



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei ***** S***** R*****, vertreten durch Dr. Gerhard Taufner ua, Rechtsanwälte in Melk, gegen die beklagte Partei R***** AG, *****, vertreten durch Dr. Heinz Knoflach ua Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen Auskunftserteilung (Streitwert 5.100 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts St. Pölten als Berufungsgericht vom 20. Jänner 2011, GZ 21 R 12/11i-14, womit das Urteil des Bezirksgerichts St. Pölten vom 9. November 2010, GZ 6 C 38/10p-10, bestätigt wurde, beschlossen und zu Recht erkannt:

1. Die Parteibezeichnung der beklagten Partei wird von „R***** GmbH“ auf „R***** AG“ berichtigt.

2. Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 447,98 EUR (darin enthalten 74,66 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Zu 1.

Aus dem Firmenbuch ergibt sich, dass die beklagte Gesellschaft als übertragende Gesellschaft mit der R***** AG als übernehmender Gesellschaft verschmolzen wurde. Dies ist ein Fall der Gesamtrechtsnachfolge, der die

amtswegige Berichtigung der Parteienbezeichnung nach § 235 Abs 5 ZPO ermöglicht (RIS-Justiz RS0039530 [T5]).

Zu 2.

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden als Beklagte bezeichnet) ist Medieninhaberin eines Internetportals, das unter der Internetadresse ***** im Internet abrufbar ist. Auch bei Eingabe der Internetadresse ***** in den Browser gelangt man zu diesem Internetportal. Am 6. 11. 2009 fand sich im Online-Diskussionsforum des Internetportals ein Eintrag eines Nutzers mit der Bezeichnung „Bundesheer-Fan“ mit folgendem Inhalt:

„An die Herren W + K

Bitte erpart uns in Zukunft solche Bilder von dieser Fr Hauptmann.

Diese Brücke kann ein Zugsführer genauso montieren. Von ihrem Asehen will ich gar nicht sprechen. Ich habe diese Person in Wien am Heldenplatz umherlaufen gesehen.

Revolver umgeschnallt und einen Gang wie einst JOHN WAYNE, bevor er vom Pferd gefallen ist.

Ist diese Frau mit ihrem Gesicht, Haarschnitt und ihrem Auftreten für einen Mann überhaupt sexuell noch erstrebenswert????

bitte keine solche Frauen beim Heer, eher zu einer Reinigungsfirma.

mfg. EUB-Brückenbauer“

Die Klägerin ist Hauptmann des österreichischen Bundesheers und in M***** stationiert. An diesem Bundesheerstandort gibt es keinen weiteren weiblichen Hauptmann.

In ihrer Funktion als Pionieroffizierin war die Klägerin bei der Errichtung einer Ersatzbrücke im Gebiet der

Gemeinde M***** betraut gewesen. Sie war im Zusammenhang mit diesem Projekt sowohl in die Phase der Bewilligung und der Auftragsvergabe involviert, als auch dann mit der technischen Umsetzung und Organisation der Errichtung dieser Brückenkonstruktion befasst. Daraus leitet sich ein relativ großer Bekanntheitsgrad der Klägerin im Gemeindegebiet M***** ab.

Am Nationalfeiertag des Jahres 2008 war die Klägerin außerdem als Kompaniekommandantin mit einer anzugelobenden Kompanie auf dem Heldenplatz in Wien im Einsatz. Im Zusammenhang damit wurde die Klägerin einem tausende Personen zählenden Publikum präsentiert.

Die Klägerin hat keine Vorstellung, wer das oben wiedergegebene Posting auf der Internetseite ***** geschaltet hat.

M***** M***** ist als Verkaufsassistent bei der Beklagten beschäftigt und war am 6. 11. 2009 im Content Management tätig. Dabei war er mit der Verwaltung der Inhalte, die er von Redaktionen, Vereinen und sonstigen Institutionen gesendet erhielt, befasst. Zu seinem Aufgabenbereich gehörte es aber auch, bei den nicht kommerziell auftretenden Usern darauf zu schauen, dass hier nicht doch etwa kommerzielle Angebote herein kommen und weiters, dass im sogenannten „Diskussionsforum“, in dem das Posting eingestellt wurde, keine rechtlich bedenklichen Inhalte vorhanden sind.

Der Beklagten ist die Identität des als „Budesheer-Fan“ auftretenden Posters nicht bekannt. Diese Person ist in einem anonymen Forum mit dem dieser Klage zu Grunde liegenden Eintrag aufgetreten. Sie hat dabei von der technischen Möglichkeit eines anonymen Postings Gebrauch gemacht und musste dafür lediglich einen „Nickname“ sowie

den Inhalt, den sie posten wollte, bekannt geben.

Der Beklagten ist jedoch die konkrete IP-Adresse bekannt, über die der Eintrag des Posters „Budesheer-Fan“ in das Forum gelangte, zumindest ist diese IP-Adresse für die Beklagte noch eruierbar. Die Beklagte kann allerdings anhand einer ihr bekannten IP-Adresse alleine nicht beurteilen, ob es sich dabei um einen dynamisch, etwa über ein Mobilnetz, sendenden Poster handelte oder um jemanden, der von einem Stand-PC aus postete. Im Fall einer statischen IP-Adresse wird vom Provider tatsächlich immer die gleiche IP-Adresse als Ausgangspunkt einer Sendung vergeben, im Falle der dynamischen IP-Adresse ordnet der eigene Provider des Versenders je nach Verfügbarkeit einmal die eine, einmal eine andere IP-Adresse zu. In diesem Fall kann also nicht gesagt werden, dass mit Bekanntwerden der IP-Adresse auch gleich das konkrete Absendegerät identifiziert ist.

M***** M***** bemühte sich nach Bekanntwerden der Schwierigkeiten um diesen Eintrag selbst um die Eruierung des Versenders. Er fand dabei zumindest heraus, dass es sich um einen Versender handelte, der die Firma K***** als Provider verwendete. Weitere Möglichkeiten der Rückverfolgung bestanden für M***** M***** nicht.

Anonyme Postings wie jenes des Versenders „Budesheer-Fan“ werden grundsätzlich immer zuerst Online gestellt, außer es würde sich im Text des Postings ein sogenanntes „Sperrwort“ befinden, das die sofortige Onlinestellung verhindert hätte. Dieser Prozess ist bei der beklagten Partei insofern automatisiert, als darüber auch keine besonderen Meldungen vom System abgegeben werden.

Der Poster „Budesheer-Fan“ hat von der von der Beklagten gebotenen Möglichkeit, seinen Nickname zu

schützen, nicht Gebrauch gemacht. Dafür hätte er eine E-Mail-Adresse bekannt geben müssen, was er aber nicht getan hat. Der Nickname „Budesheer-Fan“ wurde daher bei der Beklagten nicht registriert, die Identität des Posters ist der Beklagten weder bekannt geworden noch ihr vom Poster sonst zur Kenntnis gebracht worden.

Das Posting war am 6. 11. 2009 höchstens eineinhalb Stunden online, ehe vom damaligen Geschäftsführer der Beklagten gemeinsam mit M***** M***** entschieden wurde, es zu deaktivieren und aus dem Forum zu entfernen.

Die Klägerin beabsichtigt, rechtliche Schritte gegen die Person, die das Posting verfasste und online stellte, einzuleiten, sobald ihr deren Identität bekannt wird.

Die Klägerin begehrt die Verurteilung der Beklagten dazu, über die IP-Adresse des Nutzers „Budesheer-Fan“ Auskunft zu erteilen. Das Posting stelle eine Beleidigung iSd § 115 StGB dar. Die Beklagte habe einer Aufforderung gemäß § 18 Abs 4 ECG unter unzutreffender Berufung auf das Redaktionsgeheimnis nicht Folge geleistet. Das Diskussionsforum werde nämlich nicht im Rahmen einer von der Beklagten herausgegebenen Zeitschrift betrieben. Die Klägerin sei auf die Herausgabe der Daten dringend angewiesen, da ihr sonst die Möglichkeit genommen sei, Privatanklage gegen den Nutzer zu erheben. Unter den Begriff der Adresse iSd § 18 Abs 4 ECG falle auch eine IP-Adresse. Wenn der Beklagten schon nicht Name und Adresse dieses Nutzers tatsächlich zur Verfügung stünden, sei sie jedenfalls verpflichtet, Daten zur Verfügung zu stellen, über die sie verfüge. Damit würde die Beklagte auch dem vom § 18 Abs 4 ECG verfolgten Zweck gerecht. Die massive Beleidigung der Klägerin durch diesen Eintrag sei auch der Beklagten bewusst

gewesen, habe sie doch den Eintrag recht rasch gelöscht. Die Klägerin beabsichtige, zivil- und strafrechtliche Schritte zu setzen, insbesondere Privatanklage gemäß § 115 StGB oder eine auf § 1330 ABGB gestützte Klage zu erheben. Daraus ergebe sich das berechtigte Interesse der Klägerin an der Bekanntgabe der Daten. Die Klägerin sei nahezu jedem Einwohner der Stadt M***** bekannt, woraus sich klar ergebe, dass dieser Foreneintrag nur die Klägerin betreffen könne. Es gebe in ganz Österreich nur einen weiblichen Hauptmann des Bundesheers, nämlich die Klägerin. Die von der Beklagten angeführte Entscheidung 4 Ob 41/09x sei nicht einschlägig, weil IP-Adressen keine Verkehrsdaten im Sinne des TKG seien und damit auch nicht dem Telekommunikationsgeheimnis unterlägen.

Die Beklagte wendet ein, § 18 Abs 4 ECG sei nicht einschlägig, da der Beklagten Name und Anschrift des Posters nicht bekannt seien, weil es sich um ein anonymes Forum gehandelt habe. Eine IP-Adresse sei keine „Adresse“ iSd § 18 Abs 4 ECG, diese Vorschrift sei auch keine Grundlage für die Auswertung von Log-Dateien. IP-Adressen seien „personenbezogene Daten“ im Sinne des DSG 2000, deren erlaubte Verwendung im Zusammenhang mit gerichtlich strafbaren Handlungen abschließend in § 8 Abs 4 DSG geregelt sei, sodass der Klägerin auch aus diesem Grund kein Anspruch auf die Herausgabe der IP-Adresse zustehe. Überdies sei die konkrete IP-Adresse ein dynamisches - also temporäres - technisches Merkmal, das dem Kommunikationsgeheimnis nach § 93 TKG unterliege, sodass dessen rechtswidrige Weitergabe gegenüber der Beklagten nicht durchsetzbar sei. Denn Log-Dateien enthielten Verkehrsdaten, die dem Kommunikationsgeheimnis unterlägen. Bei IP-Adressen handle es sich gemäß der

gesetzlichen Definition nicht um Stammdaten; sie seien daher als Verkehrsdaten zu qualifizieren, weil sie zur Weiterleitung einer Nachricht an ein Kommunikationsnetz dienten und durch sie die Kommunikation im jeweiligen Zeitpunkt überhaupt erst ermöglicht werde. Da Verkehrsdaten dem verfassungsrechtlichen Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Art 10a StGG), des Privat- und Familienlebens (Art 8 MRK) sowie des Grundrechts auf Datenschutz (§§ 1 ff DSG 2000) unterlägen, sei der Beklagten die Herausgabe von Verkehrsdaten grundsätzlich untersagt. Außer in den in § 99 TKG 2003 gesetzlich geregelten Fällen dürften Verkehrsdaten auch nicht gespeichert werden und seien nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen oder zu anonymisieren. Nach der Entscheidung 4 Ob 41/09x seien IP-Adressen keine Stammdaten iSd § 92 Abs 3 Z 3 TKG 2003. Die von der Klägerin begehrte Auskunft könne nur dann erteilt werden, wenn Verkehrsdaten (Log-Dateien) ausgewertet würden. Eine solche Auswertung wäre im Sinne der eben genannten Entscheidung rechtswidrig, weil sie zu anderen als den im § 99 TKG 2003 definierten Zwecken vorgenommen würde und auch § 18 Abs 4 ECG keine Grundlage für die Auswertung der Verkehrsdaten biete. Weder Log-Dateien noch IP-Adressen seien von dieser Vorschrift umfasst.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es stellte den obigen Sachverhalt fest und führte rechtlich aus, § 18 Abs 4 ECG nenne nur den Namen und die Adresse eines Nutzers, nicht aber die IP-Adresse, also eine Adresse in Computernetzen, die auf dem Internetprotokoll (IP) basiere. § 18 Abs 4 ECG sei daher keine taugliche Anspruchsgrundlage. Selbst wenn man auch IP-Adressen unter die „Adressen“ in dieser Bestimmung subsumieren wollte, würde es sich bei der IP-Adresse eines Internetnutzers um

Daten handeln, die zum Zweck der Weiterleitung einer Nachricht an ein Kommunikationsnetz verarbeitet würden. IP-Adressen würden nämlich dazu verwendet, um Daten von ihrem Absender zum vorgesehenen Empfänger transportieren zu können. Damit seien IP-Adressen dann als „Verkehrsdaten“ iSd § 92 Abs 3 Z 4 TKG zu qualifizieren, wenn es sich dabei um dynamische IP-Adressen handle. Davon sei im vorliegenden Fall jedoch schon deshalb auszugehen, weil der Beklagten weder eine E-Mail-Adresse noch ein sonstiges ähnliches dauerhaftes Rufzeichen oder eine Kennung des Versenders des inkriminierten Postings bekannt sei. Dynamische IP-Adressen fielen nach der Rechtsprechung des OGH (4 Ob 41/09x) in die Kategorie der Verkehrsdaten, konkret in deren Ausprägung als „Zugangsdaten“ iSd § 92 Abs 3 Z 4a TKG. Sie unterlägen daher dem Kommunikationsgeheimnis gemäß § 93 TKG und überdies dem § 99 TKG, nach dessen Abs 1 Verkehrsdaten, außer in den gesetzlich geregelten Fällen, nicht gespeichert werden dürften und vom Betreiber nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen oder zu anonymisieren seien. Ein gesetzlich geregelter Fall iSd § 99 Abs 1 TKG, wonach eine Ausnahme von der in § 99 Abs 1 TKG angeordneten Verpflichtung der Löschung oder Anonymisierung bestehe, werde von der Klägerin nicht behauptet. Auf die Ausführungen der Beklagten zu § 8 Abs 4 DSG 2000 müsse daher nicht mehr eingegangen werden.

Das Berufungsgericht bestätigte das Urteil des Erstgerichts. Der Gesetzgeber des ECG habe von der Existenz von IP-Adressen gewusst und dennoch in § 18 Abs 4 ECG die Auskunftspflicht nur für Namen und Adresse eines Nutzers des Dienstes eines Diensteanbieters normiert; er habe daher eine Auskunftspflicht auch für eine bloß auf ein bestimmtes

Gerät hinweisende IP-Adresse nicht normieren wollen. Ob § 18 Abs 4 ECG planwidrig lückenhaft sei, könne dahingestellt bleiben, weil die sonstigen Tatbestandselemente dieser Norm für bloße IP-Adressen nicht zuträfen. Die dritte Person müsse ein überwiegendes rechtliches Interesse an der Feststellung der Identität des Nutzers und eines bestimmten rechtswidrigen Sachverhalts haben sowie glaubhaft machen können, dass die Kenntnis dieser Informationen eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet. Wenngleich aus einer IP-Adresse unter Umständen Rückschlüsse auf die Identität des Nutzers gezogen werden könnten, würde deren Herausgabe gegen das Kommunikationsgeheimnis des § 93 Abs 1 TKG, dem die Inhaltsdaten, die Verkehrsdaten und auch die Standortdaten unterliegen, verstoßen. Zur Wahrung des Kommunikationsgeheimnisses seien gemäß § 93 Abs 2 TKG jeder Betreiber und alle Personen, die an der Tätigkeit des Betreibers mitwirken, verpflichtet, wobei die Pflicht zur Geheimhaltung auch nach dem Ende der Tätigkeit fortbestehe, durch die sie begründet worden ist. Demnach seien gemäß § 93 Abs 3 TKG das Mithören, Abhören, Aufzeichnen, Abfangen oder sonstige Überwachen von Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrs- und Standortdaten sowie die Weitergabe von Informationen darüber unzulässig. Nach der zum Urheberrechtsgesetz ergangenen Entscheidung 4 Ob 41/09x fielen jedenfalls dynamische, dh nur für eine bestimmte Zeit zugewiesene IP-Adressen in die Kategorie der Zugangs- und damit der Verkehrsdaten. Die Frage, ob statische IP-Adressen unter den Begriff der Stammdaten fielen, die vom Kommunikationsgeheimnis des § 93 Abs 1 TKG nicht erfasst seien, habe der Oberste Gerichtshof dort ausdrücklich offengelassen. Der dort entschiedene

Sachverhalt unterscheide sich vom vorliegenden dadurch, dass dort auch der Access-Provider beklagt gewesen sei. Im hier zu beurteilenden Fall werde die Beklagte als Host-Providerin in Anspruch genommen, die hinsichtlich des anonymen Postings nur über eine (laut Erstgericht dynamische) IP-Adresse verfüge. Die Klägerin stehe hier noch einen Schritt vor dem Auskunftsbeglehen in 4 Ob 41/09x, weil sie mit der IP-Adresse allein noch nicht gegen jemanden iSd § 18 Abs 4 ECG rechtlich vorgehen könne. Ein unmittelbares rechtliches Interesse an der Feststellung der IP-Adresse habe die Klägerin daher nicht. Sie könnte aufgrund der IP-Adresse lediglich gegen den Access-Provider vorgehen, um von diesem Auskunft über Namen und Adresse des Internetanschlusshabers zu der betreffenden IP-Adresse zu erhalten. Abgesehen davon, dass dies im Fall einer dynamischen IP-Adresse keineswegs zu Namen und Adresse des Posters „Budesheer-Fan“ führte, könnte diese Information - wie in der Entscheidung 4 Ob 41/09x - vom Access-Provider nur unter rechtswidriger Verletzung des Kommunikationsgeheimnisses, nämlich aufgrund der Verarbeitung von Verkehrsdaten erteilt werden. Das rechtliche Interesse der Klägerin an der Bekanntgabe der IP-Adresse sei daher im konkreten Fall zu verneinen. Auf die datenschutzrechtliche Argumentation brauche daher nicht näher eingegangen zu werden.

Das Berufungsgericht ließ die Revision zu, weil zur Frage der analogen Anwendung des § 18 Abs 4 ECG auf IP-Adressen keine höchstgerichtliche Rechtsprechung vorliege und diese Frage angesichts der zunehmenden Verbreitung anonymer Diskussionsforen über den Einzelfall hinaus bedeutsam sei.

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht

genannten Grund zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

Die Klägerin sieht als weitere erhebliche Rechtsfragen die in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung bisher nicht geklärten Fragen an, ob unter „Adresse“ in § 18 Abs 4 ECG auch die „IP-Adresse“ zu verstehen ist (was dann wohl nicht nur zu einer analogen, sondern zu einer direkten Anwendbarkeit von § 18 Abs 4 ECG auf IP-Adressen führte), und wie sich der Auskunftsanspruch nach § 18 Abs 4 ECG zum Kommunikationsgeheimnis nach § 93 TKG verhält. In der Rechtsrüge vertritt die Klägerin die Ansicht, § 18 Abs 4 ECG sei gegenüber § 93 Abs 1 TKG vorrangige Spezialvorschrift. Auch das DSG stehe einer Auskunftspflicht nach § 18 Abs 4 ECG betreffend die IP-Adresse nicht entgegen, weil gemäß § 8 Abs 3 Z 5 DSG schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen nicht verletzt würden, wenn die Verwendung der Daten zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen des Auftraggebers vor einer Behörde notwendig ist und die Daten rechtmäßig übermittelt wurden.

Die Beklagte bringt in der Revisionsbeantwortung vor, eine erhebliche Rechtsfrage liege schon deshalb nicht vor, weil die Klägerin kein überwiegendes rechtliches Interesse an einer Auskunftserteilung nach § 18 Abs 4 ECG habe. Im relevanten Forumseintrag werde die Klägerin namentlich nicht genannt, auch sonstige individualisierende Merkmale seien nicht angeführt. IP-Adressen unterlägen als Verkehrsdaten dem Kommunikationsgeheimnis nach Art 10a StGG, dem Recht auf Privatsphäre nach Art 8 MRK und dem Grundrecht auf Datenschutz nach §§ 1 ff DSG. Die Ausmittlung einer Person auf Grund einer dem Access-Provider bekannt gegebenen IP-Adresse, wem also diese IP-Adresse zum fraglichen

Zeitpunkt zugeordnet gewesen sei, und diese Identifikation dieser Person gegenüber der Klägerin als Auskunftswerberin seien weder von § 99 TKG 2003 noch von § 97 TKG 2003 gedeckt. Dieser Umstand stehe einem überwiegenden rechtlichen Interesse der Klägerin iSd § 18 Abs 4 ECG an der Herausgabe der IP-Adresse entgegen. „Adresse“ iSd § 18 Abs 4 ECG sei (nur) die topographische Adresse, nicht die IP-Adresse. Für eine analoge Anwendung des § 18 Abs 4 ECG auf IP-Adressen fehle es angesichts der aus den Materialien ersichtlichen Absicht des Gesetzgebers an einer planwidrigen Lücke.

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

Darüber hinaus wurde Folgendes erwogen:

1. § 18 Abs 4 ECG lautet:

„Die in § 16 genannten Diensteanbieter haben den Namen und die Adresse eines Nutzers ihres Dienstes, mit dem sie Vereinbarungen über die Speicherung von Informationen abgeschlossen haben, auf Verlangen dritten Personen zu übermitteln, sofern diese ein überwiegendes rechtliches Interesse an der Feststellung der Identität eines Nutzers und eines bestimmten rechtswidrigen Sachverhalts sowie überdies glaubhaft machen, dass die Kenntnis dieser Informationen eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet.“

2. Anwendbarkeit des TKG auf die Beklagte:

Die beklagte Partei beruft sich darauf, dass IP-Adressen als „Verkehrsdaten“ iSd § 92 Abs 3 Z 4 TKG zu qualifizieren seien, verweist auf die Entscheidung 4 Ob 41/09x und begründet damit die datenschutzrechtliche Unzulässigkeit der Weitergabe der IP-Adresse.

Der Betreiber eines Internet-Diskussionsforums - wie hier die Beklagte - ist in Rechtsprechung

(6 Ob 104/11d; zum vergleichbaren Fall des Online-Gästebuchs 6 Ob 178/04a; vgl BGH 25. 10. 2011, VI ZR 93/10) und Lehre (*Blume/Hammerl*, ECG (2002) 141; *Venier/Ebensperger in Brenn*, ECG [2002] 282; *Zankl*, ECG [2002] § 16 Rz 222) als Host-Provider anerkannt. Auch der Richtliniengeber der E-Commerce-Richtlinie ging von dieser Rechtsauffassung aus (vgl den Richtlinienvorschlag der Kommission: Kommission 18. 11. 1998, KOM [1998] 586 endg - 98/0325 [COD], 32).

Der der Entscheidung 4 Ob 41/09x zugrunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich vom vorliegenden Fall in einem wesentlichen Punkt: Ging es in 4 Ob 41/09x um einen gegen einen Internetzugangsprovider gerichteten Auskunftsanspruch, ist hier ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Betreiber einer Website bzw eines darauf enthaltenen Diskussionsportals, der als Hostprovider zu qualifizieren ist, erhoben worden. Das Telekommunikationsrecht kennt den Begriff des Host-Providers nicht.

Die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des TKG wurden nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz (30. 6. 2010) zweimal novelliert (BGBl I 27/2011, BGBl I 102/2011). Mangels Rückwirkungsbestimmungen ist auf den vorliegenden Sachverhalt noch die vor diesen Novellen maßgebliche und im Folgenden dargestellte Rechtslage anzuwenden.

Der 12. Abschnitt des TKG (§§ 92 ff) sieht eine Reihe spezieller Datenschutzvorschriften vor, die den Bestimmungen des DSG vorgehen (§ 92 Abs 1 TKG). Das Kommunikationsgeheimnis gemäß § 93 Abs 1 TKG gilt für den „Betreiber“ und alle, die an dessen Tätigkeit mitwirken (§ 93 Abs 2 TKG). § 96 TKG regelt, dass Stammdaten, Verkehrsdaten, Standortdaten und Inhaltsdaten nur für Zwecke

der Besorgung eines „Kommunikationsdienstes“ verarbeitet werden dürfen. § 97 TKG regelt die Voraussetzungen für die Ermittlung und Verarbeitung von Stammdaten durch „Betreiber“. § 99 TKG sieht vor, dass Verkehrsdaten außer in den gesetzlich geregelten Fällen nicht gespeichert werden und vom „Betreiber“ nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen sind. § 101 TKG regelt die Speicherung und Verarbeitung von Inhaltsdaten durch den „Anbieter“.

Diese Zusammenschau zeigt, dass die datenschutzrechtlichen Vorschriften des TKG nur für bestimmte Personengruppen gelten. „Anbieter“ ist gemäß § 92 Abs 3 Z 1 TKG der „Betreiber von öffentlichen Kommunikationsdiensten“. Gemäß § 3 Z 3 TKG ist unter dem Betreiben eines Kommunikationsdienstes das Ausüben der rechtlichen Kontrolle über die Gesamtheit der Funktionen, die zur Erbringung des jeweiligen Kommunikationsdienstes notwendig sind, zu verstehen. „Kommunikationsdienst“ ist nach § 3 Z 9 TKG eine gewerbliche Dienstleistung, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze besteht, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben. Ausgenommen davon sind Dienste der Informationsgesellschaft, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze bestehen. Der Begriff „Kommunikationsnetz“ ist in § 3 Z 11 TKG definiert.

Im Einklang mit Art 3 der Richtlinie 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation), der den Anwendungsbereich der bereichsspezifischen

Datenschutzvorschriften auf die Verarbeitung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsdienste beschränkt, ist davon auszugehen, dass die Verwendung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung von Diensten, die keine elektronische Kommunikationsdienste darstellen, nicht von den §§ 92 ff TKG erfasst ist. Vielmehr hat dann das allgemeine Datenschutzregime zu gelten (vgl insoweit *Fallenböck/Tillian*, MR 2003, 404 [408 f]; *Damjanovic et al*, Handbuch des Telekommunikationsrechts [2006] 245).

Die Datenschutzkommission und ihr folgend der VwGH gingen davon aus, dass der Betreiber eines Internet-Chat-Forums kein (Tele-)Kommunikationsdienstebetreiber ist (DSK 3. 10. 2007, K121.279/0017-DSK/2007; VwGH 27. 5. 2009, 2007/05/0280). Damit übereinstimmend hat die Beklagte in ihrer Berufungsbeantwortung selbst eingeräumt, keine Kommunikationsdienste zu erbringen.

Die genannten Vorschriften des TKG sind somit auf die Beklagte nicht anzuwenden.

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

3.1. Das Erstgericht hat in der rechtlichen Beurteilung unbekämpft ausgeführt, im vorliegenden Fall sei von einer dynamischen IP-Adresse auszugehen. Auch in der rechtlichen Beurteilung enthaltene, aber - wie hier - eindeutig dem Tatsachenbereich zuzuordnende Ausführungen sind als Tatsachenfeststellungen zu behandeln (RIS-Justiz RS0043110 [T2]). Es steht somit fest, dass es sich hier um eine dynamische IP-Adresse handelt.

3.2. Die beklagte Partei argumentiert, der Klägerin nütze die Kenntnis der IP-Adresse nichts, weil sie

keinen Auskunftsanspruch gegenüber dem Provider besitze, der den Namen und die Anschrift des Inhabers der IP-Adresse im fraglichen Zeitpunkt kenne. Der Klägerin fehle somit das von § 18 Abs 4 ECG geforderte rechtliche Interesse.

Die Klägerin hat mit dem vorliegenden Sachverhalt zwar das überwiegende rechtliche Interesse an der Feststellung der Identität des Posters „Budesheer-Fan“ und eines rechtswidrigen Sachverhalts glaubhaft gemacht. Bei der Beurteilung, ob eine nicht namentlich genannte Person von der beleidigenden Äußerung betroffen ist, kommt es nämlich nicht darauf an, wie die Äußerung gemeint war, sondern nur darauf, wie ein nicht bloß unbeträchtlicher Teil des Publikums die Äußerung auffasst und mit wem es den darin enthaltenen Vorwurf in Verbindung bringt (RIS-Justiz RS0031757). Nach den erstgerichtlichen Feststellungen hat die Klägerin hinreichend glaubhaft (§ 18 Abs 4 ECG) machen können, dass sie Gegenstand der auf der Website der beklagten Partei veröffentlichten Äußerung war und mithin auch zur Klagsführung nach § 1330 ABGB gegen den Urheber dieser Äußerung aktivlegitimiert wäre.

Könnte aber die Klägerin auf legalem Weg mit der begehrten IP-Adresse Namen und Adresse des Posters nicht eruieren, fehlte es an der nach § 18 Abs 4 ECG glaubhaft zu machenden Voraussetzung, dass die Kenntnis dieser Information, nämlich der IP-Adresse, eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet.

Es ist daher zu prüfen, ob die Klägerin nach einer allfälligen Bekanntgabe der IP-Adresse in einem weiteren Schritt oder mehreren weiteren Schritten den Inhaber dieser IP-Adresse zum fraglichen Zeitpunkt herausfinden könnte (zB vom Internetzugangsprovider, der die IP-Adresse verwaltet).

3.3. Das Access-Providing ist ein

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

3.3.1. Nationale Rechtsprechung:

Zu 4 Ob 41/09x entschied der Oberste Gerichtshof, dass der auf § 87b UrhG gestützte Auskunftsanspruch eines Urheberrechtsberechtigten daran scheitern kann, dass die begehrte Auskunft nur unter der Verwendung von Verkehrsdaten erstattet werden kann und für diese Verkehrsdatenverwendung keine hinreichende gesetzliche Ermächtigung besteht. Diese Rechtsansicht stützte der 4. Senat auf verschiedene Argumente: § 99 TKG untersage grundsätzlich die Speicherung von Verkehrsdaten und erfülle daher einen ähnlichen Zweck wie Art 6 RL 2002/58/EG, der die Löschung von Verkehrsdaten anordne, sobald diese für die Übertragung einer Nachricht nicht mehr benötigt würden. In weiterer Folge gestatteten Art 6 Abs 2, 3, 5 RL 2002/58/EG die Verarbeitung von Verkehrsdaten ausnahmsweise für bestimmte Zwecke. Daraus sei zu schließen, dass eine Verarbeitung zu anderen Zwecken nicht zulässig sei. Eine solche Auffassung verstieße auch gegen den Grundsatz der strikten Zweckbindung von Datenverarbeitungen gemäß Art 6 Abs 1 lit c RL 95/46/EG. Art 6 RL 2002/58/EG gelte jedoch vorbehaltlich des Art 15 dieser RL. Wegen des darin enthaltenen Verweises auf Art 13 Abs 1 RL 95/46/EG könnten die Mitgliedstaaten auch von Art 6 RL 2002/58/EG abweichende Regelungen zum Schutz von Urheberinteressen vorsehen. Eine allfällige Regelung habe jedoch gemäß Art 15

RL 2002/58/EG durch „Rechtsvorschriften“ zu erfolgen. Konkret könne dabei für „eine begrenzte Zeit“ eine Aufbewahrung von Verkehrsdaten vorgesehen werden. Der 4. Senat legte diese Regelung dahingehend aus, dass sie sich nur auf ausdrückliche Gesetzesbestimmungen beziehe. Eine implizite Ableitung aus der urheberrechtlichen Bestimmung reiche nicht aus. § 87b UrhG beziehe sich nicht ausdrücklich auf Verkehrsdaten. Ein bloß materiellrechtlicher Auskunftsanspruch könne nicht als implizite Erlaubnis oder gar Verpflichtung zur Datenspeicherung verstanden werden. Der Gesetzgeber habe die telekommunikationsdatenschutzrechtliche Dimension dieses Auskunftsanspruchs nicht ausreichend berücksichtigt. Weiters sei das Erfordernis einer ausdrücklichen Regelung aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, weshalb eine bloß implizite Ableitung aus einer Auskunftsvorschrift bzw eine Analogie zur Füllung einer planwidrigen Lücke im TKG nicht möglich sei. Andererseits dürfe eine Aufbewahrung von Daten zu anderen als den in Art 6 Abs 2, 3 und 5 genannten Zwecken nur für eine begrenzte Zeit vorgesehen werden. Da der Auskunftsanspruch nach § 87b UrhG nach den Vorschriften für Entschädigungsklagen verjähre, würde die Annahme einer in § 87b Abs 3 UrhG angeordneten impliziten Speicherpflicht oder zumindest Speichererlaubnis zu einer generellen Vorratsdatenspeicherung über 30 Jahre führen. Dies widerspreche offenkundig dem Erfordernis einer Aufbewahrung „nur für begrenzte Zeit“. Weiters sei eine solche Annahme auch im Hinblick auf die - für schwere Straftaten geltende - Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie 2006/24/EG nicht vertretbar, weil nach dieser Richtlinie eine Vorratsdatenspeicherung nur für maximal zwei Jahre zulässig sei. Aus diesen Gründen müssten Ansprüche

aus § 87b UrhG derzeit am Speicherverbot und der Lösungsverpflichtung nach § 99 Abs 1 TKG 2003 (Art 6 Abs 1 RL 2002/58/EG) scheitern, wenn diese nur durch eine Verarbeitung von Verkehrsdaten erfüllt werden können. Dadurch verlöre zwar § 87b UrhG seine praktische Wirksamkeit, § 99 Abs 1 TKG erlitte jedoch bei anderer Auslegung ein ähnliches Schicksal, weil in diesem Fall das dort angeordnete Speicherverbot gänzlich obsolet wäre. Durch Rückgriff auf das höherrangige Gemeinschaftsrecht sei dieser Normkonflikt zu Lasten des § 87b UrhG aufzulösen.

Diese Entscheidung wurde in der Lehre überwiegend positiv aufgenommen, auch wenn sie als unbefriedigend empfunden wurde (*Briem*, Ist der Auskunftsanspruch gegenüber Providern nach § 87b Abs 3 UrhG tot? MR 2011, 55; *Zykan*, Zum Verhältnis des Auskunftsanspruchs gemäß § 87b UrhG zum Datenschutz: OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 41/09x - Keine Auskunft über die Identität von Inhabern dynamischer IP-Adressen, jusIT 2009/103, 206; *Daum*, Providerauskunft und Urheberrecht - der Gesetzgeber ist am Zug! MR 2009, 347; aA *Bücheler*, Anm zu OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 41/09x, ÖBl 2010/18).

3.3.2. Rechtsprechung des EuGH:

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

3.3.2.1. In der Rs *Promusicae* (EuGH 29. 1. 2008, C-275/06, *Promusicae/Telefónica de España SAU*, Slg 2008, I-271) ging es um das Auskunftersuchen einer spanischen Vereinigung von Herausgebern und Produzenten von Musikaufnahmen, die Auskunft über Namen

und Adressen der Inhaber von ihr bekannten IP-Adressen von einem Internet-Zugangsanbieter beehrte. Nach der damaligen spanischen Rechtslage waren Zugangsanbieter zur Vorratsdatenspeicherung von Verkehrs- und Zugangsdaten verpflichtet, die nur zu Zwecken der Strafverfolgung, öffentlichen Sicherheit und nationalen Verteidigung weitergegeben werden durften. Fraglich war, ob diese Vorratsdaten auch zu Zwecken der zivilrechtlichen Verfolgung von Ansprüchen verwendet werden dürften.

Der EuGH führte aus, auch die Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche schließe die Speicherung und Weitergabe von personenbezogenen Daten nicht aus. Art 15 Abs 1 RL 2002/58/EG verweise ausdrücklich auf Art 13 Abs 1 RL 95/46/EG, der ua den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer Personen betreffe. Es sei somit festzustellen, „dass die Richtlinie 2002/58 nicht die Möglichkeit der Mitgliedstaaten ausschließt, eine Pflicht zur Weitergabe personenbezogener Daten im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens vorzusehen“ (Nr 47 ff, insbes 54). Art 15 Abs 1 RL 2002/58/EG bringe den Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers zum Ausdruck, weder das Eigentumsrecht noch Situationen von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen, in denen sich die Urheber im Rahmen des zivilrechtlichen Verfahrens um Schutz bemühen (Nr 53). Der Wortlaut des Art 15 Abs 1 RL 2002/58 könne jedoch nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Mitgliedstaaten dazu gezwungen wären, in den darin genannten Situationen eine Pflicht zur Weitergabe vorzusehen (Nr 55). Weiters seien die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, einen angemessenen Ausgleich zwischen den berührten Grundrechten vorzusehen (Nr 70).

3.3.2.2. In der - vom Obersten Gerichtshof

vorgelegten (4 Ob 141/07z) - Rs *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH/Tele 2 Telecommunication GmbH* (EuGH 19. 2. 2009, C-557/07, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH/Tele 2 Telecommunication GmbH*, Slg 2009, I-1227) präzisierte der EuGH in seinem Beschluss seine zur Rs *Promusicae* geäußerte Rechtsansicht. In diesem Verfahren ging es um eine österreichische Verwertungsgesellschaft, die Auskunft über Namen und Anschriften derjenigen Personen begehrte, denen zu einem bestimmten Zeitpunkt der Klägerin bekannte zu Zwecken der Verletzung von Urheberrechten verwendete dynamische IP-Adressen zugeordnet waren. Der EuGH entschied, dass die Mitgliedstaaten eine Verpflichtung zur Weitergabe personenbezogener Daten an private Dritte zum Zweck der zivilgerichtlichen Verfolgung von Urheberrechtsverstößen vorsehen dürften. Dabei sei jedoch eine Auslegung der RL 2000/31/EG, 2001/29/EG, 2002/58/EG und 2004/48/EG zu wählen, die es erlaube, die verschiedenen beteiligten Grundrechte miteinander in Ausgleich zu bringen. Dabei sei nicht nur das nationale Recht mit den Grundrechten in Einklang zu bringen, sondern es sei auch darauf zu achten, dass sich die Mitgliedstaaten nicht auf eine Auslegung dieser Richtlinien stützen, die mit den Grundrechten oder den anderen allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, wie etwa dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, kollidiere (Nr 29).

Der Oberste Gerichtshof deutete diese Entscheidung dahingehend, dass ein wegen Urheberrechtsverletzungen gegenüber einem Access-Provider erhobener Anspruch auf Auskunft über die Inhaber dynamischer IP-Adressen aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht

grundsätzlich zulässig sei und darüber hinaus keiner zwingenden richterlichen Vorabkontrolle bedürfe (4 Ob 41/09x, Pkt 4.3).

Der VwGH sah nach dieser Entscheidung hingegen die Notwendigkeit eines Richtervorbehalts gegeben (VwGH 27.5.2009, 2007/05/0280).

3.3.2.3. Zusammengefasst bedeutet dies:

Der EuGH erachtet die Verwendung und Speicherung von Verkehrsdaten gemäß Art 15 RL 2002/58/EG auch zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer Personen iSd Art 13 RL 95/46/EG für zulässig. Obgleich die beiden einschlägigen Entscheidungen des EuGH im Zusammenhang mit Urheberrechtsverletzungen ergingen, muss diese sich ausdrücklich auf die insoweit allgemeinere Bestimmung des Art 13 Abs 1 RL 95/46/EG berufende Rechtsprechung auch auf andere Arten von Rechtsverletzungen, insbesondere auch strafrechtlich geschützte Persönlichkeitsrechtsverletzungen, anwendbar sein. Allerdings bleibt es den Mitgliedstaaten vorbehalten, solche Regelungen einzuführen oder auch nicht (EuGH 29. 1. 2008, C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae)/Telefónica de España*, Slg 2008, I-271, Nr 55).

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

Die Entscheidung 4 Ob 41/09x hat klargestellt, dass eine Auskunftserteilung über die Inhaber dynamischer IP-Adressen die Auswertung von Verkehrsdaten erfordert. Der 4. Senat geht davon aus, dass die Durchsetzung eines Anspruchs nach § 87b Abs 3 UrhG daran scheitern kann, dass die begehrte Auskunft nur aufgrund einer rechtswidrigen Verarbeitung von Verkehrsdaten erteilt werden könnte. Auch das TKG sei insoweit nicht planwidrig lückenhaft.

Der erkennende 6. Senat tritt der Auffassung des 4. Senats bei. Dies hat zur Konsequenz, dass der Access-Provider gegen die in den §§ 92 ff TKG normierten Pflichten verstieße, wenn er nach Bekanntgabe der dynamischen IP-Adresse des Posters „Budesheer-Fan“ durch die Klägerin die Identität dieses Posters preisgäbe. Die Klägerin kann also mit der IP-Adresse des Posters „Budesheer-Fan“ auf legalem Weg Namen und Adresse des Posters nicht erlangen. Es fehlt für den Auskunftsanspruch nach § 18 Abs 4 ECG somit an der Voraussetzung, dass die Kenntnis der IP-Adresse eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet.

4. Seit der im vergangenen Jahr (jedoch erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung I. Instanz [30. 6. 2010]) (mit 1. 4. 2012) erfolgten Novellierung des TKG (BGBl I 2011/27), der StPO sowie des SPG (BGBl I 2011/33) scheidet eine von der Rechtsauffassung des 4. Senats abweichende Beurteilung ohnehin aus. So heißt es in § 90 Abs 7 TKG nF:

„Anbieter von Kommunikationsdiensten sind auf schriftliches Verlangen der zuständigen Gerichte, Staatsanwaltschaften oder der Kriminalpolizei (§ 76a Abs. 1 StPO) verpflichtet, diesen zur Aufklärung und Verfolgung des konkreten Verdachts einer Straftat Auskunft über Stammdaten (§ 92 Abs. 3 Z 3) von Teilnehmern zu geben. Dies gilt sinngemäß für Verlangen der Sicherheitsbehörden nach Maßgabe des § 53 Abs. 3a Z 1 SPG. In dringenden Fällen können aber solche Ersuchen vorläufig mündlich übermittelt werden.“

§ 99 Abs 1 TKG sieht vor, dass Verkehrsdaten außer in den im TKG geregelten Fällen nicht gespeichert oder übermittelt werden dürfen und vom Anbieter nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen oder zu anonymisieren sind.

§ 99 Abs 5 Z 2 sowie § 99 Abs 5 Z 3 TKG regeln

die Datenherausgabe an die Strafverfolgungsbehörden gemäß dem neuen § 76a StPO sowie an die Sicherheitsbehörden gemäß § 53 Abs 3a, 3b SPG. Die Gesetzesmaterialien (EBzRV 1074 BlgNR 24. GP 19) führen dazu - unter Verweis auf 4 Ob 41/09x - aus, dass dadurch eine gesetzliche Grundlage im Telekommunikationsdatenschutzrecht für die Verarbeitung von Verkehrsdaten geschaffen werden solle. Gleichzeitig werde durch die Formulierung „*in diesem Gesetz geregelten Fällen*“ klargestellt, dass sonstige Verwendungsrechte oder Verwendungspflichten nicht implizit aus sonstigen gesetzlichen Regelungen abgeleitet werden dürften. Vielmehr sei eine explizite Erlaubnis durch das TKG erforderlich.

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

5. Ergebnis:

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

6. Kostenentscheidung:

Die Kostenentscheidung gründet auf die §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 22. Juni 2012
Dr. P i m m e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: