

### Herausgeber:

Dietmar Jahnel  
Peter Mader  
Elisabeth Staudegger

### Beiträge

Balazs Esztegar/Johannes Öhlböck:

**Der dauerhafte Datenträger im Fernabsatzrecht –  
Bestandsanalyse und Ausblick**

Michael M. Pachinger:

**Datenschutzkommission quo vadis?**

Christian Bergauer:

**Gesetzgebungsmonitor Computerstrafrecht:  
Ratifikation des Übereinkommens über  
Computerkriminalität**

### Judikatur

EuGH: Keine völlige Unabhängigkeit der  
Datenschutzkommission

VfGH: Verletzung im Recht auf Geheimhaltung durch  
die Übermittlung von Gesundheitsdaten

VwGH: Keine Präklusion bei Verhandlungs-  
kundmachung im Internet

OGH: Widerspruch gegen Wirtschaftsdatenbanken

OGH: Webportal als „Vertragsformblatt“

# Der dauerhafte Datenträger im Fernabsatzrecht – Bestandsanalyse und Ausblick

## Zugleich eine Besprechung von EuGH C-49/11

In seinem Urteil vom 5. 7. 2012 in der Rs C-49/11 hatte sich der EuGH mit der Frage auseinanderzusetzen, ob und unter welchen Gesichtspunkten eine Website selbst oder allenfalls ein Link auf eine Website dem Erfordernis des „dauerhaften Datenträgers“ iSd Art 5 Abs 1 der Fernabsatz-Richtlinie<sup>1)</sup> gerecht werden kann. Die Entscheidung unterstreicht, auch im Hinblick auf die neue Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU, mit der auch das Fernabsatzrecht reformiert wird, einmal mehr die Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern.

**Deskriptoren:** Fernabsatzrecht, dauerhafter Datenträger, Konsumentenschutz

**Normen:** KSchG: § 5d; RL 97/7/EG: Art 5; RL 2011/83/EU: Art 7

### 1. Ausgangssituation im nationalen Verfahren

Die Bundesarbeiterkammer brachte in Wahrnehmung ihrer Kompetenz nach § 29 Abs 1 KSchG Unterlassungsklage gegen einen Internetdienstleister ein und machte eine Verletzung der Bestimmungen des § 5d KSchG geltend. Der Internetdienstleister habe die in § 5c Abs 1 Z 1–6 KSchG genannten Informationen den Verbrauchern nicht in der von § 5d KSchG vorgesehenen Weise, nämlich insb nicht auf Papier oder einem dauerhaften Datenträger, erteilt.

Den erstgerichtlichen Feststellungen zufolge bietet die beklagte Partei auf ihrer Website diverse Dienstleistungen an. Um diese in Anspruch zu nehmen, ist eine Registration erforderlich. Durch Setzen eines Häkchens an der dafür vorgesehenen Stelle der Anmeldemaske erklärt der Benutzer, dass er die AGB und die Datenschutzerklärung akzeptiert und auf sein Rücktrittsrecht verzichtet. Die entsprechenden Informationen können durch Anklicken der als Hyperlink formatierten Worte direkt auf der Website eingesehen werden. Ohne Setzen dieses Häkchens kann der Anmeldevorgang nicht abgeschlossen werden. Nach Abschluss des Anmeldungsvorganges erhält

der Benutzer ein E-Mail der beklagten Partei mit einem Hyperlink auf eine Internetadresse, einen Benutzernamen und ein Passwort. Weitere Informationen, insb über das Rücktrittsrecht, enthält das E-Mail nicht, jedoch sind auf der verlinkten Website die AGB der beklagten Partei einschließlich der weiteren Informationen nach § 5c Abs 1 Z 1–6 KSchG enthalten.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt, das Berufungsgericht unterbrach das Verfahren und legte dem EuGH den Fall mit der Frage zur Vorabentscheidung vor, ob es dem Erfordernis von Art 5 Abs 1 der Fernabsatz-RL genügt, wenn dem Verbraucher diese Informationen durch einen Hyperlink auf die Website des Unternehmers zur Verfügung gestellt werden, der sich in einem Text befindet, den der Verbraucher durch Setzung eines Häkchens als gelesen markieren muss, um ein Vertragsverhältnis eingehen zu können.

### 2. Nationaler und europäischer Rechtsrahmen

Die Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatz-RL) wurde in Österreich im Konsumentenschutzgesetz (KSchG) umgesetzt und ist in dessen §§ 5a bis 5j kodifiziert. Gem § 5d Abs 1 KSchG muss der Verbraucher rechtzeitig wäh-

rend der Erfüllung des Vertrags eine schriftliche Bestätigung der in § 5c Abs 1 Z 1–6 KSchG genannten Informationen erhalten, soweit ihm diese nicht bereits vor Vertragsabschluss schriftlich erteilt wurden. Der schriftlichen Bestätigung (Informationserteilung) steht eine solche auf einem für den Verbraucher verfügbaren dauerhaften Datenträger gleich. In Umsetzung von Art 5 Abs 1 Fernabsatz-RL stellt das KSchG auf den Begriff des dauerhaften Datenträgers ab. Dieser wird jedoch weder in der nationalen Gesetzgebung noch in der Fernabsatz-RL definiert.

Die höchstgerichtliche Judikatur hat bislang nur wenige Entscheidungen getroffen, um den Begriff des dauerhaften Datenträgers einzugrenzen. So hat der OGH ausgesprochen, dass auch ein E-Mail als dauerhafter Datenträger iSd § 5d KSchG anzusehen ist.<sup>2)</sup> Hingegen wurde die Frage, ob auch ein Link auf einer Website – etwa aus einem E-Mail heraus – diesem Erfordernis gerecht wird, bislang offengelassen. Umgekehrt hat der OGH ausgesprochen, dass ein E-Mail mit einem Link auf eine Internetseite mit Informationen über das Rücktrittsrecht des Verbrauchers dann nicht als Bestätigung iSv § 5d Abs 2 KSchG ausreicht, wenn ein durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher aufgrund der Gestaltung des E-Mails und des Links nicht erkennt, dass sich die Informationen über

1) Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatz-RL), ABl L 1997/144, 19.

2) OGH 20. 5. 2008, 4 Ob 18/08p.

das Rücktrittsrecht auf der über den Link erreichbaren Internetseite befinden.<sup>3)</sup> Diese Judikatur lässt Raum für Fallgruppen, bei denen für den Verbraucher durchaus erkennbar ist, dass die Informationen nach § 5d Abs 1 KSchG auf der über den Link erreichbaren Internetseite vorzufinden sind.

In der Judikatur des EuGH wurde die Frage letztlich erst durch das Urteil im Verfahren zu C-49/11 beantwortet. Immerhin fand sich bereits zuvor in später erlassenen Richtlinien, die Fernabsatzgeschäfte zum Gegenstand haben, eine Begriffsdefinition für „dauerhafte Datenträger“. Nach Art 2 lit f der Fernfinanzdienstleistungsrichtlinie<sup>4)</sup> ist ein dauerhafter Datenträger „jedes Medium, das es dem Verbraucher gestattet, an ihn persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass er sie in der Folge für eine für die Zwecke der Informationen angemessene Dauer einsehen kann, und das die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Informationen ermöglicht“. Davon weicht die Begriffsdefinition in Art 2 Z 12 der Versicherungsrichtlinie<sup>5)</sup> geringfügig ab. Dieser Definition zufolge ist ein dauerhafter Datenträger „jedes Medium, das es dem Verbraucher ermöglicht, persönlich an ihn gerichtete Informationen so zu speichern, dass diese während eines für den Informationszweck angemessenen Zeitraums abgerufen werden können, und das die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Daten ermöglicht“. Beide Begriffsdefinitionen stellen an das Medium lediglich das Erfordernis, die Abspeicherung und unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Informationen zu ermöglichen. Jedoch wird offengelassen, in welcher Weise die Abspeicherung vorgenommen werden können muss.

Während die Fernfinanzdienstleistungs-RL in ihrer Begriffsdefinition nicht weiter auf Beispiele eingeht, tut Art 2 Z 12 Versicherungs-RL das sehr wohl: „Dazu gehören insbesondere Disketten, CD-Roms, DVDs und die Festplatten von Computern, auf denen elektronische Post gespeichert wird, jedoch nicht eine Internet-Website, es sei denn, diese Site

entspricht den in Absatz 1 enthaltenen Kriterien.“ Die Begriffsdefinition in Art 2 Z 12 Versicherungs-RL legt daher nahe, dass unter bestimmten Umständen auch eine Website dem Begriff des dauerhaften Datenträgers entsprechen kann.

### 3. Entscheidung des EuGH

Dem EuGH zufolge ist aufgrund der Vorlagefrage zunächst zu prüfen, ob dem Verbraucher die relevanten Informationen iSv Art 5 Abs 1 der Fernabsatz-RL „erteilt“ werden oder er sie im Sinne dieser Bestimmung „erhält“. Weder die Fernabsatz-RL noch die für ihre Auslegung einschlägigen Unterlagen wie die Gesetzgebungsmaterialien geben jedoch Aufschluss über die genaue Bedeutung der in Art 5 Abs 1 der Fernabsatz-RL genannten Begriffe „erhalten“ und „erteilt“. Deshalb ist nach Ansicht des EuGH zur Bestimmung der Bedeutung dieser Begriffe auf ihren Sinn nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch abzustellen, wobei zu berücksichtigen ist, in welchem Zusammenhang sie verwendet werden und welches Ziel mit der Regelung verfolgt wird, die sich dieser Begriffe bedient. Hierzu erwog der EuGH, dass die in der genannten Bestimmung verwendeten Begriffe „erhalten“ und „erteilt“ auf ein Übermittlungsverfahren verweisen, wobei „erhalten“ aus der Sicht des Verbrauchers und „erteilen“ aus der Sicht des Unternehmers zu sehen ist. Daraus folgerte der EuGH, dass im Rahmen eines Verfahrens zur Übermittlung von Informationen deren Empfänger keine besondere Handlung vornehmen muss.

Der EuGH entschied daher, dass Art 5 Abs 1 der Fernabsatz-RL dahin auszulegen ist, dass eine Geschäftspraxis, nach der die in dieser Bestimmung vorgesehenen Informationen nur über einen Hyperlink auf einer Website des betreffenden Unternehmens zugänglich gemacht werden, nicht den Anforderungen der genannten Bestimmung entspricht, da diese Informationen weder iSv Art 5 Abs 1 Fernabsatz-RL von dem Unternehmen „erteilt“ noch im Sinne derselben Bestimmung vom Verbraucher „erhalten“ werden, und zwar vor allem deshalb, weil bei der Übersendung eines Links an den Verbraucher dieser selbst tätig werden müsste, um die fraglichen Informationen zur Kenntnis zu nehmen, indem er den Link anklickt. Dies zeigt sich nach Ansicht des EuGH nicht zuletzt auch daran, dass Art 5 Abs 1 der Fernabsatz-RL gegenüber Art 4 dieser Richtlinie einen

für den Unternehmer verbindlicheren Begriff gewählt hat. Während Art 4 der Fernabsatz-RL lediglich verlangt, dass der Verbraucher über die relevanten Informationen „verfügen“ muss, geht Art 5 Abs 1 weiter und fordert, dass der Verbraucher die Bestätigung der Informationen „erhalten“ muss. Nach Ansicht des EuGH kommt in diesem Begriff der Gedanke zum Ausdruck, dass es bezüglich der Bestätigung der Informationen gegenüber dem Verbraucher ausreichen muss, wenn sich dieser passiv verhält.

Gleichzeitig schloss der EuGH nicht aus, dass eine Website dem Begriff des dauerhaften Datenträgers gerecht werden kann und knüpfte damit an die Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) an.<sup>6)</sup> Dies erfordere jedoch eine fortgeschrittene Website, bei der persönlich an den Verbraucher gerichtete Informationen in einem nur dem Verbraucher zugänglichen Bereich der Website gespeichert werden können.

## 4. Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher

### 4.1. Begriffsdefinition

Die Europäische Kommission erstattete im Oktober 2008 einen Vorschlag für eine neue Richtlinie über Rechte der Verbraucher.<sup>7)</sup> Der Vorschlag wurde – nach einigen Änderungen – im November 2011 im Amtsblatt<sup>8)</sup> als neue Verbraucherrechtlichrichtlinie<sup>9)</sup> veröffentlicht und ist von den Mitgliedstaaten bis 13. Dezember 2013 in nationales Recht umzusetzen. Gleichzeitig wird durch die neue Verbraucherrechte-RL die Fernabsatz-RL aufgehoben, nicht jedoch die Versicherungs-RL und die Fernfinanzdienstleistungs-RL.

Art 2 Z 10 der Verbraucherrechte-RL enthält eine Legaldefinition für den dauerhaften Datenträger, die von den oben dargestellten Definitionen der Versicherungs-RL abweicht und sich an der Definition von Art 2 lit f Fernfinanzdienstleistungs-RL orientiert. Demnach ist ein dauerhaf-

3) OGH 20. 5. 2008, 4 Ob 18/08p sowie 1. 4. 2009, 9 Ob 66/08h.

4) Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG (Fernfinanzdienstleistungs-RL), ABl L 2002/271, 16.

5) Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung (Versicherungs-RL), ABl L 2003/9, 3.

6) Gerichtshof der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), Urteil vom 27. 1. 2010, E-4/0 – *Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht*, jusIT 2010/59, 134 (Thiele).

7) KOM (2008) 614 endg.

8) ABl L 304/64 vom 22. 11. 2011.

9) Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Verbraucherrechte-RL), ABl L 2011/304, 64.

ter Datenträger „jedes Medium, das es dem Verbraucher oder dem Unternehmer gestattet, an ihn persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass er sie in der Folge für eine für die Zwecke der Informationen angemessene Dauer einsehen kann, und das die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Informationen ermöglicht“. Erwägungsgrund 23 der Verbraucherrechte-RL zufolge sollen dauerhafte Datenträger „es dem Verbraucher ermöglichen, Informationen so lange zu speichern, wie es für den Schutz seiner Interessen in den Beziehungen zum Unternehmer erforderlich ist. Zu diesen dauerhaften Datenträgern sollten insb Papier, USB-Sticks, CD-ROMs, DVDs, Speicherkarten oder die Festplatten von Computern sowie E-Mails gehören.“

Es ist bemerkenswert, dass der erste Entwurf des Richtlinienvorschlages<sup>10)</sup> in dessen Erwägungsgrund 16 noch von „bestimmten Unterlagen auf Papier, USB-Sticks, CD-ROMs, DVDs, Speicherkarten“ und dem „Festplattenlaufwerk des Computers, auf dem E-Mails oder PDF-Files gespeichert werden“ gesprochen hat. Der Richtlinienvorschlag hat somit ursprünglich eine klare Trennung zwischen Hardware und Software vorgenommen und als dauerhaften Datenträger das physische Medium angesehen. Zwar wurden PDF-Dateien und E-Mails in die Aufzählung mit einbezogen. Da jedoch im Sinne dieser Definition der Datenträger jenes Trägermedium ist, „auf dem E-Mails oder PDF-Files gespeichert werden“, wäre die Interpretation, dass E-Mails oder PDF-Dateien selbst dem Begriff des dauerhaften Datenträgers entsprechen können, kaum möglich gewesen. Bemerkenswert an dieser Formulierung war jedoch, dass sie auf technologische Entwicklungen im Hardwarebereich (zB USB-Sticks) Rücksicht genommen hat und gleichzeitig die PDF-Datei, wenn schon nicht als dauerhaften Datenträger, aber doch als mögliches Übermittlungsformat bezeichnet hat. In der letztlich kundgemachten Richtlinie wurden allerdings die Dateiformate nicht übernommen.

#### 4.2. Dauerhafter Datenträger bei Haustürgeschäften

Die neue Verbraucherrechte-RL regelt neben dem Fernabsatzgeschäft auch andere außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und somit das „Haustürgeschäft“. Diese Form

10) KOM (2008) 614 endg.

der Verbraucherverträge war bislang in der Haustürgeschäfte-RL<sup>11)</sup> geregelt. Art 7 Abs 1 Verbraucherrechte-RL legt die formalen Anforderungen für diese fest. Demnach hat der Unternehmer bei Verträgen, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden, die in Art 6 Abs 1 Verbraucherrechte-RL vorgeschriebenen Informationen dem Verbraucher „auf Papier oder, sofern der Verbraucher dem zustimmt, auf einem anderen dauerhaften Datenträger“<sup>12)</sup> bereitzustellen. Die Verbraucherrechte-RL schafft damit in Bezug auf außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge mit Verbrauchern zwei wesentliche Neuerungen gegenüber den bisherigen Bestimmungen der Haustürgeschäfte-RL: Zum einen dehnt sie – mit gewissen Ausnahmetatbeständen<sup>13)</sup> – die Informationspflicht des Unternehmers aus. Waren bisher nach Art 4 Haustürgeschäfte-RL lediglich Informationen über das Widerrufsrecht sowie die Daten der Person, an welche der Widerruf zu richten ist, zu erteilen, sind die Informationspflichten bei Haustürgeschäften künftig wesentlich weiter und jenen im Fernabsatz gleichgeschaltet.<sup>14)</sup>

Zum anderen wird dem Unternehmer erstmalig auch bei Haustürgeschäften die grundsätzliche Möglichkeit eröffnet, Informationen nicht nur auf Papier, sondern auch auf einem dauerhaften Datenträger zu übergeben. Für das Haustürgeschäft gilt daher ein grundsätzliches Primat der Informationserteilung auf Papier. Wenn allerdings der Verbraucher dem zugestimmt hat, kann der Unternehmer die Information auf einem dauerhaften Datenträger erteilen. Offen bleibt, in welcher Form die Zustimmung des Verbrauchers zu erfolgen hat.

#### 4.3. Dauerhafter Datenträger bei Fernabsatzgeschäften

In Bezug auf den Fernabsatz bringt Art 8 Abs 1 Verbraucherrechte-RL, der die formalen Anforderungen für Fernabsatzverträge festlegt, wenig Neues: Der Unternehmer hat die in Art 6 Abs 1 vorgeschriebenen Informationen dem Verbraucher in klarer und verständlicher Sprache in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise zu

11) Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (Haustürgeschäfte-RL), ABl L 1985/372, 31.

12) Art 7 Abs 1 Verbraucherrechte-RL.

13) Vgl Art 7 Abs 4 Verbraucherrechte-RL.

14) Vgl Art 6 Verbraucherrechte-RL.

erteilen bzw diese Informationen entsprechend zur Verfügung zu stellen. Er kann diese auf einem dauerhaften Datenträger bereitstellen, muss jedoch in diesem Fall ihre Lesbarkeit gewährleisten. Im Gegensatz zu Art 5 Abs 1 Fernabsatz-RL wird künftig nicht ausdrücklich die Schriftlichkeit verlangt, vielmehr reicht es aus, wenn die „Informationen dem Verbraucher in klarer und verständlicher Sprache in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise“<sup>15)</sup> erteilt werden. Das Medium Papier erwähnt Art 8 Abs 1 Verbraucherrechte-RL nicht mehr explizit.

Der Begriff des dauerhaften Datenträgers scheint dadurch etwas in den Hintergrund zu treten und die Verbraucherrechte-RL begnügt sich damit, eine „den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepasste Weise“ vorzusehen. Die nähere Ausgestaltung dieser etwas unbestimmten Formulierung wird in der Praxis einige Schwierigkeiten bereiten und es wird Sache der richterlichen Spruchpraxis sein, festzustellen, welche Formen der Informationserteilung eine den jeweiligen Fernkommunikationsmitteln angepasste Weise darstellen. Aufgrund der expliziten Nennung in Erwägungsgrund 23 der Verbraucherrechte-RL wird die Übermittlung per E-Mail eine dem benutzten Fernkommunikationsmittel Internet angepasste Weise darstellen. Fraglich bleibt, ob das auch für Facebook-Nachrichten oder andere Instant-Messaging-Dienste gelten kann. Zahlreiche Unternehmen nutzen bekanntlich selbst den VoIP-Dienst<sup>16)</sup> „Skype“ dazu, mit Verbrauchern in Kontakt zu treten, und bieten insb Telefonsupport über Skype an. So könnte die Übertragung von Dateien mittels Skype oder anderen Messaging-Diensten grundsätzlich eine dem benutzten Fernkommunikationsmittel angepasste Weise darstellen.

Ebenso ist fraglich, wie der Unternehmer bei Verwendung eines dauerhaften Datenträgers das von der Verbraucherrechte-RL geforderte Kriterium der „Lesbarkeit“ gewährleisten können soll. Dies ist angesichts der Vielfalt an Endgeräten in der aktuellen IT-Landschaft wohl nie vollständig sicherzustellen.

Trotz der scheinbar offenen Formulierung von Art 8 Abs 1 wird die Bedeutung des dauerhaften Datenträgers im Fernabsatz nicht verringert. Nach Art 8 Abs 7 Verbraucherrechte-RL hat der Unternehmer dem Verbraucher die Bestätigung des

15) Vgl Art 8 Abs 1 Verbraucherrechte-RL.

16) VoIP steht für Voice Over IP und bezeichnet einen Internet-Telefonie-Dienst.

geschlossenen Vertrags innerhalb einer angemessenen Frist nach Abschluss des Fernabsatzvertrags auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen, und zwar spätestens bei der Lieferung der Waren oder bevor die Ausführung der Dienstleistung beginnt. Diese Bestätigung hat auch alle in Art 6 Abs 1 genannten Informationen zu enthalten, sofern der Unternehmer diese dem Verbraucher nicht bereits vor dem Vertragsabschluss auf einem dauerhaften Datenträger erteilt hat. Somit ist die Abgrenzung des Begriffs des dauerhaften Datenträgers auch weiterhin von Bedeutung.

#### 4.4. Dauerhafter Datenträger beim Widerruf des Verbrauchers

Art 11 Verbraucherrechte-RL regelt die Ausübung des Widerrufsrechts durch den Verbraucher. Hierfür sieht die Verbraucherrechte-RL ein eigenes Muster-Widerrufsformular vor,<sup>17)</sup> der Verbraucher kann seine Widerrufserklärung jedoch auch in einer beliebigen anderen Form<sup>18)</sup> abgeben. Eine solche andere Form kann nach Abs 3 leg cit ein vom Unternehmer auf seiner Website bereitgestelltes elektronisches Formular darstellen. Wird der Widerruf auf diese Weise erklärt, hat der Unternehmer dem Verbraucher unverzüglich auf einem dauerhaften Datenträger eine Bestätigung über den Eingang eines solchen Widerrufs zu übermitteln.<sup>19)</sup> Praktisch wird dies im Regelfall automatisiert erfolgen, wobei der Verbraucher ein E-Mail übermittelt bekommt. Eine entsprechende Rückmeldung auf der Website selbst wird aufgrund der bisher schon aufgezeigten einschränkenden Auslegung des Begriffes des dauerhaften Datenträgers nicht ausreichen.

#### 5. Kritik

Vor dem Hintergrund der Technologieneutralität der Verbraucherrechte-RL und im Hinblick auf noch nicht absehbare künftige Entwicklungen ist es zu begrüßen, dass – anders als im ursprünglichen Richtlinien-vorschlag – in den Erwägungsgründen nicht explizit auf bestimmte Dateiformate Bezug genommen wird. Unklar bleibt jedoch die Position des E-Mails, das in Erwägungsgrund 23 weiterhin enthalten ist. Anders als im ursprünglichen Richtlinien-vorschlag nimmt die Verbraucherrechte-RL keine scharfe Trennung dahin gehend

vor, dass als dauerhafter Datenträger nur das physische Medium, also letztlich die Hardware, zu sehen ist. Der europäische Gesetzgeber bringt damit zum Ausdruck, dass er das E-Mail als dauerhaften Datenträger ansieht, obgleich es sich dabei nicht um ein physisches Trägermedium, sondern allenfalls um den Informationsträger bzw ein Übermittlungsformat handelt. Im Lichte der in Österreich herrschenden Judikatur,<sup>20)</sup> derzufolge auch ein E-Mail als „dauerhafter Datenträger“ iSd § 5d KSchG anzusehen ist, und im Hinblick auf die Gebräuche des Geschäftsverkehrs ist die Entscheidung für die Qualifikation des E-Mails als dauerhafter Datenträger allerdings im Interesse der Rechtssicherheit des Geschäftsverkehrs zu begrüßen, mag auch das E-Mail in der Aufzählung des Erwägungsgrundes 23 der Verbraucherrechte-RL systemfremd erscheinen.

Berücksichtigt man die gängige Praxis, die sich zur Übermittlung von Informationen laufend E-Mails oder PDF-Dateien bedient – Letztere sind schon nach der Definition des Dateiformats<sup>21)</sup> für den Austausch von Dokumenten prädestiniert –, war die Beibehaltung des E-Mails als dauerhafter Datenträger zweifellos geboten. Die damit verbundene Vermischung von Trägermedium einerseits und Übermittlungsverfahren bzw Informationsträger andererseits wird jedoch mit dem Einzug neuer Technologien wiederum Auslegungsbedarf aufwerfen. So wird es vermutlich eine Aufgabe der nächsten Jahre sein, Social Networks, Messagingdienste und andere Formen der Nachrichtenübermittlung, die gerade keine E-Mails darstellen, in die Begriffsdefinition des dauerhaften Datenträgers einzubeziehen. Möglicherweise wird die in Art 8 Abs 1 Verbraucherrechte-RL vorgesehene stärkere Bezugnahme auf die dem „benutzten Fernkommunikationsmittel angepasste Weise“ der Informationserteilung dazu beitragen, in diesem Zusammenhang auf technologische Entwicklungen besser reagieren zu können.

Der Umgang mit dem Begriff des „dauerhaften Datenträgers“ wird daher im Alltag durch die Verbraucherrechte-RL nicht vereinfacht, ihr Einsatzbereich jedoch erheblich erweitert werden. Zwar führt die weiterhin relativ technologieneutral gehaltene Begriffsdefinition in Art 2 Z 10 dazu, dass künftige technische Entwicklungen sich in den Rechtsrahmen

einfügen lassen, einer Entwicklung im Nutzungsverhalten der Verbraucher, etwa durch die Verwendung mobiler Endgeräte oder dem Trend zu Unified Communications<sup>22)</sup> wird damit jedoch nicht Rechnung getragen. Wenngleich der EuGH von einem „normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“ („average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect“)<sup>23)</sup> ausgeht, so soll offenbar nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers und auch nach der vom EuGH vertretenen Rechtsansicht der Informationsgrad des Verbrauchers nicht so weit reichen, dass ihm bspw das Ausdrucken oder Abspeichern einer PDF-Datei oder einer Website zumutbar wäre.

Diesen Weg setzt der EuGH in seinem Urteil vom 5. 7. 2012 in der Rs C-49/11 fort, wenn er klarstellt, dass der Verbraucher die zu erteilenden Informationen passiv erhalten muss.<sup>24)</sup> Eine Interaktion des Verbrauchers, etwa in Form des Ausdruckens oder Abspeicherns, sei nicht vorgesehen und könne daher vom Verbraucher nicht erwartet werden.

Auch in diesem Zusammenhang ist fraglich, weshalb der europäische Gesetzgeber in Erwägungsgrund 23 der Verbraucherrechte-RL das E-Mail in die Aufzählung aufgenommen hat, wenn gerade bei der steigenden Zahl von mobilen Endgeräten davon auszugehen ist, dass regelmäßig kein Ausdrucken oder Abspeichern des E-Mails stattfindet. Somit erscheint die mittels E-Mail übermittelte Information letztlich ähnlich vergänglich wie eine Website und es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die somit erteilten Informationen dem Verbraucher über einen längeren Zeitraum zur Verfügung stehen. Offenbar gehen die Fernabsatz-RL und die Verbraucherrechte-RL davon aus, dass mit Erhalt des E-Mails dieses in einer Weise in die Sphäre des Verbrauchers gelangt ist, die zur Erteilung der Information ausreicht, selbst wenn der Verbraucher in der Folge das E-Mail selbst löscht oder dieses aufgrund einer Vorhaltezeit beim E-Mail-Provider vom Server gelöscht wird.

22) Unter dem Begriff „Unified Communications“ wird Integration von Kommunikationsmedien in einer einheitlichen Anwendungsumgebung verstanden. Durch eine Zusammenführung aller Kommunikationsdienste wie E-Mail, Telefon und Instant Messaging wird die Erreichbarkeit von Kommunikationspartnern verbessert.

23) EuGH 16. 9. 2004, C-329/02 P Slg 2004, I-8317, SAT.1/HABM; 22. 6. 1999, C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Slg 1999, I-3819 Rz 26; 6. 5. 2003, C-104/01, Libertel, Slg 2003, I-3793 Rz 46.

24) EuGH 5. 7. 2012, C-49/11, Content Services/Bundesarbeiterkammer, Rz 35.

17) Anhang I Teil B der Verbraucherrechte-RL, auf den Art 11 Abs 1 lit a Verbraucherrechte-RL verweist.

18) Art 11 Abs 1 lit b Verbraucherrechte-RL.

19) Art 11 Abs 3 Verbraucherrechte-RL.

20) OGH 20. 5. 2008, 4 Ob 18/08p.

21) PDF steht für Portable Document File, somit für ein Format, das für den Austausch elektronischer Dokumente geschaffen wurde.

Zumindest in letzterem Fall ist keineswegs sichergestellt, dass der Verbraucher ausreichende Kenntnis vom Inhalt erlangt hat.

Ebenso lässt die Verbraucherrechte-RL offen, ob die Übermittlung der Informationen als E-Mail-Anhang zulässig ist, und wenn ja, bei welchen Formaten der Unternehmer darauf vertrauen kann, dass der Verbraucher diese ohne größeren Aufwand und ohne die Notwendigkeit, zusätzliche Software zu installieren, öffnen kann. Dies ist im Lichte der von Art 8 Abs 1 Verbraucherrechte-RL geforderten Lesbarkeit der Information auf dem dauerhaften Datenträger kritisch zu betrachten. Da viele E-Mail-Programme bei E-Mails im HTML-Format über

eine Einstellung verfügen, die Bilder und sonstige online bereitgestellte Inhalte zunächst ausblendet, ist uE nicht einmal bei der Übermittlung eines HTML-formatierten E-Mails die Rechtssicherheit auf der Seite des Unternehmers gegeben, dass er seinen Informationspflichten ausreichend nachgekommen ist. Man wird wohl davon ausgehen können, dass viele Verbraucher derartige E-Mails mit potenziellem Spam verwechseln und dessen Inhalt daher keine ausreichende Beachtung schenken werden.

## 6. Zusammenfassung

Letztlich sind sowohl das Urteil des EuGH vom 5. 7. 2012 in der Rs C-49/11 als

auch die Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher klar bestrebt, dem Gedanken des Verbraucherschutzes Rechnung zu tragen, dies zum Teil allerdings auf einer Ebene, die nicht unbedingt den Gepflogenheiten des E-Commerce-Alltages entspricht. Auch nach dieser Modernisierung des Fernabsatzrechtes wird daher für den im Fernabsatz kontrahierenden Unternehmer die Informationserteilung auf Papier oder mittels eines – unformatierten – E-Mails weiterhin die wahrscheinlich sicherste Lösung darstellen, um seinen Informationsverpflichtungen nachzukommen.



Foto privat

### Der Autor:

Mag. *Balazs Esztegar*, LL.M. ist Rechtsanwaltsanwärter in Wien und Absolvent des Lehrgangs für Informationsrecht und Rechtsinformation der Universität Wien. Er ist vorwiegend im IT-Recht tätig und betreibt unter dem Namen *librate.com* ein Onlineportal für juristische Fachliteratur.

### Publikationen des Autors:

*Esztegar*, Zur Zulässigkeit der Verwendung von Facebook-Profilinhalten in der medialen Berichterstattung, *lexitec* 05/2010, 16–20; *Esztegar/Toth*, Das ungarische Mediengesetz im europäischen Kontrast, *eastlex* 3/2011, 106–108; *Öhlböck/Esztegar*, Datenschutz in Mietrecht und Wohnrecht, *immolex* 2010, 338–341; *Öhlböck/Esztegar*, Rechtliche Qualifikation von Denial of Service Attacks, *JSt* 4/2011, 126–133.

**Kontakt:** [b.esztegar@raoe.at](mailto:b.esztegar@raoe.at), [www.librate.com](http://www.librate.com)



Foto Hans Krist

### Der Autor:

Dr. *Johannes Öhlböck*, LL.M. ist Rechtsanwalt in Wien und vorwiegend in Fragen des IT-Rechts tätig. Er ist Vortragender im Lehrgang Informations- und Medienrecht der Universität Wien sowie in mehreren Lehrgängen der Donau Universität Krems.

### Publikationen des Autors:

*Öhlböck*, Kriminalberichterstattung – Identitätsschutz des Verdächtigen, *MR* 3/2012, 123–126; *Öhlböck/Esztegar*, Rechtliche Qualifikation von Denial of Service Attacks, *JSt* 4/2011, 126–133; *Öhlböck/Esztegar*, Datenschutz in Mietrecht und Wohnrecht, *immolex* 2010, 338–341; *Öhlböck*, CISAC – Wettbewerbsverzerrung durch Gegenseitigkeitsvereinbarungen zwischen Verwertungsgesellschaften kartellrechtlich betrachtet, in *Bogendorfer/Ciresa*, Urheberrecht (2009); *Öhlböck*, Informationsweiterverwendungsgesetz Kommentar (2008); *Galla/Öhlböck*, Die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors, in *Fallenböck/Galla/Stockinger* (Hrsg), Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft (2005).

**Kontakt:** [office@raoe.at](mailto:office@raoe.at), [www.raoe.at](http://www.raoe.at)

# OGH: Inländischer Gerichtsstand für Domainexekution bei Verpflichtetem mit Sitz im Ausland

■ jusIT 2012/98, 209

1. Eine Ordination ist auch in Exekutionssachen möglich, wenn bei einer Exekution zwar die inländische Gerichtsbarkeit zu bejahen ist, es aber an einem örtlich zuständigen inländischen Gericht mangelt.
2. Inländische Gerichtsbarkeit für ein Exekutionsverfahren ist immer dann gegeben, wenn (bei der Exekution zur Hereinbringung von Geld) das Exekutionsobjekt im Inland liegt.
3. Es fehlt an einer hinreichenden Anknüpfung an das Inland, wenn einem Drittschuldner mit Sitz in einem ausländischen Staat verboten werden soll, an seinen Gläubiger zu leisten, der seinen Sitz ebenfalls im Ausland hat.
4. Die inländische Gerichtsbarkeit für eine Exekution auf die Rechte aus verschiedenen .at-Domains (Domainexekution) ist zu bejahen, weil ein österreichischer Exekutionstitel durchgesetzt werden soll und sich das Exekutionsobjekt – im weitesten Sinn verstanden – im Inland befindet.
5. Im Hinblick auf den Sitz der Registrierungsstelle (nic.at) im Sprengel des angerufenen Bezirksgerichts Salzburg liegt die Ordination dieses Gerichts bei der Domainexekution nahe.

**ABGB: §§ 285, 292**

**EO: §§ 294, 331 ff**

OGH 21. 9. 2012, 3 Nc 26/12x  
(geonet.at)

## Anmerkung des Bearbeiters:

Anlass des Vollstreckungsverfahrens bildete ein Versäumungsurteil des HG Wien, das eine im Vereinigten Königreich domizilierte Private Limited Company dazu verpflichtete, eine bestimmte „.at“-Domain abrufbar zu halten, diese Domain zu löschen und € 3.706,52 an Prozesskosten zu bezahlen.

Zur Hereinbringung der Kostenforderung beantragte die vormals klagende und dann betreibende Partei im April 2012 eine Rechte- und Forderungsexekution beim BG Salzburg. Im Rahmen der Rechteexekution wurde die Exekution durch Pfändung und Verkauf der der verpflichteten Partei zustehenden Rechte an rund 300 „.at“-Domains, darunter zB [geonet.at](#), [goerdes.at](#), [grani.at](#) oder [gare.at](#), beantragt. Im Rahmen der

Forderungsexekution wurde die Pfändung und Überweisung einer der verpflichteten Partei gegen eine in Deutschland ansässige GmbH zustehenden Werbeprovisionsforderung beantragt.

Das Erstgericht wies den Exekutionsantrag wegen fehlender (inländischer) Zuständigkeit zur Gänze ab. Das Rekursgericht bestätigte mit der Maßgabe, dass der Exekutionsantrag der betreibenden Partei zurückgewiesen wurde. Es sprach aus, dass der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig sei, und trug dem Erstgericht aus Anlass des Rekurses auf, den mit dem Rekurs verbundenen Antrag auf Ordination des Verfahrens nach § 28 JN dem OGH vorzulegen.

Der 3. Senat setzte sich bei seiner Entscheidung mit dem auf Ordination bezogenen Vorbringen der betreibenden Partei

auseinander, wonach in Bezug auf die begehrte Zwangsvollstreckung die inländische Gerichtsbarkeit gegeben sei, weil die Exekution auf inländische Vermögensrechte gerichtet sei. Er wies den Ordinationsantrag hinsichtlich der Bestimmung eines örtlich zuständigen Gerichts für die Bewilligung und die Vollziehung der beantragten Forderungsexekution (ausländischer Drittschuldner) ab, gab ihm im Übrigen aber statt und bestimmte für die Bewilligung und die Vollziehung der beantragten Rechteexekution (Domainenpfändung) das schon ursprünglich von der betreibenden Partei angerufene BG Salzburg als örtlich zuständiges Gericht.

Zur grundsätzlichen Frage der Ordination bei einer (Domain-)Exekution konnte der OGH auf eine hinreichend entwickelte

Entscheidungspraxis zurückgreifen (stRsp, zurückgehend auf OGH 3. 6. 1991, 3 Nd 2/91). Er sah die inländische Gerichtsbarkeit (außerhalb des Falles der Immunität) für ein Exekutionsverfahren immer dann als gegeben an, wenn (bei der Exekution zur Hereinbringung von Geld) das Exekutionsobjekt im Inland liegt oder wenn (bei einer Exekution zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen) eine ausreichende Inlandsbeziehung der durchzusetzenden Leistung besteht und das Zwangsmittel im Inland zu setzen ist (*Jakusch in Angst*, EO-Komm<sup>2</sup> § 3 Rz 18b mwN).

Hinsichtlich der Forderungsexekution sprach er zusammenfassend aus, dass es an einer hinreichenden Anknüpfung an das Inland fehle, wenn einem Drittschuldner mit Sitz in einem ausländischen Staat verboten werden solle, an seinen Gläubiger zu leisten, der seinen Sitz ebenfalls im Ausland hat (bereits OGH 9. 9. 2009, 3 Nc 36/09p, JBl 2010, 251).

Somit verblieb die Frage, ob und wenn ja welches österreichische Gericht für eine Exekution auf .at-Domains zuständig ist, die einem nicht österreichischen Unternehmen zugeordnet sind, das im Vereinigten Königreich domiziliert ist. Konkret bejahte das Höchstgericht die inländische Gerichtsbarkeit für die begehrte Exekution auf die Rechte aus verschiedenen .at-Domains unter Verweis auf die ergangene Rsp zur Domainpfändung (grundlegend OGH 25. 3. 2009, 3 Ob 287/08i – *cafeoperwien.at*, jusIT 2009/41, 92 [*Thiele*]). Der OGH berücksichtigte dabei, dass ein österreichischer Exekutionstitel durchzusetzen war und sich das Exekutionsobjekt – im weitesten Sinn verstanden – im Inland befindet (vgl *Jakusch in Angst*, EO-Komm<sup>2</sup> § 3 Rz 18d). Da die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts rechtskräftig verneint wurde, ordnete das Höchstgericht das BG Salzburg wegen des Sitzes der Registrierungsstelle (nic.at) in der Stadt Salzburg.

Einen weiteren Anknüpfungspunkt für die Begründung der örtlichen Zuständigkeit hätte die mE der Sitz des Providers geboten, bei dem der Server steht, auf dem die Domain liegt („Belegenheitsort“). Im konkreten Fall hätte dies insofern zu keinem anderen Ergebnis geführt, als dies auch der Sprengel des BG Salzburg gewesen wäre.

Es ist keine Neuigkeit, dass Domains werthaltige Vermögensgüter sind. Noch weniger neu ist, dass exekutive Maßnahmen in fremden Jurisdiktionen erhebliche Barrieren darstellen. Ungeachtet dessen war die Frage nicht geklärt, ob exekutiv auf „.at“-Domains zugegriffen werden kann, wenn der Domaininhaber im EU-Ausland sitzt. Aus Sicht eines Parteienvertreters ist es erfreulich, dass der OGH in dieser Klarheit judiziert und damit Rechtssicherheit geschaffen hat.

**Bearbeiter: Johannes Öhlböck  
(am Verfahren beteiligt)**