutet.

Nach der neuen Rechtslage ist nun nämlich nicht mehr länger die unrechtmäßige Bereicherung abzuschöpfen, sondern „alle Vermögenswerte, die für die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung oder durch sie erlangt wurden, für verfallen zu erklären“.³⁰⁶ Die Neuregelung wird somit gegenstandsbezogen und ist somit kein schuldrechtlicher Anspruch des Staates mehr.³⁰⁷

Damit erfolgt der bereits angesprochene Wechsel vom Nettoprinzip hin zum Bruttonprinzip. Dies ist insofern beachtlich, als die oben besprochene Rechtfertigung, dass diese Rechtsfolge keine Strafe darstellt, mit dem Bruttonprinzip und damit dem Strafrecht nur mehr schwer in Einklang zu bringen ist, da durch die Wegnahme eines Mehr als nur des Vorteils die Negierung einer Strafe in Zweifel gezogen wird,³⁰⁸ der Gesetzgeber wiederum argumentiert dabei höchst „interessant“, da er dem Verfall durch das Fehlen des Verschuldenserfordernisses die Klassifikation als Strafe abspricht³⁰⁹, somit also die Vorzeichen umkehrt: bisweilen wurde das Nettoprinzip als Rechtfertigung für die Verschuldensunabhängigkeit gesehen, der Gesetzgeber rechtfertigt mit der Verschuldensunabhängigkeit das Bruttonprinzip.

³⁰⁴ ErläutRV 918 BlgNR 24. GP 3

³⁰⁵ ErläutRV 918 BlgNR 24. GP 6

³⁰⁶ ErläutRV 918 BlgNR 24. GP 7

³⁰⁷ Schweighofer, JSt 2010, 203 (205)

³⁰⁸ Fuchs/Tipold in Wr. Komm StGB §20, Rz 16; aA Hinterhofer, ecolex 2011, 317 (319), der darin einen „quasi-konditionellen Ausgleichsanspruch“ erblickt

³⁰⁹ ErläutRV 918 BlgNR 24. GP 7

Problematisch erscheint die Neuregelung dabei insbesondere aber auch hinsichtlich der weiterhin stattfindenden Möglichkeit des Verfalls bei unbeteiligten Dritten.³¹⁰ Daneben ist insbesondere erwähnenswert, dass die früher bestehende Härteklausel weggefallen ist und auch die strengen Voraussetzungen im Bereich der Bescheinigungslastumkehr vereinfacht wurden, indem keine fortgesetzten bzw. wiederkehrenden Verbrechen in zeitlichem Zusammenhang erforderlich sind, sondern die Begehung eines Verbrechens bzw. einer rechtswidrigen Tat nach den §§ 165, 278 bzw. 278c StGB erforderlich ist.³¹¹

Die Regelung ist umso mehr für die vorliegende Auseinandersetzung von Bedeutung, als jedenfalls – auch wenn der Gesetzgeber dies nicht so zu sehen scheint – mit dieser Regelung eine vermögensrechtliche Anordnung, welche, abgesehen von den rechtsstaatlichen Bedenken, einen offensichtlichen Bruch mit anerkannten Dogmen zugunsten der Effektivität der Maßnahme zulässt, und es in weiterer Folge zu einer interessanten Konstellation kommt: die im österreichischen Recht vorhandenen Formen einer „Gewinnwegnahme“ stellen sich nämlich nun so dar, dass im Strafrecht, welches keine Strafe ohne Schuld (§ 4 StGB) aussprechen darf, ein verschuldensunabhängiges Bruttoprinzip verfolgt, während z.B. das Immaterialgüterrecht einem (eigentlich bereicherungsrechtlichen und somit verschuldensunabhängigen) verschuldensabhängigen Nettoprinzip folgt.

³¹⁰ Im Detail *Schweighofer*, JSt 2010, 203 (205)

³¹¹ ErläutRV 918 BlgNR 24. GP 8

4. Rechtsdurchsetzung im österreichischen Lauterkeitsrecht

4.1. Einleitung

Das Wettbewerbsrecht wird an dieser Stelle zum einen deshalb behandelt, weil es einen weiteren Anknüpfungspunkt für die Betrachtung von Unzulänglichkeiten und Schwierigkeiten bei der effektiven Sanktion von Gesetzesverstößen bietet, daneben bzw. damit in Verbindung stehend – und dem soll die Hauptaufmerksamkeit gewidmet werden – gelangte im Zuge der letzten großen Reform des Gesetztes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) im Zuge der „UWG – Novelle 2007“³¹² die Frage nach der Implementierung eines Gewinnabschöpfungsanspruches im UWG zur Diskussion, insbesondere auch durch die bereits erfolgte Umsetzung in das deutsche UWG und europarechtlichen Vorgaben.

Da eine – weiter unten stattfindende³¹³ – Behandlung der Gewinnabschöpfung als Alternative einer Sanktionsmöglichkeit im Medienrecht anstelle des Strafschadenersatzes ebenfalls diskutiert werden soll, erscheint auch eine Auseinandersetzung mit diesem Aspekt des UWG, insbesondere auch der deutschen Rechtslage von Interesse. Die Darstellung des UWG soll daher – abgesehen von einer kurzen allgemeinen Einführung – auf die im gegebenen Zusammenhang wesentlichen Themen, sohin die interessanten Tatbestände und Sanktionen sowie die Diskussion um eine Gewinnabschöpfung im Lauterkeitsrecht eingeschränkt werden.

4.2. Überblick: Grundlagen zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Das Lauterkeitsrecht dient dem Schutz des freien und fairen Wettbewerbs. Das UWG schützt nach seiner Generalklausel des § 1 UWG sowohl Mitbewerber, Verbraucher sowie die Allgemeinheit (sog. „Schutzzwecktrias“³¹⁴) vor unlauteren Geschäftspraktiken und unlauteren sonstigen Handlungen eines Wettbewerbers.

³¹² BGBl 79/2007

³¹³ Siehe unten VI./ 6 - Gewinnabschöpfung als Alternative zum Strafschadenersatz im Medienrecht?, Seite 170f

³¹⁴ Heidinger in Wiebe/G. Kodek (Hrsg.), Komm UWG §1 Rz 5

Die genannte Generalklausel gelangt als grundsätzlich subsidiär nur dann zur Anwendung, wenn das unlautere Verhalten nicht unter einen Sondertatbestand (§§ 7, 9, etc. UWG) fällt.³¹⁵ Nach § 1 Abs 3 UWG sind unlautere Geschäftspraktiken insbesondere solche, die „aggressiv“ iSd § 1a UWG bzw. „irreführend“ iSd § 2 UWG sind. Was als „aggressiv“ und „irreführend“ gilt, zählt der Anhang zum UWG („Schwarze Liste“³¹⁶) demonstrativ auf.

Grundsätzlich regelt das UWG dabei auch, dass in den meisten Tatbeständen ein „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ vorliegen muss, womit der Anwendungsbereich auf „allein wirtschaftlichen, marktgerichteten Wettbewerb“³¹⁷ eingeschränkt wird, aber keine Gewinnabsicht vonnöten ist und somit auch gemeinnütziges Handeln unter das UWG fällt.³¹⁸

Daneben erfordern einige Tatbestände – nicht aber die §§ 1, 2 UWG – ein Handeln „zu Zwecken des Wettbewerbs“. Das Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs erfordert das objektive Kriterium eines Wettbewerbsverhältnisses und das subjektive Kriterium der Wettbewerbsabsicht.³¹⁹

Sich umfassend mit den Generaltatbeständen und insb. den Ausformungen aggressiver bzw. irreführender Praktiken, wie auch tiefergehender mit dem Schutzzwecktrias auseinanderzusetzen ist an dieser Stelle nicht möglich, es sei daher auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen. An dieser Stelle sollen nun zunächst ein jedoch wesentlicher Aspekt, der bereits oben bei der Behandlung des Presserates³²⁰ kurz angedeutet wurde und insbesondere auch für das Medienrecht von Relevanz ist, dargestellt werden, sowie im Anschluss darauf die im gegebenen Zusammenhang ebenfalls relevanten Tatbestände des UWG.

³¹⁵ Wiebe uA in Wiebe (Hrsg) - Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 170

³¹⁶ Gamerith, Wettbewerbsrecht 14

³¹⁷ Heidinger in Wiebe/G. Kodek (Hrsg), Komm UWG §1 Rz 75

³¹⁸ Wiebe uA in Wiebe (Hrsg) - Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 172

³¹⁹ Heidinger in Wiebe/G. Kodek (Hrsg), Komm UWG §1 Rz 106

³²⁰ Siehe oben III./ 5.7 - Der Presserat, Seite 82f

4.3. „Berufliche Sorgfalt“ als Kriterium der Lauterkeit

Ob eine Geschäftspraxis unlauter ist, sprich welcher Beurteilungsmaßstab anzuwenden ist, richtet sich auch nach dem Kriterium der beruflichen Sorgfalt.³²¹ Die beruflichen Sorgfaltspflichten, die bereits oben bei der Behandlung des Presserats Berücksichtigung fanden³²², normieren damit lauterkeitsrechtliche Verhaltenspflichten³²³ der Wettbewerber.

§ 1 Abs 4 Z8 UWG beschreibt die beruflichen Sorgfaltspflichten als Legaldefinition dergestalt, dass diese „den Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei dem billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass ihn der Unternehmer gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten in seinem Tätigkeitsbereich anwendet“ darstellen, und entspricht damit der Definition der EU- Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.³²⁴ Was „anständige Marktgepflogenheiten“ sind, lässt das Gesetz offen, diese müssen aber immer auch auf ihre Übereinstimmung mit lauterkeitsrechtlichen Wertungen überprüft werden.

In der Regierungsvorlage zur UWG-Novelle wird die berufliche Sorgfalt folgendermaßen beschrieben: „Unter der „beruflichen Sorgfalt“ ist der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt zu verstehen, der in Österreich typischerweise vorausgesetzt werden kann. Es geht bei „beruflicher Sorgfalt“ nicht um individuelle Kenntnisse und die damit verbundene individuelle Haftung. Ein solcher Standard wird für verschiedene Berufe unterschiedlich sein. Der Standard ist aus den für den jeweiligen Berufsstand besonders geltenden Gesetzen und Verordnungen zu erschließen. Es sind aber auch die „anständigen Marktgepflogenheiten“ in die Ermittlung dieser Standards einzubeziehen. Solche Gepflogenheiten sind bereits jetzt aus der Verwendung von Qualitätsnormen und Kennzeichen, die z.B. im Rahmen des österreichischen Gütezeichenrechts und aus Normen, die nach dem WKG oder auf andere Weise geschaffen werden, zu entnehmen.“³²⁵

³²¹ Korn, ÖBl 2008, 169 (171), Heidinger in Wiebe/G. Kodek (Hrsg), Komm UWG §1 Rz 175

³²² siehe oben III./ 5.7 - Der Presserat, Seite 82f

³²³ Heidinger in Wiebe/G. Kodek (Hrsg), Komm UWG §1 Rz 176

³²⁴ Siehe zu dieser weiter unten 4.6.1 - Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Seite 119

³²⁵ ErläutRV 144 BlgNR 23. GP 3; nach Heidinger (in Wiebe/G. Kodek (Hrsg), Komm UWG §1 Rz 177) sei damit auch klargestellt, dass Verhaltenskodizes nicht als Quelle für Unlauterkeit oder den Sorgfaltsmaßstab herangezogen werden dürfe, und Selbstregulierungsmaßnahmen lediglich Orientierungshilfe zukomme.

Wie bereits oben kurz beschrieben³²⁶, ist die Entwicklung dieses Maßstabs für die „berufliche Sorgfalt“ auch für das Medienrecht von großem Interesse, da diese ja – neben etwaigen Beurteilungsgrundlagen und Kriterien für lauterer Verhalten nach dem UWG – auch für die Standardisierung bzw. Beurteilung der „Wahrung der journalistischen Sorgfalt“ große Bedeutung erlangen wird.³²⁷ Gerade im Bereich der Verletzung von Persönlichkeitsrechten wird dabei die „beruflicher Sorgfalt“ ein Standard für die Beurteilung der Einhaltung oder Verletzung und somit letztlich für die Frage der Haftung des Medieninhabers von entscheidender Bedeutung sein.

4.4. Ausgewählte Normen des UWG

4.4.1. Der Schutz des wirtschaftlichen Rufes eines Unternehmens: § 7 UWG

Mit dem Tatbestand der „Herabsetzung eines Unternehmens“ nach § 7 UWG wird für das Lauterkeitsrecht das „wettbewerbsrechtliche Pendant“³²⁸ zum Beleidigungsschutz des § 1330 Abs 2 ABGB verwirklicht.³²⁹ Maßgebliche Unterschiede zum ABGB bestehen jedoch darin, dass § 7 UWG auf Handeln zu „Zwecken des Wettbewerbs“ eingeschränkt ist und insbesondere auch eine umgekehrte Beweislast – im UWG liegt diese beim Beklagten – für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches vorsieht.³³⁰

§ 7 UWG soll somit solche Herabsetzungen im Wettbewerb unterbinden bzw. Schutz vor solchen Herabsetzungen bzw. entsprechende Sanktionen bei einem Verstoß gegen diese lauterkeitsrechtliche Norm bieten.

Als Herabsetzung des Unternehmens gilt eine unwahre Behauptung oder Verbreitung von Tatsachen (nicht aber von Werturteilen, die nicht zumindest einen Tatsachenkern enthalten³³¹), die geeignet ist, „den Betrieb des Unternehmens oder den Kredit des Inhabers

³²⁶ oben III./ 5.7.3 - Würdigung, Seite 86f

³²⁷ Korn, ÖBI 2008, 169 (172); Noll in Berka/Höhne/Noll/Polley, Komm MedienG §2 Rz 12f

³²⁸ Korn/Neumayer, Persönlichkeitsschutz 79

³²⁹ Siehe hierzu oben III./ 3.2 - Ehrenbeleidigung - § 1330 ABGB“, Seite 47f

³³⁰ Handig in Wiebe/G. Kodek (Hrsg), Komm UWG §7 Rz 18

³³¹ Sedef in Wiebe (Hrsg) - Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 236; Handig in Wiebe/G. Kodek (Hrsg), Komm UWG §7 Rz 53

zu schädigen“, mit anderen Worten von solchen Aussagen, mit denen ein Unternehmen „schlechtgemacht“³³² wird bzw. dessen Geschäftstätigkeit (dessen Waren, Dienstleistungen) ungerechtfertigt herabgewürdigt werden und damit diesem Unternehmen ein Schaden droht. Ist eine Tatsache wahr bzw. handelt es sich um ein Werturteil, fällt sie somit zwar nicht unter § 7 UWG, kann aber dennoch unter Umständen unter die Generalklausel des § 1 UWG fallen.

Für die Verwirklichung des Tatbestandes ist ein tatsächlicher Schadenseintritt ebenso wenig erforderlich wie eine Schädigungsabsicht, sondern es muss rein der objektive Tatbestand der Eignung zur Schädigung vorliegen.³³³ Ein durch die Herabsetzung gefährdetes Unternehmen (Verbände und Körperschaften iSd § 14 UWG sind, anders als bei Subsumption unter die Generalklausel, nicht aktivlegitimiert³³⁴) Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung und Schadenersatz geltend machen.

Zum Umfang der Schadenersatzpflicht siehe sogleich unten 4.5, Seite 117.

4.4.2. Missbrauch von Kennzeichen eines Unternehmens: § 9 UWG

§ 9 UWG schützt bestimmte Kennzeichen (Name, Firma, besondere Bezeichnungen, Domains) eines Unternehmens vor verwechslungsfähigem Gebrauch durch unberechtigte Dritte. Kennzeichenrechte sind Immaterialgüterrechte³³⁵, die Norm ist somit auch eng mit den entsprechenden Rechtssystemen, insbesondere dem Markenrecht, verwandt.

Schutzzweck dieser Norm ist es daher, die Unterscheidungsmerkmale, Abgrenzungen eines Unternehmens von den anderen Mitbewerbern auch außerhalb des Markenrechts (*registrierte* Marken sind nur nach MSchG geschützt³³⁶) zu schützen. Voraussetzung für den Schutz ist somit die Unterscheidungskraft eines Kennzeichens oder die Verkehrsgeltung desselben.³³⁷

³³² Korn/Neumayer, Persönlichkeitsschutz 80; Handig in Wiebe/G. Kodek (Hrsg), Komm UWG §7 Rz 3

³³³ Handig in Wiebe/G. Kodek (Hrsg), Komm UWG §7 Rz 91

³³⁴ aaO Rz 140

³³⁵ Schmid in Wiebe/G. Kodek (Hrsg), Komm UWG §9 Rz 1

³³⁶ Sedef in Wiebe (Hrsg) - Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht 240

³³⁷ Schmid in Wiebe/G. Kodek (Hrsg), Komm UWG §9 Rz 38,40

An dieser Stelle von Interesse ist dabei, dass in dieser Bestimmung neben Ansprüchen auf Unterlassung und Beseitigung gemäß § 9 Abs 4 UWG die bereits aus den immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen bekannten verschuldensunabhängigen Ansprüche auf angemessenes Entgelt³³⁸ und auf Herausgabe des Gewinns³³⁹ Eingang in das UWG finden. Daneben kann, Verschulden vorausgesetzt, auch bei Kennzeichenverletzungen Schadenersatz geltend gemacht werden (§ 9 Abs 2 UWG).

4.5. Der Umfang der Schadenersatzpflicht im Lauterkeitsrecht - § 16 UWG

Den Umfang der Schadenersatzansprüche, den verschiedene Bestimmungen des UWG normieren (wie auch die soeben behandelten §§ 7, 9 UWG), regelt § 16 UWG. Grundlegend legt dabei § 16 Abs 1 UWG fest, dass, wenn das UWG einen Anspruch auf Schadenersatz zuspricht, entgegen den allgemeinen Grundsätzen des ABGB auch bei leichter Fahrlässigkeit die Ersatzpflicht den entgangenen Gewinn mitumfasst.³⁴⁰

§ 16 Abs 2 UWG normiert auch einen über den Ausgleich von Vermögensschäden hinausgehenden Anspruch auf einen „angemessenen Geldbetrag als Vergütung für erlittene Kränkungen oder andere persönliche Nachteile, (...) wenn dies in den besonderen Umständen des Falles begründet ist“, was von hL und Rechtsprechung als Ersatz für ideelle Schäden („erlittene Kränkung“) und nicht bezifferbare Vermögensschäden („andere persönliche Nachteile“) klassifiziert wird³⁴¹, mit welchem bei letzterem eine „Geldbuße“ für eine „nicht in wirklichem Schaden bestehende Rufschädigung“³⁴² determiniert wird.

Wichtige Aspekte beim Schadenersatzanspruch nach UWG sind jedoch nicht die Ausformungen und Möglichkeiten, sondern vielmehr das Faktum, dass dem Schadenersatz im Wettbewerbsrecht nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt, während der Unterlassungsanspruch im Vordergrund steht.³⁴³ Dies liegt an dem großen Manko, dass für

³³⁸ siehe oben 2.3 - Der Anspruch auf angemessenes Entgelt, Seite 97

³³⁹ Siehe oben 2.5 - Die Herausgabe des Gewinns, Seite 99

³⁴⁰ Kodek/Leupold in Wiebe/G. Kodek (Hrsg.), Komm UWG §16 Rz 66 mit Verweis auf die Erläuterungen der entsprechenden Regierungsvorlage; Korn/Neumayer, Persönlichkeitsschutz 85

³⁴¹ Kodek/Leupold in Wiebe/G. Kodek (Hrsg.), Komm UWG §16 Rz 76

³⁴² Korn/Neumayer, Persönlichkeitsschutz 85

³⁴³ Kodek/Leupold in Wiebe/G. Kodek (Hrsg.), Komm UWG §16 Rz 1

den Nachweis von Schäden aus wettbewerbsrechtlichem Fehlverhalten in der überwiegenden Zahl an Fällen große Beweisschwierigkeiten bestehen.³⁴⁴

Aufgrund des Problems, dass monetäre Haftung bzw. Ersatzansprüche im Lauterkeitsrecht ein nur unbedeutendes Dasein fristen, ist der Grund, warum im Zuge der Auseinandersetzung mit dem Strafschadenersatz das Lauterkeitsrecht als zweites, neben dem „Hauptthema“ Medienrecht zu betrachtendes Anwendungsgebiet für Strafschadenersatz zur Behandlung kommt.

Das Wettbewerbsrecht und das Medienrecht teilen in diesem Zusammenhang die gleiche Problematik: durch rechtswidriges Verhalten lassen sich hohe Gewinne lukrieren, zu denen die vorhandenen Rechtsfolgen zum einen in auffälligem Missverhältnis oder „zahnlos“ stehen. Im Bereich des Lauterkeitsrechts zeigt sich dies insbesondere dort, wo einem nur geringen Schaden eines Geschädigten (hierbei in den meisten Fällen wohl ein Verbraucher) hohe Gewinne durch das unlautere Verhalten entgegenstehen. Sogenannte „Kaffeefahrten“ oder „Gewinnzusagen“ sind Beispiele hierfür. Auch für solch unlauteres Verhalten wäre es daher sinnvoll, ein wirksames, in erster Linie präventives aber gleichermaßen auch pönales Rechtsinstrument zur Verfügung zu haben.

Im Wettbewerbsrecht ist in der jüngeren Vergangenheit, insbesondere im Zuge der letzten Reform des UWG im Jahre 2007, ein weiteres mögliches Instrument zur Diskussion gestanden, nämlich jenes einer Gewinnabschöpfung. Diese Diskussion soll daher im nächsten Kapitel, auch vorbereitend auf mögliche Alternativen zum Strafschadenersatz, dargestellt werden.

³⁴⁴ Gamerith, Wettbewerbsrecht 111

4.6. Die Diskussion um eine Gewinnabschöpfung im UWG

Der Erlass der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken³⁴⁵ im Jahr 2005 erforderte für das österreichische UWG eine Novellierung, um den europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie gerecht zu werden. Im Zuge der dabei geführten Diskussion wurden Stimmen laut, die die Implementierung einer Gewinnabschöpfung im UWG forderten.

Die Novelle des UWG erfolgte im Jahr 2007.³⁴⁶ Da die Intention des Gesetzgebers aber nicht in einer umfassenden Reform, sondern lediglich in der Anpassung im Umfang des durch die Vorgaben der Richtlinie Notwendigen³⁴⁷ bestand, wurde dieser Aspekt in der Novelle nicht weiter verfolgt und berücksichtigt.

Dieses Kapitel soll sich kurz mit den europarechtlichen Vorgaben sowie der Entwicklung in Deutschland auseinandersetzen, aber auch die Vorschläge im Zuge der Novelle in Österreich darlegen.

4.6.1. Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

Hervorgegangen aus dem Grünbuch zum Verbraucherschutz³⁴⁸ wurde die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken³⁴⁹ geschaffen, um eine Harmonisierung der länderspezifisch unterschiedlichen Bestimmungen des Lauterkeitsrechts zu schaffen, um somit den Verbraucherschutz und damit einhergehend den grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr zwischen den Mitgliedsstaaten zu verbessern.³⁵⁰ Die Richtlinie beschränkt sich jedoch auf den B2C- Bereich, also den Bereich Unternehmer – Verbraucher³⁵¹, der B2B- Bereich, insbesondere auch die Beziehungen der Mitbewerber zueinander, wird damit nur mittelbar berührt und die Richtlinie dient damit nur dem Verbraucherschutz.³⁵²

³⁴⁵ RL 2005/29/EG, ABI L 2005/149, 22 (celex-Nr.: 32005L0029)

³⁴⁶ BGBl 79/2007

³⁴⁷ ErläutRV 144 BlgNR 23. GP 2

³⁴⁸ KOM(2001) 531, (celex-Nr. 52001DC0531)

³⁴⁹ UGP-RL 2005/29, ABI L 2005/149, 22 (celex-Nr. 32005L0029)

³⁵⁰ Erw. Rz. (1) – (6)

³⁵¹ *Schuhmacher Wolfgang*, wbl 2005, 506 (506)

³⁵² *Wiebe*, JBl 2007, 69 (70); *Röttinger* in *Wiebe/G. Kodek (Hrsg)*, Komm UWG Einleitung Rz 93f.

Für die vorliegende Auseinandersetzung von Interesse sind dabei die Vorgaben der Richtlinie hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung sowie hinsichtlich der Sanktionen gegen einen Verstoß gegen die Lauterkeit, wie sie sich in den Art 11, 13 der Richtlinie finden.

Nach der Richtlinie werden die Mitgliedsstaaten verpflichtet, dass einerseits „geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken“ vorhanden sein müssen, „um die Einhaltung der Richtlinie durchzusetzen“³⁵³. Daneben müssen die Mitgliedsstaaten aber auch Sanktionen bei einem Verstoß vorsehen und deren Durchsetzbarkeit sicherstellen, welche „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“³⁵⁴ sein müssen. Wie diese Sanktionen konkret auszusehen haben wird in der Richtlinie jedoch nicht erwähnt, sondern den Mitgliedsstaaten überlassen.³⁵⁵

4.6.2. Die Gesetzgebung in Deutschland

4.6.2.1. Einleitung

Neben der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken war es auch die Gesetzgebung in Deutschland, die die Frage nach einer Gewinnabschöpfung beeinflusste. In Deutschland wurde bereits vor Erlass der Richtlinie im Jahr 2004 das deutsche UWG (in weiterer Folge: dUWG) dergestalt novelliert, dass mit dem § 10 dUWG eine Gewinnabschöpfung als Sanktion gegen unlauteres Verhalten eingeführt wurde.³⁵⁶

³⁵³ RL 2005/29/EG, Art 11, Rz (1): die Richtlinie lässt es den Mitgliedsstaaten dabei offen, ob dies über Gerichte oder Verwaltungsbehörden gewährleistet werden soll

³⁵⁴ RL 2005/29/EG, Art 13

³⁵⁵ *Handing* (ÖBl, 2005, 196 (200)) bezeichnet die Richtlinie in diesem Zusammenhang daher auch zurecht als „ambitionslos“

³⁵⁶ BGBl. Teil I/2004, Nr. 32 v. 7.7.2004, S. 1414 f

4.6.2.2. Gesetzestext & Norminhalt

§ 10 Gewinnabschöpfung

- (1) Wer vorsätzlich eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, kann von den gemäß § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden.*
- (2) Auf den Gewinn sind die Leistungen anzurechnen, die der Schuldner auf Grund der Zuwiderhandlung an Dritte oder an den Staat erbracht hat. Soweit der Schuldner solche Leistungen erst nach Erfüllung des Anspruchs nach Absatz 1 erbracht hat, erstattet die zuständige Stelle des Bundes dem Schuldner den abgeführten Gewinn in Höhe der nachgewiesenen Zahlungen zurück.*
- (3) Beanspruchen mehrere Gläubiger den Gewinn, so gelten die §§ 428 bis 430 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.*
- (4) Die Gläubiger haben der zuständigen Stelle des Bundes über die Geltendmachung von Ansprüchen nach Absatz 1 Auskunft zu erteilen. Sie können von der zuständigen Stelle des Bundes Erstattung der für die Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen verlangen, soweit sie vom Schuldner keinen Ausgleich erlangen können. Der Erstattungsanspruch ist auf die Höhe des an den Bundeshaushalt abgeführten Gewinns beschränkt.*
- (5) Zuständige Stelle im Sinn der Absätze 2 und 4 ist das Bundesamt für Justiz.*

Voraussetzungen für einen Anspruch nach § 10 dUWG sind zunächst ein wettbewerbswidriges (iSd der Generalklausel des § 3 dUWG³⁵⁷), vorsätzliches Handeln, wie auch ein „Gewinn zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“.

4.6.2.3. Unbestimmte Begriffe

Die Bestimmung enthält damit einige unbestimmte Begriffe: der Terminus „zu Lasten“ ist zunächst nach der Intention des deutschen Gesetzgebers so zu verstehen, dass damit ein Vermögensnachteil im Sinne einer „wirtschaftliche Schlechterstellung“ des Abnehmers gemeint ist,³⁵⁸ wobei hierzu *Micklitz*³⁵⁹ aus dogmatischen Überlegungen meint, dass dieses Erfordernis teleologisch zu reduzieren sei, weil gerade nicht der reine wirtschaftliche Vermögensvergleich im Vordergrund der Gewinnabschöpfung stünde, der Begriff sei daher über die wirtschaftliche Betrachtung hinaus einem weiten Verständnis zuzuführen, um die Bestimmung in der Praxis nicht „scheitern“ zu lassen.

Grundlegend sollen somit mit dieser Regelung jene Fälle erfasst werden, in denen einer Vielzahl an Geschädigten mit nur geringen tatsächlichen Schäden ein hoher Gewinn des

³⁵⁷ Mönch, ZIP 2004, 2032 (2032)

³⁵⁸ Micklitz in Heermann/Hirsch (Hrsg), MK UWG §10 Rz 116 mit Verweis auf die Gesetzesmaterialien

³⁵⁹ Micklitz in Heermann/Hirsch (Hrsg), MK UWG §10 Rz 123

Unlauteren gegenübersteht und bislang eine Rechtsdurchsetzungslücke bestand³⁶⁰ (nach dem dt. Gesetzgeber sog. „Bagatell- und Streuschäden“).³⁶¹

„Vielzahl“ ist ebenfalls unbestimmt, hierbei kann zumindest prinzipiell davon ausgegangen werden, dass ein Abnehmer alleine nicht ausreicht, die Lit ist hierzu uneins, genannt wird etwa ein Erfordernis von mindestens 3 Abnehmern³⁶² bis hin zu mindestens 10-15 Abnehmern³⁶³. Mit der Verwendung des Begriffes „Abnehmer“ ist zwar jedenfalls der Anwendungsbereich nicht nur auf Verbraucher eingeschränkt³⁶⁴, die Bestimmung beschränkt sich damit jedoch auf unmittelbare Vertragspartner des Verletzers.³⁶⁵

4.6.2.4. Höhe der Abschöpfung / Bemessung des Gewinns

Hinsichtlich der Abschöpfung legt § 10 Abs 2 dUWG fest, dass einer etwaigen Gewinnabschöpfung Leistungen anzurechnen sind, die aufgrund der Zuwiderhandlung bereits geleistet wurden („an Dritte oder an den Staat“) und stellt somit klar, dass sich die Gewinnabschöpfung mit einem Schadenersatzanspruch (§ 9 dUWG) nicht „überschneiden“ kann.³⁶⁶

Die Höhe des Gewinns folgt dem – bereits bei der österreichischen Gewinnabschöpfung im Strafrecht behandelten – „Nettoprinzip“³⁶⁷, also jener Berechnungsgrundlage, wonach dem erzielten Umsatz die hierzu aufgewendeten, nicht aber sonstige, nicht in ursächlichem Zusammenhang stehende Kosten abzuziehen sind.³⁶⁸ Für die Ermittlung des Gewinns kommt ein Anspruch auf Rechnungslegung zur Anwendung³⁶⁹, allerdings kann hierfür auch nach § 287 dZPO geschätzt werden.³⁷⁰

³⁶⁰ Alexander, JZ 2006, 890 (892)

³⁶¹ Schaub, GRUR 2005, 918 (918); Micklitz in Heermann/Hirsch (Hrsg), MK UWG §10 Rz 1,2

³⁶² Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Komm UWG Bd 13a Rz 12: begründet mit § 305 BGB (dort: „Vielzahl von Verträgen“)

³⁶³ Micklitz in Heermann/Hirsch (Hrsg), MK UWG §10 Rz 135: begründet mit der „wettbewerbsrechtlichen Relevanz“

³⁶⁴ Mönch, ZIP 2004, 2032 (2033)

³⁶⁵ Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Komm UWG Bd 13a Rz 11

³⁶⁶ Schaub, GRUR 2005, 918 (921)

³⁶⁷ siehe hierzu schon oben 3.3.2 - Berechnung des Gewinns: Nettoprinzip, Seite 108f

³⁶⁸ Micklitz in Heermann/Hirsch (Hrsg), MK UWG §10 Rz 146f

³⁶⁹ Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Komm UWG Bd 13a Rz 15

³⁷⁰ Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Komm UWG Bd 13a Rz 7

4.6.2.5. Anspruchsberechtigung / Begünstigung

Nicht durch einzelne Geschädigte, sondern die in § 8 Abs 3 Nr 2 bis 4 dUWG (dort zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs) Berechtigten (Wettbewerbszentrale, Verbraucherverbände, Industrie- und Handelskammern – weder der Staat noch die Mitbewerber oder die Geschädigten selbst³⁷¹) sind einzig berechtigt, einen Verletzer zur „Herausgabe des Gewinns“ in Anspruch zu nehmen, der Gewinn wird dann jedoch zur Gänze an den Bundeshaushalt abgeschöpft.

4.6.2.6. Würdigung

Die vorliegende Regelung im deutschen UWG ist ein zu begrüßender Schritt, effektiv bislang mit altbekannten, „traditionellen“ Methoden unzureichende Regelungen im Lauterkeitsrecht durch wirksame Rechtsdurchsetzungsmethoden zu ergänzen. Besonders sticht hervor, dass die Regelung offensichtlich mit diversen, bislang grundlegende „Regeln“ des deutschen Rechtes bricht und eine völlig neue Regelung „sui generis“³⁷² schafft. Wenngleich dies Dogmatiker ins Mark treffen mag, erfordern neue Situationen neue, nicht in bestehende Muster passende Maßnahmen.

Die Regelung ist, abseits von den teilweisen Unvereinbarkeiten mit bisherigen Dogmen und Prinzipien³⁷³, als positive „Erstversion“ einer Gewinnabschöpfung zu werten. Viele Ungereimtheiten und Unschlüssigkeiten fallen in der Bestimmung auf, wie auch eine zu große Anzahl an unbestimmten Gesetzesbegriffen, die wahrscheinlich entweder erst durch die Rsp eine Ausformung erfahren oder durch eine Nachbesserung des Gesetzgebers genauer determiniert werden.

§ 10 dUWG ist in mehrerlei Hinsicht eine „einzige Regelung“³⁷⁴. Zum einen ist nicht klar definierbar, ob es sich bei der Regelung um einen Gewinnabschöpfungsanspruch, wofür die Abschöpfung an den Staat spricht oder einen Herausgabeanspruch handelt, wofür die

³⁷¹ Micklitz in Heermann/Hirsch (Hrsg), MK UWG §10 Rz 94f

³⁷² Schaub, GRUR 2005, 918 (922) (mWN)

³⁷³ Siehe hierzu z.B. Wimmer-Leonhardt, GRUR 2004, 12 (16)

³⁷⁴ Alexander, JZ 2006, 890 (895)

Aktivlegitimation der Verbände (und nicht des Staates spricht).³⁷⁵ Auch sprachlich ist die Regelung hierbei undeutlich, wenn sie von „Herausgabe und Abschöpfung“ spricht. Somit kann ihr sowohl zivilrechtlicher wie auch strafrechtlicher Charakter zugesprochen werden, zum einen soll sie ja Schäden ausgleichen, wenngleich diese ja nicht einmal nach „klassischem“ Schadensbegriff vorliegen müssen³⁷⁶, aber auch präventiv abschreckend wirken, daneben enthält sie sicherlich ein starkes sanktionierendes Element.³⁷⁷

Daneben ist auch die Tatsache, dass das Gesetz dem „Nettoprinzip“ folgt, ein Indiz dafür, dass die Regelung eher auf einer zivilrechtlichen Herausgabe als auf einer strafrechtlichen Abschöpfung beruht, da im deutschen Strafrecht sonst das „Bruttoprinzip“ gilt. Das Nettoprinzip an sich ist für die Prävention aber insofern schwach, als dass diese präventive Wirkung jedenfalls abgeschwächt wird, wenn ein potentieller Schädiger weiß, dass ihm „schlimmstenfalls“ nur der Reingewinn abgenommen wird.³⁷⁸ Dennoch bedeutet auch die Abschöpfung des Reingewinns für den Schädiger, dass er keinen wirtschaftlichen Vorteil erzielt und die Prävention wäre durch den Wegfall des Anreizes einer Gewinnaussicht gegeben.³⁷⁹

Problematisch erscheint überdies, dass bei dieser Form der Abschöpfung nicht nur Aufwendungen, sondern auch sonstige Leistungen des Schädigers zu berücksichtigen sind. Hierbei fällt insbesondere auf, dass, während als Voraussetzung für die Gewinnabschöpfung unlauteres Verhalten „zu Lasten von Abnehmern“ stattfinden muss, dennoch eine Anrechnung der Leistungen an Mitbewerber zulässig ist, was als inkonsequent angesehen wird, alleine schon deshalb, weil sich die Schäden oft nicht trennen lassen.³⁸⁰ Aber gerade auch, wenn es darum geht, dass unlautere Geschäftspraktiken solche Fälle abdecken sollen, wo viele Abnehmer nur geringe Schäden haben, stellt sich die Frage nach dem Grund, wieso Leistungen an Mitbewerber Berücksichtigung finden bzw. umgekehrt Mitbewerber nicht in die Lage versetzt werden, ebenfalls aktiv legitimiert zu werden. Der Anreiz dazu könnte aber, abgesehen von den Verbraucherverbänden, gering sein, wenn man bedenkt, dass die

³⁷⁵ *Schaub*, GRUR 2005, 918 (921)

³⁷⁶ *Alexander*, JZ 2006, 890 (892)

³⁷⁷ *Mönch*, ZIP 2004, 2032 (2037)

³⁷⁸ *Mönch*, ZIP 2004, 2032 (2034)

³⁷⁹ *Schaub*, GRUR 2005, 918 (923)

³⁸⁰ *Schaub*, GRUR 2005, 918 (922)

„Herausgabe“ eine Abschöpfung an den Staat bedeutet.³⁸¹ Insofern ist der Staat der Empfänger für Ansprüche anderer, und nicht die Anspruchsberechtigten selbst, geschweige denn die Geschädigten.³⁸²

An dieser Stelle soll die Würdigung jedoch mit der Bestandaufnahme des „Ist-Standes“ enden, da die weitergehende Betrachtung im Zuge der Auseinandersetzung mit einer Gewinnabschöpfung für Österreich erfolgen soll.

4.6.3. Entwicklung in Österreich

4.6.3.1. Lobby für die Gewinnabschöpfung

Die Stellungnahmen zum Ministerialentwurf zur UWG-Novelle enthalten mehrfach Forderungen nach einer Implementierung einer Gewinnabschöpfung, unter ihnen durch das BMSK³⁸³ den österreichischen Seniorenrat³⁸⁴, die Bundesarbeitskammer³⁸⁵ bzw. später im Zuge der parlamentarischen Diskussion durch einen Antrag einer Abgeordneten der Grünen.³⁸⁶ Der damalige Wirtschaftsminister Bartenstein äußerte sich jedoch kritisch zum Vorstoß³⁸⁷, der Gewinnabschöpfungsanspruch wurde in weiterer Folge nicht in das UWG aufgenommen.

4.6.3.2. Vorgeschlagene Gesetzesbestimmung des BMSK

In einem Schreiben vom 21.03.2007 legte das BMSK dem zuständigen BMWA einen Vorschlag einer Bestimmung zur Gewinnabschöpfung vor, der dank der Bundesarbeitskammer in deren Stellungnahme³⁸⁸ Eingang in das parlamentarische Geschehen nahm und daher dort nachgelesen werden kann.

³⁸¹ Mönch, (ZIP 2004, 2032 (2036)) meint indes, dass gerade damit die Gefahr eines Missbrauchs der Vorschrift verstärkt wird

³⁸² Alexander, JZ 2006, 890 (893)

³⁸³ 50/ME 23. GP 3/SN

³⁸⁴ 50/ME 23. GP 11/SN

³⁸⁵ 50/ME 23. GP 2/SN

³⁸⁶ 35. Sitzung des Nationalrates 23. GP 221f

³⁸⁷ 35. Sitzung des Nationalrates 23. GP 224f

³⁸⁸ 50/ME 23. GP 2/SN; die Bestimmung kann daneben auch im stenographischen Protokoll (35. Sitzung des Nationalrates 23. GP 222) nachgelesen werden

In offensichtlicher Anlehnung an den deutschen § 10 dUWG sah diese vorgeschlagene Gesetzesbestimmung vor:

„§14b – Gewinnabschöpfung

(1) Wer zumindest grob fahrlässig den §§ 1, 1a, 2, 2a zuwiderhandelt und dadurch zu Lasten einer Vielzahl von Verbrauchern oder Unternehmern einen Gewinn erzielt, kann von den gemäß § 14 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs berechtigten Verbänden auf Herausgabe des Gewinns in Anspruch genommen werden. § 273 ZPO und § 151 PatG gelten sinngemäß.

(2) Nehmen mehrere gemäß § 14 zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs berechtigte Verbände den Unternehmer aufgrund derselben Zuwiderhandlung auf Herausgabe des Gewinns in Anspruch, ist § 892 ABGB sinngemäß anzuwenden, wobei entscheidend ist, welcher Verband den Gewinnabschöpfungsanspruch als erster gerichtlich gefordert hat.“³⁸⁹

4.6.3.3. Inhalt & Würdigung

Stark abgekürzt und gedrängt möchte ich an dieser Stelle eine kurze Beurteilung zu dem vorliegenden Vorschlag darlegen und dies mehr als „Vorarbeit“ zur intensiveren Auseinandersetzung im nächsten Abschnitt sehen.

Ganz augenscheinlich knüpft die vorgeschlagene Fassung an die bereits bestehende Regelung in Deutschland an und versucht – ob gewollt oder ungewollt – einige der dortigen Unzulänglichkeiten auszumerzen. Dies zeigt sich zunächst schon allein darin, dass der Vorschlag vom Verschuldensgrad „grober Fahrlässigkeit“ für die Geltendmachung ausgeht, dabei unbegründet aber nicht den ähnlichen Bestimmungen des Immaterialgüterrechts folgt, wo für die Herausgabe bereits leichte Fahrlässigkeit genügt.

Die aktive Klagslegitimation steht auch nach diesen Überlegungen bestimmten Verbänden, die einen Unterlassungsanspruch geltend machen können (z.B. VKI, Bundeswettbewerbsbehörde, Arbeiterkammer) zu, schließt durch den Begriff „Verbände“ mE jedoch einzelne Unternehmen dezidiert als aktivlegitimiert aus.

³⁸⁹ 50/ME 23. GP 2/SN 6

Der Entwurf vermeidet den Begriff des „Abnehmers“ und benutzt stattdessen die Worte „Verbraucher und Unternehmer“. Damit wäre mE interpretierbar, dass nicht nur Unternehmer, die als „Abnehmer“ geschädigt sind gemeint sind, sondern durchaus auch Handeln zu Lasten von Mitbewerbern zu der Verwirklichung des Tatbestandes zählt.

Ebenfalls aus Deutschland übernommen wird die Vermengung der Begriffe „Abschöpfung“ und „Herausgabe“: während die Überschrift wie auch § 14b Abs 2 des Entwurfes den Begriff „Abschöpfung“ verwendet, führt (neben der Bezeichnung „Herausgabe“) der Inhalt des Entwurfes ganz klar zu dem Ergebnis, dass es sich jedenfalls nicht um eine Abschöpfung handelt, da der Betrag nicht dem Staat zufließt. Aber auch der Klassifikation als Herausgabeanspruch wird die Bestimmung nicht gerecht, fließt doch auch hier der Gewinn nicht an die Geschädigten, sondern an den anspruchsberechtigten Verband. Immerhin erscheint der Vorschlag insoweit konsequenter, als dem Anspruchsberechtigten auch der Gewinn zugeführt wird. Die zivilrechtlichen Grundlagen zum Herausgabeanspruch als „unechte Geschäftsführung“ lassen sich hier aber noch schwerer argumentieren, nachdem den wettbewerbswidrigen Entreicherten kein Cent zufließt. Auch an einen Ausgleich im klassischen Verständnis kann hier nicht mehr gedacht werden, was insbesondere die Klassifikation ins Schadenersatzrecht noch weiter weg führt (was natürlich im Hinblick auf die vorliegende Arbeit nicht zu kritisieren ist, im Gegenteil).

Der „Gewinn“ wird ebenfalls nicht genauer beschrieben, es wird jedoch anzunehmen sein, dass wie im Immaterialgüterrecht (und zum Erstellungszeitpunkt auch noch im Strafrecht) an das „Nettoprinzip“ gedacht wurde. Die Anrechnung von „Leistungen an Dritte“ ist im Entwurf nicht genannt und mangels anderer Anhaltspunkte daher auch nicht anzunehmen. Der Entwurf verweist überdies auf § 273 ZPO und den Rechnungslegungsanspruch nach § 151 PatG.

Im Hinblick auf unbestimmte Gesetzesbegriffe folgt die Terminologie jedoch leider dem deutschen Vorbild und schafft auch hier die auslegungspflichtigen Begrifflichkeiten von „zu Lasten“ bzw. „Vielzahl“.

Trotz der genannten Kritikpunkte kann der Entwurf durchaus eine weitere – verbesserungsfähige – „Schablone“ für die Konzeption von effektiveren Instrumenten im Lauterkeitsrecht oder womöglich einer Gewinnabschöpfung im Medienrecht bieten, dazu aber weiter unten.³⁹⁰

³⁹⁰ VI./ 5.4 - Umsetzungsmöglichkeit, Seite 167f ; VI./ 6 - Gewinnabschöpfung als Alternative zum Strafschadenersatz im Medienrecht?, Seite 170f;

5. Ergebnis: Abschließende Würdigung

Die soeben dargestellten Rechtsgebiete Immaterialgüterrecht, Strafrecht und Wettbewerbsrecht zeigen auf, dass das österreichische Recht sehr wohl zum Teil grundlegend von der allgemein bürgerlichen Dogmatik abweichende Sanktions- bzw. Rechtsdurchsetzungsinstrumente kennt bzw. dass weitergehende, mit neuen Methoden und Mechanismen arbeitende Rechtsdurchsetzungsmechanismen nicht weit weg von einer Umsetzung sind.

Immer mehr scheinen dabei auch die Grundlagen und traditionellen Klassifikationen zugunsten effektiver Mechanismen in den Hintergrund zu treten. Prävention und Sanktion sind im Bereich der zivilen Rechtsdurchsetzung nicht mehr wegzudenken und werden stetig ausgebaut, der Ausgleich als primäre Funktion büßt hingegen an Stellungswert ein.

Insofern verschwimmen auch immer mehr die sonst so klar abgrenzbaren Attribute von Strafrecht und Zivilrecht und schaffen neue Mischformen, die ihrerseits wiederum eine völlig neue Betrachtung von Dogmen rechtfertigen und auch eine Weiterentwicklung zulassen. Ein Strafschadenersatz würde keine komplette Revolution auslösen, sondern wäre nur ein weiterer Schritt einer bereits bestehenden Entwicklung im österreichischen Rechtssystem.

Die behandelten Rechtsgebiete haben aufgezeigt, dass neuen Herausforderungen für das Rechtssystem und Gefahren des Verlusts der Effektivität desselben auch neue, unkonventionelle Maßnahmen erfordern, um sicherzustellen, dass diese Effektivität erhalten bleibt.

V. EUROPÄISCHE UND US- AMERIKANISCHE PERSPEKTIVE

1. Einleitung

Dieses Kapitel ist der internationalen Perspektive gewidmet und soll daher kurz zwei im gegebenen Zusammenhang wesentliche Bereiche, zum einen die Einflüsse der Europäischen Union auf das Schadenersatzrecht wie auch den Persönlichkeitsschutz erörtern, daneben, in erster Linie als „Grundlage“ für einen Strafschadenersatz, das System der US-amerikanischen Rechtslage der punitive damages darstellen.

2. System und Wesen der US-amerikanischen punitive damages

2.1. Einleitung

Als Grundlage für die Betrachtung eines Strafschadenersatzes in Österreich ist es unabdingbar, sich kurz mit der US-amerikanischen Rechtslage vertraut zu machen. Punitive damages gelten in vielerlei Hinsicht als das abschreckende Beispiel des amerikanischen Rechtssystems, nicht zuletzt aufgrund kurioser Fallbeispiele und horrender Strafschadenssummen.

Einer der wohl berühmtesten und seither auch immer wieder als Paradegrund für die Ablehnung von Strafschadenersatz herhaltende Fälle ist jener „Stella Liebeck vs. McDonald’s“³⁹¹. Dabei verbrühte sich Stella Liebeck im Jahr 1992 aufgrund eines Kaffees, den sie am Drive-Through Schalter einer McDonald’s Filiale gekauft und anschließend selbst über sich verschüttete, schwer an den Beinen und verklagte McDonald’s daraufhin, da der Kaffee zu heiß ausgeschenkt worden sei. Tatsächlich war McDonald’s aufgrund früherer Zwischenfälle bereits in Kenntnis davon, dass die Temperatur des Kaffees solch schwere

³⁹¹ Stella Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc. and McDonald's International, Inc.; 1994 Extra LEXIS 23 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. Aug. 18, 1994)

Verbrennungen auslösen konnte. Berühmtheit³⁹² erlangte der Fall aufgrund der Tatsache, dass die urteilende jury Stella Liebeck dafür (neben 160.000,- USD Schadenersatz bzw. „compensatory damages“) 2,7 Millionen USD an punitive damages zusprach. Durch das Gericht wurden diese punitive damages auf das Dreifache der compensatory damages, also auf 480.000,- USD verringert, gegen diese Verringerung ging Ms. Liebeck in Berufung, noch vor einem Urteil wurde aber ein (geheim gehaltener) außergerichtlicher Vergleich abgeschlossen. Dessen ungeachtet bleibt dennoch die hohe zugesprochene Summe in Erinnerung und „Keule“ gegen einen Strafschadenersatz.

Aber auch die Tragödie beim Seilbahnunglück in Kaprun³⁹³, wo bei einem Brand im Tunnel der Kitzsteinhornbahn im Jahr 2000 155 Menschen ums Leben kamen, entfachte die Ablehnung gegen punitive damages erneut, da bei diesem Unglück auch viele US-Amerikaner Opfer wurden und vom (ehemaligen) US-Anwalt Ed Fagan versucht wurde, hohe Haftungssummen zu erstreiten und den Fall vor amerikanische Gerichte zu ziehen.

Solchen Fällen muss aber auch immer wieder die Realität vorgehalten werden: nach den Recherchen von *Kocholl*³⁹⁴ ist der Zuspruch von punitive damages sehr selten, und diese werden bei gerade einmal 4 % der tort awards zugesprochen. Auch die immer wieder genannten Millionensummen werden kaum erreicht³⁹⁵, bzw. wie auch der Stella Liebeck Fall zeigt nachträglich in ihrer Höhe korrigiert.

An dieser Stelle sei abermals klargestellt: Intention dieser Arbeit ist es nicht, ein Plädoyer für eine Übernahme US-amerikanischer punitive damages oder des US-Rechtssystems zu halten. Nichtsdestotrotz stellen die punitive damages eine wichtige Grundlage, eine weitere Schablone für ein eigenes, österreichisches Modell dar.

³⁹² Sogar ein eigener „Stella-Liebeck-Preis“ für die absurdesten Urteile wurde geschaffen

³⁹³ siehe zu diesem Thema insb. in *Prisching* - Immaterieller Schadenersatz in Österreich und den USA (2003)

³⁹⁴ in *Punitive damages* 107

³⁹⁵ *Fort*, Strafelemente, 51

2.2. Wesentliche Besonderheiten des US- Rechtssystems

Um den Zweck und die dogmatische Grundstruktur der punitive damages darlegen zu können sollen zunächst kurz einige Besonderheiten des US-Rechtssystems, verglichen mit dem österreichischen Recht beschrieben werden, um die unterschiedliche Grundlage erfassen zu können.

Ein Unterschied des US-amerikanischen Zivilprozesses zum österreichischen besteht zunächst im Prozesskostenrisiko. Während in Österreich die Prozesskosten im Zivilprozess entsprechend dem „Erfolgshaftungsprinzip“³⁹⁶ nach dem Obsiegen der Parteien aufgeteilt und darüber hinaus auch in ihrer (ersatzpflichtigen) Höhe reglementiert sind³⁹⁷, tragen die Parteien in den USA ihre Kosten alleine (sog. „American Rule“).³⁹⁸

Grundlegendster Unterschied ist jedoch die im 7. Zusatzartikel der Verfassung der USA festgelegte Beteiligung einer aus Laien bestehenden jury, der das Recht zum Zuspruch von punitive damages zukommt.³⁹⁹ Die jury untersteht nur dem Common Law, ihre Stellung und Befugnisse sind somit jene einer „eigenständigen verfassungsrechtlichen Legitimation, die direkt vom Volk ausgeht“⁴⁰⁰ und die Kontrolle ihrer Entscheidungen ist äußerst beschränkt.⁴⁰¹

2.3. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für punitive damages bilden im US-amerikanischen Recht sowohl im Bundesrecht, wie auch im jeweiligen Recht der Einzelstaaten, neben Bestimmungen im Gesetzesrecht, in erster Linie das Fallrecht des Common Law.⁴⁰²

³⁹⁶ *Rechberger/Simotta*, ZPO Rz 298

³⁹⁷ *Rechberger/Simotta*, ZPO Rz 293 - 295

³⁹⁸ *Kocholl*, Punitive damages 113 (mwN)

³⁹⁹ *Mörsdorf-Schulte*, punitive damages 241

⁴⁰⁰ aaO, 243

⁴⁰¹ *Kocholl* (Punitive damages 113) spricht von der Gefahr von „verfassungsrechtlichem Glatteis“, wenn ein Richter in eine Jury-Entscheidung eingreift.

⁴⁰² *Mörsdorf-Schulte*, punitive damages 54; *Kocholl*, Punitive damages 105

2.4. Kurzbeschreibung in der Literatur

*Mörsdorf-Schulte*⁴⁰³ beschreibt punitive damages folgendermaßen: „Im Zivilverfahren kann die jury dem zur Leistung von Schadensersatz [sic!] verurteilten Beklagten im Wege einer Erhöhung der an den Kläger zu zahlenden Summe punitive damages auferlegen, wenn und soweit sie das deliktische Verhalten für ganz besonders verwerflich hält.“ Die Beschreibung von *Kocholl*⁴⁰⁴ liest sich ähnlich: „Punitive damages sind eine nicht direkt an den entstandenen Schaden gebundene Geldsumme, die dem Beklagten weggenommen und mit dem Ziel dem Kläger gegeben wird, den Beklagten zu bestrafen. Diese Geldsummen können sehr hoch ausfallen, werden jedoch nur bei gravierendem Fehlverhalten, das der Kläger zu beweisen hat, zugesprochen.“ *Kletecka*⁴⁰⁵ beschreibt diese als „(...) im einen weit über den wirklich entstandenen Schaden hinausgehenden Ersatz, der dann zugesprochen wird, wenn den Schädiger ein besonders schweres Verschulden, also Vorsatz oder eine dem Vorsatz nahe kommende Fahrlässigkeit, trifft.“

2.5. Zweck von punitive damages

Der zur Veranschaulichung hierzu berühmteste⁴⁰⁶ Fall ist sicherlich die Rechtssache „Grimshaw vs. Ford Motor Company“⁴⁰⁷: dabei ging es um einen verheerenden Autounfall mit einem Fahrzeug der Marke „Ford Pinto“, bei dem der damals 13-jährige Richard Grimshaw schwerste Verbrennungen erlitt, weil aufgrund eines Konstruktionsmangels bei einem Unfall der Inhalt des Benzintanks im Fahrgastraum versprüht wurde. Ford unterließ die Behebung des dem Unternehmen bekannten Mangels, da aufgrund interner Berechnungen die Kosten für die Behebung bzw. Rückholung der Fahrzeuge höher als allfällige Schadenersatzzahlungen gewesen wären.

⁴⁰³ *Mörsdorf-Schulte*, punitive damages 53

⁴⁰⁴ *Kocholl*, Punitive damages 105

⁴⁰⁵ *Kletecka*, ÖJZ 2008, 785 (785)

⁴⁰⁶ *Kletecka*, ÖJZ 2008, 785 (785)

⁴⁰⁷ 119 Cal. App. 3d 757 (4th Dist. 1981)

Eine grundlegende Feststellung zum Zweck von punitive damages ist somit jene, dass diese im Bereich des Deliktsrechts dann zur Anwendung geraten sollen, wenn es sich um besonders schwerwiegende Fälle mit besonderem, qualifizierten Unrechtsverhalten des Schädigers handelt. Erforderlich ist somit jedenfalls ein „außergewöhnlich großes Verschulden“⁴⁰⁸ des Schädigers.

Der Zweck von punitive damages liegt nicht in einem Ausgleich⁴⁰⁹ des Schadens, sondern vielmehr zum einen in einer Bestrafung des Schädigers und daneben primär⁴¹⁰ der Abschreckung.⁴¹¹ *Mörsdorf-Schulte*⁴¹² führt hierzu auch völlig zutreffend aus, dass die „kompensatorischen Deutungen“ der punitive damages insofern falsch sind, als diese nicht „aufgrund von Umständen aus der Sphäre des Geschädigten zugesprochen [werden], sondern weil die Allgemeinheit sich über das Verhalten des Schädigers empört.“ Das ist nur konsequent, insbesondere auch wenn erneut in Erinnerung gerufen wird, dass die jury als durch das Volk legitimiert betrachtet wird.

Auch wenn der Zweck nicht im Ausgleich des Schadens besteht, ist dennoch das Vorliegen eines Schadenersatzanspruches eine Voraussetzung für die Möglichkeit des Zuspruchs von punitive damages.⁴¹³ Auch besteht auf diesen Zuspruch kein Rechtsanspruch, es handelt sich vielmehr um eine Ermessensentscheidung der jury, ob punitive damages zugesprochen werden.⁴¹⁴

In den Bereich dieser Ermessensentscheidung fällt somit also auch, wie hoch der Zuspruch ausfällt, das Ermessen ist hierbei lediglich insofern eingeschränkt, als dass die wirtschaftliche Existenz des Schädigers nicht gefährdet werden darf⁴¹⁵ und auch einige einzelstaatliche Regelungen aufgrund von Verfassungsbedenken inzwischen höhenmäßige Beschränkungen

⁴⁰⁸ *Fort*, Strafelemente, 51

⁴⁰⁹ Eine Ausgleichsfunktion kann aber dennoch vorliegen, insb. wenn die zugesprochenen punitive damages nur oder zum Teil für die Prozesskosten vorgesehen sind (*Kocholl*, Punitive damages 114); der Staat Connecticut sieht überdies punitive damages nur für den Kostenersatz vor (*Fort*, Strafelemente 52)

⁴¹⁰ *Kletecka*, ÖJZ 2008, 785 (786)

⁴¹¹ *Mörsdorf-Schulte*, punitive damages 112; *Fort*, Strafelemente 50

⁴¹² *Mörsdorf-Schulte*, punitive damages 112

⁴¹³ *Fort*, Strafelemente 50

⁴¹⁴ *Mörsdorf-Schulte*, punitive damages 235

⁴¹⁵ *Kocholl*, Punitive damages 112

vorsehen⁴¹⁶, an deren Verfassungsmäßigkeit wiederum aber in Hinblick auf die Stellung der jury Bedenken bestehen.⁴¹⁷ Wie bereits im Eingangsfall *Liebeck vs. McDonalds* gezeigt, werden die horrend hohen Millionenbeträge, die die jurys teilweise aussprechen und die vielfach auch die Ablehnung von punitive damages begründen⁴¹⁸ schlussendlich – was naturgemäß weniger medienwirksam ist, daher weniger bekannt und somit oftmals verkannt wird – aber auch wieder auf einen niedrigeren Betrag herabgesetzt.

2.6. Exkurs: treble damages

Neben den aus dem Common Law stammenden punitive damages sind die im Gesetzesrecht verankerten treble damages⁴¹⁹ als Form von sog. „multiple damages“⁴²⁰ noch hervorzuheben.

Der grundsätzliche Unterschied von treble damages im Vergleich zu den punitive damages ist darin zu sehen, dass diese eine Pauschalierung des zuzusprechenden Strafschadens nach richterlichem Ermessen⁴²¹ vorsehen, damit also zum einen dieses Ermessen nur einem Richter, nicht aber einer jury zugestehen und gleichzeitig die Höhe eines solchen Ersatzes begrenzen. Treble damages haben damit als Schadenspauschalierungen auch nicht notwendigerweise die strafende Funktion von punitive damages.⁴²²

2.7. Würdigung

Ein Vergleich des Systems der punitive damages mit dem österreichischen Schadenersatzrecht ist hinkend und vereinfachend nicht möglich, alleine aufgrund der großen Unterschiede im Prozessrecht. Jedenfalls kann festgehalten werden, dass punitive damages nicht viel mit dem klassischen Schadenersatz nach österr. Recht gemeinsam haben - vielleicht sogar nur die Tatsache, dass sie zivilrechtlicher Natur sind. Nicht vergessen werden darf dabei aber, dass

⁴¹⁶ *Fort*, Strafelemente 67

⁴¹⁷ *Kocholl*, Punitive damages 112 (mwN)

⁴¹⁸ *Kletecka* (ÖJZ 2008, 785 (785)) verwendet passend den Begriff „Schreckgespenst“

⁴¹⁹ z.B. im Patentrecht 35 U.S.C. § 284 II 2; im Wettbewerbsrecht 15 U.S.C. § 15 (a)

⁴²⁰ *Mörsdorf-Schulte*, punitive damages 54

⁴²¹ *Fort*, Strafelemente 79

⁴²² *Kocholl*, Punitive damages 117

auch punitive damages untrennbar mit einem Schadenersatzanspruch verbunden sind, und dass sie jedenfalls durch die Charakteristika Prävention, Sanktion, Ausgleich⁴²³ auch jene Zwecke beinhalten, die auch – wenngleich in anderer Gewichtung – im österr. Schadenersatzrecht zu finden sind.

Das amerikanische System hat sicherlich seine Schwächen und insbesondere auch ganz klare Unvereinbarkeiten mit dem österreichischen Rechtssystem, die, unkommentiert übernommen, in dieser Form punitive damages als für das österreichische Recht nicht denkbar erscheinen lassen.

Darüber hinaus kann aber auch erkannt werden, dass sich mit dem durch punitive damages verwirklichten Sinn und Zweck – nämlich der Prävention und Sanktion im Bereich des Zivilrechts eine Fortbildungs-, eine Weiterentwicklungsmöglichkeit bzw. ein Ansatzpunkt dafür gesehen werden kann, die durchaus in ihrer Intention eine Rechtfertigung findet und eine pauschale Ablehnung ebenso falsch erscheinen lässt wie eine ungehinderte Zustimmung und Vereinbarkeit.

Gerade auch die Tatsache, dass punitive damages in jenen Bereichen Anwendung finden, wo das auf Ausgleich ausgerichtete Schadenersatzrecht unbefriedigende Ergebnisse liefert, bieten punitive damages ganz offensichtlich die Möglichkeit eines Korrektivs. Anschaulich lässt sich auch beim Fall *Grimshaw vs. Ford* zeigen: Ford hatte hierbei fast schamlos und verwerflich eigene Kosten mit möglichem Schadenersatz trocken wirtschaftlich abgewogen, ist dem Dogma der Wirtschaftlichkeit gefolgt und hat aus diesen Überlegungen heraus auch in Kauf genommen, dass Insassen ihrer Fahrzeuge sterben bzw. schlimmste Verbrennungen erleiden. Hätte bei diesem Fall nur der auf den Ausgleich abzielende schadenersatzrechtliche Anspruch bestanden, hätte hierbei eine rechtspolitisch äußerst bedenkliches Ergebnis folgen können, da schlimmstenfalls die Berechnungen „aufgehen“ hätte lassen können.

Genau hier kann auch wieder im medienrechtlichen Persönlichkeitsschutz angeknüpft werden: auch hier stellt sich offensichtlich die Frage, ob die Verletzung von

⁴²³ Vgl oben, FN 409

Persönlichkeitsrechten wirtschaftlich rentabel ist oder nicht. Gleiches gilt auch für das Wettbewerbsrecht, wenn kleinen Schäden große Gewinne gegenüberstehen und „dank“ des Ausgleichsgedankens hier das wirtschaftliche Missverhältnis in Richtung „pro Verletzung“ bestehen bleibt. Wieso sollte sich das Medienunternehmen an die gesetzlichen Vorgaben halten, wenn etwaige Ansprüche des Verletzten nur einen Bruchteil der lukrierten Einnahmen ausmachen? Die Ford Motor Company dürfte sich jedenfalls überlegt haben, ob sie künftig nicht mehr in die Produktsicherheit ihrer Fahrzeuge investiert, und auch bei McDonalds wird der Kaffee nicht mehr so heiß ausgeschenkt.

Die US-amerikanischen punitive damages können in ihrer in den USA bestehender Form sicherlich nicht übernommen werden, ihr Zweck und ihre Begründung bzw. Rechtfertigung kann jedoch als Grundlage für eine Einverleibung im österreichischen Recht dienen.

3. Einflüsse durch das Recht der Europäischen Union

3.1. Einleitung

Neben der US-amerikanischen punitive damages sollen an dieser Stelle auch die Entwicklungen im Europarecht, die die österreichische Rechtsentwicklung stark beeinflussen, kurz dargestellt werden. Grundlage für dieses Kapitel sollen dabei vor allem jene europäischen Entwicklungen und Vorgaben bieten, die auf die Rechtsdurchsetzung abzielen.

3.2. Der „effet utile“

Am Beginn dieses Kapitels steht wenig überraschend der Grundsatz des „effet utile“, der durch die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtsachen „Brasserie du pêcheur / Factortame“⁴²⁴ verfestigt wurde.

⁴²⁴ EuGH 05.03.1996, C-46/93 & C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd*, Slg 1996, I-01029 (Celex-Nr. 61993J0046)

Der „effet utile“ Grundsatz besagt im Wesentlichen, dass bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht jene Auslegung Vorrang genießt, durch die „die volle Wirksamkeit der Gemeinschaftsnormen und der effektive Schutz der durch sie verliehenen Rechte“⁴²⁵ gewährt wird. Angewandt wurde dieser Grundsatz etwa auch bei der Ausformung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien.⁴²⁶

Damit wird ausgedrückt, dass „wenn das nationale Recht Sanktionen mit abschreckender Wirkung nur schwach entwickelt hat, [...] das europäische Maß angewendet“ werden muss.⁴²⁷ Somit ist auch klargelegt, dass jedenfalls auch bei der Umsetzung von gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben darauf Bedacht genommen werden muss, dass dieser effektive Schutz iSd Gemeinschaftsrechts gewährleistet wird.

In der Entscheidung „Manfredi uA“⁴²⁸ (zum Art 81 EGV) führt der EuGH im Hinblick auf den Effektivitätsgrundsatz für Schadenersatzklagen aus: „[...] nach dem Äquivalenzgrundsatz [muss] ein besonderer Schadensersatz [sic!] wie der exemplarische oder Strafschadenersatz [sic!], wenn er im Rahmen von Klagen gewährt werden kann, die das innerstaatliche Recht betreffen und den auf das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft gegründeten Klagen vergleichbar sind, auch im Rahmen der letztgenannten Klagen gewährt werden können. Das Gemeinschaftsrecht hindert die innerstaatlichen Gerichte jedoch nicht daran, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt.“

Mit dieser Entscheidung stellt der EuGH klar, dass Strafschadenersatz auch im Gemeinschaftsrecht zu gewähren ist, wenn dieser aufgrund des innerstaatlichen Rechts zu gewähren wäre, wenn keine entsprechende gemeinschaftsrechtliche Norm vorhanden ist und dies unter Berücksichtigung des Effektivitätsgrundsatzes und des Äquivalenzgrundsatzes geboten ist.⁴²⁹

⁴²⁵ EuGH 05.03.1996, C-46/93 & C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd*, Slg 1996, I-01029 (Celex-Nr. 61993J0046) Rz 39

⁴²⁶ Borchardt, Grundlagen der Europäischen Union Rz 374

⁴²⁷ Kocholl, Punitive damages 81

⁴²⁸ EuGH 13.07.2006, Verbundene Rechtssachen C-295/04 bis C-298/04, *Vincenzo Manfredi gegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito gegen Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) und *Nicolò Tricarico* (C-297/04) und *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) gegen *Assitalia SpA*, Slg 2006, I-06619 (Celex-Nr. 62004J0295)

⁴²⁹ *Obwexer*, *ecolex* 2008, 878 (878); *Paulus*, *OZK* 2008, 43 (49)

3.3. Grünbuch & Weißbuch der Kommission: „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“

Im Jahr 2005 legte die EU-Kommission ein Grünbuch mit dem Titel „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“ vor, um der – nach der Meinung der Kommission – „völligen Unterentwicklung“⁴³⁰ des vom Gemeinschaftsrecht geforderten effektiven Systems von Schadenersatzklagen wegen Verletzung von Wettbewerbsrecht in den Mitgliedsstaaten zu verbessern bzw. optimieren und damit insbesondere auch potentielle Kartellanten vor einem Verstoß abzuschrecken.⁴³¹

Im Hinblick auf den Umfang der vorliegenden Arbeit kann das Grünbuch bzw. das darauf folgende Weißbuch nicht umfassen dargestellt werden, vielmehr soll ein Bereich herausgenommen werden, der im gegebenen Zusammenhang von besonderer Bedeutung ist.

Im Grünbuch wurden nämlich unter dem Kapitel „Schadenersatz“ verschiedene Möglichkeiten den Umfang der Schadenersatzleistung betreffend zur Diskussion gebracht und dabei neben (uA) einer Rückforderung unrechtmäßiger Gewinne für „horizontale Hardcore-Kartelle“⁴³² „automatisch, unter bestimmten Voraussetzungen oder nach gerichtlichem Ermessen“⁴³³ vorgeschlagen, eine Verdoppelung des Schadenersatzes zu überlegen und nahm dabei die Gesetzgebung der Vereinigten Staaten („treble damages“) als Vorbild.⁴³⁴

Im Jahr 2008 wurde schließlich das auf dem Grünbuch basierende Weißbuch⁴³⁵ angenommen. In diesem ist nun keine Rede mehr von einem Strafschadenersatz. In Punkt 2.5 des Weißbuchs heißt es nun lediglich: „Der Anspruch auf eine vollständige Entschädigung erstreckt sich somit nicht nur auf die Verluste (*damnum emergens*) aufgrund wettbewerbswidriger Preisaufschläge, sondern auch auf entgangene Gewinne (*lucrum cessans*) aufgrund von Umsatzeinbußen und beinhaltet auch den Anspruch auf Zinsen.“⁴³⁶

⁴³⁰ Grünbuch, KOM (2005) 672 endg. 4

⁴³¹ Paulus, OZK 2008, 43 (43)

⁴³² Grünbuch, KOM (2005) 672 endg. 7

⁴³³ Grünbuch, KOM (2005) 672 endg. 8

⁴³⁴ Gruber, MR-Int 2006, 17 (17)

⁴³⁵ „Weißbuch - Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“; KOM(2008) 165 endg.

⁴³⁶ aaO

Die Kommission ist somit von der Idee eines Strafschadenersatzes aufgrund von Kritik von Mitgliedsstaaten, welche das System des Strafschadenersatzes nicht kennen und darin eine Vermischung von Straf- und Zivilrecht sahen⁴³⁷, wieder abgerückt und hat sich auf den „vollständige Ersatz des realen Werts der erlittenen Verluste“⁴³⁸ und damit auf die Durchsetzung von Ansprüchen beschränkt, womit sich nach Meinung der Kommission „zwangsläufig auch positive Effekte dahingehend entfalten, dass eine stärkere Abschreckungswirkung eintritt und dass die EG-Wettbewerbsvorschriften besser befolgt werden.“⁴³⁹

Obwohl die Überlegungen zum Strafschadenersatz schlussendlich nicht in das Weißbuch aufgenommen wurden, zeugt dennoch die Behandlung zumindest im Grünbuch davon, dass auch die EU-Kommission im Strafschadenersatz eine Möglichkeit sieht, einen effektiven Rechtsschutz zu erreichen.

3.4. Zusammenfassung

Zusammenfassend dargelegt zeigen diese soeben angeführten Beispiele, dass auch im Bereich des EU-Rechts die Frage nach einer effektiven Rechtsdurchsetzung und des effektiven Rechtsschutzes Formen des Strafschadenersatzes zumindest zur Diskussion stehen, bzw. wie insbesondere in der Manfredi-Entscheidung ersichtlich das EU-Recht sich auch bei Anwendung des Gemeinschaftsrechts diesem nicht verschließt.

Insbesondere sticht dabei hervor, dass gerade im Sinne der Prävention offensichtlich dem klassischen Schadenersatzrecht mit seinem „Primat“ des Ausgleichsgedankens zumindest Mangelhaftigkeit hinsichtlich seiner tatsächlichen Tauglichkeit als wirksames und effektives Mittel zugeschrieben wird.

⁴³⁷ Paulus, OZK 2008, 43 (47)

⁴³⁸ Weißbuch, KOM(2008) 165 endg., S 8

⁴³⁹ Weißbuch, KOM(2008) 165 endg., S 3

Nicht zuletzt hat auch die bereits oben⁴⁴⁰ beschriebene Diskussion um eine Gewinnabschöpfung im Lauterkeitsrecht die Mängel der klassischen Schadenersatzansprüche aufgezeigt.

Es zeigt sich also, dass auch internationale Tendenzen ganz klar die dogmatischen Vorbehalte gegen eine verschärfte Sanktionierung zur Stärkung der Prävention von Rechtsverletzungen zurückdrängen, und dass der reine Ausgleich als wichtigste Funktion des Schadenersatzrechtes oftmals nicht ausreichend erscheint.

⁴⁴⁰ IV./ 4.6 - Die Diskussion um eine Gewinnabschöpfung im UWG, Seite 119f

VI. STRAFSCHADENERSATZ FÜR DAS ÖSTERREICHISCHE RECHT

1. Einleitung & Kurzzusammenfassung

Dieser Abschnitt befasst sich nun mit dem Kern der vorliegenden Arbeit: der Auseinandersetzung mit dem Strafschadenersatz als neues Rechtsinstrument im österreichischen Recht.

Die bisherigen Abschnitte und Kapitel haben Grundlegendes zum österreichischen Schadenersatzrecht dargelegt, die Besonderheiten und den bestehenden Rechtsschutz im Medienrecht betrachtet und dabei gleichermaßen auch bereits Probleme und Kritikpunkte aufgezeigt, natürlich insbesondere und tiefgehend im Bereich des Schutzes von Persönlichkeitsrechten im Medienrecht.

Daneben wurde aber auch eingehend gezeigt, was für vielfältige Möglichkeiten in anderen Rechtsgebieten bestehen, um einen zivilrechtlichen Rechtsschutz zu gewähren, der vom klassischen Schadenersatz abweicht – wenngleich auch insbesondere im Wettbewerbsrecht noch immer „Lücken“ vorhanden sind, die es zu schließen gilt.

Es gilt nun daher all das Dargelegte zu würdigen und zu begründen, warum gerade der Strafschadenersatz eine durchaus denkbare und realisierbare Möglichkeit darstellt, im österreichischen Recht eine neue Form der effektiven Rechtsdurchsetzung, aber auch des Rechtsschutzes sein zu können.

2. Gründe für einen Strafschadenersatz

2.1. Unzulänglichkeiten im Bereich des Medienrechts, Notwendigkeit der Effektivität des Rechtsschutzes

Ausgangspunkt und Kern dieser Betrachtung ist das Medienrecht, und das auch aus gutem Grund: gerade in diesem Bereich ist eine besondere Gefahr einer medialen Prangerstellung so hoch und sind die vorhandenen Sanktionsmechanismen so zahnlos.

Ein auf dem Ausgleich basierendes Entschädigungssystem, selbst wenn es großzügige, der Höhe nach dann aber doch mit Höchstgrenzen versehenen Entschädigungsbeträge enthält, kann kaum auch nur den Hauch einer echten präventiven Wirkung entfalten. Trotz der Vielfältigkeit an Ansprüchen und Rechtsinstrumenten scheint es nicht als würde tatsächlich, gerade im Boulevard, großer Wille zur „Rechtstreue“ herrschen.

Wie wird der Ausgleich des Schadens des Geschädigten, der, z.B. im Zuge der Kriminalberichterstattung, als Einzelner auftritt, im Verhältnis zum Gewinn des Schädigers stehen? Wie bemesse ich einen tatsächlichen, immateriellen Schaden eines als „Vergewaltiger“ oder „Betrüger“ titulierten Unschuldigen? Wie gleiche ich mit Geldersatz – im Sinne des Ausgleichsgedankens – ein hochnotpeinliches Foto oder Video aus, dass zur allgemeinen Belustigung medial verbreitet wurde und dann wohl oder übel noch mit sinngemäßen Kommentaren und „Reportagen“ untermauert wird?

Die Feststellung die sich hierbei treffen lässt ist jene, dass im Bereich des Schutzes von Persönlichkeitsrechten die Prävention im Vordergrund zu stehen hat und nicht der Ausgleich. Strafschadenersatz bietet solch eine Möglichkeit, in welcher Form, wird darzulegen und zu diskutieren sein. Wenn als Kritik eingewandt wird, dass es zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Geschädigten führt, wenn dieser über den Ausgleich hinaus Geld zugesprochen bekommt, halte ich dem entgegen: ist es tatsächlich „ungerechtfertigt“?

Schließlich ist der „Täter“ in solch einem Falle doch vielmehr mit einem schädigenden Verhalten aufgetreten, das ihm unter Umständen Vorteile bringt, die – im Hinblick auf einen reinen Ausgleich der angerichteten Schäden – zu den Nachteilen des Opfers in einem eklatanten Missverhältnis stehen, als dem „Opfer“ eine ungerechtfertigte Bereicherung vorgeworfen werden könnte. Weiters könnte man fragen, wo denn die Rechtfertigung für die Schadenspauschalierung im IP-Recht besteht, auch hier wird über den tatsächlichen Schaden, über einen tatsächlichen Ausgleich hinaus mehr zugesprochen.⁴⁴¹

Daneben ergeben die bestehenden Höchstgrenzen im Medienrecht auch, dass diese im Hinblick auf den möglichen „Rahmen“ so gut wie nie ausgeschöpft werden.⁴⁴² Alleine schon daraus ergeben sich aus Sicht eines Unternehmens beinahe lächerliche zu erwartende Entschädigungszahlungen.

Schlussendlich ist mE aber auch klar, dass, egal in welcher Höhe, für einen medial in seinen Persönlichkeitsrechten Verletzten eine etwaige Entschädigung niemals einen Ausgleich (nicht im dogmatischen Sinn) für die erlittene Kränkung und die Vernichtung des Rufes darstellen kann. Was nützt einem ein Entschädigungsbetrag in Millionenhöhe, wenn man ewig als Kinderschänder „punziert“ ist? Dies führt sogleich wieder zum wichtigsten Aspekt und Argument pro Strafschadenersatz: der Stärkung der Prävention im Medienrecht.

2.2. Prävention als Hauptziel

Eines dürfte unbestritten sein: durch Prävention ist der Schutz des Einzelnen am besten gesichert und das Rechtssystem zielt auf Rechtstreue ab. Eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte soll im Optimalfall verhindert werden, und eine Sensibilisierung und entsprechende „Abschreckung“ der Medienlandschaft vor einem leichtfertigen Missachten der Regelungen ist mE jedenfalls als zielführend zu sehen.

⁴⁴¹ Siehe IV./ 2.6.3 - § 87 Abs 3 UrhG – eine Anomalie im System?, Seite 103

⁴⁴² Berka in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG Vor §§6-8a Rz 49

Dies gilt aber nicht nur im Medienrecht: gerade auch im Bereich des unlauteren Handelns eines Unternehmens gilt es, der Prävention und Abschreckung mehr Gewicht zu verleihen. Bestes Beispiel sind Abofallen oder Kaffeefahrten, denen durch ein auf Ausgleich ausgerichtetes Schadenersatzrecht keinen Einhalt bieten kann, weil die Gewinne den drohenden Schadenersatz übersteigen.

Gerade der Fall *Grimshaw vs. Ford*⁴⁴³ zeigt in erschreckender Art und Weise, wie eine solche Kosten/Nutzen Rechnung im schlimmsten Falle nicht „nur“ zu finanziellen Einbußen oder Beeinträchtigungen des Rufes oder des Ansehens führen kann, sondern sogar Menschenleben abgewogen werden.

Welche Präventionswirkung hat eine Norm, deren Einschätzbarkeit so ausgestaltet ist, dass ich als potentieller Schädiger weiß, dass der Schaden, den Person X aufgrund der Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte erlangen wird, niemals im Verhältnis zu dem mich erwartenden Gewinn steht? Wie hoch ist die präventive Wirkung von Betreibern sog. Abofallen-Homepages, wenn ihnen klar ist, dass der Schaden des Einzelnen aus dessen Sicht im Verhältnis zu einem Verfahrensaufwand jedenfalls außer Verhältnis liegt?

Damit einhergehend wird schnell klar, dass der Ausgleichgedanke alleine hier nicht abhelfen wird können, selbst wenn dieser Prävention- und Sanktion mittragen soll. Der Ausgleich alleine schafft nur eines, nämlich einen – materiell betrachteten – Schaden „wiedergutzumachen“, indem der Geschädigte finanziell wieder so gestellt wird wie vor dem schädigenden Ereignis.⁴⁴⁴ Die damit einhergehende präventive Wirkung ist aber insoweit zahllos, als sie den Schädiger nur insofern präventiv abschreckt, als er fürchten muss, die erlittene Verschiebung rückgängig zu machen. Wie gerade aufgezeigt ist dies aber gerade in Fällen, wo solch ein Missverhältnis zwischen Nutzen für den Schädiger und Nachteil für den Geschädigten besteht, eine mehr als unbefriedigende Situation.

Prävention kann mE mit der bloßen „Gefahr“ einer Strafschadenersatzpflicht erwirkt werden, gerade in „kleineren“ Fällen mit kurzfristiger medialer Aufmerksamkeit wird mit der nicht

⁴⁴³ siehe oben 0./ 2.5. - Zweck von punitive damages, Seite 134

⁴⁴⁴ vgl. oben II./ 2.1 - Der Ausgleichsgedanke, Seite 27f

kalkulierbaren Gefahr eines Strafschadenersatzes unter Umständen jene präventive Wirkung erzielt, die einen neutraleren Ton oder eine entschärfte Berichterstattung zur Folge hat.

Mit einem für das Schadenersatzrecht bislang systemwidrigen Konstrukt eines Strafschadenersatzes würde dabei – auch das wurde eingangs bereits erwähnt – mE keine Änderung des Schadenersatzrechtes erfolgen, vielmehr eine aufgrund objektivierter Gründe notwendige und erforderliche Erweiterung in besonderen Fällen⁴⁴⁵: alleine die Tatsache, dass in bestimmten Fällen ein Strafschadenersatz zugesprochen werden könnte würde jedenfalls den Präventionsgedanken im Schadenersatzrecht stärken, für den „Generaltatbestand“ aber nicht zu einer Grundänderung der Dogmatik führen, Schadenersatz als Ausgleich zu betrachten. Nicht umsonst existieren auch im US- amerikanischen Recht „punitive damages“ neben den - dem Ausgleich dienenden – „compensatory damages“.

2.3. Sanktion als gerechtfertigte Folge

Im Zivilrecht wird bereits jetzt – neben der Prävention – auch der Sanktion ein Platz neben dem Ausgleich zugestanden.⁴⁴⁶

Klar ist, dass Bestrafung als bestimmender Faktor weiterhin im Strafrecht seine Anwendung finden soll und der Zweck und die Funktion des „mit Tadel verbundenen Übels“ zur Prävention des Täters (Spezialprävention) wie auch zur Abschreckung der Allgemeinheit (Generalprävention), um den sozialen Unrechtsgehalt aufzuzeigen,⁴⁴⁷ auch primär dort seinen Platz hat.

Zunächst ist essentiell, dass der Strafschadenersatz eine gravierende Abweichung im Hinblick auf die Sanktion, wie sie im Strafrecht besteht, aufweist: ein Strafschadenersatz wird nämlich nicht – wie eine Geldbuße im Strafrecht – „zugunsten“ des Staates verhängt, sondern

⁴⁴⁵ Wenngleich auch schon damit z.B. *Koziol* (in *Dittrich*, Beiträge zum Urheberrecht IV, 53) solchen Sonderregelungen kritisch gegenübersteht und keine „Ansammlung kurioser Einzelregeln“ für die Rechtsordnung befürwortet

⁴⁴⁶ Vgl. oben II./ 2.2 - Der Sanktionsgedanke, Seite 29 und II./ 2.3 - Der Präventionsgedanke, Seite 29

⁴⁴⁷ *Maleczky*, Strafrecht AT II 28

zugunsten des Geschädigten auf dessen Verlangen und Anspruch hin (worin sich ja auch wiederum ihr zivilrechtlicher Charakter eröffnet⁴⁴⁸).

Wenn im Schadenersatzrecht der Sanktion überhaupt eine Stellung eingeräumt wird, stellt sich die Frage wieso dieser nicht auch – allerdings der Prävention untergeordnet – eine stärkere Rolle zukommen soll, ohne dass sie zum bestimmenden Faktor avancieren muss. Ein großes Manko der Präventionswirkung liegt ja gerade in der im Ausgleichsprinzip vorhandenen fehlenden Sanktionswirkung. Der Schädiger braucht keine größere Sanktion zu fürchten, als die Wiedergutmachung des Schadens des Dritten – wie bereits ausreichend dargelegt ist diese Sanktion völlig unbedeutend, wenn ihr ein größerer Gewinn aus der Verletzung entgegensteht.

Wenn aber der Prävention eine stärkere Rolle zukommen soll, dann kann dies nur über die Androhung einer höheren Sanktion erfolgen, insofern muss ein verstärktes Vordringen der Sanktion als „Nebeneffekt“ der Prävention verstanden werden – die Sanktion läuft also mit der Prävention mit – so wie beide nach derzeitigem Verständnis beim Ausgleich mitwirken.

Hierbei soll aber auch wieder in Erinnerung gerufen werden, dass über die Schadenspauschalierung im Immaterialgüterrecht die „klassischen“ Prinzipien bereits durchbrochen wurden, indem ein Geschädigter auch hier ein „doppeltes Entgelt“ erhalten kann, wenn ein Verschulden des Schädigers vorliegt.⁴⁴⁹

Zu guter Letzt kommt im Medienrecht dabei aber auch noch zum Tragen, dass hier nach strafrechtlichem Prozessrecht durch Strafrichter geurteilt wird, wenngleich Entschädigungsansprüche diesem nicht zuordenbar sind, sondern Ansprüche anderer Art darstellen.⁴⁵⁰ Alleine darin schon könnte eine Rechtfertigung verankert werden, indem argumentiert wird, dass die Tatsache, dass medienrechtliche Angelegenheiten vor den Strafgerichten abgeurteilt werden, diese dadurch auch „strafen“ sollen dürfen – durch die

⁴⁴⁸ vgl. *Gschnitzer*, Schuldrecht 420

⁴⁴⁹ Wenngleich auch schon dessen Bestehen auf Kritik stößt, siehe oben IV./ 2.6.3 -

§ 87 Abs 3 UrhG – eine Anomalie im System?, Seite 103f

⁴⁵⁰ Siehe oben, III./ 5.3 - Allgemeine Grundlagen zur Gestaltung des Persönlichkeitsschutzes im Mediengesetz, Seite 57f

entsprechende Befugnis, Entschädigungszahlungen in einem Rahmen aussprechen zu dürfen und durch die strafprozessuale Struktur können sie dies ja auch bereits schon jetzt, wenngleich an dieser Stelle nochmals betont werden soll, dass die Entkriminalisierung des Medienrechts weg vom Strafrecht hin zum Zivilrecht beibehalten werden soll.

3. Ausgestaltungsmöglichkeit

Die wohl schwierigste Frage im Zuge der gesamten Auseinandersetzung mit dem Thema „Strafschadenersatz“ ist jene nach deren Ausgestaltung. Ich möchte an dieser Stelle den Versuch wagen, eine solche Ausgestaltungsmöglichkeit eines Strafschadenersatzes zu skizzieren, gleichermaßen aber auch auf die Schwierigkeiten und Probleme hinweisen, die dabei jeweils zum Tragen kommen.

3.1. Einordnung

Nach dem folgenden Aufbau würde ein Strafschadenersatzanspruch im MedienG jedenfalls die Entschädigungsansprüche der §§ 6 MedienG nicht ablösen, sondern erweitern, würde also bei besonderen Fällen von Verletzungen von Persönlichkeitsrechten eine neue Anspruchsgrundlage bieten und einen rein auf „Ausgleich“ abzielenden Ersatz immaterieller Schäden nicht ersetzen. Das ist nur konsequent, wenn man möchte, dass nicht generell bei Verstößen, sondern bei besonders schwerwiegenden Fällen von Persönlichkeitsrechtsverletzungen eine solche Ersatzpflicht ausgelöst werden soll.

Allerdings wäre es zielführend, wenn der Strafschaden dort an die Stelle der Entschädigungsansprüche tritt, wo bereits jetzt verschärfte Sanktionen vorgesehen sind.. Da dies bereits jetzt durch das Gesetz als besonders schützenswert ausgewiesene Bereiche darstellen, ist es nur legitim, dass diese künftig nicht mehr einem bloßen „ausgleichenden“ Ersatz, sondern bereits als Kriterium für einen Strafschadenersatz Anwendung finden würden.

3.2. Anwendungsvoraussetzung

3.2.1. Ausgangssituation

Wenn der Zweck eines Strafschadenersatzes im österr. Medienrecht der Vermeidung von gröblichen Verletzungen von Persönlichkeitsrechten dienen soll, ist zunächst die Frage zu behandeln, in welchen Fällen ein Strafschadenersatz überhaupt greifen soll.

Hierbei eröffnet sich sofort die Schwierigkeit, wie ein „besonders schwerwiegender Fall“ definiert werden soll. Subjektiv aus Sicht des Geschädigten oder objektiv aus Sicht der Allgemeinheit? Für beide Sichtweisen gibt es Vor- und Nachteile: zum einen würde eine rein auf den Geschädigten abzielende Betrachtungsweise die Möglichkeit eröffnen, voll auf das persönlich erlittene Unrecht des Einzelnen bedacht nehmen zu können. Allerdings würde dies gleichermaßen zu einer ausufernden, nicht nachweisbaren und daher kaum rechtsstaatlich vertretbaren Klagsflut und Entschädigungspflicht führen.

Eine rein objektivierte Sicht wiederum bringt den Vorteil einer wahrscheinlich besseren Nachvollziehbarkeit und Anwendbarkeit, führt daneben aber unter Umständen erst recht wieder zu jenen Unzulänglichkeiten, wie sie im geltenden Recht bereits bestehen.

3.2.2. Umsetzungsmöglichkeit

Die Lösung wird daher wohl in einer Kombination aus beidem liegen müssen: eine Bedachtnahme auf die persönliche Beeinträchtigung wie auch eine Gesamtbetrachtung der äußeren Umstände, wenngleich der Fokus stärker auf der subjektiven Seite stehen sollte. Dabei wird zielführend sein, die bereits jetzt ausgearbeiteten Kriterien bei der Bestimmung der Beeinträchtigung bzw. Bemessung der Entschädigungshöhe der §§ 6 ff MedienG⁴⁵¹ als „Schablone“ für die Anspruchsgrundlage zu verwenden, wie beispielsweise den Umfang der Verbreitung, der Intensität der Beeinträchtigung (ev. zusätzliche Bildveröffentlichung),

⁴⁵¹ Vgl dazu bereits oben III./ 5. Das Mediengesetz, Seite 54f; sowie *Berka* in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Komm MedienG Vor §§6-8a Rz 43f

Auflagenzahl des Mediums, einmalige bzw. mehrmalige Berichterstattung, die Art der Persönlichkeitsverletzung (höchstpersönlicher Lebensbereich?), etc., wenngleich für die Anwendung des Strafschadenersatzes jedenfalls ein erhöhter, strengerer Maßstab angewandt werden muss. Aus der Gesamtbetrachtung soll sich dann ein Bild ergeben, ob eine solch intensive Verletzung von Persönlichkeitsrechten entstanden ist, dass sie einen Anspruch über einen reinen Ausgleich hinaus rechtfertigen würde.⁴⁵²

Zur Heranziehung können dabei unter Umständen auch die für die Wahrung der journalistischen bzw. beruflichen Sorgfalt hervortretenden Entscheidungen und Leitlinien des Presserates von Bedeutung sein.⁴⁵³

Daneben sollen aber auch, wie bereits oben erwähnt, die bereits jetzt als Qualifikationen ausgebildeten Tatbestände in solch einem System an die Stelle der Entschädigungsansprüche treten und stattdessen einen Strafschadenersatz auslösen. Dabei soll aber ein zugestandener Strafschadenersatz einen allfälligen Schadenersatz nicht ersetzen oder kompensieren, vielmehr sollen beide Rechtsinstrumente, weil anderen Prinzipien und Intentionen folgend, nebeneinander bestehen. Der Schadenersatz zum Ausgleich des Schadens, der Strafschadenersatz zur Prävention bzw. Sanktion eines besonders schädlichen Verhaltens.

3.2.3. Ergebnis

Das heißt zusammenfassend, es soll jedenfalls kein starres, sondern ein flexibles System geschaffen werden, das über die Betrachtung und Berücksichtigung des Einzelfalles das Bestehen eines Strafschadenersatzanspruches begründen kann, indem auf nachvollziehbare Art und Weise dargelegt wird, wieso im konkreten Fall eine solch qualifizierte Persönlichkeitsrechtsverletzung stattgefunden hat, dass ein Strafschadenersatz – mitsamt der damit einhergehenden Auswirkungen – ausgesprochen werden soll; bzw. in welchem solche Fälle, denen bereits jetzt eine besondere Qualifikation zukommt (wie dem höchstpersönlichen Lebensbereich), eine Anspruchsgrundlage bilden.

⁴⁵² vgl hierzu auch bereits das angewandte "bewegliche System" bei der Interessenabwägung (*Gamerith*, MR 1996, 130 (131))

⁴⁵³ vgl schon oben, III./ 5.4.2 - Ergänzung: Wahrnehmung der journalistischen Sorgfalt und § 29 MedienG, Seite 65f bzw. III./ 5.7 - Der Presserat, Seite 82f

3.3. Verschuldenserfordernis?

3.3.1. Problemstellung

Um der allgemeinen Dogmatik der Verschuldenshaftung zu folgen, die den Umfang des Schadenersatzes vom Grad des Verschuldens abhängig macht⁴⁵⁴, müsste ein Strafschadenersatz, wenn er als Anspruch bei besonders grobem Unrechtsgehalt der Schädigung zugesprochen werden soll, konsequenterweise an das Verschulden des Schädigers geknüpft sein. Auch folgt dies den Prinzipien der US-amerikanischen punitive damages⁴⁵⁵, die eine Sanktionierung von besonderem, qualifiziertem Unrechtsverhalten vorsehen. Auch für jene Form von Strafschadenersatz, die in Österreich bereits Realität ist, wie die Schadenspauschalierung im Immaterialgüterrecht, ergibt sich auch für die in Österreich bestehende Form ein Verschuldenserfordernis.

Hierbei kommt allerdings im Bereich des Medienrechts ein großes Problem auf einen Strafschadenersatz zu. Nicht umsonst sind die Ansprüche nach den §§ 6 MedienG nicht vom Verschulden abhängig, sondern ist als eine Art Gefährdungshaftung bzw. „sui generis“ Anspruch ausgestattet⁴⁵⁶, weil die Berufung auf das Redaktionsgeheimnis das Auffinden des schuldhaften Schädigers verhindert. Damit würde aber ein verschuldensabhängiger Strafschadenersatzanspruch im MedienG die Problematik aufweisen, dass ein jedes Medienunternehmen weiterhin „nur“ die Erstattungsansprüche nach den §§ 6 MedienG zu befürchten hätte – der Strafschadenersatz würde damit quasi zum „toten Recht“.

Mit dieser Problematik ist sicherlich ein großes Problem einer Implementierung eines Strafschadenersatzes im Mediengesetz angesprochen. Natürlich lässt sich ein auf schuldhaftem Verhalten aufbauender Strafschadenersatz dogmatisch – orientiert man sich an den gegebenen dogmatischen Grundlagen der punitive damages – leichter rechtfertigen, nur nützt er nichts, wenn er in der Anwendung versagt.

⁴⁵⁴ vgl. § 1324 ABGB bzw. oben II./ 8. - Umfang, Seite 39; siehe hierzu auch *Kletecka*, ÖJZ 2008, 785 (786)

⁴⁵⁵ vgl. oben 0./ 2.5 - Zweck von punitive damages, Seite 134

⁴⁵⁶ siehe hierzu oben III./ 5.3.3 - Ausgestaltung als Form der Gefährdungshaftung, Seite 57

3.3.2. Lösungsmöglichkeit - Umsetzungsmöglichkeit

Daraus hervorgehend kommt im Bereich des Medienrechts aber offensichtlich keine andere Lösung infrage, als einen Strafschadenersatzanspruch vom Verschulden abzukoppeln und eine verschuldensunabhängige Haftung zu implementieren, die auf die objektivierte Verwirklichung eines tatbestandsmäßigen Verhaltens abzielt. Problematisch wird dies aber alleine schon deshalb, weil es sich, wie der Name schon sagt, um einen *Strafschadenersatz* handelt, also eine Art der Privatstrafe - eine Strafe ohne Schuld läuft aber Gefahr, weder verfassungs- noch gesetzeskonform sein.

Allerdings ist auch unklar, welcher Art die bereits jetzt bestehenden Ersatzansprüche des Mediengesetzes darstellen – *sui generis*? Verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung? Daneben wurde erst kürzlich im Strafrecht durch die Neuregelung des Verfalls und dem Umstieg auf das „Bruttoprinzip“ ein Grundsatz durchbrochen, den Verfall deshalb nicht als Strafe zu sehen, da er nur den „Nettovorteil“, also den Reingewinn abschöpft, indem der Verfall zwar weiterhin keine Schuld erfordert, der Gesetzgeber ihm dabei nun aber einfach den strafenden Charakter abspricht und ihn als einen Anspruch „besonderer Art“ betrachtet.⁴⁵⁷

Es stellt sich damit die Frage, ob somit ein verschuldensunabhängiger Strafschadenersatzanspruch (wenngleich alleine schon diese Bezeichnungsart auch bei mir ein gewisses Unbehagen auslöst), nicht ebenfalls als ein Anspruch „*sui generis*“ oder der „besonderen Art“ aufgrund der gegebenen, in den besonderen Umständen des Medienrechts gelegenen Umständen implementiert werden kann. Schon alleine die Ausformung der Ersatzansprüche im geltenden Recht stellen ja ein Eingeständnis an die Besonderheit und Schwierigkeit bis Unmöglichkeit der Verfolgung dar. Ein Strafschadenersatzanspruch (der natürlich in dieser Bezeichnungsform dann wohl eher nicht als solcher zu bezeichnen wäre, aus Mangel an kreativen Alternativbezeichnungen weiterhin so bezeichnet wird) könnte somit als eine besondere Ausformung eines verschuldensunabhängiger Anspruch im Mediengesetz geformt werden.

⁴⁵⁷ siehe im Detail oben IV./ 3.4 - Der Verfall nach § 20 StGB neu, Seite 109f

Es geht ja hierbei nicht um eine Bezeichnung, sondern neuerlich um eine in erster Linie präventive Wirkung einer Norm, um Verletzungen eines höchst sensiblen Bereiches zu verhindern – wie bereits angemerkt soll ja die Sanktion eine Folge, nicht aber Intention der Bestimmung werden. Gegen einen Strafcharakter kann dabei ins Treffen geführt werden, dass ja auch dem Verfall ein solcher abgesprochen wird, obwohl er eine über den reinen Vorteil hinausreichende Abschöpfung vorsieht, und schon aus dem Zivilrecht die Tatsache, dass eine Sanktionsfunktion eingestanden wird, diese nicht unbedingt als Strafe gesehen werden muss.

Somit wäre meines Erachtens eine Möglichkeit geschaffen, eine wirksame, den Grundlagen des Strafschadenersatzes folgende Norm aufzunehmen, die auch auf die besondere Situation im Medienrecht bedacht nimmt.

3.4. Höhe des Strafschadenersatzes – Bemessungskriterien

3.4.1. Ausgangslage, Problemstellung

Als ein weiterer, zentraler Punkt eines Strafschadenersatzanspruches stellt sich die Frage nach der Höhe eines solchen Zuspruchs bzw. der Kriterien, nach welchen die Höhe festgesetzt wird bzw. werden kann. Die Frage nach der Höhe eines Zuspruchs ist gleichermaßen aber auch die heikelste, definiert sich doch gerade auch über sie zum einen die Wirksamkeit der Abschreckung und damit der Steigerung der Präventionswirkung, zum anderen aber auch die Verhältnismäßigkeit.

Dabei die US-amerikanischen punitive damages als Maßstab zu nehmen, ist zumindest was die Entscheidungen der jury betrifft nicht zielführend, werden doch hier tatsächlich die so oft kritisierten und für die Ablehnung bezeichnenden Millionenbeträge zugestanden und ist daher als abzulehnende uferlose Ermessensfreiheit zu sehen. Zielführender ist dabei schon die Praxis der Berufungsentscheidungen, die die punitive damages oftmals als Vielfaches des

zugestandenem Schadenersatzes bemessen, bzw. sog. „caps“ also gesetzliche Höhenbeschränkungen auf ein Vielfaches.⁴⁵⁸

Für die Bemessungskriterien ebenfalls problematisch sind die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Kriterien, den Ersatz nach der Schuld zu bemessen, auf welche bereits hinsichtlich der Verschuldensfrage im vorigen Kapitel hingewiesen wurde. Erneut tritt hier aber die Besonderheit des Medienrechts bzw. der umgesetzten Normen des Mediengesetzes in den Vordergrund: aufgrund der hinreichend dargestellten Schwierigkeiten, ein Verschulden nachzuweisen, wird auch für einen strafsadenersatzrechtlichen Anspruch hier kein Anhaltspunkt für ein Bemessungskriterium zu finden sein.

Für die Bemessung werden aber dieselben Kriterien von Bedeutung sein, wie sie bereits im Mediengesetz für die Ersatzansprüche nach §§ 6 MedienG vorhanden sind. Das führt zu einer Situation, wonach diese Kriterien nicht nur für die Bemessung, sondern gleichermaßen auch für die Anspruchsgrundlage überhaupt zum Kriterium werden. Dabei ist ein entscheidender Punkt erreicht: die Qualifikation eines Tatbestandes kann nämlich nicht gleichermaßen wieder als Bemessungskriterium erhalten, mit anderen Worten: es kann nicht der Umfang der Verbreitung zunächst als Voraussetzung für den Strafschadenersatzanspruch hergenommen werden und nachher als „Erschwernis“ für die Bemessung des Ersatzanspruches, das Mediengesetz würde damit gegen das durch Art 4 7. ZPMRK verfassungsrechtliche Doppelbestrafungsverbot⁴⁵⁹ verstoßen.

Die Bemessung des Ersatzanspruches im Medienrecht ist somit mit folgenden Problemen konfrontiert: einerseits lässt die verschuldensunabhängige Anspruchsgrundlage logischerweise keine Bemessung nach der Schwere der Schuld zu; eine Bemessung der Höhe, die an die konkreten Umstände gekoppelt ist, kann ebenfalls nicht zugezogen werden, da diese bereits Anspruchsgrundlage darstellt.

Als Zwischenergebnis steht somit zunächst fest, dass aufgrund der genannten Gegebenheiten eine Bemessung der Höhe, die sich jeweils konkret auf den Einzelfall bezieht, nicht möglich ist,

⁴⁵⁸ Mörsdorf-Schulte, punitive damages 214f

⁴⁵⁹ „ne bis in idem“; vgl. Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht Rz 1561f

sondern vielmehr ein objektiviertes, bereits vorgegebener Maßstab notwendig erscheint, um einen Strafschadenersatz bemessen zu können.

3.4.2. Umsetzungsmöglichkeit

Woran könnte sich aber eine Bemessung orientieren? Möglichkeiten abseits der Intensität der Verletzung gibt es jedenfalls, zielführend erscheinen dabei insbesondere wirtschaftliche Kriterien, wie beispielsweise eine Bemessung angelehnt an Umsatzzahlen oder am Gewinn. Ein wichtiger Punkt ist dabei, dass für die Bemessung jedenfalls Kriterien aus der Sphäre des Schädigers und nicht des Geschädigten herangezogen werden sollen. Zunächst steigert dies die Effektivität, wiederum im Sinne der Prävention: ein potentieller Schädiger, der weiß, dass bei der Höhe seiner Ersatzpflicht auf seine wirtschaftliche Situation und nicht jene des Geschädigten abgestellt wird, wird sich eher hüten, einer solchen Ersatzpflicht ausgesetzt zu werden, als wenn dies umgekehrt wäre. Damit ist insbesondere auch sichergestellt, dass das oftmalige Ungleichgewicht von schädigendem Medienunternehmen und geschädigter Einzelperson bei dieser Form des Strafschadenersatzes keine Relevanz mehr besitzt. Daneben erfolgt die Bemessung nicht nach rein standardisierten Werten und Beträgen, sondern orientiert sich konkret am Schädiger.

3.4.2.1. Orientierung an der wirtschaftlichen Situation des Schädigers

Diese Form des Ersatzes bietet aber auch einen weiteren Vorteil: mit diesem Konstrukt wird eine völlig neue Form der Ersatzpflicht geschaffen, die aber den auf Ausgleich abgestellten klassischen Schadenersatzanspruch unberührt lässt. Die Berücksichtigung der Sphäre des Geschädigten bleibt daher in dieser Anwendung beim Schadenersatzanspruch im Hinblick auf den Ausgleich seines materiellen wie immateriellen Schaden. Der Schadenersatzanspruch behält somit seine Funktion voll und ganz, und der Strafschadenersatz tritt als zusätzliche Ersatzpflicht an dessen Seite, ohne dabei eine Einschränkung von ersterem zu verwirklichen.

Die Orientierung an wirtschaftlichen Kriterien auf Seiten des Schädigers ist durchaus gerechtfertigt, um im Sinne der Effizienz eine Rechtsfolge zu erlangen, die tatsächlich abschreckende Wirkung erzielt. Natürlich wäre dabei aber jedenfalls ein gewisses Maß zu wahren, immerhin soll ein Medieninhaber durch solch einen Zuspruch zwar hart getroffen, aber nicht ruiniert werden. Eine freie Ermessensgewalt der Gerichte bei der Frage nach dem Umfang erscheint deshalb unangebracht. Vielmehr soll das Gesetz bereits vordefinieren, nach welchen Bemessungsregeln die Höhe errechnet werden soll.

Konkret ausgestaltet könnte dies etwa in einer Ersatzpflicht in der Größenordnung eines Prozentsatzes des Umsatzes des Medieninhabers des Zeitraumes der Veröffentlichung sein, mit zwei positiven Merkmalen: zunächst ist damit jedenfalls auf den schädigenden Zeitraum und den konkreten Sachverhalt abgestellt, weiters wäre damit jedenfalls das präventive Element geschaffen, dass sich die Veröffentlichung nicht lohnt, weil nicht nur der Gewinn, sondern gleich der Umsatz herangezogen wird – eine jede Kalkulation bzw. wirtschaftliche Spekulation würde damit zunichte gemacht, weil nicht nur der Vorteil verloren wäre, sondern mitunter ein nicht unbeträchtlicher (Eigen-) Schaden auf Seiten des Schädigers erfolgen könnte. Das Prinzip würde somit stark dem Bruttoprinzip der Gewinnabschöpfung gleichen und daher ebenso – mittlerweile – keine völlige Neuheit im österreichischen Recht darstellen.⁴⁶⁰

Faktisch größtes Problem dürfte dabei die Nachweisbarkeit darstellen, daher müsste jedenfalls ein Rechnungslegungs- bzw. Offenlegungsanspruch, ähnlich wie im Immaterialgüterrecht oder Wettbewerbsrecht, in solch eine Norm mitaufgenommen werden.

3.4.2.2. Vervielfachung des zugesprochenen Schadenersatzes

Eine weitere Möglichkeit einer Bemessung wäre, angelehnt an treble damages bzw. an die Schadenspauschalierung im Immaterialgüterrecht eine Vervielfachung eines ausgesprochenen Schadenersatzes – der Konnex zum Schadenersatz wäre damit zweifellos größer.

⁴⁶⁰ Daneben ist dies, wenn auch selten, auch den US-amerikanischen punitive damages bekannt (*Mörsdorf-Schulte*, punitive damages 215)

Problematisch würde dies jedoch hinsichtlich der Kriterien werden, da berücksichtigt werden muss, dass die zugestandenen Entschädigungsansprüche des Mediengesetzes ja bereits Rücksicht auf die konkreten Umstände, sohin auch auf jene, die nach dem skizzierten System einen Anspruch auf den Strafschadenersatz auslösen. Damit wäre nur für die jetzt bestehenden Qualifikationen die Gefahr der Doppelbestrafung bereinigt, da sie ja nur mehr bei einem Strafschadenersatz als Tatbestandsmerkmale zur Anwendung gelangen würden; bei den anderen würden diese Faktoren bereits in den – freilich vom Ausgleich geleiteten – Bemessungskriterien der Schadenersatzansprüche ihre Berücksichtigung gefunden haben und könnten daher nicht ein weiteres Mal als Vervielfachungskriterium herangezogen werden; ein Dilemma, welches wohl nur durch eine völlige Neugestaltung der Entschädigungsansprüche der §§ 6 ff MedienG lösbar wäre.

Daneben wäre bei diesem System wiederum stark auf die Sphäre des Geschädigten abgestellt – es würde sich somit die Frage stellen, ob eine Verdoppelung oder gar Verdreifachung (treble damages) überhaupt eine präventive Wirkung hervorrufen würde, da aufgrund des oftmaligen wirtschaftlichen Missverhältnisses zwischen Schädiger und Geschädigtem auch eine Verdoppelung bzw. Verdreifachung eines auf den Ausgleich angelehnten Ersatzes keine wirkliche wirtschaftliche „Belastung“ des Schädigers hervorrufen dürfte.

3.4.3. Ergebnis

Zusammenfassend wäre daher jedenfalls der ersten genannten Variante ein Vorzug zu geben, einen fixen Prozentsatz des Umsatzes des Schädigers als Maßstab für einen Strafschadenersatz heranzuziehen, da damit neben einer sauberen Trennung von Schadenersatz und Strafschadenersatz möglich wäre, darüber hinaus auf die Sphäre des Schädigers abgestellt werden würde und jedenfalls die stärkste präventive Wirkung erzielt werden könnte.

3.5. Zuspruch an den Geschädigten

Durch seine Ausgestaltung als zivilrechtlicher Anspruch stellt sich der Strafschadenersatz jedenfalls als Anspruch des Geschädigten dar, der damit auch der „Empfänger“ eines zugesprochenen Strafschadens wird.

Dem Geschädigten wird somit ein Vorteil zugesprochen, der über seinen erlittenen Schaden hinausreicht, was mitunter – wie bereits dargelegt – zur Ablehnung des Strafschadenersatzes beiträgt.⁴⁶¹ Wie wohl, der Umstand ist nicht zu leugnen, aber jedenfalls rechtfertigbar. Zum einen ist ja gerade der Strafschadenersatz nicht ein im Ausgleich des Schadens erwachsener Anspruch, sondern stellt sich als neue Form einer Ersatzpflicht bzw. als neuer Haftungstatbestand dar. Daher folgt er aber auch nicht den dogmatischen Grundsätzen, dass er nur einen tatsächlichen Schaden ausgleichen, darüber hinaus aber keinen Vorteil zusprechen kann.

Im Strafschadenersatz eine ungerechtfertigte Bereicherung zu sehen, scheitert daher schon an der Grundlage. Wäre der Strafschadenersatz – gerade auch in der genannten Ausformung – tatsächlich auf einen Ausgleich ausgerichtet, dürfte er überhaupt nicht zur Anwendung geraten, da er ja auch auf Seiten des Schädigers ein „mehr“ an Ersatzpflicht zur Folge hat, als dies durch den Ausgleich gerechtfertigt ist. Durch die Schaffung einer völlig neuen Ersatzpflicht wird auch eine völlig neue Rechtfertigung für diese geschaffen, wieso ein Geschädigter ein mehr als seinen Schaden erhält.

*F. Bydlinski*⁴⁶² wie auch *Koziol/Warziles*⁴⁶³ begründen aus dem Umstand des Zuspruchs an den Geschädigten ihre Ablehnung des Strafschadenersatzes, weil das Zivilrecht einer „relativen zweiseitigen Rechtfertigung“ unterliege, und eine „absolute, einseitige, nur auf ein Subjekt bezogene Argumentation [...] eine privatrechtliche Normierung allein nie rechtfertigen“ und dass daher eine zivilrechtliche Norm gegenseitige Rechte und Pflichten, aber keine einseitig nachteilig auf der einen und einseitig vorteilhaft auf der anderen Seite sein darf. Dem ist

⁴⁶¹ Z.B. *Koziol*, RdW 2007, 198 (200)

⁴⁶² *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 92f

⁴⁶³ *Koziol/Warziles* in *Koziol/Warziles (eds)*, Persönlichkeitsschutz Rz 188f

jedenfalls entgegenzuhalten, dass umgekehrt argumentiert werden kann, dass dieser Gedanke zunächst erneut erst recht wieder auf dem Ausgleichsgedanken basiert und damit den Grundlagen des Strafschadenersatzes widerspricht.

Darüber hinaus ist es aber genauso wenig zu rechtfertigen, dass durch diese Dogmatik zwar in der Theorie eine ausgleichende Gegenseitigkeit vorhanden ist, faktisch aber, gerade im gegebenen Zusammenhang – wie bereits aufgezeigt – dabei aber ebenfalls eine Begünstigung einer Seite zum Tragen kommt, wo eine Seite vom faktischen Ungleichgewicht profitiert, indem sie den zu leistenden Schadenersatz billigend in Kauf nimmt, da dieser außer Verhältnis zum erlangten Vorteil liegt. Damit liegt „verdeckt“ ebenfalls ein Vorteil auf einer Seite, und es ist mE nicht gerechtfertigt, gerade diesen in Kauf zu nehmen.

Daneben kann aber auch auf das Immaterialgüterrecht verwiesen werden. Auch hier erhält der Geschädigte mit dem doppelten angemessenen Entgelt ein „mehr“ zugesprochen. Auch ist die dort getroffene Rechtfertigung der Schadenspauschalierung mit der „besonderen Verletzlichkeit von Urheberrechten“⁴⁶⁴ auch auf den Schutz der Persönlichkeitsrechte im Medienrecht übertragbar.

Eine über einen reinen Ausgleich hinausgehende zivilrechtliche Anspruchsgrundlage ist daher dem österreichischen Recht weder dogmatisch noch faktisch fremd, sondern vielmehr Realität. Die im Immaterialgüterrecht behandelten Rechtfertigungen lassen sich dabei auch auf das Medienrecht anwenden: auch im Medienrecht herrscht eine Sondersituation, auch das Medienrecht ist mit der Besonderheit eines in dieser Situation ineffektiven bzw. unbefriedigenden Rechtsschutzes konfrontiert.

Es ist daher mE durchaus gerechtfertigt, dass ein Geschädigter ein Mehr an Ausgleich erhält, als ihm der klassische Schadenersatz zugesprochen hätte, als dass er der Benachteiligte ist, wenn ein Schädiger sonst im Ergebnis einen Vorteil davon zieht, dass die vorhandenen Rechtsschutzinstrumente zu seinen Gunsten arbeiten, und er als Schädiger trotz des Ausgleichs des Schadens noch immer besser dasteht als der Geschädigte, dem der auf den Ausgleich

⁴⁶⁴ Guggenbichler in Kucsko (Hrsg), urheber.recht 1253

basierende Schaden gerade einmal versucht, wieder so zu stellen wie ohne das Schädigende Ereignis.

3.6. Ergebnis der Erarbeitung

Im Ergebnis können somit folgende Eckpunkte einer Umsetzung bzw. Implementierung eines strafschadenersatz-artigen Anspruches dargelegt werden:

- Die Ersatzpflicht tritt nicht anstelle der bereits bestehenden Normen, sondern ergänzt diese um eine weitere Form; es handelt sich dabei aber auch nicht um einen Strafschadenersatz wie nach dem Konzept der punitive damages
- Die bereits vorhandenen Qualifikationen der Entschädigungsansprüche der §§ 6 MedienG würden für diese gestrichen und aufgrund ihrer Besonderheit in die Strafschadenersatzansprüche wandern und dort Anspruchsgrundlagen bilden, wären also als „nicht ausgleichsfähig“ vom Schadenersatz ausgenommen und Kriterien für einen Strafschadenersatz
- Daneben wäre nach einem flexiblen System, bemessen an verschiedenen Kriterien wie der Verbreitung, des Gesamteindrucks der Berichterstattung, etc. die Anspruchsgrundlage für einen Strafschadenersatz zu prüfen und zu gewähren
- Der Anspruch stellt sich als ein verschuldensunabhängiger Anspruch dar, der rein aus der objektiven Verwirklichung entsteht und damit der Besonderheit des Mediengesetzes Rechnung trägt, die eine Verfolgung nach dem Verschulden bzw. Verschuldensgrad unanwendbar erscheinen ließen
- Die Höhe des Ersatzes müsste im Gesetz genau definiert werden als eine unabhängig vom konkreten Einzelfall, wie z.B. in einem Prozentsatz des Umsatzes des Medieninhabers, welcher dieser im Zeitraum der Veröffentlichung erzielt hat, relativ festgelegte Bemessung.
- Zur Verfolgung wäre ein Rechnungslegungs- und Offenlegungsanspruch unabdingbar mit verbunden.
- Der Ersatz erfolgt an den Geschädigten

4. Strafschadenersatz im Verhältnis zur Medienfreiheit

An dieser Stelle soll nun nicht die Frage behandelt werden, wie der Schutz der Persönlichkeitsrechte mit der verfassungsrechtlich garantierten Medien- und Pressefreiheit in Einklang gebracht werden soll. Eine solche Darstellung kann eine eigene Dissertation darstellen⁴⁶⁵ und würde somit den hier zu berücksichtigenden Rahmen überschreiten.

Daneben ist aber jedenfalls von Belang, ob nicht der Strafschadenersatzanspruch an sich eine Gefährdung der Medienfreiheit bedeuten würde, indem damit eine Art der Vorzensur geschaffen werden würde, und Medien nur mehr einen eingeschränkten Handlungsspielraum zu befürchten hätten.

Ein Strafschadenersatz träfe ganz sicherlich einen sehr sensiblen Bereich, auch die Abkoppelung von der „wirtschaftlichen Lage“ bzw. der Bedachtnahme bei der Bemessung einer Ersatzpflicht könnte zu einer Strafschadenersatz- Klagsflut führen, weil jedermann, der sich in seinen Rechten verletzt fühlen würde, wohl auch einen Strafschadenersatzanspruch geltend zu machen versuchen würde. Eine (Vor-) Zensur könnte dann faktisch darin bestehen bzw. gesehen werden, dass ein Medieninhaber, insbesondere wenn er über keine starke wirtschaftliche Position verfügt, aus Angst vor hohen Ersatzpflichten vor Veröffentlichungen zurückschreckt. Dies könnte weiters zu einer Gefährdung der Medienlandschaft führen, weil insbesondere auch im Bereich des investigativen Journalismus wirtschaftliche und rechtliche Bedenken den journalistischen Pflichten im Wege stehen könnten. In diesem Sinne könnte die grundsätzlich erhoffte Präventionswirkung überschießen und zu einer Verringerung der Qualität der Medienlandschaft in eine entgegengesetzte Richtung führen.

Solche Tendenzen und Auswirkungen sollen aber auf keinen Fall eintreten und sind auch nicht die Intention dieser Auseinandersetzung! Vielmehr kann solchen Befürchtungen entgegnet werden, dass die Konzeption, wie sie von mir vorgeschlagen wurde, jedenfalls großes Augenmerk auf eine gegenseitige Balance zwischen der Notwendigkeit einer freien, uneingeschränkten Möglichkeit zur Berichterstattung und damit der Wahrung der Interessen

⁴⁶⁵ Hierzu darf ich insbesondere auf das Werk von *Christian Schumacher* (Medienberichterstattung und Schutz der Persönlichkeitsrechte [2001]) verweisen

eines demokratischen Rechtsstaates, andererseits aber auch einer Wahrung der Interessen und des Schutzes des einzelnen vor einer auf Umsatz und Absatzzahlen abzielenden Medienlandschaft legt.

Das vorliegende Konzept sieht ja gerade vor, dass eine strafschadenersatzrechtliche Ersatzpflicht nur in besonderen Fällen greifen soll und auch dann, wenn sie angewandt wird, nicht uferlose und unabsehbare Höhen erreichen soll. Durch das Vorliegen dieser Kriterien kann, so bin ich überzeugt, diesen Befürchtungen entgegengewirkt werden. Denn der Zweck dieser Ersatzpflicht liegt ja als Erweiterung der vorhandenen Normen gerade in jenen Bereichen, deren Sensibilität einen verstärkten Schutz braucht, und nicht in der generellen Verschärfung des Medienrechts.

Die genannten Gefahren einer Vorzensur stehen den positiven Auswirkungen entgegen, dass es genau eben dieser präventiven Wirkungen bedarf, einen Medieninhaber überlegen zu lassen, ob er mit seine Veröffentlichungen die Persönlichkeitsrechte eines anderen zu verletzen bereit ist, bzw. ob er sich sicher sein kann, diese überhaupt nicht zu verletzen. Diese Überlegungen, diese „Gefahren“ einer Ersatzpflicht müssen ja auch nicht automatisch zu einem völligen Entfall der Berichterstattung führen. Genauso ist denkbar – und wünschenswert – dass die Art der Berichterstattung vorsichtiger gestaltet wird, dass beispielsweise die Wortwahl besser überlegt wird, keine exzessive Übertreibung mehr gewählt wird oder im Umgang mit Bildern verstärkt auf die Anonymisierung Wert gelegt wird.

Genauso wenig, wie engstirnige dogmatische Grundhaltungen einen effektiven Rechtsschutz verhindern dürfen, darf dieser nicht aufgrund einer völligen Freiheit der Medien vor der Rücksichtnahme auf die Rechte anderer hintangehalten werden. Dies insbesondere dann nicht, wenn diese sog. Medienfreiheit in Wahrheit keinen journalistischen, sondern lediglich gewinnsüchtigen Motiven unterliegt.

Schon jetzt zeigt sich, dass die zugestandenen Ersatzansprüche nie oder zumindest kaum auch nur an die Nähe der gesetzlichen Obergrenzen geraten. Daraus kann aber auch die Prognose gewonnen werden, dass das angedachte flexible System bei der Anspruchsgrundlage des Strafschadenersatzes auch von der Judikatur nicht uferlos, sondern vielmehr mit

Zurückhaltung angewandt werden würde. Darüber hinaus ist jedenfalls auch immer eine Bewertung des Einzelfalles und eine Abwägung der Situation und damit ein Halten eines gewissen Gleichgewichts geschuldet.

Auch sollen ja die bereits bestehenden Entschädigungsansprüche der §§ 6 MedienG erhalten bleiben, alleine schon deshalb ist eine differenzierte Betrachtung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung erforderlich, auch Fälle in denen kein Strafschaden zugesprochen wird, bleiben ein Teil der Rechtsordnung und bilden damit auch eine „Zwischenstufe“ zwischen korrektem, rechtstreuen Verhalten und – strafschadenersatzpflichtauslösender – grober Verletzung von Persönlichkeitsrechten.

Somit kann der Schluss gezogen werden, dass von einer an bestimmte, nachvollziehbare und auf besondere Situationen abgestellte Ausformung eines Strafschadenersatzanspruches keine negative Auswirkung oder gar Gefährdung der Medien- und Pressefreiheit zu befürchten ist, vielmehr kann sie dazu beitragen, die Wahrung der journalistischen Sorgfalt, der beruflichen Sorgfaltspflichten und die Objektivität und Qualität der Berichterstattung zu steigern und der Stärkung der Persönlichkeitsrechte und damit ebenfalls verfassungsgemäß gesicherter Rechte führen kann.

5. Strafschadenersatz für das Lauterkeitsrecht?

5.1. Einleitung

An dieser Stelle soll nun noch jenem Rechtsgebiet die Aufmerksamkeit gewidmet werden, welches neben dem Medienrecht im Zuge der Auseinandersetzung besonders hervorgehoben worden ist: das Lauterkeitsrecht bzw. das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb. Es soll hier die Frage beantwortet werden, ob ein Strafschadenersatz im Lauterkeitsrecht ebenfalls denkbar bzw. umsetzbar wäre, wenngleich das Thema hier straffer behandelt werden soll, insbesondere soll dabei auch Bedacht genommen werden auf bestimmte Überlegungen und Einflüsse aus der Diskussion rund um die Novelle des UWG im Jahr 2007.

5.2. Problemstellung

Wie bereits oben dargestellt⁴⁶⁶, ist auch im Lauterkeitsrecht der Ruf nach neuen Sanktionsmechanismen aufgekommen, um einen effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Dabei ist im Lauterkeitsrecht der Fokus natürlich auf ganz anderer Basis und gänzlich anderer Problematik, es geht nicht um eine Zahnlosigkeit des Gesetzes und der in ihm normierten Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten im gesamten, sondern um bestimmte (Einzel-)Probleme bei der Rechtsdurchsetzung in besonderen Fällen, in denen wiederum das klassische Schadenersatzrecht versagt.

Es geht hierbei um wettbewerbswidriges, unlauteres Verhalten, welches sich darin äußert, dass einer Vielzahl an nur geringfügig Geschädigten hohe Umsätze und Gewinne der unlauter Handelnden entgegenstehen. Erneut sei hierbei an die bereits oben behandelten Kaffeefahrten, Abofallen und Gewinnzusagen erinnert.

Nun besteht also auch im Lauterkeitsrecht eine Schwäche der Effektivität, auch hier haben wir es mit einer groben Missachtung von Rechten einer Vielzahl an Geschädigten, allerdings mit

⁴⁶⁶ Siehe oben IV./ 4.6 - Die Diskussion um eine Gewinnabschöpfung im UWG, Seite 119

geringen nachteiligen Folgen für den Einzelnen zu tun, die einem schadenersatzrechtlichen Anspruch, der aufgrund der hohen Gewinne praktisch keinerlei präventive wie sanktionierende Wirkung erzielt, gegenübersteht.

5.3. Lösungsansatz

Die Problematik ist im UWG aber grundlegend anders als im Vergleich zum Medienrecht. Dies beginnt alleine bereits mit der Tatsache, dass durch die Hintanhaltung dieses Verhaltens, anders als im Medienrecht, der Fokus weniger in der Verletzung des Rechts des Geschädigten, als vielmehr im (unlauteren) Vorteil des Schädigers liegt – damit ist jedenfalls ein wichtiger Aspekt der Rechtfertigung im Medienrecht nicht vorhanden – oder anders gefragt: ist es gerechtfertigt, einen Strafschaden auszusprechen, wenn ein einzelner Geschädigter als einzigen (materiellen) Schaden einen Betrag von EUR 98,- für ein Internetabo erlitten hat, oder eine der berühmten Heizdecken gekauft hat? Immaterielle Schäden sind dabei so gut wie nicht vorhanden, es handelt sich also um reine Angelegenheiten von Vermögensschäden. Der Fokus liegt also viel stärker im Bereich des Interesses der Allgemeinheit, und nicht im Bereich des Verhältnisses zum einzelnen.⁴⁶⁷

Damit einhergehend ergibt sich auch, dass während im Medienrecht der Zuspruch eines Strafschadenersatzes an den Geschädigten noch mit dem Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen, die in der besonderen „Wirkung“ bzw. den nicht durch einen Ausgleich korrigierbaren Folgen einer groben Verletzung von Persönlichkeitsrechten gerechtfertigt werden kann⁴⁶⁸, liegt im Lauterkeitsrecht in solchen Fällen die Frage nahe, ob eine für den Einzelnen so „niedrige“ Folge einen Ersatzanspruch, wie ihn ein Strafschadenersatz vorsehen würde, rechtfertigen lässt. Daneben ist an dieser Stelle noch nicht einmal die Frage behandelt, wer überhaupt den Zuspruch erhalten würde, bzw. bei so

⁴⁶⁷ Und trifft damit auch eher auf die von *Koziol/Warziles* (in *Koziol/Warziles (eds)*, Persönlichkeitsschutz Rz 188f) bzw. von *F. Bydlinski* (System und Prinzipien 92f) vorgebrachte Kritik, dass der Anspruch damit in den Bereich des Strafrechts gehört

⁴⁶⁸ Im Detail oben 3.5 - Zuspruch an den Geschädigten, Seite 159

vielen Geschädigten, ob für jeden eine eigene Anspruchsgrundlage vorliegen würde oder ein Zuspruch auf den Geschädigten „aufgeteilt“ werden müsste.⁴⁶⁹

An dieser Stelle gelange ich zu dem Ergebnis, dass eine Strafschadenersatzpflicht, wie sie oben für das Medienrecht konzipiert wurde, im Lauterkeitsrecht keine ausreichende Rechtfertigung erfahren kann, um eine solche Umsetzung darlegungswert zu machen. Wie bereits aufgezeigt hat das österreichische Recht aber bereits andere strafschadenersatzähnliche Instrumente vorzuweisen, und mE bietet sich für die genannte Problemstellung eine Konzeption ähnlich jener der Schadenspauschalierung im Urheberrecht jedenfalls als denkbare Alternative an und soll daher nun kurz erörtert werden.

5.4. Umsetzungsmöglichkeit

Um eine Umsetzungsmöglichkeit im Lauterkeitsrecht zu skizzieren, bedarf es an dieser Stelle keiner umfassenden Neukonzeption, vielmehr kann der bereits oben⁴⁷⁰ behandelte Reformvorschlag für eine Gewinnabschöpfung⁴⁷¹ nun herangezogen werden, die dort bestehenden Problematiken und Kritiken im Hinblick auf eine Gewinnabschöpfung für das Lauterkeitsrecht nun für die Frage eines effizienten Rechtsschutzinstruments zu verwenden, und anstatt mit einer Gewinnabschöpfung mit einer Schadenspauschalierung versehen werden, wobei – in Anlehnung an das angemessene Entgelt – hierbei an eine Verdoppelung des geltend gemachten bzw. nachweisbaren Schadens gedacht werden könnte. Der Anspruch würde insofern eine Form des Strafschadenersatzes der bereits behandelten multiple damages darstellen.

Ein schuldhaftes Zuwiderhandeln gegen die §§ 1, 1a, 2, 2a UWG (also eine unlautere Handlung) zu Lasten einer Vielzahl von Verbrauchern oder Unternehmern mit dem Ergebnis einer Gewinnerzielung auf Seiten des unlauter Handelnden würde somit, statt wie angedacht

⁴⁶⁹ Vgl. hierzu bereits die Anmerkungen von *Mörsdorf-Schulte* (punitive damages 83) zum „Grimshaw vs. Pinto“ Fall hinsichtlich der Frage, wieso bei mehreren Geschädigten die punitive damages nur einem Geschädigten zugesprochen werden sollen

⁴⁷⁰ IV./ 4.6 - Die Diskussion um eine Gewinnabschöpfung im UWG; insb. 4.6.3 - Entwicklung in Österreich; Seite 125

⁴⁷¹ Jener der Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer: 50/ME 23 GP 2/SN

zu einer Gewinnabschöpfung, z.B. zu einem doppelten Schadenersatz führen. Dabei wäre zunächst zu klären, welcher Grad des Verschuldens erforderlich wäre: während der Entwurf zur Gewinnabschöpfung grobe Fahrlässigkeit vorsieht, bedarf es nach dem deutschen § 10 dUWG⁴⁷² eines vorsätzlichen Handelns. Jedenfalls sollte für eine Schadenspauschalierung grobe Fahrlässigkeit ausreichen, alleine schon um Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Vorsatzes zu begegnen.

Daneben sind sowohl die Anspruchslegitimation der „berechtigten Verbände“ sowie der vorliegende Geschädigtenkreis (Verbraucher & Unternehmer/Mitbewerber) für eine Schadenspauschalierung denkbar. Auch kann – um der zivilrechtlichen Herausgabe zu folgen – ein solcher pauschalierter Schadenersatz jedenfalls dem Anspruchsberechtigten zugesprochen werden können. Die bereits oben angesprochene Problematik, dass ein eigentlich nicht geschädigter Verband eine solche Pauschalierung erhält, unterscheidet sich zunächst schon grundsätzlich und auch nicht hinsichtlich der Höhe eines solchen Zuspruchs (also des Gewinns oder eines Vielfachen des Schadens) und ist insofern legitim, als zumindest jedenfalls das Prozesskostenrisiko auf Seiten des klagenden Verbandes liegt, wie ihm auch ein Anreiz gegeben wird, gegen das unlautere Verhalten vorzugehen.

Mit der Einführung eines multiple damages - Anspruches könnte darüber hinaus ein großes Manko der Gewinnabschöpfung umschifft werden: die Ermittlung des Gewinnes des unlauter Handelnden gestaltet sich wohl jedenfalls als wesentlich schwieriger, insbesondere wenn überlegt wird, ob – dem Immaterialgüterrecht folgend – nur der Reingewinn abgeschöpft werden würde (Nettoprinzip), als wenn „nur“ – leicht zu beweisende – Schäden in einer entsprechenden Anzahl, um zu einer „Vielzahl“ zu kommen, dargelegt werden müssten.⁴⁷³

Der Zuspruch eines vielfachen Schadenersatzes würde dabei – als mE positiven Nebeneffekt – jedenfalls auch dazu führen, dass im Wege einer solchen durch Verbandsklage geführten Prozess auch dem Umstand gerecht wird, dass womöglich nicht alle Geschädigten namhaft bzw. ausfindig gemacht werden können, jedenfalls das unlauter handelnde Unternehmen

⁴⁷² Siehe hierzu oben, IV./ 4.6.2 - Die Gesetzgebung in Deutschland, Seite 120f

⁴⁷³ Wenngleich sich erneut die Problematik von erst durch Rechtsfortentwicklung determinierbarer unbestimmter Begriffe ergeben würde

aber auch an diesen „unauffindbaren“ Geschädigten keine Einnahmen erzielt, sondern bestenfalls, wenn nur 50% der Geschädigten ausfindig gemacht werden könnten, um die gesamten Einnahmen (und nicht der Gewinn!) aus dem unlauteren Verhalten fallen würde.

5.5. Würdigung

Mit dieser zugegebenermaßen nur kurz angerissenen Möglichkeit einer Alternative zu einem angedachten Gewinnabschöpfungsanspruch im Lauterkeitsrecht durch eine strafschadenersatzförmige Ausgestaltung als multiple damages wäre jedenfalls ein stark unter dem Aspekt der Präventionswirkung stehendes Instrument des Rechtsschutzes im Lauterkeitsrecht geschaffen, wenngleich sich hier hinsichtlich der Legitimation größere Diskrepanzen ergeben als bereits vorher im Medienrecht, da es sich um eine stärker in der Sphäre des Schädigers als in jener des Geschädigten zu findende Materie handelt; primär geht es um den Schutz Vieler, nicht so sehr des (konkreten) Einzelnen.

Stark präventiv wäre diese Regelung deshalb, weil durch einen Zuspruch eines doppelten Schadenersatzes jedenfalls die „Rentabilität“ auf Seiten des Schädigers stärker beeinträchtigt werden würde, als dies bei einer Gewinnabschöpfung unter Anwendung des Nettoprinzip der Fall wäre.⁴⁷⁴

Wenngleich für mich an dieser Stelle keine unterschiedliche Behandlung zwischen dem Zuspruch eines Gewinnes oder eines vielfachen Schadenersatzes begründbar erscheint, ist natürlich die Frage nach der Legitimation des Zuspruchs als rein an das prozessuale Kriterium der aktiven Klagslegitimation sicherlich fragwürdiger als noch oben im Medienrecht, doch erscheint alleine aus Gründen der leichteren Beweisführung die Praktikabilität eines solchen Anspruches zielführender als eine Gewinnabschöpfung.

⁴⁷⁴ vgl. *Mönch*, ZIP 2004, 2032 (2034)

6. Gewinnabschöpfung als Alternative zum Strafschadenersatz im Medienrecht?

6.1. Einleitung

Als letztes hier noch zu behandelndes Thema soll, nachdem bisweilen immer wieder Sprünge und Vergleiche zwischen Medienrecht und Lauterkeitsrecht gemacht wurden und nicht zuletzt auch im vorigen Kapitel für das Lauterkeitsrecht eine strafschadenersatzrechtliche Norm als Alternative zu den diskutierten Reformüberlegungen einer Gewinnabschöpfung erörtert wurde, in diesem Kapitel der Frage nachgegangen werden, ob bzw. wie für das Medienrecht anstelle eines Strafschadenersatzes eine Gewinnabschöpfung bzw. ein Gewinnherausgabeanspruch denkbar wären.

6.2. Überlegungen, Problematik, Auseinandersetzung

Die Gewinnabschöpfung ist als Alternative insbesondere deshalb von Interesse, weil sie im Gegensatz zum Strafschadenersatz keine „Anomalie“ darstellt, sondern – wie bereits hinreichend dargestellt – sowohl im Zivil- wie auch Strafrecht bereits verankert ist. Die Gewinnabschöpfung ließe sich somit dogmatisch besser mit den allgemeinen, bisherigen Traditionen und Prinzipien des österreichischen Rechts vereinbaren.⁴⁷⁵

Dogmatisch würde aber hier die Grundlage zu den Herausgabeansprüchen (wie auch im Lauterkeitsrecht) insofern Unstimmigkeiten aufweisen, als sich bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten die Frage stellen müsste, ob eine unechte Geschäftsführung bzw. ein „Geschäftsführer ohne Auftrag“⁴⁷⁶ tatsächlich in diesem Bereich argumentiert werden könnte, da es wohl unwahrscheinlich ist, dass der Geschädigte einen Gewinn mit einer „Verletzung“ seiner eigenen Persönlichkeitsrechte erzielen wollte – wenngleich als Gegenargument zutreffend eingewandt werden kann, dass es sich dennoch um einen Gewinn handelt, der ohne Zustimmung durch die Verwertung von Rechten des Geschädigten erzielt wurde.

⁴⁷⁵ als „unechte Geschäftsführung“ vgl. oben IV./ 2.5 - Die Herausgabe des Gewinns, Seite 99

⁴⁷⁶ *Dichlberger*, *ecolex* 2010, 880 (881)

Wenngleich Kritiker eines Strafschadenersatzes somit zwar eher beruhigt werden dürften, ist diese Gewinnabschöpfung bzw. der Herausgabeanspruch mit denselben Schwächen konfrontiert, wie es auch in den anderen Rechtsgebieten, wie z.B. auch im Lauterkeitsrecht, wäre.

Zentral wäre jene Schwierigkeit, die mit der Beweisführung gegeben ist: ein Gewinnabschöpfungsanspruch zielt ja gerade auf jenen Gewinn ab, der durch die Verletzung entstanden ist. Hier dürfte es sich in der Praxis bei einem Anspruch gegen Medienunternehmen in fast jedem Fall um einen „*probatio diabolica*“, also eine unmögliche Beweisführung handeln. Denn wie soll nachgewiesen werden, dass die erzielten Umsätze und Gewinne eines Medienunternehmens gerade eben aus der konkreten Verletzung entstanden sind? Selbst mittels eines Sachverständigen wäre es wohl beinahe unmöglich, eine Differenzierung zu finden, welcher „Reingewinn“ tatsächlich aus der Verletzung entstanden ist und welcher nicht.

Weiters stellt sich die Frage, ob ein solcher Anspruch dem – immaterialgüterrechtlichen – Nettoprinzip oder dem neuerdings strafrechtlichen Bruttoprinzip folgt. Sieht man die Gewinnabschöpfung bzw. Herausgabe als zivilrechtlich „saubere“ Möglichkeit, unter dem Dogma des Ausgleichsgedankens bleibend, bleibt wohl nur ersteres übrig. Auch hier ergeben sich Beweisprobleme, welche Aufwendungen tatsächlich Berücksichtigung finden müssten, um nur den Nettogewinn herauszugeben bzw. abzuschöpfen.

Damit stark verbunden ist aber vor allem auch die bereits oben angesprochene Schwierigkeit der nur mehr in geringem Ausmaß vorhandenen präventiven Funktion einer reinen Nettogewinnabschöpfung⁴⁷⁷, weil hierbei wiederum für das Medienunternehmen „schlimmstenfalls“ durch die Persönlichkeitsrechtsverletzung zwar kein Gewinn, aber immerhin auch kein Verlust entsteht – und darüber hinaus die Wahrscheinlichkeit, dass ein Geschädigter einen solch immensen Prozessaufwand betreibt, um unter Umständen schlussendlich kaum einen Gewinn nachweisen zu können, wohl eher gering sein dürfte.

⁴⁷⁷ Vgl. Mönch, ZIP 2004, 2032 (2034)

Dabei darf auch nicht vergessen werden, dass solch ein Gewinnherausgabeanspruch jedenfalls nur eine materielle, vermögensrechtliche Komponente in sich trägt, und die erlittene Kränkung wie auch das damit verbundene Unrecht auf keine Weise berücksichtigt.

6.3. Würdigung

Die vorliegenden Kritikpunkte und Schwächen zeigen, dass mit einem Gewinnabschöpfungsanspruch keine Steigerung der Effizienz des Schutzes der Persönlichkeitsrechte im Medienrecht zu erwarten ist, sondern schon alleine aufgrund der bestehenden Beweisschwierigkeiten wohl von vornherein als „totes Recht“ zu betrachten sein würde.

Damit ist einem solchen Anspruch jedenfalls die Sinnhaftigkeit einzogen und kann keine nennenswerte, zu bevorzugende Alternative zu den strafschadenersatzrechtlichen Ansprüchen darstellen.

7. Abschließende Würdigung

Aufgrund der dargelegten Erörterungen und Erarbeitungen, der dogmatischen Grundlagen, dem internationalen Vergleich, der Rechtfertigungsgründe und der Alternativenüberprüfung fällt somit meine abschließende Beurteilung und Würdigung recht eindeutig aus:

Wie ausreichend dargelegt sind die im österreichischen Recht und insbesondere im Medienrecht vorhandenen Möglichkeiten, einen effektiven Schutz der Persönlichkeitsrechte zu sichern nicht ausreichend, um diese tatsächlich vor Eingriffen zu schützen, weil ihnen aufgrund des vorherrschenden Dogmas des Ausgleichsprinzips in der Realität keinerlei präventive Wirkung zukommt, die aber gerade beim Schutz von Persönlichkeitsrechten dringend erforderlich wäre.

Eine strafschadenersatzrechtliche Komponente bzw. Norm in das Medienrecht einzubringen ist dabei weder systemfremd, wie bereits im österreichischen Recht verankerten Regelungen aufzeigen, noch darf sie alleine aufgrund von „Prinzipientreue“ abgelehnt werden. Eine solche Konstruktion hätte den immensen Vorteil, dass sie tatsächlich eine starke präventive Funktion innehat und damit einen optimalen Schutz von Persönlichkeitsrechten bieten kann, die das Medienrecht so dringend nötig hätte.

Aber nicht nur im Medienrecht, auch in anderen Bereichen des (Unternehmens-)rechts liegen, wie am Beispiel des Lauterkeitsrechts gezeigt, Lücken im Rechtsschutz vor, die durch strafschadenersatzrechtliche Komponenten eine Effizienzsteigerung des Rechtssystems hervorrufen könnten.

Zusammenfassend kann daher der Schluss gezogen werden, dass die Implementierung bzw. der Ausbau strafschadenersatzrechtlicher Instrumente im österreichischen Recht im Sinne eines effizienten Rechtssystems jedenfalls gerechtfertigt erscheinen.

VII. NACHWORT

Ich hoffe, mit vorliegender Arbeit auch dem kritischen Betrachter zumindest nachvollziehbar dargelegt zu haben, warum ich der Meinung bin, dass ein Strafschadenersatz in Österreich eine zielführende Möglichkeit wäre, das Rechtssystem insgesamt zu verbessern.

Ganz klar muss meines Erachtens der Prävention im Medienrecht eine wesentlich stärkere Position eingeräumt werden, insbesondere dort, wo großen, mächtigeren Unternehmen, einem Einzelnen oder Wenigen gegenüberstehen, der bzw. die mit seinen bzw. ihren Ansprüchen „Beseitigung, Unterlassung, Schadenersatz“ keine wirkliche Waffe in der Hand hält bzw. halten, um sich zu schützen. Es kann und darf nicht sein, dass das Rechtssystem wegen gefestigter Dogmen seines Rechtsschutzes effektiver Möglichkeit zu diesem beraubt wird.

Gerade für das Medienrecht und die Boulevardmedien auf der einen Seite, wie auch für das Lauterkeitsrecht in den genannten Fällen erscheint es dringend erforderlich zu sein, der Prävention, aber auch der Sanktion einen verstärkten Fokus zu geben - und dafür auch dogmatische Schatten zu überspringen; zumal diese in vielen Bereichen ja auch schon durchbrochen worden sind.

Natürlich soll mit dieser Arbeit, und ich hoffe dass dies auch erkennbar ist, kein Plädoyer für die Einführung „amerikanischer Zustände“ gehalten werden, nichts desto trotz kann aber dem Grundprinzip der punitive damages etwas abgewonnen werden, was sich für das österreichische Recht modifizieren lässt.

Im Sinne eines gut ausgestatteten Rechtsschutzsystems, dass auf einen wirklichen Schutz ausgelegt ist, kann eine Konstruktion eines Strafschadenersatzes eine effektive, wirksame und geeignete Bereicherung für das österreichische Recht darstellen, die den klassischen Schadenersatz nicht ersetzt, untermauert oder außer Kraft setzt, sondern ein neues Rechtsinstrument darstellt.

Für die Effektivität und Wirksamkeit des österreichischen Rechtssystems sollten neue Ideen und Möglichkeiten nicht aufgrund von dogmatischer Unvereinbarkeit und aufgrund von teils unbegründeten „Horrorszenarien“ verneint und negiert werden. Auch wenn mit Traditionen gebrochen wird, so ist doch das Rechtssystem in erster Linie dazu angehalten, Recht zu schaffen und Missbrauch und Verletzung von Rechten entgegenzuwirken. Dabei sind sowohl Wissenschaft wie Praxis gefordert, sich neuen Entwicklungen nicht zu verschließen, nur weil Traditionen und Dogmen im Weg zu stehen scheinen.

ANHANG I

Abstract

Die vorliegende Dissertation setzt sich mit der Frage auseinander, ob bzw. wie ein Strafschadenersatzanspruch im österreichischen Medienrecht ein denkbares Mittel darstellen kann, um einen effektiven Schutz der Persönlichkeitsrechte zu gewährleisten. Ausgehend von der Problematik der zu beobachtenden Ineffizienz bzw. immer wiederkehrenden Verletzung von Persönlichkeitsrechten durch Medien stellt die Dissertation kurz und prägnant die Grundlagen des österreichischen Schadenersatzrechts dar, um sodann im Detail die im österreichischen Recht vorhandenen Normen zum Schutz von Persönlichkeitsrechten darzustellen, die für das Medienrecht von Interesse sind. Im Anschluss daran wird ein Überblick über Rechtsgebiete erteilt, die besondere Rechtsfolgen vorsehen, die vom allgemeinen Schadenersatzrecht abweichen bzw. dem Strafschadenersatz ähnlich sind oder Alternativen zu diesem darstellen. Dabei wird der Fokus vor allem auf die Diskussion um einen Gewinnabschöpfungsanspruch im Lauterkeitsrecht gelegt. In weiterer Folge werden die Grundlagen der US-amerikanischen punitive damages dargestellt und der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts erörtert, bevor sich die Dissertation mit der zentralen Fragestellung auseinandersetzt, wie ein Strafschadenersatz im österreichischen Medienrecht konstruiert werden könnte. Im Anschluss daran wird, angelehnt an die Diskussion um die Gewinnabschöpfung für das Lauterkeitsrecht, die Frage behandelt, ob eine Gewinnabschöpfung eine Alternative zum Strafschadenersatz darstellen könnte, und abschließend überlegt, ob auch für das Lauterkeitsrecht ein Strafschadenersatz anstelle einer Gewinnabschöpfung möglich wäre.

ANHANG II

Lebenslauf des Verfassers

Name Mag. iur. Philipp S. Nagel

Persönliche Daten

Geboren	13. September 1983 in Lustenau, Vorarlberg
Familienstand	ledig, keine Kinder
Eltern	Manfred Nagel, kaufm. Angest., Prokurist (Ruhestand) Irmfriede Nagel, Heimarbeiterin (Ruhestand)

Ausbildung

09/1990 - 07/1994	Volksschule Rheindorf, Lustenau
10/1994 - 07/1998	Bundesgymnasium Dornbirn
09/1998 – 06/2003	HTL Rankweil, Höhere Abteilung für Bautechnik – Hochbau Matura mit gutem Erfolg
10/2004 – 04/2008	Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien Schwerpunkte: Wettbewerbsrecht (Diplomandenseminar) Kartellrecht (Diplomandenseminar) Bank & Finanzdienstleistungsrecht (Wahlfachkorb) Wirtschafts- und Unternehmensrecht (Wahlfachkorb)
seit 04/2008	Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
seit 02/2009	Masterstudium Wirtschaftsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien (Master-Thesis ausstehend, in Erarbeitung)

Stipendien

2007	Zuerkennung Leistungsstipendium (Sondermittel)
2008	Zuerkennung Leistungsstipendium (Sondermittel)

Auslandsaufenthalte

07/1998 - 08/1998	Sprachschule in Bognor Regis, England
seit 2006	diverse Aufenthalte bei EU- und sonstigen internationalen Veranstaltungen und Kongressen als Delegierter der österreichischen Bundesjugendvertretung

Berufserfahrung/ Ferialpraxis

07/2000 - 08/2000	Praktikum bei Fa. Keckeis-Bau, Lustenau
07/2001 – 08/2001	Praktikum bei Fa. Bacon Gebäudetechnik, Wien
08/2002; 08/2003; 08/2005; 08/2006	Ferialpraxis bei Fa. Buchhandlung Brunner, Höchst
07/2006 – 08/2006	Praktikum bei Fellner, Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH
02/2007 – 07/2008	Sollizitator bei Fellner, Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH
03/2009 – 10/2010	Juristischer Mitarbeiter bei Cerha, Hempel, Spiegelfeld, Hlawati Partnerschaft von Rechtsanwälten
11/2010 – 07/2011	Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien 11/10 – 01/11 Bezirksgericht Josefstadt 02/11 – 04/11 Staatsanwaltschaft Wien 05/11 – 07/11 Handelsgericht Wien, Verwendung am Kartellgericht
ab 10/2011	Rechtsanwaltsanwärter bei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH

Sprachkenntnisse

Deutsch: ausgezeichnet (Muttersprache)

Englisch: ausgezeichnet (verhandlungssicher in Wort und Schrift)

Französisch: Grundkenntnisse

Sonstige Tätigkeiten

seit 04/2007	Vorsitzender der österreichischen Bundesjugendvertretung (3. Funktionsperiode)
05/2005 – 04/2007	Vorstandsmitglied der österreichischen Bundesjugendvertretung (1 Funktionsperiode)
01/2007 – 01/2010	Mitglied des Zivildienstbeschwerderates
09/2004 – 01/2005	Mitglied der Zivildienstreformkommission
seit 03/2009	Mitglied der Pensionssicherungskommission
11/2008	Teilnahme am ‚Big Deal‘ M&A Workshop der Kanzlei Cerha, Hempel, Spiegelfeld, Hlawati