

Datenschutz-Grundverordnung

Anwendungsbereich – Ausnahmen

Rechtwidrig erlangte Beweismittel

„Aktive“ Host-Provider

Urheberrecht: Haftungsprivileg?

Recht smart –

Tatütata, die E-Post ist da?!

Exekutionsdaten

Elektronische Abfrage

GeschäftsgeheimnisRL

Update

Novelle Arbeitszeitrecht

Wer ist ausgenommen?

Jahresurlaub – Grundrecht

Drittwirkung – EU Charta

Rechtliche Konsequenzen der Verwendung rechtswidrig erlangter Beweismittel?

Die Gerichte sind bei der Zulassung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilverfahren mangels Beweisverwertungsverboten in der ZPO tendenziell liberal. Unabhängig von der prozessualen Verwertung stellt sich aber die Frage, ob die Vorlage derartiger Beweise (verwaltungs-) strafrechtliche Konsequenzen für die vorlegende Partei haben kann. Besonders relevant ist diese Thematik im Lichte der DSGVO.

ADRIAN ZWETTLER

A. Ausgangspunkt

Diesem Aufsatz liegt eine Konstellation aus der Praxis zu Grunde, in welcher der Partei eines Zivilverfahrens von dritter Seite Dokumente angeboten werden, die als Beweismittel geeignet sind, die Position im Verfahren zu stärken.

Die Herkunft und Zulässigkeit der Weitergabe dieser Unterlagen wäre bei der Prüfung einer Vorlage vor Gericht von eigenständiger Bedeutung. Für die Zwecke dieser Ausführungen wird angenommen, dass es sich um rechtswidrig erlangte Beweismittel gehandelt hätte.

In erster Linie stellt sich die Frage, ob derartige Beweismittel im Verfahren verwertet werden können. Neben diesem – bereits umfassend bearbeiteten – Aspekt besteht aber die Problematik allfälliger (verwaltungs-) strafrechtlicher Konsequenzen eines solchen Vorgehens. Selbst wenn die Unterlagen als Beweismittel dienen können, sagt das nichts darüber aus, ob deren Vorlage allenfalls eine Strafbarkeit begründet. Im Hinblick auf aktuelle Entwicklungen im Datenschutzrecht ist diese Frage umso relevanter, als solche Beweismittel regelmäßig personenbezogene Daten iSd Art 4 Z 1 DSGVO enthalten werden.

B. Verwertbarkeit

In der Judikatur zur Verwendung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess stand zunächst die Zulässigkeit geheim aufgenommener *Tonaufnahmen* infrage. Hierzu vertrat der OGH, dass eine Verwertung eine Interessenabwägung voraussetze.¹⁾ Das Interesse des Beweisführers, seinen Anspruch effektiv durchsetzen zu können, sei gegen das Interesse des Aufgenommenen auf Wahrung seiner Rechte abzuwägen.

Im Hinblick auf rechtswidrig erlangte *Schriftstücke* hat der OGH dagegen ausgesprochen, dass diese *ohne Interessenabwägung* als Urkunden verwertet werden können. Dies gilt auch für *Transkripte* rechtswidrig erhaltener Tonaufnahmen.²⁾ Diese Überlegungen hat das OLG Wien auf Zeugenbeweise ausgedehnt.³⁾

Diese Unterscheidung steht in einem Spannungsverhältnis zum *Unmittelbarkeitsgrundsatz*, schließlich stellt eine Tonaufnahme im Vergleich zum Tran-

skript das unmittelbarere Beweismittel dar.⁴⁾ Die Lehre lehnt eine Interessenabwägung in weiten Teilen ab und tritt für die allgemeine Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel ein.⁵⁾ Eine Grenze sollen hier allein Beweismittel bilden, die durch massivste Eingriffe in den Kernbereich verfassungsmäßig geschützter Rechte erlangt wurden, etwa durch körperliche Gewalt.⁶⁾ Aus datenschutzrechtlicher Perspektive wird vertreten, dass einer Verwertung von Daten nur Eingriffe in den Kernbereich des Privat- und Familienlebens im Wege stehen.⁷⁾

Zumindest rechtswidrig erlangte oder weitergegebene *Schriftstücke* sind somit derzeit im Zivilprozess verwertbar. Ob aktuelle Überlegungen, wonach im Lichte der DSGVO Verwertungsverbote angenommen werden sollten, von der Judikatur aufgegriffen werden,⁸⁾ bleibt abzuwarten.

C. Allgemeines Strafrecht

1. Anwendbarkeit des § 120 StGB?

Von den Bestimmungen des StGB könnte insb § 120 Abs 2 StGB einschlägig sein, wonach strafbar ist, „*wer ohne Einverständnis des Sprechenden die Tonaufnahme einer nicht öffentlichen Äußerung eines anderen einem Dritten, für den sie nicht bestimmt ist, zugänglich macht oder eine solche Aufnahme veröffentlicht*“. Die Verfolgung setzt die Zustimmung des Opfers voraus. Abs 2 a stellt darüber hinaus Handlungen unter Strafe, mit denen der Täter „*eine im Wege einer Telekommunikation übermittelte und nicht für ihn bestimmte Nachricht in der Absicht, sich oder einem an-*

Mag. Adrian Zwettler, MA, BA, ist Rechtsanwaltsanwärter bei BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte und Mitglied der Praxisgruppe Dispute Resolution/White Collar Crime.

- 1) OGH 4 Ob 247/99y; 6 Ob 190/01 m; 4 Ob 139/17w; RIS-Justiz RS0112710; RS0093532.
- 2) OGH 1 Ob 172/07 m; RIS-Justiz RS0123178.
- 3) OLG Wien 16 R 129/09 x.
- 4) *Albiez/Pablik/Parzmayr*, Handbuch Zivilprozess² 121.
- 5) So etwa *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 266 Rz 24; *Kodek*, ÖJZ 2001, 296f; grundsätzlich zum Thema s *Kodek*, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess (1987).
- 6) *Fasching*, Lehrbuch² Rz 934 ff.
- 7) *Dohrl/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 8 Anm 16.
- 8) *Goricnik*, DRdA-InfA 2018, 125.

deren Unbefugten vom Inhalt dieser Nachricht Kenntnis zu verschaffen, aufzeichnet, einem anderen Unbefugten zugänglich macht oder veröffentlicht“.

§ 120 Abs 2 StGB ist auf Urkunden nicht anwendbar. Das gilt auch, wenn es sich um Abschriften rechtswidrig erlangter Tonaufnahmen handelt.⁹⁾

Eine Strafbarkeit nach dieser Bestimmung kommt daher nur in Betracht, wenn rechtswidrig erlangte Tonaufnahmen als Beweismittel vorgelegt werden. Mit der Vorlage wird die Tonaufnahme einem „Dritten“ (dem Gericht sowie bei der Beweisaufnahme anwesenden Personen) zugänglich gemacht.^{10), 11)} Aus strafrechtlicher Sicht ist somit empfehlenswert, bloß ein Transkript vorzulegen. Dieses sollte (in der Urfassung) selbst hergestellt werden, weil auch die Weitergabe der Aufnahme an einen Dritten zur Abschrift tatbildlich ist.¹²⁾

Die Verwendung rechtswidrig erlangter Tonaufnahmen als Beweismittel kann daher strafrechtliche Konsequenzen nach § 120 Abs 2 StGB haben.

Für Urkunden gilt das grundsätzlich nicht. Bei E-Mails ist zu differenzieren: Nach hL ist § 120 Abs 2 a StGB nur einschlägig, wenn eine Nachricht in ihrer ursprünglichen Form zugänglich gemacht oder veröffentlicht wird. Das ist etwa der Fall, wenn eine E-Mail elektronisch weitergeleitet oder als Datei abgespeichert und auf einer Internetseite zugänglich gemacht wird. Transkripte der Nachrichten sind kein geeignetes Tatobjekt.¹³⁾ Geschützt ist die Nachricht selbst, nicht deren Inhalt.

Während die Weitergabe einer digitalen 1:1-Kopie tatbildlich sein kann,¹⁴⁾ wäre das mE auf Basis dieser hL bei einem Ausdruck nicht der Fall. Dieser stellt weder die ursprüngliche Form der Nachricht dar noch wäre es sachgerecht, zwischen einem wortgenauen Transkript und einem Ausdruck zu unterscheiden. Im Zivilprozess werden elektronische Nachrichten aber in aller Regel als Ausdrucke vorgelegt. Unabhängig davon, ob § 120 Abs 2 a StGB sonst anwendbar sein könnte,¹⁵⁾ scheidet daher eine Strafbarkeit der Vorlage rechtswidrig erlangter Beweismittel nach dieser Bestimmung mE schon deshalb aus.

2. Sonstige strafrechtliche Bestimmungen

Eine – grundsätzlich ebenfalls denkbare – Anwendung der §§ 121–124 StGB kommt im untersuchten Szenario nicht infrage, weil die vorliegende Partei die Informationen weder im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit erhalten (§§ 121, 122 StGB) noch aktiv ausgekundschaftet (§§ 123, 124 StGB) hat.

Im – vom oben angenommenen Sachverhalt abweichenden – Einzelfall kann die Vorlage nach §§ 121, 122 StGB freilich strafbar sein, wenn die jeweiligen Tatbestandselemente erfüllt sind. Mit der Verwertung als Beweismittel werden die Informationen Dritten mitgeteilt, die davon noch nicht Kenntnis hatten, sodass ein „Offenbaren“ eines etwaigen Geheimnisses iSd § 121 Abs 1, § 122 Abs 1 StGB vorliegen kann.¹⁶⁾ Im Falle des „Auskundschaftens“ wird Strafbarkeit nach §§ 123, 124 StGB dagegen bereits vor und unabhängig von einer Nutzung der Informationen in einem Prozess eintreten.

Schließlich sind – selbst bei rechtswidrig angefertigten Telefonmitschnitten – die Strafbestimmungen des TKG nicht anwendbar. § 108 TKG schützt das Kommunikationsgeheimnis, richtet sich aber ausdrücklich nur an Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und deren Mitarbeiter.¹⁷⁾ § 109 TKG ist nicht einschlägig.

D. Datenschutzrecht

1. DSGVO

Für ein Verfahren maßgebliche Beweismittel enthalten regelmäßig personenbezogene Daten. Außer Frage steht auch, dass die Vorlage vor Gericht eine „Verarbeitung“ iSd Art 4 Z 2 DSGVO darstellen kann. Eine Nutzung von Informationen als Beweismittel ließe sich bereits unter „Verwendung“ oder „Offenlegung“ subsumieren. Die Aufzählung des Art 4 Z 2 DSGVO ist außerdem nicht abschließend. Jede Handlung oder jeder Vorgang, der eine Einwirkung auf personenbezogene Daten nach sich zieht, wird dem Begriff der „Verarbeitung“ unterworfen.¹⁸⁾

Damit ist bei der Verwendung rechtswidrig erlangter Beweismittel – sofern sie personenbezogene Daten enthalten – der Anwendungsbereich der DSGVO grundsätzlich eröffnet. Verstöße können signifikante Geldbußen nach sich ziehen.¹⁹⁾

Allerdings enthält Art 6 Abs 1 DSGVO Fallgruppen, in denen die Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig ist. Art 6 Abs 1 lit f DSGVO bildet dabei einen „Auffangtatbestand“. Demnach ist eine Datenverarbeitung dann rechtmäßig, wenn sie „zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich [ist], sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen“. Somit ist eine Interessenabwägung geboten.²⁰⁾ Als berechnete Interessen Dritter sind ua auch subjektive, auf gesetzlicher

9) Lewisch/Reindl-Krauskopf in WK² StGB § 120 Rz 9.

10) Nach 4 Ob 139/17w kann die Weitergabe während einer (öffentlichen) Gerichtsverhandlung angefertigter Tonaufnahmen nie von § 120 StGB erfasst sein kann. Geschützt seien nur nicht-öffentliche Äußerungen. Nach dieser Logik stellt das Abspielen einer Aufnahme als Beweismittel vor Gericht umgekehrt ein „Veröffentlichen“ dar, sodass die Verwendung als Beweismittel auch aus diesem Grund tatbildlich ist.

11) Auch Kodek stellt in den Raum, dass § 120 StGB „wegen des Verbots (auch) der Verbreitung der Aufnahme möglicherweise nicht nur die außerprozessuale Beweiserlangung, sondern auch unmittelbar die Beweisaufnahme betrifft“ (JBl 2001, 281).

12) Lewisch/Reindl-Krauskopf in WK² StGB § 120 Rz 9.

13) Thiele in SbK § 120 Rz 54f, 62; Lewisch/Reindl-Krauskopf in WK² StGB § 120 Rz 31/4f; Wessely in Mitgutsch/Wessely, Strafrecht Besonderer Teil § 120 Rz 5.

14) Thiele in SbK § 120 Rz 62.

15) Insb könnte die Strafbarkeit fraglich sein, wenn eine E-Mail vom regulären Empfänger (wenn auch gegen den Willen des Absenders) an den Dritten weitergegeben wurde, der sie als Beweismittel vorlegt.

16) Lewisch in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 121 Rz 7.

17) § 108 Abs 1 iVm § 93 Abs 2 TKG.

18) Jabnall/Pallwein-Pretner/Marzi, Datenschutzrecht² 55.

19) Art 83 DSGVO.

20) RIS-Justiz RS0107203.

oder vertraglich vereinbarter Grundlage beruhende Ansprüche anerkannt.²¹⁾

„Berechtigte Interessen“ liegen auch vor, wenn die Datenverwendung „für die Durchsetzung von Rechtspositionen erforderlich“ ist.²²⁾ Genau diesem Ziel dient die Vorlage als Beweismittel im Zivilprozess. Grundsätzlich ist daher bei der Datenverwendung zu diesem Zweck von „berechtigten Interessen“ der vorliegenden Partei auszugehen.

Dafür spricht auch § 219 Abs 2 ZPO, der (wenn auch auf nationaler Ebene) ebenfalls ein (rechtliches) „Interesse“ eines Dritten voraussetzt, um ihm ein Recht auf Akteneinsicht einzuräumen. Ein solches ist zu bejahen, wenn sich die Kenntnis des Akteninhalts auf die privat- oder öffentlich-rechtlichen Verhältnisse des Dritten günstig auswirkt, etwa weil sich dadurch eine Beweislage für ihn günstiger gestaltet.²³⁾ Auch das nationale Verfahrensrecht geht daher davon aus, dass die Beweisführung im Zivilprozess grundsätzlich ein anerkanntes und berechtigtes Interesse darstellt.

Die Verwendung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilverfahren wird somit nach DSGVO regelmäßig zulässig sein. Zu beachten ist aber, dass eine *Interessenabwägung* vorzunehmen ist, wobei die Datenverarbeitung nur unzulässig ist, wenn das Geheimhaltungsinteresse der vom Eingriff betroffenen Person überwiegt. Maßgeblich wird im Allgemeinen einerseits die Natur der betroffenen Daten sein, somit die Frage, wie ausgeprägt das Interesse ist, dass diese nicht verbreitet werden.²⁴⁾ Andererseits muss die vorliegende Partei abwägen, ob ihr (zumutbare) Alternativen – somit andere Beweismittel – zur Verfügung stehen²⁵⁾ und ob ihr Interesse am Prozess Erfolg allenfalls außer Verhältnis zum Eingriff in das Recht auf Datenschutz steht.²⁶⁾

Handelt es sich bei den betroffenen personenbezogenen Daten um *besonders sensible Daten* iSd Art 9 DSGVO (wie etwa Daten, die Auskunft über politische oder sexuelle Orientierung einer natürlichen Person geben), ist die Verarbeitung darüber hinaus nur im Rahmen des strengeren Ausnahmekatalogs des Art 9 Abs 2 DSGVO zulässig, die Interessenabwägung nach allgemeinen Regeln kommt nicht zur Anwendung.²⁷⁾ Bei Daten über die Begehung von Straftaten und strafrechtliche Verurteilungen sind Art 10 DSGVO und § 4 Abs 3 DSGVO zu beachten.

Unabhängig von der Verwendung im Zivilverfahren ist die allenfalls bereits datenschutzrechtlich unzulässige Erlangung zu sehen. Im angenommenen Sachverhalt der Weitergabe durch einen Dritten betrifft dieser Aspekt den Beweisführer freilich nicht.

2. §§ 62, 63 DSGVO

Neben Bußgeldzahlungen nach DSGVO kommt auch eine Anwendbarkeit der Strafbestimmungen des DSGVO infrage.

§ 63 DSGVO fällt in die Zuständigkeit der Gerichte und pönalisiert Handlungen, mit denen der Betroffene, „mit dem Vorsatz, sich oder einen Dritten dadurch unrechtmäßig zu bereichern, oder mit der Absicht, einen anderen dadurch in seinem von § 1 Abs 1 gewährleisteten Anspruch zu schädigen, personenbezo-

gene Daten, die ihm ausschließlich auf Grund seiner berufsmäßigen Beschäftigung anvertraut oder zugänglich geworden sind oder die er sich widerrechtlich verschafft hat, selbst benützt, einem anderen zugänglich macht oder veröffentlicht, obwohl der Betroffene an diesen Daten ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse hat“.

Eine Anwendbarkeit auf die Vorlage rechtswidrig erlangter Beweismittel kommt nicht in Betracht. Zum einen gilt auch hier, dass die Datenverwendung durch berechtigte Interessen gerechtfertigt sein kann.²⁸⁾

Zum anderen würde eine Beweisvorlage im Zivilprozess der Untermauerung eines (behauptet) berechtigten bzw der Abwehr eines unberechtigten Anspruchs dienen. Eine „unrechtmäßige Bereicherung“ ist nicht intendiert. Alternativ zum Bereicherungsvorsatz verlangt § 63 DSGVO die „Absicht“, die betroffene Person in ihrem Recht auf Datenschutz zu verletzen. „Absicht“ liegt nach § 5 Abs 2 StGB vor, wenn es dem Täter „darauf ankommt, den Umstand oder Erfolg zu verwirklichen, für den das Gesetz absichtliches Handeln voraussetzt“. Da die Absicht hinter der Vorlage der entsprechenden Beweismittel die Durchsetzung/Abwehr eines Anspruchs ist, wäre die Verletzung der Rechte des Prozessgegners bloße „Nebenfolge“. Für die erforderliche Absichtlichkeit reicht das nicht aus.²⁹⁾

Werden rechtswidrig erlangte Unterlagen von Dritten ohne Zutun der Prozesspartei an diese weitergegeben, kann außerdem von widerrechtlichem „Verschaffen“ ebenso keine Rede sein wie von einer Erlangung im Rahmen beruflicher Tätigkeit.

§ 62 DSGVO hat lediglich verwaltungsstrafrechtlichen Charakter und enthält keine für die untersuchte Konstellation unmittelbar einschlägigen Bestimmungen.

E. Exkurs: Standesrecht

Unabhängig vom oben Gesagten ist die Frage, ob die Vorlage rechtswidrig erlangter Beweismittel für den vertretenden Rechtsanwalt disziplinäre Folgen haben kann. *Baurecht*³⁰⁾ hat hier zu Recht darauf hingewiesen, dass – insb iZm dem Datenschutzrecht – ein Spannungsverhältnis zwischen der *Treuepflicht* gegenüber dem Mandanten³¹⁾ einerseits und der Verpflichtung andererseits besteht, nur Mittel anzuwenden, die mit Gesetz, Ehre und Ansehen des Standes vereinbar sind.³²⁾

21) OGH 9 ObA 50/03 y; RIS-Justiz RS0107203 (T 3).

22) OGH 6 Ob 191/17 d; RIS-Justiz RS0131021.

23) *Rassi* in *Fasching/Konecny* II/3³ § 219 ZPO Rz 45 mwN.

24) *Buchner/Petri* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO Art 6 Rz 149 mwN.

25) RIS-Justiz RS0112710; *Pöiters/Rauer* in *Wybitul*, EU-Datenschutz-Grundverordnung Art 6 Rz 46.

26) RIS-Justiz RS0131024.

27) *Buchner/Petri* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO Art 6 Rz 149.

28) Siehe § 1 Abs 2 DSGVO.

29) *Hochmayr*, JBl 1998, 207 FN 12 mwN.

30) *Baurecht*, NetV 2006, 97.

31) § 6 RL-BA 2015.

32) § 17 RL-BA 2015.

Auch den vertretenden Rechtsanwalt trifft somit die standesrechtliche Verpflichtung zur *Interessenabwägung*. Maßstab müssen wiederum die Wichtigkeit des Beweismittels und die Intensität des Eingriffs in die Rechte des Betroffenen sein. Im Zweifel hat der Rechtsanwalt aber im Interesse seines Mandanten zu handeln.

F. Conclusio

Gerade bei Urkunden ist das Risiko (datenschutz-) strafrechtlicher Konsequenzen einer Vorlage (potenziell) rechtswidrig erlangter Beweismittel gering. Eine datenschutzrechtliche Interessenabwägung ist aber jedenfalls vorzunehmen. Ist das Beweismittel für den Prozesserfolg entscheidend und der Prozessgegenstand von erheblicher Bedeutung, wird regelmäßig von einem ausreichenden berechtigten Interesse an der Beweisverwertung auszugehen sein. Zu prüfen ist jedenfalls auch, ob besonders geschützte personenbezogene Daten nach Art 9 DSGVO enthalten sind.

Praxistipp

(Möglicherweise) rechtswidrig erlangte Beweismittel sollten in Urkundenform (etwa als Transkripte) vorgelegt werden. Gerade wenn die Beweismittel von großer Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens sind, ist das Risiko (datenschutz-) strafrechtlicher Sanktionen gering.

GLOSSAR

Direkt-Link zum Text der DSGVO	https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TEXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=DE
--------------------------------	---

SCHLUSSTRICH

Das Zivilprozessrecht lässt die Verwendung rechtswidrig erlangter Beweismittel grundsätzlich zu. Strafrechtliche Risiken bestehen punktuell je nach verwendetem Beweismittel, im Bereich des Datenschutzrechts ist im Einzelfall eine Interessenabwägung vorzunehmen.