

Martin Spitzer

Medienfreiheit und Zivilrecht*

Übersicht:

- I. Ausgangspunkt
- II. Freiheit als Kollisionsproblem
 - 1. Präkonstitutionelles ABGB
 - 2. Konzeptionen von Persönlichkeitsschutz
 - 3. Suche nach der Mitte als Daueraufgabe
 - 4. Konstitutionalisierung des Beleidigungsrechts
- III. Privatrecht als Medienschutz
- IV. SLAPP
 - 1. Phänomen
 - 2. Kosten
 - 3. Motion to strike
 - 4. Möglicher Anpassungsbedarf
 - 5. Fazit

I. Ausgangspunkt

Fragen der Meinungsfreiheit waren ein besonderer Forschungsschwerpunkt von Walter Berka, der auch im Zivilrecht sehr bewundert wird und den fächerübergreifenden Kontakt immer forciert hat. Sie führen ins Allerheiligste der Grundrechte. Willkürlich zitiert geht es um den „unmittelbarste[n] Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit“¹⁾ und „eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt“²⁾, „welches für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung konstituierend ist“³⁾, mithin das Kernstück bürgerlicher Freiheit.⁴⁾ Öffentlich-rechtlich riecht man beim Gedanken an die Meinungsfreiheit also fast den Pulverdampf von 1848.

Was assoziiert der Zivilrechtler? Dass man zu einem Kandidaten für ein politisches Amt nicht sagen darf, er wäre „nicht einmal in Palermo“ tragbar,⁵⁾ sehr

*) Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten, einige Nachweise sollen den weiteren Zugang zu den angesprochenen Fragen erleichtern.

1) BVerfGE 7, 198.

2) BVerfGE 7, 198.

3) *Bethge in Sachs*, Grundgesetz⁹ (2021) GG Art 5 Rz 22.

4) BVerfGE 69, 315.

5) OGH 23. 2. 1993, 4 Ob 6/93.

wohl aber zu einer Operettensängerin, sie gehöre „an die Kasse eines Selbstbedienungsrestaurants, nicht aber ins Weiße Rössl“.⁶⁾

II. Freiheit als Kollisionsproblem

1. Präkonstitutionelles ABGB

Es scheint, als würde das Zivilrecht nicht auf die hehre Freiheit, sondern nur auf deren eher schmutzige Kehrseite schauen und es damit deutlich billiger geben. Aber vielleicht gilt das ja nur auf den ersten Blick. Es ließe sich nämlich genauso sagen, dass sich das Zivilrecht schon 1811 – der Schutz der Ehre durch § 1330 ist Urbestand des ABGB – mit dem beschäftigt hat, was das öffentliche Recht erst ab den 1970ern auf die Agenda nimmt: der Freiheit als Kollisionsproblem. Ob als Grundrechtskollision oder als Kollision absolut geschützter Rechtsgüter ist dafür irrelevant, das Zivilrecht war jedenfalls früh dran. Der jeweilige Zugang sowohl des öffentlichen Rechts als auch des Privatrechts wäre mit Blick auf die jeweilige Ausgangslage auch mehr als verständlich.

Wer dem absolutistischen Staat Meinungs- und Pressefreiheit abringen muss, hat genug damit zu tun, diese Rechte im zweipoligen Bürger-Staat-Verhältnis zu sichern, wie die Geschichte nach 1848 anschaulich zeigt. Für feinsinnigere Abwägungen ist noch nicht die Zeit, das StGG 1867 lieferte dafür auch nicht das Material. Um Grundrechtskollisionen nachzuspüren, braucht es ein ausdifferenziertes Grundrechtsverständnis, das insbesondere über die klassische Dimension des Abwehrrechts hinausdenkt.

Privatrecht findet demgegenüber im horizontalen Verhältnis statt und berücksichtigt daher seit jeher, dass das „Zivilrecht [...] keine Geschenke machen [kann], die nicht doch von jemandem zu bezahlen wären“.⁷⁾ Hier sind Gesetzgebung und Vollziehung an der Maxime zweiseitiger Rechtfertigung ausgerichtet, die Franz Bydlinski als Prinzip der Zumessung von Vorteilen und Lasten im Privatrecht geprägt hat.⁸⁾ Aus dem Umstand, dass die Zuteilung von Rechten oder Rechtsvorteilen an eine Person Pflichten oder Nachteile bei einer anderen nach sich zieht, schließt er auf die Notwendigkeit, nicht einseitig, nur auf ein Subjekt

⁶⁾ OGH 15. 5.1995, 6 Ob 20/95.

⁷⁾ *Medicus*, „Geld muß man haben.“ Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, AcP 1988, 489 (508).

⁸⁾ Siehe auch *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht (1997) 91 FN 192 („noch tiefer liegende[s] Prinzip“); *Koziol*, Grundgedanken, Grundnorm, Schaden und geschützte Interessen, in *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2007) 23 (32); *Koziol*, Das bewegliche System. Die goldene Mitte für Gesetzgebung und Dogmatik, ALJ 2017, 160; *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003) 246; *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht (2006) § 31 Rz 937; *H.P. Westermann*, Drittinteressen und öffentliches Wohl als Elemente der Bewertung privater Rechtsverhältnisse, AcP 2008, 141 (148). Vgl auch die Ausführungen des Schweizerischen Bundesgerichts in BGE 129 III 320 und in Österreich die rezente Diskussion um das Corona-Kreditmoratorium *Spitzer*, Kreditmoratorium und Zinsenbefreiung. Anmerkung zu 3 Ob 189/21x, Zak 2022, 44 (46).

bezogen zu argumentieren.⁹⁾ Vielmehr müsse „immer auch gefragt werden, warum die negativen Folgen zulasten eines Beteiligten gerade zu positiven Folgen für diesen anderen Beteiligten führen sollen“, und damit spiegelbildlich, „warum der Begünstigte seine Begünstigung gerade auf Kosten eines bestimmten anderen erlangen soll“. ¹⁰⁾

Wenn sich eines der prägenden Werke der Privatrechtswissenschaft mit der „Suche nach der Mitte“ beschäftigt,¹¹⁾ hat das Privatrecht den Interessenausgleich offenkundig in seiner DNA und werden – in der Diktion der EMRK ¹²⁾ – die „Rechte und Freiheiten anderer“ automatisch mitgedacht.

In der Rückschau haben beide Rechtsgebiete also zunächst ihre Kernaufgaben erledigt. Die heute so evidente Abhängigkeit von zivilrechtlichem Persönlichkeitsschutz und Grundrechten konnte man dabei vielleicht noch nicht als solche erkennen und benennen. Vor allem aber: Man hätte es ohnehin nicht laut gesagt.

Dass § 16 ABGB, der den Menschen kraft seines Menschseins schützt, in Satz 1 *sedes materiae* eines umfassenden Persönlichkeitsrechts und gleichzeitig in Satz 2 die Absage an Leibeigenschaft ist, ist nämlich nur der Beharrungskraft Zeillers zu verdanken, dessen kritische historische Beurteilung durch manche¹³⁾ in diesem Zusammenhang unberechtigt ist. Zeiller konnte sich zwar der eindringlichen Aufforderung nicht ganz entziehen, „alles Zeug von Menschenrechten [und] natürlicher, bürgerlicher Freiheit“ aus dem vorangegangenen Entwurf Martini zu beseitigen,¹⁴⁾ zB das dort noch vorgesehene Recht, die „Leibes und Geisteskräfte zu veredeln“. ¹⁵⁾ Dennoch ist § 16 ABGB geblieben.

Zeiller meint dazu, es wäre nur, „um allen Mißdeutungen, besonders der Auswärtigen, vorzubeugen, [...] an einem schicklichen Orte der Einleitung zu sagen: ‚Daß von der obersten Macht [...] die angeborenen Rechte, die jedem durch die Vernunft bekannt sind, [...] durch die Gesetze gesichert werden.“ ¹⁶⁾ Wellspacher bemerkt ironisch eine „zarte Rücksichtnahme auf das Ausland“, ¹⁷⁾ die eigentlich gleichermaßen raffiniert wie modern ist.

Damit ist § 16 ABGB entgegen Joseph Unger kein „ganz müßige[r], praktisch bedeutungslose[r] Paragraph“, ¹⁸⁾ sondern eine Zentralnorm der Rechts-

⁹⁾ F. Bydliński, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 92 ff; F. Bydliński, Die Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht, in FS Koziol (2010) 1355.

¹⁰⁾ F. Bydliński in FS Koziol (FN 9) 1355 (1356).

¹¹⁾ F. Bydliński, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 2004, 309.

¹²⁾ Art 8 Abs 2, 9 Abs 2, 11 Abs 2 EMRK.

¹³⁾ Barta, Martini-Colloquium: Begrüßung und Einleitung, in Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Privatrechtskodifikation. Tagungsband des Martini-Colloquiums 1998 (1999) 15 (44 f, FN 44); sehr differenziert demgegenüber Meissel, De l'esprit de modération – Zeiller, das ABGB und der Code civil, in FS Ogris (2010) 265 (279 f).

¹⁴⁾ Siehe Harrasowsky, Die Umarbeitungen des Codex Theresianus II (1886) 4.

¹⁵⁾ § 29, abgedruckt bei Ofner, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches I (1889) V.

¹⁶⁾ Ofner (FN 15) 37.

¹⁷⁾ Wellspacher, Das Naturrecht und das ABGB, in FS ABGB I (1911) 174 (181).

¹⁸⁾ Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I (1863) 71 FN 16.

ordnung¹⁹⁾ und so nah an „Verfassungsrecht“, wie das ABGB 1811 nur sein konnte.

2. Konzeptionen von Persönlichkeitsschutz

Es wundert daher nicht, dass § 16 ABGB bis heute und auch in einem ausdifferenzierten Grundrechtssystem relevant ist.²⁰⁾ Die Norm öffnet späteren Grundrechten (zB Art 8 EMRK) die Tür sperrangelweit.

Mit einer so offenen Konzeption wie im ABGB war Persönlichkeitsschutz in Österreich daher immer leichter als in anderen Rechtsordnungen.²¹⁾ Das deutsche Reichsgericht musste sich etwa sehr verrenken, als Paparazzi den verstorbenen Bismarck im Totenbett fotografiert hatten. Der „Bruch des Hausfriedens“ musste für den Anspruch auf Vernichtung der Aufnahmen herhalten, weil das rechtsgutzentrierte deutsche Deliktsrecht nichts Passendes zu bieten hatte.²²⁾ Ähnlich erging es England, wo das Abstellen auf spezifische *torts* – Verletzungshandlungen – für Schwierigkeiten sorgt. Noch 1991 erhielt ein weiterer Paparazzo einen Freibrief, nachdem er im Krankenhaus (!) als Arzt verkleidet (!) Fotos von einem schwer verletzten (!!!) Schauspieler gemacht hatte: „It is well known that in English law there is no right to privacy“.²³⁾ Es hat erst den Human Rights Act 1998 gebraucht, um das zu ändern;²⁴⁾ *Mosely v News Group* ist dafür ein schlagender, wenn auch etwas defensiv klingender Beweis: “It is not simply a matter of ‘unaccountable’ judges running amok. Parliament enacted the 1998 statute which requires these values to be acknowledged and enforced by the courts.”²⁵⁾

Alles das hat sich das ABGB genauso erspart wie das ähnlich strukturierte französische Recht. Dort war es schon 1858 eine Persönlichkeitsrechtsverletzung, als ein Bild der berühmten Schauspielerin Rachel vom Totenbett verbreitet wurde,²⁶⁾ was übrigens gleichzeitig ein frühes Beispiel postmortalen Persönlichkeitsschutzes liefert.²⁷⁾

¹⁹⁾ *Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht*⁷ (2022) 21.

²⁰⁾ Siehe etwa *Aicher in Rummel/Lukas, ABGB*⁴ § 16 Rz 57; *Frick, Persönlichkeitsrechte: rechtsvergleichende Studie über den Stand des Persönlichkeitsschutzes in Österreich, Deutschland, der Schweiz und Liechtenstein* (1991) 47, 56 f; *Griss, Die Rechtsprechung als Organ der Rechtsfortbildung im Zivilrecht, in FS 200 Jahre ABGB* (2011) 1521 (1523 f); *Ostheim, Die Weisung des Arbeitgebers als arbeitsrechtliches Problem: Gutachten* (1970) 82 f.

²¹⁾ Eingehend *Karner, Menschenrechte und Schutz der Persönlichkeit im Zivilrecht, ÖJZ* 2013, 906.

²²⁾ RGZ 45, 170; vgl *Karner (FN 21)* 907.

²³⁾ *Kaye v Robertson* [1991] F.S.R 62 (CA).

²⁴⁾ *Karner (FN 21)* 908.

²⁵⁾ *Mosley v News Group Newspapers* [2008] EWHC 1777 (QB).

²⁶⁾ *Tribunal Civil Seine, 16 June 1858, Dalloz* 1858, 3 (62).

²⁷⁾ *Karner, Menschenrechte und Persönlichkeitsschutz in Österreich und Europa, in Vienna Law Inauguration Lectures, Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien III* (2014) 23 (24); umfassend *Pierer, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten* (2018).

Das österreichische Privatrecht war also von Anfang an für den Umgang mit der Meinungs- und Medienfreiheit gut gerüstet, wobei sich zeigt, dass das Rüstzeug stark dem Selbstverständnis des ABGB zu verdanken ist. „Zeug von Menschenrechten“²⁸⁾ wurde zwar nur präkonstitutionell, aber dann eben doch mitgedacht.

3. Suche nach der Mitte als Daueraufgabe

Dementsprechend ist die schon angesprochene „Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft“²⁹⁾ bis heute nicht abgeschlossen. Für Verfeinerung und Ausdifferenzierung war immer mehr als genug Platz, sowohl für den Gesetzgeber als auch für die Gerichte.

So äußert sich § 1330 ABGB über den Ehrenschatz etwa nicht zu einem allgemein anerkannten Gradmesser für das Schutzniveau von Persönlichkeitsrechten: dem Ersatz ideeller Schäden, also Gefühlsschäden, die sich in keinem finanziellen Minus niederschlagen.³⁰⁾ Solche Schäden bei der Beleidigung nicht zu ersetzen, ließe sich zwar historisch erklären, wäre aber nicht unproblematisch. Da der Beleidigte oft gar keinen Vermögensschaden hat, läuft die Ablehnung des Ersatzes ideeller Schäden ja regelmäßig auf die allgemeine Ablehnung von Ersatzansprüchen hinaus, weshalb man ein Untermaß an Schutz befürchten könnte.³¹⁾ Das komplizierte Verhältnis von Zivilrechtlern zum ideellen Schaden, das fast religiöse Züge – und zwar zu Zeiten der Religionskriege³²⁾ – trägt, soll hier nicht weiter ausgebreitet werden.³³⁾ Es reicht die Erinnerung, dass der Gesetzgeber in weiterer Folge für besonders breitenwirksame Fälle von Persönlichkeitsverletzungen nachgezogen und im MedienG den Ersatz ideeller Schäden durch den Medieninhaber normiert hat (§§ 6 ff MedienG).³⁴⁾

Das ist auf Grund der besonderen Gefährdung schlüssig und nicht die einzige Erweiterung geblieben. § 1328a ABGB schützt seit 2004 die Privatsphäre und spricht bei erheblichen Verletzungen explizit eine Entschädigung der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung zu, wobei sich der Gesetzgeber explizit auf

²⁸⁾ Vgl *Harrasowsky* (FN 14) 4.

²⁹⁾ *F. Bydlinski* (FN 11) 309.

³⁰⁾ *Perner/Spitzer/Kodek* (FN 19) 25, 317.

³¹⁾ Siehe *Spitzer*, Schadenersatz für Datenschutzverletzungen, *ÖJZ* 2019, 629 (632 f) mwN.

³²⁾ *Spitzer* (FN 31) 633.

³³⁾ Grundlegend *F. Bydlinski*, Der Ersatz des ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, *JBl* 1965, 173, 237 (179 f, 253 f); *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999) 72 ff; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I⁴ (2020) 721 ff.

³⁴⁾ *Berka* in *Berka/Heindl/Höhne/Koukal*, MedienG⁴ Vor §§ 6-8a MedienG Rz 21; *Korn*, Das Entschädigungssystem, in *Mayer*, Persönlichkeitsschutz und Medienrecht (1999) 47 (105); *ErLRV* 503 BlgNR 18. GP 10.

Grundrechte beruft.³⁵⁾ Dass es beim „Hass im Netz“-Paket demgegenüber nicht gelungen ist, einen derartigen Ersatz anzuordnen,³⁶⁾ sei nur am Rande erwähnt.

Wie die Judikatur damit umgehen wird, steht auf einem anderen Blatt, zumal die Gerichte in ihren Abwägungen feinsinniger und umfassender geworden sind. Beispiele lassen sich im Großen wie im Kleinen zahlreich finden, zu denken ist etwa an die gesamte *public-figure*-Rechtsprechung, bei der der Rang der Meinungsfreiheit eine überragende Rolle spielt.³⁷⁾ Die Grundrechtskollision ließe sich aber auch noch weiter auffächern, wie der rezente Fall einer Frau zeigt, die auf ihrer Facebookseite über die Vergewaltigung durch ihren Mann berichtete.³⁸⁾

Wie passt das zur Unschuldsvermutung? Deren Schutz durch § 7b MedienG, wenn in Medien über Verbrechen berichtet wird, ist kein Zufall, sondern eine ganz bewusste und maßgebend verfassungsrechtlich inspirierte Entscheidung des Gesetzgebers.³⁹⁾ Nun ist es aber denkbar – neue Medien bringen auch neue Probleme der Medienfreiheit⁴⁰⁾ –, dass auch die Facebookseite der Frau ein Medium ist,⁴¹⁾ womit sich die vorbehaltlose Schilderung der Vergewaltigung nicht verträgt. Dass die Frau dennoch ohne Hinweis auf die Unschuldsvermutung über ihre eigene Vergewaltigung auf Facebook berichten durfte, lag nach dem OGH an einer „Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit der Beklagten und den Rechten des Klägers“, die – überzeugend – zugunsten der Beklagten ausging.

4. Konstitutionalisierung des Beleidigungsrechts

Dass das Privatrecht seine Daueraufgabe gleichermaßen im Auftrag wie an der Leine der Verfassung erfüllt, ist nicht in jeder Etappe so deutlich zu Tage getreten. Wenn Berka/Binder/Kneihs von einer „Konstitutionalisierung des Beleidigungsrechts“ sprechen,⁴²⁾ kann man ihren Befund aber zu einer Konstitutionalisierung des Persönlichkeitsschutzes verbreitern. Aus dieser Konstitutionalisierung stammen unzweifelhaft die wesentlichen Impulse für das Zivilrecht; denkt man an § 16 ABGB zurück, hat dieser Prozess sogar schon vor der Verfassung begonnen.

³⁵⁾ ErlRV 173 BlgNR 22. GP 4 f, 7, 19 f.

³⁶⁾ Siehe dazu *Dokalik/Mokrejs-Weinhappel*, Die Bekämpfung von „Hass im Netz“ mit den Mitteln des Zivilrechts, ÖJZ 2021, 309 (316 f).

³⁷⁾ Näher dazu *Holoubek*, „Public figures“ als Maßstab bei der Grundrechtsprüfung, *ecolx* 1990, 785; *Ennöckl*, Public figures im Rundfunkrecht, in *Berka/Grabenwarter/Holoubek*, Medienfreiheit versus Inhaltsregulierung (2006) 95; *Harrer/Wagner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 1330 Rz 29 f; *Kissich* in ABGB-ON¹⁰⁵ § 1330 Rz 61; außerdem bereits ErlRV 2 BlgNR 15. GP 31.

³⁸⁾ OGH 2. 2. 2022, 6 Ob 239/21x ZIIR 2022, 348 (*Epler*).

³⁹⁾ OGH 2. 2. 2022, 6 Ob 239/21x, Rz 3; *Berka* in *Berka/Heindl/Höhne/Koukal*, MedienG⁴ § 7b MedienG Rz 2 ff; ErlRV 851 BlgNR 18. GP 4.

⁴⁰⁾ *Holoubek*, Grundrechtsschutz vor neuen Herausforderungen, GA 21. ÖJT – Bd I/1, (2022) 111 ff.

⁴¹⁾ OGH 15. 10. 2021, 11 Ns 76/21x, Rz 7; OGH 25. 5. 2016, 15 Ns 35/16j; *Karner/Pehm*, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit von (Online-)Medien: Zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, in *Koziol*, Tatsachenmitteilungen und Werturteile: Freiheit und Verantwortung (2018) 105 (125).

⁴²⁾ *Berka/Binder/Kneihs*, Die Grundrechte (2019) 686.

III. Privatrecht als Medienschutz

Das Privatrecht hat sich also von Anfang an der Kollision gewidmet, zur abwehrrechtlichen Verwirklichung der staatsgerichteten Meinungs- und Medienfreiheit konnte es nicht viel beitragen. Freilich ist das nicht die einzige grundrechtliche Dimension, wofür es mit Blick auf eine medienfreiheitsbewusste Ausgestaltung des Privatrechts verschiedene Beispiele gibt. Dabei ist der Zivilprozess miteinzubeziehen, denn dorthin hat sich nach der sukzessiven Abrundung des materiellrechtlichen Persönlichkeitsschutzes die Aufmerksamkeit verlagert. Neben dem naheliegenden „Hass im Netz“-Paket, das fast ausschließlich Fragen der Rechtsdurchsetzung betrifft,⁴³⁾ findet sich ein weniger sinnfälliger, aber umso illustrativerer Schauplatz, der zugleich an die Ambivalenz privatrechtlicher Regelungen erinnern wird: grenzüberschreitende Pressedelikte. Wo können Ansprüche geltend gemacht werden?

Nach internationalem Zivilverfahrensrecht besteht bei grenzüberschreitenden Schädigungen wie immer die Möglichkeit, am allgemeinen Gerichtsstand im Wohnsitzstaat des Beklagten zu klagen (Art 4 EuGVVO). Stattdessen kann – ebenso allgemeinen Grundsätzen entsprechend – auch der Gerichtsstand der Schadenszufügung gewählt werden, der ein Forum alternativ am Handlungs- oder am Erfolgsort eröffnet (Art 7 Nr 2 EuGVVO). Diese Ubiquität des Deliktsgerichtsstands begründete der EuGH in einer älteren Entscheidung, die mit der Presse nichts zu tun hatte: Leitet eine elsässische Kalimine Abwasser in den Rhein und werden in den Niederlanden mit verschmutztem Rheinwasser Felder bewässert, kann am Handlungsort in Frankreich oder am Erfolgsort in den Niederlanden geklagt werden.⁴⁴⁾

Bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen fällt es aber schwer, den Erfolgsort zu finden. Werden Printmedien in mehreren Ländern verbreitet, wendet der EuGH die in der Rs Shevill entwickelte Mosaiktheorie an: Jeder Mitgliedstaat ist für die Entscheidung über den Schaden zuständig, der durch die Verbreitung in diesem Staat verursacht wurde.⁴⁵⁾ Daraus können schnell zahlreiche Gerichtsstände in der ganzen EU folgen, was für Medien durchaus positiv ist: Wer den vollen Schaden auf einmal einklagen will, muss das am allgemeinen Gerichtsstand (Sitz) tun; nur für Internetdelikte, bei denen das Mosaik rasch zum Sandhaufen wird,⁴⁶⁾ stellt der EuGH einen weiteren Schwerpunkt-Wahlgerichtsstand am gewöhnlichen Aufenthalt des Geschädigten neben die Mosaiktheorie.⁴⁷⁾

Diese prozessuale Streuung führt gleichzeitig zu einer materiellrechtlichen Reise quer durch die europäischen Rechtsordnungen, weil die international-privatrechtliche Anknüpfung solcher Schadenersatzansprüche nicht harmonisiert

⁴³⁾ Siehe zum neuen Mandatsverfahren *Pierer*, Das Mandatsverfahren nach § 549 ZPO, MR 2021, 27.

⁴⁴⁾ EuGH 30. 11. 1976, Rs 21/76, *Bier/Potasse*.

⁴⁵⁾ EuGH 7. 3. 1995, Rs C-68/93, *Shevill*.

⁴⁶⁾ *Czernich* in *Czernich/Kodek/Mayr*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht⁴ Art 7 EuGVVO Rz 143.

⁴⁷⁾ EuGH 25. 10. 2011, Rs C-509/09 und C-161/10, *eDate Advertising*. Umfassend zum Ganzen zuletzt *H. Roth*, Internationale Zuständigkeit bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts, in FS Schack (2022) 827 mwN.

ist (Art 1 Abs 2 lit g ROM II-VO).⁴⁸⁾ Es ist daher an jedem Ort, an dem geklagt werden kann, nach dem lokalen IPR zu ermitteln, nach welcher Rechtsordnung sich die materiellrechtliche Beurteilung richtet. Schon zwischen dem öIPRG (§ 48) und dem dEGBGB (Art 40) gibt es dabei markante Unterschiede.⁴⁹⁾ Was folgt daraus? Viele Klagen, an vielen Orten, nach vielen IPR und im Ergebnis verschiedenen Rechtsordnungen.

Heiderhoff konstatiert dazu: „Das kann sich geradezu dramatisch auswirken.“ „Das ist ungeheuer kompliziert und entwertet die Anknüpfung an den Erfolgsort beinahe vollends.“ Der riesige Nachteil werde von den Verfechtern der Theorie aber sehenden Auges in Kauf genommen. „Eine freie Wahl wäre nämlich für die Presse – die ja nicht immer absichtlich die Persönlichkeit verletzt – kaum zu verkraften und mit der Pressefreiheit nicht vereinbar.“⁵⁰⁾ Warum dafür (fehlende) Absicht relevant sein soll, ist zwar nicht ganz nachvollziehbar, aber immerhin: Im Dienste der Pressefreiheit ein Alptraum für den Kläger.⁵¹⁾ Wie das Privatrecht sind aber auch Regeln zu seiner Durchsetzung ein zweischneidiges Schwert.

Dass das Sandhaufen-Mosaik den schwachen Kläger schwächt, liegt zwar auf der Hand. Man könnte den Spieß allerdings auch umdrehen. Wer es sich leisten kann, könnte auf die Idee kommen, in jedem EU-Mitgliedstaat seinen und sei es nur kleinen Schaden einzuklagen, mit dem Bonus, dass jede Klage etwas anders und dadurch – auch für den Beklagten – teuer ist. Als Beispiel: Im Shevill-Fall wurden etwa 200 Zeitschriften am Wohnsitz von Frau Shevill in England und über 200.000 in Frankreich verkauft, wo der beklagte Zeitungsverlag seinen Sitz hatte.⁵²⁾

Problembewusstsein zeigte kürzlich Generalanwalt Hogan: „Durch die Vervielfachung von Gerichtsständen wird ein Nährboden für Strategien einer Prozessführung in Belästigungsabsicht bereitet und insbesondere sogenannten Strategischen Klagen gegen öffentliche Beteiligung [...] Vorschub geleistet.“⁵³⁾

⁴⁸⁾ Zum Hintergrund etwa *Junker* in MüKoBGB⁸ Art 1 Rom II-VO Rz 43 mwN.

⁴⁹⁾ Zur Ubiquitätsregel und dem Günstigkeitsprinzip nach Art 40 dEGBGB siehe *Junker* in MüKoBGB⁸ Art 40 EGBGB Rz 29 und *von Hein*, Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Deliktsrecht (1998) 9; zum davon abweichenden § 48 öIPRG siehe *Koziol*, Einige Fragen des internationalen Schadenersatzrechts, ZVR 1980, 1 und *von Hein*, Günstigkeitsprinzip 15 ff.

⁵⁰⁾ *Heiderhoff*, Eine europäische Kollisionsregel für Pressedelikte, EuZW 2007, 428 (430 f).

⁵¹⁾ Auf einen anderen Gesichtspunkt weist in diesem Zusammenhang *Pöschl*, Neuvermessung der Meinungsfreiheit? in *Koziol*, Tatsachenmitteilungen und Werturteile: Freiheit und Verantwortung (2018) 31 (50 f, 55) hin: Die Zuständigkeit am Erfolgsort führe zu einer Reterritorialisierung des Internets durch die Mitgliedstaaten.

⁵²⁾ EuGH 7. 3. 1995, Rs C-68/93, *Shevill*, Rz 9.

⁵³⁾ GA 16. 9. 2021, Rs C-251/20, *Gtflix Tv*, Rz 62.

IV. SLAPP

1. Phänomen

Solche Strategischen Klagen gegen öffentliche Beteiligung markieren den Abschluss der Assoziationen zur Meinungs- und Medienfreiheit. SLAPPs⁵⁴⁾ – *Strategic Lawsuits Against Public Participation* – sind der letzte Schrei der Medienfreiheit, der gerade aus den USA nach Europa schwappt.⁵⁵⁾

Was ist damit gemeint? Der erfahrene SLAPPER Donald Trump trägt sein Herz aufschlussreich auf der Zunge, wenn es um eine \$ 6 Mrd-Klage gegen einen Biographen geht, der ihm den Milliardärs-Status abgesprochen hatte:⁵⁶⁾ “I spent a couple of bucks on legal fees, and they spent a whole lot more. I did it to make his life miserable, which I’m happy about.”⁵⁷⁾ Dabei macht der Vorwurf nicht bei Donald Trump und auch nicht in Amerika halt. Der Tiroler Blogger dietiwag, der über Missstände bei den Festspielen in Erl berichtet hatte, warf einem österreichischen Bauunternehmer ebenso vor, ihn zu SLAPPen,⁵⁸⁾ wie die Plattform ZackZack einem österreichischen Immobiliencycoon⁵⁹⁾ und einem Lokalbesitzer, der über die „Ho-Kain Recherche“ dieses Mediums nicht glücklich war.⁶⁰⁾

Was tut der SLAPP? Einerseits kann eine hohe geltend gemachte Forderung bei buchführungspflichtigen Beklagten Rückstellungsbedarf auslösen (§ 198 Abs 8 UGB), was mehr als unangenehm sein kann. Von diesem bilanziellen Schauplatz abgesehen gibt es aber vor allem prozessuale Fragen, die die EU als so drängend empfindet, dass die Kommission dazu vor kurzem einen Richtlinienentwurf vorgelegt hat.⁶¹⁾

⁵⁴⁾ Dazu grundlegend *Wilfinger*, Einschüchterungsklagen – Nationale Grundsätze und europäische Perspektiven, ÖJA 2023, 1; *Wilfinger*, Schlaglichter auf den Entwurf einer Anti-SLAPP-Richtlinie, ÖJZ 2022, 1069; *Hess*, Der Richtlinien-Vorschlag der EU-Kommission zur Bekämpfung von SLAPPs, COM(2022) 177 final. Mögliche Konsequenzen für das österreichische Prozessrecht, *ecolex* 2022, 704; *Domej*, The proposed EU anti-SLAPP directive: a square peg in a round hole, ZEuP 2022, 754.

⁵⁵⁾ Begriffsprägend in den USA *Pring/Canan*, SLAPPs: Getting Sued for Speaking Out (1996); aus der öffentlichen Wahrnehmung hierzulande etwa Der Standard, 14. 2. 2022, Einschüchterungsklagen gegen Journalisten auf dem Vormarsch, abrufbar unter <https://www.derstandard.at/story/2000133349665/einschuechterungsklagen-gegen-journalisten-auf-dem-vormarsch> (31. 1. 2023).

⁵⁶⁾ *Trump v O’Brien*, 29 A.3d 1090, 1092 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2011).

⁵⁷⁾ Zitiert nach *Public Participation Project*, Former President Trump and the First Amendment: What You Need To Know, abrufbar unter www.anti-slapp.org/trump-and-the-first-amendment (7. 2. 2023).

⁵⁸⁾ *dietiwag*, Jetzt hat die Erler Partie auch noch das letzte Gerichtsverfahren verloren, abrufbar unter www.dietiwag.org/index.php?id=6280 (7.2.2023).

⁵⁹⁾ *Melzer*, Nach Millionenklage: ZackZack erringt bahnbrechenden Sieg für die Pressefreiheit in Österreich, abrufbar unter www.zackzack.at/2022/08/28/nach-millionenklage-zackzack-erringt-bahnbrechenden-sieg-fuer-die-pressefreiheit-in-oesterreich (7. 2. 2023).

⁶⁰⁾ *Weiser*, Die Akte Martin Ho, abrufbar unter www.zackzack.at/2023/01/18/die-akte-martin-ho (7. 2. 2023).

⁶¹⁾ Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zum

2. Kosten

Dass dabei die Prozesskosten ein Thema sind, nimmt vor dem Hintergrund des US-amerikanischen Rechts nicht Wunder,⁶²⁾ das grundsätzlich keinen Kostenersatz gewährt. Jeder zahlt selbst, es gilt die *American Rule*. Gleichzeitig ist die *contingency fee* zulässig, also eine *quota litis*, die bei \$ 6 Mrd stattlich wäre. Dem Kläger erlaubt ein derartiges Honorarmodell, sein Risiko zu minimieren. Außerdem beschränken sich die Gerichtskosten typischerweise auf eine *filing fee* von wenigen hundert Dollar, sodass man in den USA ungehemmt prozessieren und dem Beklagten sein „*life miserable*“ machen kann.

Das Problem besteht in Österreich nicht. § 41 ZPO verwirklicht bekanntlich das Nettoprinzip, der Gewinner des Prozesses erhält Kostenersatz. Außerdem sind Gerichtsgebühren streitwertabhängig und nach oben offen, weshalb aus den „*couple of bucks*“ nach dem österreichischen Tarif beachtliche \$ 72 Mio allein an Pauschalgebühr würden.⁶³⁾ Solche Beträge sind immer wieder Anlass zu – auch verfassungsrechtlicher – Kritik,⁶⁴⁾ SLAPPs wirkt die Steuerungsfunktion des Kostenrechts aber durchaus entgegen. Die vom RL-E geforderten Sonderregeln zur Kostentragung (Art 14) erübrigen sich in Österreich daher im Wesentlichen.⁶⁵⁾

3. Motion to strike

Amerika ist nicht nur bei den Kosten anders. Vielmehr sind Klagen auch ungewohnt vage, sie enthalten lediglich ein „short and plain statement of the claim“.⁶⁶⁾ Das ist insofern schlüssig, als der Kläger im Prozess oft vieles noch recherchiert und die Klage die Eintrittskarte in die wunderbare Welt der *pretrial discovery* ist, die ihm das Forschen nach Beweismitteln in der Sphäre des Gegners erlaubt.⁶⁷⁾ „Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party’s claim or defense and proportional to the needs of the case“.⁶⁸⁾ Manchmal weiß man, was man sucht, manchmal geht es nur um *fishing expeditions* im Trüben, in der Hoffnung, dass etwas hängen bleibt. Mühsam und teuer ist es für den Gegner allemal.⁶⁹⁾

Als Ausnahme von dieser Grundregel bestehen besondere Substantiierungserfordernisse in speziellen Fallkonstellationen, unter anderem bei SLAPPs. In Kalifornien gibt es etwa eine *special motion to strike*, die den Prozess zu einem

Schutz von Personen, die sich öffentlich beteiligen, vor offenkundig unbegründeten oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren, KOM (2022) 177 endg.

⁶²⁾ Zum amerikanischen Kostenrecht etwa *Maxeiner*, The American “Rule”: Assuring the Lion His Share, in *Reimann*, Cost and Fee Allocation in Civil Procedure (2012) 287; *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht⁵ (2020) Rz 19, 21 f.

⁶³⁾ *Wilfinger* (FN 54) 5.

⁶⁴⁾ *Griss*, Justiz in Gefahr – Was tun? AnwBl 2012, 261; *Bezemek*, Gerichtsgebühren in grundrechtlicher Betrachtung, JRP 2018, 240 (244 f).

⁶⁵⁾ Näher *Wilfinger* (FN 54) 5 f, 12 f.

⁶⁶⁾ FRCP 8(a)(2).

⁶⁷⁾ *Schack* (FN 62) Rz 110 ff.

⁶⁸⁾ FRCP 26(b)(1).

⁶⁹⁾ *Schack* (FN 62) Rz 113.

frühen Ende bringt, es sei denn, „the plaintiff has established that there is a probability that the plaintiff will prevail on the claim“.⁷⁰⁾

Dass sich der RL-E eine derartige vorzeitige Einstellung auch für Europa wünscht (Art 9), ist umgelegt auf den österreichischen Prozess schwer nachvollziehbar, wie Wilfinger herausgearbeitet hat. Hier muss die Klage die rechtserzeugenden Tatsachen kurz, aber vollständig enthalten (§ 226 ZPO); ist sie unschlüssig, weil sich das Begehren rechtlich nicht aus der Klags Erzählung ergibt, ist sie – nach einem Verbesserungsversuch – abzuweisen.⁷¹⁾ Davon könnte in der Praxis manchmal mutiger Gebrauch gemacht werden,⁷²⁾ ein davon losgelöstes schnelles Abwürgen des Verfahrens zumal nur bei SLAPP-Verdacht steht aber in Konflikt zum Justizgewährungsanspruch des Klägers.⁷³⁾ Ob gelslapped wird, weiß man ja meistens erst im Nachhinein.

Zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses verweist die Kommission den Kläger in Art 12 RL-E auf den „Beweis“, „dass die Klage nicht offenkundig unbegründet ist.“ Der Zugang zur Justiz werde dann nicht beschränkt, „da der Kläger die Beweislast in Bezug auf seine Klage im Hauptverfahren trägt und nur die viel niedrigere Schwelle erreichen muss, um nachzuweisen, dass die Klage nicht offenkundig unbegründet ist“ (ErwGr 30 RL-E). „Der Gedanke ist also, dass der Kläger die für den Prozesssieg notwendige ‚große‘ Hürde der Beweislast in der Sache ohnehin nicht nehmen könnte, wenn er schon an der ‚kleinen‘ Einstiegschürde der Nicht-offenkundigen-Unbegründetheit scheitert. In österreichischer Diktion: Wer seinen Anspruch nicht bescheinigen kann, könnte ihn auch nicht beweisen.“⁷⁴⁾

So nachvollziehbar die Annahme zunächst klingt, so schnell hat Wilfinger sie widerlegt.⁷⁵⁾ Schon das Provisorialverfahren zeigt, dass mit der Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mangels Bescheinigung des zu sichernden Anspruchs (§ 389 EO) nichts über die spätere Sachentscheidung gesagt ist.⁷⁶⁾ Dass der Klage letztlich trotzdem stattgegeben wird, kommt auch wirklich vor, zumal zur Bescheinigung nicht alle Beweismittel herangezogen werden können.⁷⁷⁾ Die Bescheinigungs idee ist daher zwar vielleicht gut gemeint, damit aber noch lange nicht gut.

⁷⁰⁾ Cal Civ Proc Code § 425.16(b)(1); vgl außerdem etwa CT Gen Stat § 52-196a(b); TX Civ Prac & Rem § 27.003.

⁷¹⁾ Geroldinger in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 226 ZPO Rz 185 f.

⁷²⁾ Dieser Umstand war zu Recht ein Thema im Seminar des OGH zur „Qualitätssicherung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit“ im Jahr 2022.

⁷³⁾ *Blaßnig/Hahnenkamp*, Einschüchterungsklagen, Verfahrensgrundrechte und die Zuständigkeit der EU, *juridikum* 2022, 413 (417 f); *Mann*, Initiativen gegen missbräuchliche „SLAPP-Klagen“, *NJW* 2022, 1358 (1361).

⁷⁴⁾ *Wilfinger* (FN 54) 9.

⁷⁵⁾ Näher *Wilfinger* (FN 54) 9 f.

⁷⁶⁾ Vgl RIS-Justiz RS0088984 (T2); *König/Weber*, *Einstweilige Verfügungen*⁶ (2022) Rz 6.67.

⁷⁷⁾ *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, *Beweisrecht* § 274 ZPO Rz 1 f, 8.

4. Möglicher Anpassungsbedarf

Es gibt freilich auch tatsächlich gute Ideen.⁷⁸⁾ So ersetzt § 41 Abs 2 ZPO die Vertretungskosten etwa abstrakt nach dem RATG und nicht konkret nach dem Aufwand der Partei. Das hat gute Gründe, man könnte bei mutwilligen Klagen aber großzügiger sein, wobei der RL-E zum Nachdenken über das Verhältnis zur Haftung für mutwillige Prozessführung anregt (Art 14f). Kautionen für Verfahrenskosten runden das kostenrechtliche Paket ab (Art 8), in das es Regelungen zur Vorfinanzierung etwa durch Verfahrenshilfe übrigens nicht geschafft haben.⁷⁹⁾

Außerdem stellt der RL-E die Einführung des *amicus-curiae*-Systems⁸⁰⁾ in den Raum, wenn er eine Beteiligungsmöglichkeit für NGOs fordert (Art 7). Wieder handelt es sich um eine Anleihe aus dem amerikanischen System, bei der sich fragt, warum sie SLAPP-spezifisch sein soll. Über den Nutzen solcher *amici* mag man geteilter Meinung sein. Aus österreichischer Sicht müsste man sich jedenfalls um eine möglichst harmonische Einbettung in das prozessuale Gefüge bemühen. Problematisch wäre ein Eingriff in das Monopol der Parteien, Tatsachenvorbringen zu erstatten, das eng mit dem Dispositionsgrundsatz und damit der grundrechtlich geschützten Privatautonomie verwandt ist.⁸¹⁾ Rechtsausführungen sind demgegenüber unschädlich,⁸²⁾ *amicus briefs* hätten ihren Platz dann neben Rechtsgutachten.

5. Fazit

Wie auch immer das europäische Anti-SLAPP-Recht letztlich aussehen wird: Für Österreich lässt sich festhalten, dass der prozessuale Schutz vor dem neuen Phänomen der Einschüchterungsklagen nicht am Anfang steht. Aus der Perspektive der Medienfreiheit ist das ein beruhigender Befund, wenngleich über dem Schutz der Medien vor SLAPPs nicht vergessen werden sollte, dass es nicht nur böse, sondern auch redliche Kläger gibt, die schlicht ihre bestehenden Ansprüche durchsetzen wollen. Rechtsdurchsetzung hier auf kaltem Weg prozessual abzdrehen, verträgt sich nicht mit dem Anspruch auf ein faires Verfahren.

Unterm Strich bleibt die Meinungs- und Medienfreiheit für den Privatrechtler also ein Kollisionsproblem. Auch in Anbetracht verführerischer Ideen – Wer ist schon pro-SLAPP und nicht wohlfeiler Anti-SLAPPER? – wandert der privatrechtliche Blick zwischen beiden Parteien hin und her. Die Suche nach der Mitte bleibt offenbar weiterhin eine privatrechtliche Daueraufgabe.

⁷⁸⁾ Siehe zum Folgenden *Wilfing* (FN 54) 11 ff.

⁷⁹⁾ *Domej* (FN 54) 771 f.

⁸⁰⁾ Näher etwa *Clark*, Use of the *Amicus Curiae* Brief in American Judicial Procedure in Comparative Perspective, *RabelsZ* 80 (2016) 327.

⁸¹⁾ *Rassi* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 182a ZPO Rz 45; zur Grundlage im Dispositionsgrundsatz *Trenker*, Überschießende Anwendung des Verbots überschießender Feststellungen, *ÖJZ* 2021, 109.

⁸²⁾ *Iura novit curia*; vgl *Geroldinger* in *Fasching/Konecny*, ZPG³ § 226 ZPO Rz 181.