



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Datenschutzrechtliche Probleme im Zivilverfahren“

Verfasserin

Mag.iur. Burghild Maria Stenzl

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Prof. Mag. Dr. Thomas Klicka

INHALTSVERZEICHNIS

I	EINLEITUNG.....	1
1	Die Entwicklung des DSG 2000.....	2
2	Das Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSG 2000.....	4
3	Begriffsbestimmungen	6
3.1	Auftraggeber – Dienstleister - Betroffener.....	6
3.2	Personenbezogene Daten.....	8
3.3	Sensible Daten.....	9
3.4	Datei	10
3.5	Datenanwendung/Verwendung von Daten.....	11
3.6	Zustimmung	12
4	Grundsätze einer zulässigen Datenanwendung.....	14
4.1	Grundsätze jeder Datenverwendung	14
4.2	Zulässigkeit der Datenverarbeitung	17
4.3	Zweck und Inhalt.....	18
4.4	Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen.....	18
4.4.1	Bei nicht sensiblen Daten	19
4.4.2	Bei sensiblen Daten	20
4.5	Erforderliches Ausmaß/Gelindestes Mittel	21
4.6	Zulässigkeit der Datenübermittlung	22
4.7	Datenübermittlung innerhalb der EU	24
4.8	Datenübermittlung außerhalb der EU	25
4.9	Genehmigung durch die DSK	26
5	Rechtsdurchsetzung und Rechtsschutz	27
5.1	Allgemeines.....	27
5.2	Schadenersatz	29
5.3	Strafrechtliche Bestimmungen	30
5.3.1	§ 51 DSG.....	30
5.3.2	§ 52 DSG 2000	31
6	Datenschutz im Bereich der Gerichtsbarkeit	32
6.1	Allgemeines.....	32
6.2	Zu den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen	34
6.2.1	§§ 83 und 84 GOG	34
6.3	Feststellung von Datenschutzrechtswidrigkeiten	36
7	Ausblick.....	39
II	PROBLEME IM ZIVILVERFAHRENSRECHT	43
1	Die Öffentlichkeit des Verfahrens	43
1.1	Die Öffentlichkeit im Zivilprozess.....	44
1.1.1	Die Volksöffentlichkeit	44

a)	Vor – und Nachteile eines öffentlichen Verfahrens	48
b)	Öffentlichkeit und Datenschutz.....	52
c)	Lösungsvorschläge	53
1.1.2	Der Zutritt zu nichtöffentlichen Verhandlungen	58
1.2	Die Öffentlichkeit im Exekutionsverfahren	59
1.3	Die Öffentlichkeit im Außerstreitverfahren	60
1.3.1	Allgemeines.....	60
1.3.2	Öffentlichkeit des Sachwalterbestellungs- und Unterbringungsverfahrens	64
1.4	Zusammenfassung	68
2	Die Akteneinsicht.....	70
2.1	Die Akteneinsicht im Zivilprozess	70
2.1.1	Die Akteneinsicht der Parteien.....	71
2.1.2	Die Akteneinsicht Dritter	72
a)	Zustimmung beider Parteien zur Akteneinsicht Dritter	73
b)	Keine Zustimmung der Parteien zur Akteneinsicht Dritter.....	74
2.2	Die Akteneinsicht im Exekutionsverfahren	77
2.2.1	Die Akteneinsicht der Parteien und sonstiger Beteiligter	77
a)	Die Akteneinsicht des Verpflichteten vor Vollzug einer Fahrnisexekution	77
b)	Die Akteneinsicht sonstiger Beteiligter.....	83
2.2.2	Die Akteneinsicht Dritter	84
2.2.3	Elektronische Einsicht in die Geschäftsbehelfe des Exekutionsverfahrens	84
2.3	Die Akteneinsicht im Außerstreitverfahren	89
2.3.1	Die Akteneinsicht der Parteien und sonstiger Beteiligter	89
2.3.2	Die Akteneinsicht Dritter	90
2.4	Zusammenfassung	94
3	Weitere Problembereiche	96
3.1	Besondere Auskunftspflichten	96
3.2	Die Bestimmung des § 294 a EO	97
3.3	Aktenbeischaffung	99
3.4	Urkundenbeweis.....	100
3.5	Übermittlung des Aktes an Sachverständige.....	101
3.6	Strafregisterauskunft	101
3.7	Aufkündigungsverfahren und Datenschutz	102
3.8	Amtshilfe durch Sozialversicherungsträger und Datenschutz	103
4	Zusammenfassung und Überleitung.....	104
III	BEWEISVERWERTUNGSVERBOTE IM ZIVILPROZESS	107
1	Einleitung	107
2	Allgemeines	108
2.1	Begriffsbestimmungen	110
2.1.1	Das Beweisthema	110
2.1.2	Das Beweismittel.....	111
2.1.3	Die Beweismethode.....	113
2.1.4	Das Beweisaufnahmeverbot	113
2.1.5	Das Beweisverwertungsverbot	115
2.1.6	Zum Verhältnis Beweisaufnahmeverbot und Beweisverwertungsverbot	116

3	Deutsche Lehre und Rechtsprechung im Zivilprozessrecht.....	117
3.1	Historische Entwicklung – Anfänge der Diskussion.....	120
3.2	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht.....	121
3.3	Grenzen des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes.....	125
3.4	Ausweitung des Persönlichkeitsschutzes	126
3.5	Die Rechtsprechung des BVerfG	129
3.6	Rechtsprechung des BGH	131
3.7	Zur Strafvorschrift des § 201 dStGB.....	133
3.8	Der Grundsatz von Treu und Glauben	133
3.9	Zu den Ausnahmetatbeständen- Sphärentheorie	134
4	Österreichische Lehre im Zivilprozessrecht.....	137
4.1	Allgemeines.....	137
4.2	Kein Beweisverwertungsverbot (bzw. grundsätzliche Verwertbarkeit)	140
4.3	Trennungsgrundsatz	144
4.4	Prozessuale Mitwirkungspflichten – Urkundenvorlagepflicht.....	146
4.5	Materielle Mitwirkungspflichten.....	147
4.6	Das Recht am gesprochenen Wort	148
4.7	Strafbestimmung gegen Tonbandmissbrauch	154
4.8	Beweisnotstand.....	158
4.9	Separater Herausgabeprozess?	161
4.10	Anfechtbarkeit bei einem Verstoß.....	162
4.11	Folgen des Verstoßes gegen Beweisverwertungsverbote	164
4.12	Geltendmachung eines Beweisverbotes	165
4.13	Beweisverwertungsverbot durch Verletzung des Grundrechtes auf Datenschutz? 167	
5	Andere Beweismittel	169
5.1	Photographien/Videoaufzeichnungen	170
5.2	Urkunden	171
5.3	Tagebücher	172
5.4	Briefe	173
5.5	Zeugen	174
5.6	Zur Verwertbarkeit heimlicher Vaterschaftstests.....	178
6	Österreichische Rechtsprechung zu Beweisverwertungsverböten	181
6.1	Die Entscheidung 12 Os 143/75 vom 9.12.1975.....	181
6.2	Die Entscheidung 4 Ob 247/99 y vom 19.10.1999	183
6.3	Die Entscheidung 3 Ob 131/00 m vom 20.6.2000	185
6.4	Die Entscheidung 6 Ob 190/01 m vom 27.9.2001	186
6.5	Zur Entscheidung 1 Ob 172/07m vom 29.1.2008	189
6.6	Die Entscheidung des OLG Wien, 16 R 129/09 x, vom 7.8.2009	191
7	Zusammenfassung und Kritik.....	193
IV	LITERATURVERZEICHNIS	196
V	ANHANG.....	207
1	Zusammenfassung.....	207

2	Lebenslauf: Burghild Stenzl, Mag.iur.	209
----------	---	------------

I EINLEITUNG

Im heutigen Informationszeitalter ist jeder einzelne Österreicher in unzähligen Datenbanken gespeichert.¹ In fast allen Bereichen des täglichen Lebens werden personenbezogene Daten erhoben und genutzt. Beginnend von der Geburt bis zu Tod sammelt der Staat Daten über seine Bürger. Doch nicht nur der Staat, auch Vereine, Banken, Versicherungen und alle anderen Unternehmen sammeln Daten von ihren Mitgliedern, Mitarbeitern, Geschäftspartnern oder Kunden. Der verstärkte Einsatz von Computern einerseits und der damit in Zusammenhang stehende Aufbau von Datenbanken und Informationssystemen haben völlig neue Informationsmöglichkeiten geschaffen. Diese neue Qualität der Informationsverarbeitung durch den Einsatz von Computern bringt aus datenschutzrechtlicher Sicht eine Reihe von Gefahren mit sich.² Durch die technische Entwicklung wurde darüber hinaus die Übertragung von Daten auch über Grenzen hinweg innerhalb weniger Augenblicke mühelos möglich.³ Überdies schreitet die akustische und optische Überwachung der öffentlichen Räume durch private Anbieter und staatliche Instanzen ungehemmt voran und im privaten Rechtsverkehr hinterlässt der Einzelne fortwährend unbemerkt seine Datenspuren, sei es weil er im Internet surft oder sich seiner Einkaufskarten bedient.⁴ Einige Stimmen behaupten daher bereits, dass unsere Gesellschaften *„auf dem Weg zu einem demokratischen Überwachungsstaat den Point of no return überschritten haben oder vielleicht gar schon angelangt sind“*.⁵

¹ Čas/Peissl schätzen, dass sich der durchschnittliche Österreicher in 100, wahrscheinlich eher 400, Datenbanken finden könnte (vgl. Tichy/Peissl, Beeinträchtigung der Privatsphäre in der Informationsgesellschaft, in: *Österreichische Juristenkommission (Hrsg.)*, Grundrechte in der Informationsgesellschaft, Wien 2001, 28).

² Raab/Winter, Maßnahmen nach dem österreichischen Datenschutzgesetz, Leitfaden für die Praxis, Wien 1980, 1.

³ Graf, Datenschutzrecht im Überblick, Wien 2004, 9.

⁴ Berka, Geheimnisschutz-Datenschutz-Informationsschutz im Lichte der Verfassung, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Geheimnisschutz Datenschutz Informationsschutz, Wien 2008, 53 f.

⁵ Berka, Geheimnisschutz, 54.

1 Die Entwicklung des DSG 2000

Im Juni 1971 entschloss sich die österreichische Bundesregierung daher, der von der elektronischen Datenverarbeitung (EDV) ausgehenden Gefährdung der Privatsphäre des Einzelnen durch die Schaffung eines Datenschutzgesetzes entgegenzutreten. Im Februar 1973 versandte das Bundeskanzleramt einen ersten Diskussionsentwurf eines Datenschutzgesetzes, dem im August 1973 und im Mai 1974 weitere folgten. Als Resultat des Begutachtungsverfahrens wurde am 16.12.1974 eine Regierungsvorlage eingebracht. Da jedoch die XIII. Gesetzgebungsperiode zu Ende ging, konnte der vom Verfassungsausschuss des Nationalrates eingesetzte Unterausschuss die Arbeit an der Regierungsvorlage nicht mehr beenden. Aus diesem Grund wurde in der folgenden Gesetzgebungsperiode am 17.12.1975 eine neue Regierungsvorlage eingebracht. Man war bis zu diesem Zeitpunkt der Ansicht, dass Art 8 EMRK die Privatsphäre ausreichend schütze und ein Grundrecht auf Datenschutz daher entbehrlich sei. Am 18.10.1978 hat der Nationalrat schließlich das Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten (DSG 1978)⁶ verabschiedet, das am 1.1.1980 in Kraft trat.⁷ In § 1 des Gesetzes war bereits ein Grundrecht auf Datenschutz enthalten, das jedoch auf den automationsunterstützten Datenverkehr beschränkt war.⁸ Die Struktur des DSG blieb - es gab lediglich kleinere Novellierungen - trotz sich ändernder äußerer Umstände, die die technische Entwicklung und damit das Gefährdungspotential betrafen, lange erhalten.⁹

In der EU wurde der Datenschutz zur Zeit der Entstehung des DSG als Hindernis für die wirtschaftliche Entwicklung und die Integration angesehen.¹⁰ Erst in den darauf folgenden Jahren gelangte man zu der Ansicht, dass die vier Grundfreiheiten des Binnenmarktes (freier Warenverkehr, Personenfreizügigkeit, Dienstleistungsfreiheit und freier Kapital- und Zahlungsverkehr) nur dann funktionieren könnten, wenn auch entsprechende

⁶ Bundesgesetz vom 18.10.1978 über den Schutz personenbezogener Daten, BGBl 565/1978.

⁷ *Raab/Winter*, Maßnahmen, 12 ff.

⁸ *Duschaneck*, Neuerungen und offene Fragen im Datenschutzgesetz 2000, ZfV 2000/1303, 527; vgl auch *Rosenmayr-Klemenz*, Zum Schutz manuell verarbeiteter Daten durch das DSG 2000, *ecolex* 2001, 639.

⁹ *Jahnel*, Das Datenschutzgesetz 2000. Wichtige Neuerungen, wbl 2000, 49.

¹⁰ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar Datenschutzrecht², Wien 2002, Erläuterungen, XXV.

Daten mitfließen. Ziel in Europa war es, einen möglichst ungehinderten Datenfluss personenbezogener Daten innerhalb der EU zu gewährleisten, wobei der Schutz der Privatsphäre möglichst einheitlich innerhalb der EU festgesetzt werden sollte.¹¹ Ergebnis dieser Überlegungen war das Entstehen der Richtlinie 95/46/EG (in der Folge „*RL*“) des europäischen Parlamentes und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.¹² Die *RL* sieht eine Harmonisierung der einzelstaatlichen Datenschutzgesetze vor, wobei sie sich einem hohen Datenschutzniveau verpflichtet fühlt.¹³ Ursprünglich wurde in Österreich davon ausgegangen, dass eine Novelle zum DSG 1978 zur Umsetzung dieser *RL* ausreichen werde.¹⁴ Im Zuge der Vorbereitungen der Umsetzung wurde jedoch klar, dass das DSG 1978 – welches in seiner Konzeption von einer Gefährdung der Privatsphäre durch Großrechenanlagen ausgegangen war - an die zwischenzeitig eingetretene technische Entwicklung angepasst werden musste.¹⁵

Der Forderung der *RL* entsprechend wurden die Betroffenenrechte nicht nur ausgebaut, diese wurden auch auf die Verwendung von Daten in manueller, strukturierter Form ausgedehnt.¹⁶ Gleichzeitig wurde eine zweistufige Zulässigkeitsprüfung für die Verwendung von Daten eingeführt, in der zunächst der Zweck der Verwendung, welcher festgelegt, eindeutig und rechtmäßig sein muss sowie ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse geprüft werden müssen. Die strikte Trennung zwischen öffentlichem und privatem Bereich wurde mit der Ausnahme des Rechtsschutzes aufgegeben, was bedeutet, dass grundsätzlich für beide Bereiche die gleichen Regelungen gelten. Als verwaltungsvereinfachende Maßnahmen wurde die Registrierungspflicht von Standardverarbeitungen - worunter Anwendungen

¹¹ *Mayr-Schönberger/Brandl*, Datenschutzgesetz 2000, 14.

¹² Abl L 281 vom 23.11.1995.

¹³ *Souhadra-Kirchmayer*, Der Vorschlag einer allgemeinen EG-Datenschutzrichtlinie und seine Auswirkungen auf das österreichische DSG, JBI 1995, 151.

¹⁴ Regierungsvorlage betreffend das Datenschutzgesetz, Allgemeiner Teil, RV 1613 BlgNR, XX GP.

¹⁵ *Graf*, Datenschutzrecht, 33; zum Anpassungsbedarf des DSG vgl auch *Souhadra-Kirchmayer*, JBI 1995, 156 ff.

¹⁶ Regierungsvorlage betreffend das Datenschutzgesetz, Allgemeiner Teil, RV 1613 BlgNR, XX GP; vgl dazu auch *Rosenmayr-Klemenz*, Zum Schutz manuell verarbeiteter Daten nach dem DSG 2000, eolex 2001, 639.

verstanden werden, die von jedermann in einer bestimmten Situation vorausgesetzt werden, wie zB die Führung einer automationsunterstützten Buchhaltung - abgeschafft.¹⁷

Wesentliche Neuerungen ergaben sich auch für den Bereich der Strafbestimmungen. Um dem erhöhten Schutzbedürfnis von sensiblen Daten gerecht zu werden, wurden für diese Sonderbestimmungen eingeführt. Grundlegende Änderungen waren auch für den Bereich des Datenverkehrs mit dem Ausland notwendig geworden, weil Datenaustausch innerhalb des EU Gebietes keinen Beschränkungen unterworfen werden darf, der Datenfluss in Drittländer jedoch nur zulässig sein sollte, wenn dort ein angemessenes Schutzniveau besteht.¹⁸ Dieses neue Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000) trat am 1.1.2000 in Kraft

2 Das Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSG 2000

Das DSG 2000 besteht aus zwei Artikeln, wobei Artikel 1 den § 1 DSG 2000 enthält, der als Verfassungsbestimmung das Grundrecht auf Datenschutz festlegt. Artikel 2 enthält die übrigen einfachgesetzlichen Bestimmungen zum Datenschutz.¹⁹ Die einfachgesetzlichen Bestimmungen gestalten das Grundrecht auf Datenschutz zwar nicht näher aus, können jedoch zum Teil zu dessen Auslegung herangezogen werden.²⁰ Zu erwähnen ist, dass nach § 1 Abs 5 DSG 2000 das Grundrecht auf Datenschutz gegen Rechtsträger, die in Formen des Privatrechtes eingerichtet sind, soweit sie nicht in Vollziehung der Gesetze tätig werden, auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen ist. Ausgenommen davon ist die Durchsetzung des Rechtes auf Auskunft, wofür in jedem Fall die Datenschutzkommission (in der Folge „DSK“) zuständig ist. Durch diese Anordnung ist dem Grundrecht auf Datenschutz ausdrücklich unmittelbare Drittwirkung zuerkannt worden. Dies bedeutet, dass der Einzelne

¹⁷ *Jahnel*, wbl 2000, 50 ff.

¹⁸ *Souhadra-Kirchmayer*, Das Datenschutzgesetz 2000, SozSi 2000,938; vgl auch *Drobesch/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz, Kurzkomentar, Wien 2000, 81 ff.

¹⁹ *Knyrim*, Datenschutzrecht, Wien 2003, 6.

²⁰ *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz, 98.

auch gegen Eingriffe durch private Rechtsträger geschützt ist.²¹

Gemäß § 1 Abs 1 DSG 2000 hat jedermann Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Das Grundrecht auf Datenschutz ist somit als Menschenrecht konzipiert. Folgt man der herrschenden Lehre und Rechtsprechung handelt es sich um ein höchstpersönliches Recht, das mit dem Tod des Betroffenen erlischt und nicht auf den Rechtsnachfolger übergeht.²² Neben diesem Recht auf Geheimhaltung normiert § 1 Abs 3 DSG 2000 ein Recht des Einzelnen auf Auskunft darüber, wer welche Daten über ihn verarbeitet, woher diese stammen und wozu sie verwendet werden, ein Recht auf Richtigstellung unrichtiger Daten sowie das Recht auf Löschung unzulässig verarbeiteter Daten (sogenannte Begleitgrundrechte).²³

§ 1 Abs 1 DSG 2000 enthält nicht nur das Grundrecht auf Datenschutz sondern schreibt überdies auch die Grundprinzipien des Datenschutzes fest:

- (i) Jedermann hat Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden Daten; dieser Anspruch umfasst den Schutz des Betroffenen vor Ermittlung seiner Daten und den Schutz vor Weitergabe der über ihn ermittelten Daten.²⁴
- (ii) Voraussetzung ist das Vorliegen personenbezogener Daten und
- (iii) das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses des Betroffenen. Dieses schutzwürdige Interesse liegt dann nicht vor, wenn die Daten allgemein verfügbar, dh öffentlich, sind oder wenn sie nicht auf den Betroffenen rückführbar, dh anonym, sind.

²¹ *Jahnel*, Das Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSG 2000, in: *Akyürek (Hrsg.)*, Staat und Recht in europäischer Perspektive, Festschrift Heinz Schäffer, Wien 2006, 337.

²² *Jahnel*, Grundrecht auf Datenschutz, 315.

²³ *Jahnel/Siegwart/Fercher (Hrsg.)*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts, Wien 2007, 24.

²⁴ Regierungsvorlage betreffend das Datenschutzgesetz zu § 1 DSG 2000, RV 1613 BlgNR, XX GP.

Das Recht auf Datenschutz wirkt jedoch nicht absolut sondern kann gemäß § 1 Abs 2 DSG 2000 beschränkt werden, wenn dieser Eingriff (i) im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen steht, (ii) mit dessen Zustimmung erfolgt oder (iii) zur Wahrung von überwiegenden Interessen eines anderen erforderlich ist.²⁵

§ 1 Abs 2 DSG 2000 enthält ein grundsätzliches Verarbeitungsverbot für sensible Daten²⁶, demnach dürfen Gesetze die Verwendung dieser Daten nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorsehen, wobei angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen festgelegt werden müssen.

§ 1 Abs 5 DSG 2000 normiert die Teilung des Rechtsschutzinstrumentariums zwischen den ordentlichen Gerichten und der *DSK*. Dabei stellt das Gesetz nicht auf den Inhalt der Tätigkeit ab, sondern auf die rechtliche Organisationsform des Auftraggebers²⁷. Gegen Rechtsträger, die in Formen des Privatrechtes eingerichtet sind, ist das Grundrecht auf Datenschutz - wie bereits erwähnt - vor den Zivilgerichten geltend zu machen, in den übrigen Fällen ist die *DSK* zuständig.²⁸

3 Begriffsbestimmungen

§ 4 DSG 2000 enthält eine Reihe von Begriffsbestimmungen, von denen ich in der Folge die wichtigsten herausgreife und kurz darstelle.

3.1 Auftraggeber – Dienstleister - Betroffener

Gemäß § 4 Z 4 DSG 2000 sind Auftraggeber natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft, beziehungsweise die Geschäftsapparate solcher Organe, wenn sie allein oder gemeinsam mit anderen die Entscheidung getroffen haben, Daten für einen

²⁵ *Jahnel/Siegwart/Fercher (Hrsg.)*, aktuelle Fragen des Datenschutzrechtes, 24.

²⁶ Unter sensiblen Daten werden Daten verstanden, die den höchstpersönlichen Lebensbereich des Einzelnen betreffen (siehe dazu unter Punkt I3.3)

²⁷ Zum Begriff des Auftraggebers siehe unter Punkt I3.1.

²⁸ *Graf*, Datenschutzrecht, 36 f.

bestimmten Zweck zu verarbeiten, und zwar unabhängig davon, ob sie die Verarbeitung selbst durchführen oder hiezu einen anderen heranziehen. Auftraggeber können also natürliche Personen oder Unternehmen sein. Wesentlich ist, dass der Auftraggeber die Entscheidung trifft, eine Datenverarbeitung vorzunehmen.²⁹ Nach dem Gesetz ist der Auftraggeber somit „Herr der Daten“³⁰, der für die gesetzeskonforme Verwendung der Daten verantwortlich ist und im Fall der Meldepflicht über das Datenverarbeitungsregister ermittelt werden kann.³¹

Als Auftraggeber gelten die in § 4 Z 4 DSG 2000 angeführten Personen auch dann, wenn einem anderen Daten zur Herstellung eines von Auftraggeber aufgetragenen Werkes überlassen werden und der Auftragnehmer die Entscheidung trifft, diese Daten zu verarbeiten, wenn also ein Dienstleister eingesetzt wird.³² Grundsätzlich sind Dienstleister gemäß § 4 Z 5 DSG 2000 natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft beziehungsweise die Geschäftsapparate solcher Organe, wenn sie Daten, die ihnen zur Herstellung eines aufgetragenen Werkes überlassen wurden, verwenden. Die Abgrenzung von Auftraggeber und Dienstleister wird dahingehend gelöst, dass die Verwendung von (vom Auftraggeber überlassenen) Daten mit Hilfe von EDV durch den Auftragnehmer („Dienstleister“) zum Zweck der Herstellung eines Werkes für den Auftraggeber datenschutzrechtlich grundsätzlich dem Auftraggeber zugerechnet wird.³³ Wurde dem Dienstleister jedoch im Zuge der Auftragserteilung die Verarbeitung der überlassenen Daten ausdrücklich untersagt oder muss der Dienstleister über die Art und Weise der Verwendung der Daten eigenverantwortlich entscheiden, dann gilt der Dienstleister als datenschutzrechtlicher Auftraggeber.³⁴

Betroffener ist gemäß § 4 Z 3 DSG 2000 jede vom Auftraggeber verschiedene natürliche oder juristische Person oder Personengemeinschaft, deren Daten

²⁹ Knyrim, Datenschutzrecht, 18.

³⁰ Dohr/Pollirer/Weiss, Kommentar, Erläuterungen XXVI.

³¹ Graf, Datenschutzrecht, 37.

³² Knyrim, Datenschutzrecht, 19.

³³ Graf, Datenschutzrecht, 38.

³⁴ Knyrim, Datenschutzrecht, 20.

verwendet werden.

3.2 Personenbezogene Daten

Dieser Begriff ist für das gesamte Datenschutzrecht von fundamentaler Bedeutung, weil sich das Grundrecht auf Datenschutz nur auf personenbezogene Daten bezieht.³⁵ Unter personenbezogenen Daten werden gemäß § 4 Z 1 DSG 2000 Angaben von Betroffenen verstanden, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist.³⁶ Unter Angaben können sämtliche Informationen verstanden werden, die entweder mit einer Person oder einem Unternehmen in Verbindung stehen oder mit der Person oder dem Unternehmen in Verbindung gebracht werden können. Neben Daten wie Name, Geburtsdatum oder Adresse fallen auch Werturteile, biometrische Daten sowie Bild- und Tondokumente unter den Begriff der personenbezogenen Daten.³⁷

Des Weiteren ist zwischen bestimmten und bestimmbaren personenbezogenen Daten zu unterscheiden. Kann aus den Daten die Identität des Betroffenen direkt erkannt werden, wird von bestimmten personenbezogenen Daten gesprochen.³⁸ Demgegenüber kann bei bestimmbaren personenbezogenen Daten ein Personenbezug vom Verwender ohne nennenswerten Aufwand hergestellt werden.³⁹ Im Fall von bestimmbaren personenbezogenen Daten sind diese somit zwar verschlüsselt, der Schlüssel ist jedoch vorhanden, sodass die Daten jederzeit entschlüsselt werden können.⁴⁰

Darüber hinaus sind indirekt personenbezogene Daten vom Anwendungsbereich des Datenschutzgesetzes erfasst. Darunter fallen gemäß § 4 Z 1 Satz 2 DSG 2000 solche Daten, deren Personenbezug derart ist, dass der Auftraggeber, Dienstleister oder Übermittlungsempfänger die Identität des

³⁵ *Jahnel*, Datenschutzrecht in der Praxis, Graz/Wien 2004, 13.

³⁶ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Datenschutzgesetz Kommentar, Wien 2009, § 4 Anm 2.

³⁷ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 14 f.

³⁸ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Datenschutzgesetz 2009, § 4 Anm 2.

³⁹ *Jahnel/Siegwart/Fercher*, aktuelle Fragen des Datenschutzrechts, 27.

⁴⁰ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 15.

Betroffenen mit rechtlich zulässigen Mitteln nicht bestimmen kann. Daraus folgt, dass indirekt personenbezogene Daten auf eine Art und Weise verschlüsselt sind, die für den Verwender nicht nachvollziehbar ist. Je nach Sachverhalt können Daten somit für den einen Verwender direkt personenbezogen, für den anderen Verwender jedoch indirekt personenbezogen, sein.⁴¹ Für indirekt personenbezogene Daten gelten insofern Erleichterungen, als (i) bei deren Übermittlung schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen nicht verletzt sind, (ii) ihre Verarbeitung nicht der Meldepflicht unterliegt und (iii) ihre Übermittlung oder Überlassung in das Ausland nicht der Genehmigungspflicht unterliegt.⁴²

Ist die Identität des Betroffenen überhaupt nicht mehr feststellbar, dann sind die Daten anonym.⁴³

3.3 Sensible Daten

Unter sensiblen Daten werden Daten verstanden die den höchstpersönlichen Lebensbereich eines Menschen betreffen. Diese Daten wurden vom Gesetzgeber als besonders schutzwürdig erachtet.⁴⁴ Den Grund für die besondere Regelung betreffend sensible Daten hat der Gesetzgeber darin gesehen, dass hier die Gefahr einer diskriminierenden Verwendung vorliegt.⁴⁵ Gemäß § 4 Z 2 DSG 2000 werden unter sensiblen Daten solche Daten natürlicher Personen verstanden, die über ihre rassische und ethnische Herkunft, ihre politische Meinung, ihre Gewerkschaftszugehörigkeit, ihre religiöse oder philosophische Überzeugung, ihre Gesundheit oder ihr Sexualleben Aufschluss geben. Für die Beurteilung, ob ein sensibles Datum vorliegt, kommt es lediglich darauf an, ob dieses unter eine der angeführten Kategorien fällt nicht jedoch darauf, ob der konkrete Informationsgehalt ein Diskriminierungsrisiko darstellt oder nahelegt.⁴⁶ Die Verwendung sensibler

⁴¹ *Jahnel/Siegwart/Fercher*, aktuelle Fragen des Datenschutzrechts, 28.

⁴² *Graf*, Datenschutzrecht, 38.

⁴³ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 15.

⁴⁴ *Jahnel/Siegwart/Fercher*, aktuelle Fragen des Datenschutzrechts, 28.

⁴⁵ *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz, 118.

⁴⁶ *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz, 118 f. *Drobesch* führt überdies aus, dass die Definition sensibler Daten wegen ihres taxativen Charakters des Öfteren kritisiert werde, weil

Daten wurde im DSG 2000 sehr eingeschränkt, diese unterliegen einem allgemeinen Verwendungsverbot.⁴⁷

3.4 Datei

Wie von der *RL* verlangt, wurde der Schutz auch auf die Verwendung von Daten in manueller, strukturierter Form ausgedehnt, weil Datenschutz nach Motiven der *RL* nicht von der verwendeten Technik abhängen darf.⁴⁸ Unter Datei ist gemäß § 4 Z 6 DSG 2000 jede strukturierte Sammlung von Daten, die nach mindestens einem Suchkriterium zugänglich ist, zu verstehen.⁴⁹ Diese Definition schließt nur jene Datensammlungen von ihrem Anwendungsbereich aus, die zur Gänze unstrukturiert sind.⁵⁰ Akten, Aktensammlungen und deren Deckblätter, die nicht nach bestimmten Kriterien strukturiert sind, fallen nicht unter den Anwendungsbereich der *RL*.⁵¹

Voraussetzung für das Bestehen einer Datei ist somit, dass eine Mehrzahl personenbezogener Daten gesammelt wird und dass diese Sammlung darüber hinaus strukturiert ist. Strukturiert ist eine Datei dann, wenn die Daten auf den Datenträgern nach einer bestimmten Ordnung dargestellt sind.⁵² Der VwGH⁵³ hat dazu ausgesprochen, dass eine strukturierte Datei dann vorliegt, wenn sie - im Gegensatz zu einem Fließtext - eine äußere Ordnung aufweist, nach der die verschiedenen Arten von Daten in einer bestimmten räumlichen

psychologische, ökonomische oder soziale Daten, wie etwa die Armut oder Verschuldung eines Menschen, nicht erfasst werden.

⁴⁷ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 87.

⁴⁸ *Rosenmayr-Klemenz*, Zum Schutz manuell verarbeiteter Daten durch das DSG 2000, *ecolex* 2001, 639.

⁴⁹ Der OGH hat in seiner Entscheidung 6 Ob 148/00 h ausgeführt, dass es nach der systematischen und teleologischen Interpretation nicht zweifelhaft sei, dass das Recht auf Datenschutz nur solche personenbezogene Daten betreffen könne, die in einer Datei, also in einer strukturierten Sammlung von Daten, die nach mindestens einem Suchkriterium zugänglich sind, aufscheinen. Unter Dateien seien daher Karteien und Listen, nicht jedoch Akten und Aktenkonvolute zu verstehen. Diese Entscheidung wurde von *Rosenmayr-Klemenz* dahingehend kritisiert, dass der OGH hinsichtlich des Erfordernisses des Vorliegens einer Datei nicht zwischen dem Anspruch auf Geheimhaltung gemäß § 1 Abs 1 DSG 2000 und dem Recht auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung gemäß § 1 Abs 3 DSG differenziere. Damit bliebe unbeachtet, dass § 1 Abs 1 DSG 2000 allgemein von „Daten“, Abs 3 jedoch von Daten, die zur Verarbeitung in manuell geführten „Dateien“ bestimmt sind, spreche (OGH 25.6.2002, 1 Ob 109/02 i = ÖJZ 2002/200 (EvBl) = ÖJZ-LSK 2002/219).

⁵⁰ *Graf*, Datenschutzrecht, 15.

⁵¹ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 12; vgl auch OGH 28.6.2000, 6 Ob 148/00h = ÖJZ 2001/1 (EvBl).

⁵² *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz, 121.

⁵³ Vgl VwGH vom 19.12.2005, 2005/06/0140.

Verteilung auf dem oder den manuellen Datenträgern oder in einer bestimmten physikalischen oder logischen Struktur dargestellt sind.⁵⁴ Darüber hinaus müssen die Daten nach bestimmten Kriterien zugänglich sein, dh es müssen vereinfachte Möglichkeiten der inhaltlichen Erschließung, beispielsweise durch alphabetische oder chronologische Sortierung oder durch automatisierte Erschließungssysteme, bestehen.⁵⁵

3.5 Datenanwendung/Verwendung von Daten

Gemäß § 4 Z 7 DSG 2000 ist Datenanwendung die Summe der in ihrem Ablauf logisch verbundenen Verwendungsschritte, die zur Erreichung eines inhaltlich bestimmten Ergebnisses (des Zweckes der Datenanwendung) geordnet sind und zur Gänze oder auch nur teilweise automationsunterstützt, also maschinell und programmgesteuert, erfolgen (automationsunterstützte Datenanwendung). Daher ist jede automationsunterstützte Verarbeitung personenbezogener Daten - beispielsweise durch ein herkömmliches Textverarbeitungsprogramm - als Datenanwendung anzusehen.⁵⁶ Das inhaltlich bestimmte Ergebnis ergibt sich aus dem Aufgabengebiet, das der Auftraggeber mit der Datenanwendung erreichen will, wie zB die Durchführung der Buchhaltung oder die Verwaltung von Kundendaten.⁵⁷

Der Gesetzgeber verwendet als Überbegriff für jegliche Handhabung von Daten den Begriff „Datenverwendung“ und versteht darunter sowohl das Verwenden als auch das Übermitteln von Daten.⁵⁸ Das Verwenden von Daten ist gemäß § 4 Z 8 DSG 2000 jede Art der Handhabung von Daten einer Datenanwendung, wobei dazu sowohl das Verarbeiten (§ 4 Z 9 DSG 2000) als auch das Übermitteln (§ 4 Z 12 DSG 2000) von Daten zu zählen ist. Zur Verarbeitung von Daten gehört beispielsweise das Ermitteln, Erfassen, Speichern, Sperren, Löschen oder Vernichten. Übermittlung wiederum ist die Weitergabe von Daten einer Datenanwendung an andere Empfänger als den Betroffenen, den Auftraggeber oder einen Dienstleister, insbesondere die

⁵⁴ Vgl auch ZVR 2001/31.

⁵⁵ Vgl auch OGH 28.6.2000, 6 Ob 148/00h.

⁵⁶ *Jahnel/Sieglwart/Fercher*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts, 31.

⁵⁷ *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz, 122.

⁵⁸ *Jahnel/Sieglwart/Fercher*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts, 30.

Veröffentlichung solcher Daten, sowie darüber hinaus auch die Verwendung von Daten für ein anderes Aufgabengebiet des Auftraggebers.⁵⁹

3.6 Zustimmung

Unter Zustimmung ist gemäß § 4 Z 14 DSG 2000 die gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene, Willenserklärung des Betroffenen zu verstehen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt. Vergleicht man diese Definition mit der Definition der *RL* zur Einwilligung erkennt man, dass die beiden Formulierungen fast deckungsgleich sind.⁶⁰ *Knyrim* führt dazu Folgendes aus:⁶¹ Gültig ist eine Zustimmungserklärung dann, wenn sie nicht ungültig oder mittlerweile widerrufen ist. Ohne Zwang heißt, dass die Zustimmung nicht unter physischem oder psychischem Zwang oder unter Drohung abgegeben werden darf. Die Zustimmung muss eine Willenserklärung des Betroffenen sein, was bedeutet, dass sich dieser darüber bewusst sein muss, dass er eine Zustimmungserklärung abgibt, dh in eine Datenverarbeitung oder Datenübermittlung einwilligt. Das in der Praxis problematisierte Kriterium ist die Kenntnis der Sachlage. Entscheidend sind sowohl die Form als auch der Inhalt der Zustimmungserklärung für die Beurteilung, ob der Betroffene in Kenntnis der Sachlage zugestimmt hat.

Zustimmung für den konkrete Fall heißt, dass dem Betroffenen klar sein muss, welche seiner Daten für welchen Zweck verwendet werden. Abstrakte Ermächtigungen ohne Bezug zu einem konkreten Sachverhalt sind nicht zulässig.⁶²

Eine datenschutzrechtliche Zustimmung muss nicht mehr unbedingt

⁵⁹ Vgl § 4 Z 12 DSG 2000.

⁶⁰ Art 2 lit a der *RL* 95/46/EG normiert, dass unter Einwilligung der betroffenen Person jede Willensbekundung zu verstehen ist, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden.

⁶¹ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 167 f.

⁶² *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz, 125.

ausdrücklich und schriftlich vorliegen.⁶³ Lediglich bei der Verwendung von sensiblen Daten ist die Ausdrücklichkeit weiterhin Voraussetzung.⁶⁴ Die Notwendigkeit der Schriftlichkeit muss einzelfallbezogen geprüft werden und ist vor allem dort ratsam, wo die Zustimmung des Betroffenen später bezweifelt werden könnte.⁶⁵

Die Einwilligung kann – mit Ausnahme bei der Verwendung von sensiblen Daten – auch schlüssig erteilt werden. Schweigen wird nicht als Zustimmung gesehen, außer wenn dies im Vorhinein zwischen Auftraggeber und Betroffenen im Hinblick auf eine bestimmte Datenverwendung vereinbart wurde.⁶⁶

Das Datenschutzgesetz selbst gibt keinen Aufschluss über die inhaltliche Ausgestaltung einer Zustimmungserklärung. Der OGH hat in seiner Entscheidung zu 4 Ob 28/01 y⁶⁷ klargestellt, dass die übermittelten Datenarten genau und taxativ zu bezeichnen sind und dass der Übermittlungsempfänger und der Zweck der Übermittlung genau zu beschreiben sind. In seiner Entscheidung zu 4 Ob 197/02f⁶⁸ führte der OGH überdies aus, dass der Betroffene ausdrücklich darauf hinzuweisen ist, dass er die Zustimmung jederzeit widerrufen kann.

Die Voraussetzungen des § 4 Z 14 DSG 2000 erfordern eine ausdrückliche Belehrung des Betroffenen über alle Umstände, die zur Erteilung der Einwilligung notwendig sind.⁶⁹ Nach *Knyrim* ist die Frage, ob eine Zustimmung eingeholt werden muss, eines der heikelsten Themen des österreichischen Datenschutzes.⁷⁰ In der Praxis kommt der datenschutzrechtlichen Zustimmung eine gewichtige Rolle zu. Sie ist weit verbreitet und scheint nach *Reimer* die bedeutendste Rechtsgrundlage für Datenverwendung im privaten Bereich zu

⁶³ *Mayr-Schönberger/Brandl*, Datenschutzgesetz: Grundsätze und europarechtliche Rahmenbedingungen², Boston/Wien 2005, 74.

⁶⁴ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 55.

⁶⁵ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 57.

⁶⁶ *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz, 125 f.

⁶⁷ OGH 22.3.2001, 4 Ob 28/01y.

⁶⁸ OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02 f.

⁶⁹ *Graf*, Datenschutzrecht, 17.

⁷⁰ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 24.

sein.⁷¹ Der Grund hierfür ist, dass die Zustimmung einen Rechtfertigungsgrund für eine an und für sich unrechtmäßige Datenverwendung darstellt und diese zulässig macht.

4 Grundsätze einer zulässigen Datenanwendung

4.1 Grundsätze jeder Datenverwendung

„Datenanwendung“ ist die Summe der Verwendungsschritte, die zur Erreichung des Ergebnisses erfolgen. Das DSG 2000 versteht – wie bereits unter Punkt 3.5 ausgeführt - unter „Verwenden von Daten“ (Überbegriff für die Handhabung von Daten) jede Art der Handhabung von Daten einer Datenanwendung (Verarbeiten und Übermitteln).⁷² „Verarbeiten von Daten“ ist jede Art der Handhabung (Ermitteln, Erfassen, Speichern, Aufbewahren, Ordnen, Vervielfältigen und dgl) mit Ausnahme des Übermittels. Unter dem Begriff der „Übermittlung“ ist nicht nur die Weitergabe von Daten an andere Empfänger als den Betroffenen, sondern auch die Verwendung von Daten für ein anderes Aufgabengebiet des Auftraggebers zu verstehen.⁷³

Grundsätzlich geht das DSG 2000 vom Verbotsprinzip aus, was bedeutet, dass die Verwendung personenbezogener Daten an und für sich grundsätzlich verboten ist.⁷⁴ Das DSG 2000 sieht jedoch eine zweistufige Zulässigkeitsprüfung für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Datenanwendung vor. Zunächst ist der Zweck der Datenverarbeitung zu überprüfen. In einem zweiten Schritt ist dann zu ermitteln, ob schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen verletzt werden, wobei zwischen sensiblen und nicht sensiblen Daten zu unterscheiden ist. § 6 DSG 2000 legt die wesentlichen Grundsätze, die bei der Prüfung der Zulässigkeit zu beachten sind, fest. § 7 DSG 2000 enthält die Regeln für die Zulässigkeit einer konkreten Datenverwendung.⁷⁵ Gemäß § 7 Abs 3 DSG 2000 setzt jede Datenverwendung voraus, dass die dadurch verursachten Eingriffe in das

⁷¹ Reimer in *Jahnel/Siegwart/Fercher (Hrsg.)*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechtes, 185.

⁷² *Jahnel*, Datenschutzrecht in der Praxis, 18.

⁷³ *Graf*, Datenschutzrecht, 39 f.

⁷⁴ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 66.

⁷⁵ *Graf*, Datenschutzrecht, 41.

Grundrecht auf Datenschutz nur im erforderlichen Ausmaß und mit den gelindesten zur Verfügung stehenden Mitteln erfolgen dürfen und dass überdies die Grundsätze des § 6 DSG 2000 eingehalten werden müssen.

Gemäß § 6 Abs 1 Z 1 DSG 2000 dürfen Daten nur nach „Treu und Glauben“ und auf rechtmäßige Weise verwendet werden.⁷⁶ Eine Datenverwendung nach „Treu und Glauben“⁷⁷ liegt vor, wenn der Betroffene über die Umstände des Datengebrauchs und das Bestehen bzw die Durchsetzbarkeit seiner Rechte nicht irregeführt oder im Unklaren gelassen wird. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Publizitätsvorschriften des 4. Abschnittes des DSG 2000 von Bedeutung.⁷⁸ Nach diesen Vorschriften ist der Auftraggeber grundsätzlich dazu angehalten, vor Aufnahme einer Datenanwendung eine Meldung an die DSK zu erstatten⁷⁹, die Betroffenen in geeigneter Weise über den Zweck der Datenanwendung und die Identität des Auftraggebers zu informieren⁸⁰ und bei Übermittlungen oder Mitteilungen an Betroffene seine Identität offen zu legen.⁸¹ Bei einer Datenanwendung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben muss dem Betroffenen also stets bewusst sein, was mit seinen Daten geschieht und wer diese Daten verwendet.⁸² Wesentlich ist somit eine umfassende Information des Betroffenen, die diesem die Geltendmachung seiner Rechte erleichtert.⁸³

In rechtmäßiger Weise erfolgt die Verwendung von Daten dann, wenn sämtliche Bestimmungen des DSG 2000 und dessen Nebengesetze befolgt werden.⁸⁴ Eine Datenanwendung muss nicht nur – wie soeben beschrieben – rechtmäßig sein, sie muss überdies auch einen vordefinierten Zweck haben, an den sie gebunden ist.⁸⁵ § 6 Abs 1 Z 2 DSG 2000 schreibt diesen Grundsatz der Zweckbindung folgendermaßen fest: *„Daten dürfen nur für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke ermittelt und nicht in einer mit diesen*

⁷⁶ Siegwart in *Jahnel/Siewgart/Fercher*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts, 218.

⁷⁷ Siehe zu diesem Begriff auch *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 67 mwH.

⁷⁸ Regierungsvorlage betreffend das Datenschutzgesetz, RV 1613 BlgNR, XX GP, 39.

⁷⁹ Vgl § 17 Abs 1 DSG 2000.

⁸⁰ Vgl § 24 Abs 1 DSG 2000.

⁸¹ Vgl § 25 Abs 1 DSG 2000.

⁸² *Siewgart in Jahnel/Siewgart/Fercher*, Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts, 218.

⁸³ Vgl OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02 f.

⁸⁴ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 82.

⁸⁵ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 83.

Zwecken unvereinbaren Weise weiterverwendet werden.“ Dem Grundsatz der Zweckmäßigkeit entspricht es, in jeder Phase der Datenanwendung das Vorliegen eines festgelegten, eindeutigen und rechtmäßigen Zweckes zu überprüfen.⁸⁶ Außerdem müssen die verwendeten Daten für den jeweiligen Zweck wesentlich sein und dürfen weder über diesen hinausgehen noch länger als unbedingt erforderlich gespeichert werden (§ 6 Abs 1 Z 3 DSG 2000). Durch diesen strengen Grundsatz soll die Verarbeitung von personenbezogenen Daten (im Sinne der *RL*) auf einige wenige reduziert werden und eine vorsorglich angelegte Datensammlung unzulässig werden.⁸⁷

Ein weiterer in § 6 Abs 1 Z 4 DSG 2000 festgelegter Grundsatz verlangt, dass die Daten im Hinblick auf den deklarierten Verwendungszweck sachlich richtig und aktuell sein müssen. Der Grundsatz der sachlichen Richtigkeit bedeutet, dass die Daten, wenn sie beispielsweise ermittelt oder gespeichert werden, inhaltlich richtig ermittelt oder gespeichert werden müssen.⁸⁸ Der Grundsatz der Aktualität steht im Zusammenhang mit dem Grundsatz der sachlichen Richtigkeit. Dieser Grundsatz besagt, dass Daten, soweit dies erforderlich ist, immer aktuell zu halten sind, damit sie auch richtig bleiben. Richtigkeit im Hinblick auf den deklarierten Zweck der Datenanwendung bedeutet, dass, wenn der Zweck beispielsweise „Verzeichnis von Straftätern“ lautet, Personen, die einer Straftat nur verdächtig sind, in dieses Verzeichnis nicht aufgenommen werden dürfen.⁸⁹ *Siegwart* vertritt die Ansicht, dass man zu diesem Ergebnis bereits bei der Prüfung von § 6 Abs 1 Z 3 DSG 2000 gelangt, weil Daten nach dieser Bestimmung nur verwendet werden dürfen soweit sie für den Zweck der Datenanwendung wesentlich sind. Über den Verwendungszweck hinaus können Daten nicht so ohne weiteres verwendet werden. Genau das würde jedoch geschehen, wenn Personen, die einer Straftat bloß verdächtig sind, in ein Verzeichnis von Straftätern aufgenommen würden.⁹⁰ Auch die *DSK* hat in einer Entscheidung ausgesprochen, dass sich das Gebot der Datenrichtigkeit mit dem Verwendungszweck der Daten

⁸⁶ *Duschaneck*, ZfV 2000/1303, 530.

⁸⁷ *Dammann/Simits*, EG-Datenschutzrichtlinie, Kommentar, Baden-Baden 1997, 79.

⁸⁸ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 87.

⁸⁹ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 65; vgl auch *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz, 131.

⁹⁰ *Siegwart* in *Jahnel/Siegwart/Fercher (Hrsg.)*, aktuelle Fragen des Datenschutzrechtes, 220.

verknüpft, das heißt, dass der Maßstab für die Datenrichtigkeit der Zweck der Datenanwendung ist.⁹¹

Da das DSG 2000 Datenverarbeitungen möglichst einschränken möchte, dürfen Daten in personenbezogener Form nur so lange aufbewahrt werden, als es für die Erreichung der Zwecke, für die sie ermittelt wurden, erforderlich ist. Im DSG 2000 gibt es daher keine vordefinierten, fixen Fristen zur Datenspeicherung.⁹²

4.2 Zulässigkeit der Datenverarbeitung

In Punkt 4.1 wurden die Grundsätze behandelt, die bei jeder Datenanwendung eingehalten werden müssen. Diese Grundsätze sind daher immer zu prüfen. Nach dieser Prüfung steht jedoch nur fest, dass die grundsätzliche Zulässigkeit gegeben ist. Ob die Datenanwendung konkret zulässig ist muss gesondert geprüft werden. Datenanwendung ist - wie bereits ausgeführt - der Oberbegriff für das in § 7 DSG 2000 angeführte Verarbeiten⁹³ und Übermitteln⁹⁴ von Daten. Bei der Prüfung der Zulässigkeit der Datenanwendung ist zunächst die Zulässigkeit der Verarbeitung zu prüfen.⁹⁵ Unabdingbare Voraussetzung für eine Übermittlung von Daten ist jedenfalls eine rechtmäßige Verarbeitung, anderenfalls wäre die Datenübermittlung rechtswidrig.⁹⁶

Bei der Prüfung, ob eine Datenverarbeitung zulässig ist, muss davon ausgegangen werden, dass diese grundsätzlich verboten ist, sofern nicht eine Ausnahme von diesem Verbot besteht.⁹⁷ § 7 DSG 2000 gibt folgendes Prüfungsschema vor:

⁹¹ Vgl DSK 21.3.2007, K121.246/0008-DSK/2007.

⁹² *Knyrim*, Datenschutzrecht, 88, eine Ausnahme hinsichtlich vordefinierter Fristen bilden Standardanwendungen, die mit der Standard- und Musterverordnung (BGBl II 201/2000) festgelegt wurden.

⁹³ Vgl § 7 Abs 1 DSG 2000.

⁹⁴ Vgl § 7 Abs 2 DSG 2000.

⁹⁵ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 92.

⁹⁶ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 72.

⁹⁷ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 93.

- (i) Zweck und Inhalt müssen von der gesetzlichen Zuständigkeit oder rechtlichen Befugnis des jeweiligen Auftraggebers gedeckt sein und
- (ii) die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen dürfen nicht verletzt werden.
- (iii) Außerdem muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden.

4.3 Zweck und Inhalt

Die Begriffe Zweck und Inhalt sind im DSG 2000 nicht eindeutig formuliert. Zum Zweckbindungsgrundsatz wurde bereits oben unter Punkt 4.1 ausgeführt, dass für jede Datenverarbeitung ein bestimmter Zweck festgelegt werden muss. Laut *Knyrim* meint der Gesetzgeber mit dem Inhalt der Datenverarbeitung die in der Datenverarbeitung verwendeten Datenarten und die betroffenen Personengruppen.⁹⁸

Die gesetzlichen Zuständigkeiten betreffen Auftraggeber des öffentlichen Bereiches, die einen gesetzlichen Auftrag zur Datenverarbeitung bekommen.⁹⁹ Die rechtliche Befugnis kommt für private Unternehmen in Frage, diese ergibt sich beispielsweise aus den Berufsregeln, dem Gewerbeschein oder der Vereinssatzung.¹⁰⁰ Als Prüfungsmaßstab ist dabei nicht nur die konkrete Berechtigung, sondern die Rechtsordnung als Gesamtheit heranzuziehen.¹⁰¹

4.4 Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen

Liegt eine Berechtigung vor, ist auf nächster Stufe zu prüfen, ob schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen der Verwendung entgegenstehen. Für nicht sensible Daten trifft § 8 DSG 2000, für sensible Daten § 9 DSG 2000 diesbezüglich eine Regelung.¹⁰²

⁹⁸ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 93.

⁹⁹ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 94.

¹⁰⁰ *Graf*, Datenschutzrecht, 43.

¹⁰¹ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 72.

¹⁰² *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz, 134.

4.4.1 Bei nicht sensiblen Daten

§ 8 Abs 1 DSG 2000 regelt schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen nicht sensibler Daten in Form einer Generalklausel und einer demonstrativen Aufzählung wichtiger Beispiele.¹⁰³ Geheimhaltungsinteressen werden demnach bei nicht sensiblen Daten dann nicht verletzt, wenn

- eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung oder Verpflichtung zur Verwendung der Daten besteht; oder
- der Betroffene der Verwendung seiner Daten zugestimmt hat, wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt; oder
- lebenswichtige Interessen des Betroffenen die Verwendung erfordern; oder
- überwiegende berechnete Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten die Verwendung erfordern.

Ebenso wie in Art 7 der *RL* können somit lebenswichtige Interessen eines Betroffenen die Datenverwendung rechtfertigen. Ein typischer Fall in dem lebenswichtige Interessen des Betroffenen die Verwendung erfordern ist ein Unfall, bei dem der Betroffene bewusstlos angetroffen wird und die Rettung oder das Spital seine Daten einem Ausweis des Verletzten entnimmt um dessen Verwandte zu verständigen. In derartigen Fällen werden oft auch medizinische Daten verarbeitet und übermittelt werden, wodurch § 9 Z 7 DSG 2000 anzuwenden ist, der die Bearbeitung sensibler Daten zur Wahrung lebenswichtiger Interessen des Betroffenen zulässt.¹⁰⁴

¹⁰³ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 76.

¹⁰⁴ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 99; *Duschanek/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000, Wien 2000, 46; vgl auch *Dammann/Simmits*, EG-Datenschutzrichtlinie, 151. *Dammann/Simmits* sehen es als problematisch an, dem Verantwortlichen der Verarbeitung die Entscheidung darüber ganz unabhängig davon einzuräumen, ob die betroffene Person in der Lage ist, für die Wahrung ihrer lebenswichtigen Interessen selbst die notwendigen Entscheidungen zu treffen. Die *RL* mache deshalb für sensible Daten einen gewissen Vorbehalt. Auch bei weniger sensiblen Daten müsse, solange es ausschließlich um die Interessen der betroffenen Person gehe, deren Selbstbestimmungsrecht als vorrangig anerkannt werden. Hilfsmaßnahmen anderer dürften in dieses Recht nur dann eingreifen, wenn dafür eine besondere Rechtfertigung bestünde. Daher sei eine Verarbeitung nur dann als erforderlich für die Wahrung von Interessen der betroffenen Person anzusehen, wenn diese selbst zu einer

Überdies sind Geheimhaltungsinteressen bei nicht sensiblen Daten gemäß § 8 Abs 2 DSG 2000 auch dann nicht verletzt, wenn

- bereits zulässigerweise veröffentlichte Daten verwendet werden; oder
- die Daten anonym sind.

4.4.2 Bei sensiblen Daten

Die Zulässigkeit der Verwendung sensibler Daten wird weitgehend durch die *RL* vorgegeben.¹⁰⁵ § 9 DSG 2000 enthält das in Art 8 der *RL* vorgesehene grundsätzliche Verarbeitungsverbot sensibler Daten bei gleichzeitiger taxativer Aufzählung von 13 Ausnahmetatbeständen.¹⁰⁶ Das DSG 2000 lässt bei sensiblen Daten, wie durch die *RL* vorgegeben,¹⁰⁷ also viel weniger Raum für Rechtfertigungsgründe als bei nicht sensiblen Daten. Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei der Verwendung von sensiblen Daten sind danach beispielsweise ausschließlich dann nicht verletzt, wenn der Betroffene die Daten offenkundig selbst veröffentlicht hat, die Daten nur in indirekt personenbezogener Form verwendet werden oder sich die Ermächtigung oder Verpflichtung zur Verwendung aus gesetzlichen Vorschriften ergibt, soweit diese der Wahrung eines wichtigen öffentlichen Interesses dienen.¹⁰⁸

Ein weiterer Ausnahmetatbestand ist die Verarbeitung oder Übermittlung von Daten zur Wahrung lebenswichtiger Interessen des Betroffenen¹⁰⁹, wobei hier, im Gegensatz zu den nicht sensiblen Daten, die Verarbeitung nur dann zulässig ist, wenn die Zustimmung des Betroffenen nicht rechtzeitig eingeholt werden kann. *Duschanek/Rosenmayr-Klemenz* vertreten die Ansicht, dass hier eine mangelnde Umsetzung der *RL* vorliege¹¹⁰. *Dohr/Pollirer/Weiss* sind

eigenen Interessenwahrnehmung nicht in der Lage sei und anzunehmen sei, dass sie in die Verarbeitung einwilligen würde, wenn sie zu einer Entscheidung im Stande wäre (mutmaßliche Einwilligung).

¹⁰⁵ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 86.

¹⁰⁶ *Jahnel*, wbl 2000, 52.

¹⁰⁷ Art 8 der *RL*.

¹⁰⁸ *Graf*, Datenschutzrecht, 44.

¹⁰⁹ Vgl § 9 Z 7 DSG 2000.

¹¹⁰ *Duschanek/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000, 52. Die *RL* regelt in Art 8 Abs 2 lit c: „... zum Schutz lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person oder eines Dritten, ..., sofern die Person aus physischen oder rechtlichen Gründen außer Stande ist, ihre Einwilligung zu geben.“ *Duschanek/Rosenmayr-Klemenz* sind der Ansicht, dass dieser

demgegenüber der Meinung, dass ein Defizit in der Umsetzung der *RL* nicht unbedingt vorliegen müsse.¹¹¹

Der wesentlichste und vor allem für privatwirtschaftliche Unternehmen sehr bedeutende Unterschied zwischen sensiblen und nicht sensiblen Daten ist das Fehlen des Rechtfertigungsgrundes der „überwiegenden berechtigten Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten“ bei sensiblen Daten. Dies bedeutet in der Praxis, dass sensible Daten selbst dann, wenn sie zur Erfüllung eines Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen notwendig sind, nicht verwendet werden dürfen, wenn der Betroffene nicht zustimmt.¹¹²

4.5 Erforderliches Ausmaß/Gelindestes Mittel

Zusätzlich zu den bisher ausgeführten Kriterien normiert § 7 Abs 3 DSG 2000, dass eine Datenanwendung (dh sowohl eine Datenverarbeitung als auch eine Datenübermittlung) voraussetzt, dass die dadurch verursachten Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz nur im erforderlichen Ausmaß und mit den gelindesten zur Verfügung stehenden Mitteln erfolgen dürfen und dass die Grundsätze des § 6 DSG 2000 eingehalten werden müssen. § 7 Abs 3 DSG 2000 ist die einfachgesetzliche Ausformulierung des Verhältnismäßigkeitsgebotes des verfassungsrechtlichen Grundrechtes auf Datenschutz¹¹³ in § 1 Abs 2 letzter Satz DSG 2000.¹¹⁴ § 7 Abs 3 DSG 2000 verweist weiters auf die Einhaltung der Qualitätsgrundsätze des § 6 DSG 2000, die untrennbar mit der Frage der Zulässigkeit einer Datenanwendung verbunden sind.¹¹⁵

Hinweis weiter verstanden werden könne, als die Bezugnahme auf die tatsächliche Unmöglichkeit der rechtzeitigen Einholung der Zustimmung in § 9 Z 7 DSG 2000. *Drobesch/Grosinger* führen aus, dass Art 8 Abs 2 lit c der *RL* enger sei als § 9 Z 7 DSG, weil es nach der *RL* darauf ankomme, ob die Zustimmung des Betroffenen aus physischen oder rechtlichen Gründen gegeben werden kann (vgl. *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz, 145).

¹¹¹ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 88.

¹¹² *Knyrim*, Datenschutzrecht, 108.

¹¹³ § 1 Abs 2 letzter Satz DSG 2000 lautet: „Auch im Falle zulässiger Beschränkungen darf der Eingriff in das Grundrecht jeweils nur in der gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden.“

¹¹⁴ *Duschaneck/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000, 43.

¹¹⁵ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 72.

Bisher lässt die Literatur unbeantwortet was unter den gelindesten zur Verfügung stehenden Mitteln im Fall einer Datenverarbeitung genau zu verstehen ist.¹¹⁶ Aus der RV zum DSG 2000¹¹⁷ geht hervor, dass die Änderung des letzten Satzes in § 1 Abs 2 DSG 2000 der in der Praxis deutlich gewordenen Notwendigkeit, das Verhältnismäßigkeitsprinzip stärker zu betonen, entspricht, weil sich daraus oft wichtige Konsequenzen für die Zulässigkeit der Ausgestaltung von legislativen Vorhaben ergeben. *Knyrim* führt aus, dass dieser Hinweis vermuten lasse, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip bewirken soll, dass besonders datenschutzrechtliche Bestimmungen in Materiengesetzen nicht überschießend sein sollen. Es müsse immer Aufgabe eines Materiengesetzgebers sein, Zweck und Mittel eines Gesetzes zu prüfen.¹¹⁸

4.6 Zulässigkeit der Datenübermittlung

Der Definition des § 4 Z 12 DSG 2000 zufolge ist Datenübermittlung

- die Weitergabe von Daten einer Datenanwendung an andere Empfänger als den Betroffenen, den Auftraggeber oder einen Dienstleister;
- insbesondere auch das Veröffentlichen von Daten;
- darüber hinaus auch die Verwendung von Daten für ein anderes Aufgabengebiet des Auftraggebers.

Die Tatsache, dass ein „Übermitteln“ von Daten auch bei deren Verwendung für ein anderes Aufgabengebiet desselben Auftraggebers vorliegt, kann Probleme hervorrufen.¹¹⁹ Aus den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage ergibt sich, dass unter Aufgabengebiet eines von mehreren Tätigkeitsfeldern des Auftraggebers zu verstehen sei, das in seinem

¹¹⁶ Die *DSK* hat beispielsweise darin einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz erblickt, dass der Bundesminister für Landesverteidigung an den Beschwerdeführer einen „Leitfaden für zukünftige österreichische Soldaten“ unter der Angabe des Geburtsdatums des Beschwerdeführers auf dem Adressfeld versandt hat (vgl *DSK* 23.3.2001, K210.380/001-DSK/2001).

¹¹⁷ Regierungsvorlage betreffend das Datenschutzgesetz, RV 1613 BlgNR, XX GP, 35.

¹¹⁸ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 112.

¹¹⁹ *Duschaneck/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000, 32.

Umfang nach der Verkehrsauffassung geeignet sei, für sich allein den gesamten Geschäftsbereich des Auftraggebers zu bilden. Das Aufgabengebiet sei somit im privaten Bereich mit der Gewerbeberechtigung gleichzusetzen.¹²⁰ *Duschanek/Rosenmayr-Klemenz* gehen davon aus, dass davon auch ein zusammengehörendes Bündel von Gewerbeberechtigungen desselben Auftraggebers umfasst ist.¹²¹

Gemäß § 7 Abs 2 DSG 2000 ist eine Datenübermittlung dann zulässig, wenn

- die Daten aus einer gemäß § 7 Abs 1 DSG 2000 zulässigen Datenanwendung stammen,
- der Empfänger dem Übermittelnden seine ausreichende gesetzliche Zuständigkeit oder rechtliche Befugnis - soweit diese nicht außer Zweifel steht - im Hinblick auf den Übermittlungszweck glaubhaft gemacht hat und
- durch Zweck und Inhalt der Übermittlung die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen nicht verletzt werden.

Daten stammen dann aus einer zulässigen Datenanwendung, wenn sie entsprechend dem bisher ausgeführten Prüfschema auf ihre Zulässigkeit hin geprüft wurden.

Als weitere Voraussetzung verlangt der Gesetzgeber, dass der Empfänger dem Übermittelnden seine ausreichende gesetzliche Zuständigkeit oder rechtliche Befugnis im Hinblick auf den Übermittlungszweck glaubhaft macht. Dies bedeutet, (i) dass der Zweck der Übermittlung feststehen muss, (ii) der Empfänger der Daten selbst die gesetzliche Zuständigkeit oder rechtliche Befugnis besitzen muss, um die Daten zu diesem Zweck verwenden zu dürfen und (iii) dass der Empfänger diese gesetzliche Zuständigkeit oder rechtliche Befugnis - soweit sie nicht außer Zweifel steht – dem Übermittler glaubhaft machen muss. Eine Möglichkeit der Glaubhaftmachung wäre beispielsweise bei einem Unternehmer die Übersendung einer Kopie der

¹²⁰ Regierungsvorlage betreffend das Datenschutzgesetz, RV 1613 BlgNR, XX GP, 39.
¹²¹ *Duschanek/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000, 32.

Gewerbeberechtigung.¹²² *Duschaneck/Rosenmayr-Klemenz* vertreten die Ansicht, dass diese Regelung extrem überschießend sei und dass es daher erforderlich sei, die gesetzliche Einschränkung „soweit diese nicht in Zweifel steht“ extensiv zu interpretieren.¹²³

Wie bei jeder Datenverarbeitung dürfen darüber hinaus schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen nicht verletzt werden. Dazu siehe bereits oben unter Punkt 4.4.

§ 7 Abs 3 DSG 2000 gilt für Datenverarbeitung und Übermittlung gleichermaßen und besagt, dass Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz nur im erforderlichen Ausmaß und mit den gelindesten zur Verfügung stehenden Mitteln erfolgen dürfen (vgl dazu oben unter Punkt 4.5).

4.7 Datenübermittlung innerhalb der EU

Ziel der *RL* war es, den freien Datenverkehr innerhalb der EU ohne Hemmnisse zu ermöglichen.¹²⁴ Die *RL* sieht deshalb vor, dass grundsätzlich innerhalb der EU keine Beschränkungen des Datenverkehrs stattfinden dürfen. Dies gilt jedoch nicht hinsichtlich einer Datenverwendung für Zwecke der sogenannten „dritten Säule“¹²⁵, weil dieser Bereich nicht von der *RL* erfasst ist und daher nicht dem Harmonisierungsgebot unterliegt.¹²⁶ Die erläuterten Grundsätze bedeuten für die Praxis, dass der Transfer von Daten in Mitgliedstaaten der EU wie ein Datentransfer im Inland anzusehen ist und durch nationale Gesetze nicht weiter beschränkt werden darf. Betreffend die Daten juristischer Personen besteht zwar kein harmonisiertes Datenschutzniveau, dennoch gilt auch für sie der unbeschränkte Datenverkehr. Dies wird damit gerechtfertigt, dass in anderen Staaten unter anderer Bezeichnung andere Regelungen bestehen, „*die dem*

¹²² *Knyrim*, Datenschutzrecht, 120.

¹²³ *Duschaneck/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000, 42.

¹²³ RL 95/46/EG EGr 8.

¹²⁴ Die dritte Säule betrifft die Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten im Bereich Justiz und Inneres.

¹²⁵ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 101.

österreichischen Schutzniveau gegenüber keine gravierenden Nachteile befürchten lassen müssen“.¹²⁷

4.8 Datenübermittlung außerhalb der EU

Grundsätzliche Voraussetzung für jede Übermittlung oder Überlassung von Daten in Drittstaaten ist nach § 12 Abs 5 DSG 2000 die Rechtmäßigkeit der Datenanwendung im Inland nach § 7 DSG 2000. Dies bedeutet, dass zuerst zu prüfen ist, ob die Verarbeitung¹²⁸ oder Übermittlung¹²⁹ der Daten grundsätzlich zulässig ist.¹³⁰ Darüber hinaus bedarf die Übermittlung oder Überlassung von Daten an Empfänger außerhalb der EU gemäß § 13 DSG 2000 im Regelfall der Genehmigung der *DSK*, die organisatorisch beim Bundeskanzleramt eingerichtet ist.¹³¹ Gemäß § 12 Abs 2 DSG 2000 ist die Übermittlung und das Überlassen von Daten mit Empfängern in Drittstaaten mit angemessenem Datenschutz jedoch genehmigungsfrei.^{132 133}

Um festzustellen ob ein angemessenes Schutzniveau vorliegt gibt es folgende Möglichkeiten: (i) Besitzt der Staat generell ein angemessenes Datenschutzniveau, kann er in die Verordnung des Bundeskanzlers¹³⁴ gemäß § 12 Abs 2 DSG 2000 aufgenommen werden. Dies bewirkt, dass der Datenverkehr mit diesem Drittstaat ohne Beschränkung zulässig ist. (ii) In allen anderen Fällen muss die Beurteilung von Fall zu Fall anlässlich des Genehmigungsverfahrens gemäß § 13 Abs 2 Z 1 DSG 2000 geschehen.¹³⁵ Aus den erläuternden Bemerkungen zur RV ergibt sich, dass ein intensiver

¹²⁷ Regierungsvorlage betreffend das Datenschutzgesetz, RV 1613 B1gNR, XX GP, 42. *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 101.

¹²⁸ Vgl § 7 Abs 1 DSG 2000.

¹²⁹ Vgl § 7 Abs 2 DSG 2000.

¹³⁰ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 127.

¹³¹ *Mayr-Schönberger/Brandl*, Datenschutzgesetz: Grundsätze, 45.

¹³² Vgl auch Art 25 der *RL*.

¹³³ Die *RL* lässt die Übermittlung von Daten im Rahmen eines Gerichtsverfahrens jedoch auch in jene Drittländer zu, in welche mangels angemessenen Datenschutzniveaus die Übermittlung personenbezogener Daten sonst zu untersagen wäre (vgl. *Souhadra*, Amtshilfe Online und Datenschutz, SozSi 2000, 286).

¹³⁴ Verordnung des Bundeskanzlers über den angemessenen Datenschutz in Drittstaaten (Datenschutzangemessenheits-Verordnung –DSAV), BGBl II 1999/521. In der Praxis erfolgt die Feststellung der Gleichwertigkeit des Schutzniveaus jedoch durch die EU-Kommission, vgl. *Mayr-Schönberger/Brandl*, Datenschutzgesetz: Grundsätze, 43.

¹³⁵ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 101.

Austausch von Informationen zwischen den Mitgliedstaaten untereinander und der EU-Kommission vorgesehen ist, um eine einheitliche Beurteilung des Vorliegens von angemessenem Datenschutzniveau zu gewährleisten.¹³⁶

§ 12 Abs 3 DSG 2000 sieht Fälle vor, in denen bestimmte Datenübermittlungen- und Überlassungen ohne Genehmigung der *DSK* zulässig sind. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn Daten im Inland zulässigerweise veröffentlicht wurden, Daten übermittelt werden sollen, die für den Empfänger nur indirekt personenbezogen sind oder der Betroffene ohne jeden Zweifel seine Zustimmung zur Übermittlung oder Überlassung der Daten ins Ausland gegeben hat. Überdies sieht § 12 Abs 4 DSG 2000 vor, dass in Fällen, in denen eine Übermittlung oder Überlassung zur Wahrung eines wichtigen öffentlichen Interesses oder zur Wahrung lebenswichtiger Interessen einer Person so dringlich ist, dass die Genehmigung der *DSK* nicht eingeholt werden kann, ohne diese Interessen zu gefährden, diese ohne Genehmigung vorgenommen werden kann. Die *DSK* ist davon jedoch umgehend zu verständigen.

4.9 Genehmigung durch die DSK

Ist eine Datenübermittlung- oder Überlassung von der *DSK* zu prüfen, so sieht § 13 Abs 2 DSG für eine Genehmigung im Einzelfall Folgendes vor:

Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Voraussetzungen des § 12 Abs 5 DSG 2000¹³⁷ vorliegen und entweder für die im Genehmigungsantrag angeführte Übermittlung und Überlassung im konkreten Einzelfall angemessener Datenschutz besteht oder der Auftraggeber glaubhaft macht, dass die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen auch im Ausland ausreichend gewahrt werden.

Der Übermittler sollte in diesem Fall die geplante Übermittlung genau beschreiben und sollte die *DSK* auch mit Informationen über die Situation im

¹³⁶

Regierungsvorlage betreffend das Datenschutzgesetz, RV 1613 BlgNR, XX GP, 31.

¹³⁷

§ 12 Abs 5 DSG bestimmt, dass die Daten aus einer nach § 7 DSG 2000 zulässigen Datenverarbeitung stammen müssen.

Drittland versorgen. *Knyrim* führt aus, dass, je weniger Datenarten zu einem möglichst konkret nachvollziehbaren Zweck übermittelt werden und je höher entwickelt das Datenschutzniveau im Drittland ist, es desto leichter sein werde, eine Genehmigung der *DSK* zu erlangen.¹³⁸

5 Rechtsdurchsetzung und Rechtsschutz

5.1 Allgemeines

Die *RL* misst der Kontrolle von Datenanwendungen außerhalb förmlicher Beschwerdeverfahren große Bedeutung zu. Diese Kontrolle muss gemäß der *RL* auch im privaten Bereich möglich sein und ist von einer unabhängigen Kontrollstelle wahrzunehmen.¹³⁹

Der Rechtsschutz im österreichischen Datenschutzrecht ist grundsätzlich derart zweigeteilt, dass (i) Ansprüche Betroffener gegen Auftraggeber des öffentlichen Bereichs vor der *DSK*¹⁴⁰ und (ii) Ansprüche Betroffener gegen Auftraggeber im privaten Bereich vor den Zivilgerichten¹⁴¹ geltend zu machen sind. Dieser Grundsatz wird zum einen durch § 30 Abs 1 DSG 2000 durchbrochen, der ein allgemeines Beschwerderecht der Betroffenen an die *DSK* vorsieht. Diese Bestimmung ermöglicht es somit jedermann, der Betroffener ist, sich völlig formlos und ohne Kosten, wie in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren, an die *DSK* zu wenden.¹⁴² Zum anderen sieht § 31 Abs 1 DSG 2000 ein Beschwerderecht des Betroffenen bei Verletzung des Auskunftsrechtes unabhängig davon vor, ob ein Auftraggeber des öffentlichen oder des privaten Bereiches gegenübersteht. Die *DSK* kann jedoch auch von sich aus im Fall eines begründeten Verdachtes Datenanwendungen überprüfen, wobei sie dabei Einschau in Datenverarbeitungen und Unterlagen nehmen und Aufklärung verlangen

¹³⁸ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 149.

¹³⁹ Regierungsvorlage betreffend das Datenschutzgesetz, RV 1613 BlgNR, XX GP, 48. *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 203.

¹⁴⁰ Vgl § 31 DSG 2000 .

¹⁴¹ Vgl § 32 DSG 2000.

¹⁴² *Knyrim*, Datenschutzrecht, 234.

kann.¹⁴³

Somit sind die Kontrollbefugnisse derart umgesetzt, dass die *DSK* als unabhängige Kontrollstelle den öffentlichen und privaten Bereich entweder aus Anlass eines Anbringens eines Bürgers oder in Fällen, die ein erhöhtes Gefährdungspotenzial besitzen, auch ohne einen solchen Anlass, zu kontrollieren hat. Rechtsförmliche Entscheidungen über behauptete Datenschutzverletzungen sind von der *DSK* zu erlassen wenn sie Auftraggeber des öffentlichen Bereichs betreffen, von den ordentlichen Gerichten¹⁴⁴ jedoch, wenn sie Auftraggeber des privaten Bereiches betreffen.¹⁴⁵ Bei besonders schwerwiegenden Verstößen gegen Bestimmungen des DSG 2000 ist die *DSK* nach § 32 Abs 5 DSG 2000 verpflichtet, Feststellungsklage zu erheben. Auf Grundlage eines ergangenen Feststellungsurteils kann der Betroffene mit wesentlich eingeschränktem Kostenrisiko seine Ansprüche weiter verfolgen.¹⁴⁶

Von diesem Rechtsschutz durch die *DSK* sind jedoch Akte der Gesetzgebung und der Gerichtsbarkeit ausgenommen. Da die vom DSG 2000 gewährten Rechte aber auch für den Bereich der Gerichtsbarkeit gelten, bestand auch hier ein Bedarf nach einem entsprechenden Rechtsschutzinstrumentarium.¹⁴⁷ In § 83 GOG¹⁴⁸ wurde daher ausdrücklich festgehalten, dass sich in Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit die Durchsetzung der im DSG 2000 geregelten Rechte des Betroffenen nach den Vorschriften des GOG und den jeweiligen Verfahrensvorschriften richtet. Anwendungsbereich dieser Regelung ist nicht nur die gerichtliche Entscheidungstätigkeit als Kernbereich der unabhängigen Rechtsprechung, sondern auch die in Senaten ausgeübte Justizverwaltung, die ebenfalls zur unabhängigen Rechtsprechung zählt. Datenanwendungen im Bereich der staatsanwaltschaftlichen Behörden bleiben vom Anwendungsbereich ausgenommen.¹⁴⁹

¹⁴³ *Jahnel*, Datenschutzrecht in der Praxis, 64.

¹⁴⁴ Zuständig ist in erster Instanz das Landesgericht für Zivilrechtsachen, in dessen Sprengel der Betroffene seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz hat (vgl § 32 Abs 4 DSG 2000).

¹⁴⁵ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 203.

¹⁴⁶ *Mayr-Schönberger/Brandl*, Datenschutzgesetz: Grundsätze, 41.

¹⁴⁷ *Weiss/Knyrim*, *ecolex* 2006, 74.

¹⁴⁸ Zur Neuregelung des GOG siehe ausführlich unter Punkt I6.

¹⁴⁹ Regierungsvorlage 613 BlgNR 22 GP, 18.

5.2 Schadenersatz

Die in Österreich seit der Erlassung des DSG 1978 geführte Diskussion um die Notwendigkeit datenschutzspezifischer Schadenersatzregelungen ist mit Art 23 der *RL* beendet worden.¹⁵⁰ § 33 DSG 2000 bestimmt daher ausdrücklich, dass, wenn einem Betroffenen durch die schuldhafte Verletzung von Bestimmungen des Datenschutzgesetzes durch einen Auftraggeber im privaten Bereich ein Schaden entstanden ist, der Auftraggeber diesen nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu ersetzen hat. *Dammann/Simits* sind der Ansicht, dass die *RL* in diesem Bereich unzureichend umgesetzt wurde, weil sie davon ausgehen, dass die *RL* eine verschuldensunabhängige Haftung des schädigenden Auftraggebers anordnet.¹⁵¹ Nach den Bestimmungen des DSG 2000 werden auch immaterielle Schäden ersetzt, wenn durch die öffentlich zugängliche Verwendung von sensiblen oder strafrechtlich relevanten Daten oder solchen zur Kreditwürdigkeit die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen in einer Weise verletzt werden, die einer Bloßstellung im Sinne des § 7 Abs 1 Mediengesetz¹⁵² gleichkommt (§ 33 Abs 1 DSG).¹⁵³ Die vom Auftraggeber für die erlittene Kränkung zu leistende Entschädigung ist derzeit mit bis zu EUR 14.535,-- beschränkt.¹⁵⁴ Entsprechend der *RL* besteht eine Beweislastumkehr. Demnach hat der Auftraggeber nachzuweisen, dass der Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, ihn und seinen Leuten nicht zur Last gelegt werden kann.¹⁵⁵

¹⁵⁰ *Duschanek*, ZfV/1303, 535. Art 23 der *RL* verpflichtet die Mitgliedstaaten zum Erlass von Schadenersatzregelungen.

¹⁵¹ *Dammann/Simits*, EG-Datenschutzrichtlinie, 262 ff.

¹⁵² § 7 Abs 1 Mediengesetz lautet: „Wird in einem Medium der höchstpersönliche Lebensbereich eines Menschen in einer Weise erörtert oder dargestellt, die geeignet ist, ihn in der Öffentlichkeit bloßzustellen, so hat der Betroffene gegen den Medieninhaber Anspruch auf eine Entschädigung für die erlittene Kränkung. Der Entschädigungsbetrag darf 20 000 Euro nicht übersteigen; im übrigen ist § 6 Abs. 1 zweiter Satz anzuwenden.“

¹⁵³ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 227; vgl auch *Duschanek*, ZfV 2000/1303, 535.

¹⁵⁴ *Jahnel*, Datenschutzrecht in der Praxis, 65.

¹⁵⁵ *Duschanek*, ZfV 2000/1303, 535. Nach der *RL* sind auch Schadenersatzregelungen für den öffentlichen Bereich vorzusehen.

5.3 Strafrechtliche Bestimmungen

Das DSG 2000 sieht in den §§ 51 und 52 Strafbestimmungen vor. Dabei wird zwischen der gerichtlich strafbaren Handlung der Datenanwendung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht (§ 51 DSG 2000) und im DSG 2000 geschaffenen Verwaltungsbestimmungen (§ 52 DSG 2000) unterschieden.¹⁵⁶

5.3.1 § 51 DSG

§ 51 DSG 2000 ist die einzige Strafbestimmungen die zu einer gerichtlichen Freiheitsstrafe führen kann.¹⁵⁷ Der Grund hierfür ist, dass die rechtswidrige Verwendung von Daten in Gewinn- und Schädigungsabsicht als besonders verwerflich angesehen wird.¹⁵⁸ Um nicht in Konkurrenz mit anderen gerichtlichen Strafbeständen - wie etwa § 126 a StGB¹⁵⁹ - zu gelangen, wird als Tathandlung die Benützung sowie die Weitergabe von Daten, insbesondere ihre Veröffentlichung, unter Strafe gestellt werden.¹⁶⁰ Wesentlich ist, dass für die subjektive Tatseite Absicht hinsichtlich der Gewinnerzielung oder Schadenszufügung vorausgesetzt wird.¹⁶¹ Für das widerrechtliche Beschaffen genügt bedingter Vorsatz.¹⁶²

§ 51 DSG wird bei Vorliegen eines Deliktes, das mit strengerer Strafe bedroht ist, verdrängt. Dies ist etwa bei Betrugstatbeständen (§§ 146 ff StGB) oder beim Delikt des Amtsmissbrauches (§ 302 StGB) der Fall.¹⁶³

¹⁵⁶ *Mayr-Schönberger/Brandl*, Datenschutzgesetz: Grundsätze, 46.

¹⁵⁷ *Knyrim*, Datenschutzrecht, 241. Sachlich zuständig ist das Bezirksgericht.

¹⁵⁸ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 306; vgl auch Regierungsvorlage betreffend das Datenschutzgesetz, RV 1613 BlgNR, XX GP, 54.

¹⁵⁹ § 126 a StGB lautet folgendermaßen: „(1) Wer einen anderen dadurch schädigt, dass er automationsunterstützt verarbeitete, übermittelte oder überlassene Daten, über die er nicht oder nicht allein verfügen darf, verändert, löscht oder sonst unbrauchbar macht oder unterdrückt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. (2) Wer durch die Tat an den Daten einen 3 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen, wer einen 50 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt oder die Tat als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.“

¹⁶⁰ *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz, 286.

¹⁶¹ Absicht ist die schwerste Vorsatzform. Ein Täter handelt gemäß § 5 Abs 2 StGB absichtlich, wenn es ihm darauf ankommt, den Umstand oder Erfolg zu verwirklichen, für den das Gesetz absichtliches Handeln voraussetzt.

¹⁶² *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 307.

¹⁶³ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Datenschutzgesetz 2009, § 51 Anm 8.

5.3.2 § 52 DSG 2000

Art 24 der *RL* verlangt ausdrücklich, dass auf nationaler Ebene Maßnahmen ergriffen werden müssen, um die volle Anwendung der Bestimmungen der *RL* sicherzustellen. Überdies sind die Sanktionen festzulegen, die bei Verstößen gegen die zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassenen Vorschriften anzuwenden sind. Aus diesem Grund enthält § 52 DSG 2000 einen Katalog von Verwaltungsstrafbeständen, der nach zwei Kriterien gegliedert ist. Zum einen stellt § 52 Abs 1 DSG 2000 Handlungen unter Strafe, bei denen es bereits zu einem rechtswidrigen Eingriff in Rechte Dritter gekommen ist.¹⁶⁴ Dazu zählen beispielsweise das Verschaffen eines widerrechtlichen Zuganges zu einer Datenanwendung, die vorsätzliche Übermittlung von Daten in Verletzung des Datengeheimnisses oder die Verwendung von Daten entgegen einem rechtskräftigen Urteil oder Bescheid.

Zum anderen zählt § 52 Abs 2 DSG 2000 jene Tatbestände auf, in denen noch keine Rechte verletzt, sondern diese lediglich gefährdet wurden.¹⁶⁵ Dazu zählt beispielsweise die Verletzung von Melde- Offenlegungs- oder Informationspflichten oder eine Datenübermittlung ohne die erforderliche Genehmigung der *DSK*.

Zuständig für die Vollziehung der Verwaltungsstrafbestände ist die Bezirksverwaltungsbehörde, in deren Sprengel der Auftraggeber seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz hat. Hat der Auftraggeber im Innland keinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz, ist die am Sitz der *DSK* eingerichtete Bezirksverwaltungsbehörde zuständig.¹⁶⁶ Über Berufungen gegen Strafbescheide der Bezirksverwaltungsbehörden entscheiden die Unabhängigen Verwaltungssenaten der Länder und zwar der Senat jenes Landes, in dem die Behörde, die den Bescheid erlassen hat, ihren Sitz hat.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Der Strafraum beträgt hier bis zu EUR 25.000,--.

¹⁶⁵ *Mayr-Schönberger/Brandl*, Datenschutzgesetz: Grundsätze, 46. In diesem Fall beträgt der Strafraum bis zu EUR 10.000,--.

¹⁶⁶ *Jahnel*, Datenschutzrecht in der Praxis, 65.

¹⁶⁷ *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz, 295.

6 Datenschutz im Bereich der Gerichtsbarkeit

6.1 Allgemeines

Die Rechtsprechung muss in Erfüllung ihrer Aufgaben personenbezogene (oft besonders schutzwürdige) Daten verwenden und damit in das Grundrecht der Betroffenen auf Geheimhaltung (§ 1 Abs 1 DSG 2000) eingreifen.¹⁶⁸ Die Geltung des Grundrechtes auf Geheimhaltung personenbezogener Daten steht somit, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht, in einem natürlichen Spannungsverhältnis zu den Aufgaben der Gerichte, berechtigten Ansprüchen zum Durchbruch zu verhelfen.¹⁶⁹ In der Regierungsvorlage zur Zivilverfahrensnovelle wird ausgeführt, dass personenbezogene Daten in ein Gerichtsverfahren oder einen Gerichtsakt grundsätzlich nur dann Eingang finden, wenn sie durch ein Parteienvorbringen bekannt werden, offenkundig sind oder im Beweisverfahren hervorkommen. Diese Daten werden in den wenigsten Fällen im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit dessen Zustimmung verwendet. Vielfach wird ein – nicht immer schutzwürdiges – Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung dieser Daten bestehen, das schon durch die engsten im Gerichtsverfahren gezogenen Kreise der Öffentlichkeit, umso mehr jedoch durch die grundsätzlich angeordnete Volksöffentlichkeit, verletzt wird. Das staatliche Rechtsschutzmonopol und Selbsthilfeverbot gebietet aber im Zusammenhalt mit anderen verfassungsrechtlichen Bestimmungen, wie etwa Art 6 EMRK, diese Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz. Gegenstand gerichtlicher Tätigkeit kann und muss grundsätzlich alles sein können. Die Abwägung zwischen einem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf ein faires Verfahren und dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Datenschutz muss im Einzelfall durch Abwägung dieser Prinzipien gegeneinander gelöst werden.¹⁷⁰

Die materiellen Datenschutzrechte des Betroffenen sind im DSG 2000

¹⁶⁸ *Spending*, Zivilverfahren und Datenschutz - Eine erste Orientierung zu den §§ 83 bis 85 GOG, in Vorarlberger Tage 2005, Wien/Graz 2006, 135.

¹⁶⁹ Regierungsvorlage zur Zivilverfahrensnovelle 2004, 613 BlgNR XXII GP, 2.

¹⁷⁰ Regierungsvorlage zur Zivilverfahrensnovelle 2004, 613 BlgNR XXII GP, 2.

geregelt (vgl dazu die bisherigen Ausführungen), das auch für die Gerichtsbarkeit gilt.¹⁷¹ Die gesetzlichen Grundlagen über die im Gerichtsverfahren notwendige Datenverwendung finden sich in den Regel in den notwendigen Verfahrensgesetzen und in den Normen über die Registerführung. Diese Bestimmungen nehmen in vielen Fällen die Abwägung vor, ob in einer bestimmten Situation ein „überwiegendes berechtigtes Interesse“ an der Verwendung bestimmter Daten vorliegt und daher die Verwendung jedenfalls zulässig ist oder sie sehen Regelungen vor, die eine Abwägung der maßgeblichen Interessen ermöglichen und von deren Ergebnis die Zulässigkeit der Verwendung abhängig machen.¹⁷²

Für Entscheidungen über die behauptete Verletzung des Grundrechtes auf Datenschutz oder die Begleitgrundrechte (dazu oben unter Punkt 2) sieht das DSG 2000, wie bereits ausgeführt, die Gewährung von Rechtsschutz (mit Ausnahme für den Privatbereich) durch die *DSK* vor.¹⁷³ Da die *DSK* eine unabhängige, weisungsfreie, kollegiale Verwaltungsbehörde mit richterlichem Einschlag gemäß Art 133 Z 4 BVG ist¹⁷⁴, konnten Akte der Gerichtsbarkeit vor der Zivilverfahrensnovelle 2004 von ihr nicht überprüft werden. Bis zum Jahr 2005 fehlte es daher an einer ausreichenden Rechtsschutzmöglichkeit wie sie in der *RL* vorgeschrieben ist. Durch die Neufassung der §§ 83 bis 85 GOG wurde nunmehr auch für die Justiz ein datenschutzrechtliches Rechtssystem verwirklicht, das alle im DSG 2000 vorgesehenen Rechte, also Geheimhaltung, Auskunft, Löschung, Richtigstellung und Widerspruch umfasst,¹⁷⁵ und einen Rechtsbehelf gegen die Verletzung des Grundrechtes auf Geheimhaltung durch Organe der Gerichtsbarkeit schafft.¹⁷⁶ Es wurden somit vor allem die Begleitgrundrechte auf die Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit ausgedehnt.¹⁷⁷

¹⁷¹ *Spending*, Zivilverfahren und Datenschutz, 135.

¹⁷² *Spending*, Zivilverfahren und Datenschutz, 142 f.

¹⁷³ *Weiss/Knyrim*, Datenschutz in der Justiz, die neuen datenschutzrechtlichen Bestimmungen in ZPO und GOG, *ecolex* 2006,74.

¹⁷⁴ *Souhadra-Kirchmayer*, in *ÖJK (Hrsg.) Neue Wege des Grundrechtsschutzes*, Wien 2001, 94.

¹⁷⁵ Stellungnahme des Datenschutzrates zur Zivilverfahrens-Novelle 2004, GZ 817.269/0003-DSR/2004, 5.

¹⁷⁶ Vgl OGH 25.4.2007, 3 Ob 31/07 s, JusGuide 2007/26/4856 (OGH).

¹⁷⁷ *Weiss/Knyrim*, *ecolex* 2006,74.

Die Zivilverfahrensnovelle 2004 brachte folgende Änderungen (im Einzelnen dazu unter Punkt 6.2):¹⁷⁸

- In den neu geschaffenen §§ 83 ff GOG wurden Rechtsbehelfe zur Durchsetzung der im DSG 2000 vorgesehenen Rechte des Betroffenen „in Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit“ vorgesehen.
- § 85 GOG regelt die Zuständigkeit und das Verfahren für die Feststellung einer Verletzung eines im DSG 2000 geregelten Rechtes durch ein Organ der Gerichtsbarkeit.
- In § 89 e GOG wurde die Haftung des Bundes für Schäden aus fehlerhaftem IT-Einsatz bei der Führung der gerichtlichen Geschäfte neu geregelt.
- Dritte Personen können auch bei Zustimmung beider Parteien nur dann Akteneinsicht erhalten, wenn dem nicht überwiegende berechnigte Interessen eines anderen oder überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.
- § 219 Abs 4 ZPO sieht die wissenschaftliche, anonymisierte (dh nicht personenbezogene) Verwertung von Akten vor.
- Zweckwidrige Abfragen von Daten im Bereich des Exekutionsverfahrens stellen eine Verwaltungsübertretung dar (§§ 403, 407 EO).

6.2 Zu den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen

6.2.1 §§ 83 und 84 GOG¹⁷⁹

§ 83 GOG bestimmt, dass sich in Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit die Durchsetzung der im DSG 2000 geregelten Rechte des Betroffenen nach den

¹⁷⁸ *Sima*, Die Zivilverfahrensnovelle 2004. Die wichtigsten Neuerungen im Überblick, JAP 2004/2005/36.

¹⁷⁹ Vgl BGBl I. Nr. 128/2004.

Vorschriften des GOG und den jeweiligen Verfahrensvorschriften richtet. Anwendungsbereich dieser Regelung ist nicht nur die Entscheidungstätigkeit der Gerichte als Kernbereich der unabhängigen Rechtsprechung, sondern auch die in Senaten ausgeübte Justizverwaltung, die ebenfalls zur unabhängigen Rechtsprechung zählt.¹⁸⁰ Datenanwendungen im Bereich der staatsanwaltlichen Behörden sind vom Anwendungsbereich ausgenommen.¹⁸¹

§ 84 GOG normiert, dass das Recht des Betroffenen auf Auskunft darüber, welche ihn betreffenden Daten verarbeitet werden, sowie das Recht des Betroffenen auf Richtigstellung und Löschung unrichtiger oder unzulässigerweise verarbeiteter personenbezogener Daten, vor dem Gericht, das für die Eintragung der Daten zuständig ist (Auftraggeber nach § 4 Z 4 DSG 2000), geltend zu machen ist.¹⁸² Das Gericht hat bei Vorliegen der Voraussetzungen die Auskunft binnen 8 Wochen zu erteilen sowie unrichtige oder unzulässigerweise verarbeitete personenbezogene Daten richtig zu stellen oder zu löschen.¹⁸³ Die Entscheidung ergeht in bürgerlichen Rechtssachen¹⁸⁴ im Verfahren außer Streitsachen und in Strafsachen nach Bestimmungen der StPO. Gegen eine den Antrag abweisende Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.

Bis zum Inkrafttreten der ZVN 2004 war es schwierig das Recht auf Auskunft wahrzunehmen, weil eine ausdrückliche Regelung, vor welcher Stelle und nach welchen Verfahrensbestimmungen dieses geltend zu machen war, fehlte. Diese Regelungslücke wurde daher dadurch geschlossen, dass hinsichtlich der von der Justiz geführten Dateien das Auskunftsrecht nunmehr

¹⁸⁰ *Weiss/Knyrim*, *ecolex* 2006, 74.

¹⁸¹ Regierungsvorlage betreffend die ZVN 2004, RV 613 BlgNR, XXII GP, 18. Diese verweist hinsichtlich der Staatsanwaltschaften auf die §§ 74 und 75 StPO idF des StrafprozessreformG BGBl I 2004/19.

¹⁸² *Graf/Schöberl*, *Beweisverwertungsverbote im Arbeitsrecht?*, ZAS 2004/30.

¹⁸³ Vgl dieselbe Frist in § 26 Abs 4 DSG 2000, der das Auskunftsrecht des Betroffenen normiert.

¹⁸⁴ Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 25.4.2007 zu 3 Ob 31/07 s ausgesprochen, dass aus dem in § 84 GOG für die Zuständigkeit und die Verfahrensart maßgeblichen Wortlaut „in bürgerlichen Rechtssachen“ nicht zu folgern sei, dass für die Richtigstellung und Löschung von Geschäftsbehelfen des Exekutionsverfahrens die Verfahrensbestimmungen und daher auch die Rechtsmittelbestimmungen der EO anzuwenden wären. Der Begriff „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ sei ein weiterer als der in Art I Abs 1 EGZPO angeführte Begriff, wie sich dies schon aus der Bestimmung des § 1 JN über die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen ergebe. Es könne kein Zweifel darüber bestehen, dass darunter auch die Gerichtsbarkeit in Exekutionssachen zu verstehen sei.

vor den Gerichten, die die Eintragung in Register und sonstige Rechtsbehelfe vornehmen, durchsetzbar ist.¹⁸⁵ Die Konstruktion dieses Systems ist dem DSG 2000 nachempfunden.¹⁸⁶ Auskunft iSd § 84 GOG setzt einen Antrag des Betroffenen voraus. Der Antrag ist bei jenem Gericht zu stellen, das für die Datenverwendung zuständig ist oder war. Nach *Spending* wird auf eine Mitwirkung des Antragstellers nur zu bestehen sein, wenn die Erledigung eines Auskunftersuchens sonst unzumutbaren Aufwand erfordern würde.¹⁸⁷ Die Wahrnehmung der Rechte des Betroffenen auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung beziehen sich grundsätzlich auf sämtliche Dateien iSd § 1 Abs 3 DSG 2000.¹⁸⁸ Für öffentliche Bücher wie das Grundbuch sowie für die Ediktsdatei gilt jedoch aufgrund der Regelung in den §§ 26 Abs 8 und 27 Abs 9 DSG 2000, dass für sie die Rechte auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung schon nach dem DSG 2000 lediglich im Rahmen der jeweils auf sie anwendbaren Verfahrensvorschriften durchsetzbar sind.¹⁸⁹

Die Erteilung der Auskunft erfolgt in Beschlussform und ist durch ein ordentliches Rechtsmittel nicht anfechtbar. Eine Überprüfung ist jedoch im Wege eines Antrags nach § 85 GOG möglich (dazu gleich Punkt 6.3)

6.3 Feststellung von Datenschutzrechtswidrigkeiten

Bei behaupteten Verletzungen des Rechtes auf Geheimhaltung sowie der Rechte auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung ist es zweckmäßig, nicht jenes Gericht, das nach Ansicht des Betroffenen sein Recht verletzt hat, in erster Instanz entscheiden zu lassen, sondern auch eine abstrakt unbefangene Instanz zu berufen. Dadurch wird auch in Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung ein Instanzenzug zum Obersten Gerichtshof und damit die Möglichkeit einer Einheitlichkeit der Rechtsprechung ermöglicht.¹⁹⁰

§ 31 DSG 2000 regelt unter anderem auch den Rechtsschutz der Betroffenen

¹⁸⁵ Regierungsvorlage betreffend die ZVN 2004, RV 613 BlgNR, XXII GP, 19.

¹⁸⁶ Stellungnahme des Datenschutzrates zur Zivilverfahrens-Novelle-2004, GZ 817.269/0003-DSR/2004, 5.

¹⁸⁷ *Spending*, Zivilverfahren und Datenschutz, 147.

¹⁸⁸ *Weiss/Knyrim*, *ecolex* 2006, 74.

¹⁸⁹ *Dohr/Pollirer/Weiss*, Kommentar, 193 f.

¹⁹⁰ RV 613 BlgNR, XXII GP, 20.

wegen behaupteter Verletzung ihres Rechtes auf Geheimhaltung. § 31 Abs 2 DSG nimmt jedoch Beschwerden gegen Organe der Gerichtsbarkeit von der Zuständigkeit der *DSK* aus.¹⁹¹ § 85 GOG regelt nun seit der ZVN 2004 in Form einer Verletzungsfeststellung die Zuständigkeit und das Verfahren eines solchen Rechtsschutzes für den Bereich der Gerichtsbarkeit.¹⁹² Nach § 85 GOG kann, wer durch ein Organ der Gerichtsbarkeit in Ausübung dessen Tätigkeit in seinen in § 83 GOG bezeichneten Rechten verletzt wurde, dem Bund gegenüber die Feststellung dieser Verletzung begehren. Zur Entscheidung über diese Beschwerde ist in bürgerlichen Rechtsachen das im Instanzenzug übergeordnete Gericht und in Strafsachen der Gerichtshof 2. Instanz zuständig (§ 85 Abs 2 GOG). Parteien des Verfahrens sind der Beschwerdeführer und die Republik Österreich vertreten durch die Finanzprokuratur.¹⁹³ Gegen die Entscheidung über diese Beschwerde, die mit Beschluss erfolgt, ist ein Rechtsmittel an den Obersten Gerichtshof möglich wenn dieser nicht selbst entschieden hat und die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt.¹⁹⁴

In der Beschwerde ist zu begründen, worin der Beschwerdeführer die Verletzung seines Rechtes erblickt (§ 85 Abs 3 GOG). Gemäß § 85 Abs 4 GOG muss sich der Beschwerdeführer von einem Anwalt vertreten lassen. Die Beschwerde ist überdies binnen einem Jahr nach Kenntnis des maßgebenden Sachverhaltes einzubringen. Nach Ablauf von drei Jahren kann die Feststellung nicht mehr begehrt werden.

Spenling führt aus, dass seiner Ansicht nach die in den Verfahrensgesetzen enthaltenen Regelungen betreffend die Verwendung personenbezogener Daten abschließend seien. Die Verwendung von Daten, die diesen

¹⁹¹ § 31 Abs 2 DSG lautet: „Die Datenschutzkommission erkennt weiters über Beschwerden von Personen oder Personengemeinschaften (...), sofern der Anspruch nicht gemäß § 31 Abs 1 vor einem Gericht geltend zu machen ist oder sich gegen ein Organ im Dienste der Gesetzgebung oder der Gerichtsbarkeit richtet.“

¹⁹² *Weiss/Knyrim*, *ecolex* 2006, 74.

¹⁹³ *Spenling*, *Zivilverfahren und Datenschutz*, 153.

¹⁹⁴ Stellungnahme des Datenschutzrates zur Zivilverfahrens-Novelle-2004, GZ 817.269/0003-DSR/2004, 5 f.

Regelungen entspreche, sei auch aus datenschutzrechtlicher Sicht zulässig, sodass es nicht möglich sei, die Zulässigkeit einer durch die Verfahrensgesetze gerechtfertigten Datenverwendung unter Berufung auf das Grundrecht auf Datenschutz mit Erfolg zu bestreiten. Regelungstechnik und Inhalt der §§ 83 bis 85 GOG würden zeigen, dass der Gesetzgeber durch die Schaffung dieser Bestimmungen an diesen Grundsätzen nichts ändern wollte. Sie würden nicht dazu dienen, in jenen Bereichen, in denen die Verfahrensgesetze die Verwendung von Daten abschließend regeln, im Wege eines „datenschutzrechtlichen Parallelverfahrens“ das gerichtliche Hauptverfahren zu beeinflussen, zu korrigieren oder nachträglich zu kontrollieren. Ihre Aufgabe läge vielmehr darin, die Wahrung bzw. Durchsetzung der aus dem DSG 2000 erwachsenden Rechte der Betroffenen in jenen Bereichen zu ermöglichen, in denen die Verfahrensgesetze keine entsprechenden Regelungen enthalten. Dasselbe gelte auch für die im Rahmen der richterlichen Prozessleitung zu klärenden Frage, zu welchen Themen überhaupt Beweise aufzunehmen sind bzw. welche Beweisthemen für die Durchführung des Verfahrens notwendig sind. Es sei daher unzulässig, während eines Gerichtsverfahrens oder nach dessen rechtskräftiger Erledigung mit einem Antrag nach § 85 GOG gegen die Verwendung von Daten, soweit sie in den Verfahrensgesetzen geregelt ist, vorzugehen. Dies gelte allerdings für Dritte nur insoweit, als die Verfahrensgesetze die Rechte des Dritten schützen und ihm Gehör gewähren.¹⁹⁵

Mit den eben erörterten durch die ZVN 2004 in ZPO und GOG eingefügten Ergänzungen ist der Vorgabe des Art 28 der *RL*, wonach die Einhaltung des Datenschutzes auch für potenzielle Verstöße gegen den Datenschutz durch

¹⁹⁵ *Spenling*, Zivilverfahren und Datenschutz, 150 ff. Als Anwendungsbereich des § 85 GOG bleibt daher nach dieser Auffassung (i) die Verwendung von Daten der Parteien des Verfahrens, die durch die Verfahrensgesetze nicht geregelt wird, (ii) die Verwendung von Daten eines Dritten, dessen Rechte durch die Verfahrensgesetze nicht gewährleistet werden und (iii) die Überprüfung der Entscheidung des hierfür zuständigen Gerichtes über die Anträge des Betroffenen auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung. In jenen Fällen, in denen dem Betroffenen nach der von *Spenling* vertretenen Auffassung die Möglichkeit eines Feststellungsantrages nach § 85 GOG verwehrt bleibt, bleibt ihm der Weg der Amtshaftungsklage. Die Erhebung einer Amtshaftungsklage ist jedoch nur dann erfolgreich, wenn dem Betroffenen durch die Verletzung seiner Datenschutzrechte ein Schaden entstanden ist. Die Amtshaftungsklage steht dem Betroffenen natürlich auch dann offen, wenn er die Feststellung einer Datenverletzung erwirkt hat, weil er dadurch noch keinen Schadenersatz erlangt hat.

die Gerichtsbarkeit von einer völlig unabhängigen Kontrollinstanz überwacht werden muss, Rechnung getragen.¹⁹⁶

7 **Ausblick**

Digitalisierung, Miniaturisierung und Vernetzung haben die Voraussetzungen für eine Informationsgesellschaft geschaffen, die durch Sammlung, Speicherung und Verknüpfung enormer Datenmengen und deren breite Verfügbarkeit gekennzeichnet ist. Das schafft für die meisten Staatsbürger erhebliche Vorteile, die durch Schlagworte wie E-Mail, Internet, E-Commerce aber auch elektronische Erledigung von Behördenwegen umschrieben werden können. Die verfügbaren Datenmassen entfalten jedoch auch ein Eigenleben, das in die Privatsphäre der meisten Staatsbürger in vielfacher Weise eingreift. Den meisten ist gar nicht bewusst, wie viele Informationen über sie verfügbar sind und zum Teil auch gehandelt werden.¹⁹⁷

Tichy/Peissl führen aus, dass in der Vergangenheit Informationen systematischen Inhaltes, die ein Themenfeld abdecken, durch eine in der Regel öffentliche Stelle auf gesetzlicher Basis planmäßig erhoben und durch Zugangsbeschränkungen geschützt wurden. Diese Art von Daten und ihr Schutz seien heute kaum noch Gegenstand der Diskussion, weil sie tendenziell massiv an Bedeutung verloren hätten. Viel typischer für die Informationsgesellschaft sei einerseits die Digitalisierung und Zentralisierung personenbezogener administrativer Statistiken, andererseits die dezentrale Sammlung anfallender Bewegungsdaten. Für den Datenschutz bedeute dies, dass der traditionelle Datenschutz obsolet geworden sei und sich zunehmend zum Schutz der Privatsphäre wandeln müsse. Die Kontrolle des Einzelnen sei bei denjenigen seiner Daten, die in traditionellen Datenbanken lagerten, durch strikte Zugangsbeschränkungen und Auskunftspflichten möglich gewesen. Diese Möglichkeit der Kontrolle fehle bei den neuen Formen weitgehend mangels Wissen über Tatsache und Ort der Speicherung und deren Verknüpfung mit anderen Daten und auch deswegen, weil sich

¹⁹⁶ *Weiss/Knyrim*, *ecolex* 2006, 74.

¹⁹⁷ *Tichy/Peissl*, *Beeinträchtigung der Privatsphäre*, 22.

Bewegungsdaten ständig änderten.¹⁹⁸

Die Diskussion um die rasch wachsende Möglichkeit der Datenerhebung, -speicherung und -auswertung und ihre bedenklichen Folgen führt immer wieder zu der Frage: Wen stört das und warum? Vielfach wird auch die Ansicht vertreten: „Wer nichts zu verbergen hat, braucht nichts zu befürchten.“ Das menschliche Bedürfnis nach privatem Bereich resultiert nach *Tichy/Peissl* aus einem für alle Gesellschaften typischen Schamgefühl sowie aus Angst vor sozialer Kontrolle. Ein wesentlicher Faktor sei auch das Bewusstsein, vom Durchschnitt der Bevölkerung in gewissen Punkten abzuweichen und das Interesse, diese Nonkonformität nicht öffentlich zu machen, entweder weil man daraus Nachteile erwarte oder sich ihrer schäme.¹⁹⁹

Tichy/Peissl weisen unter anderem auf das ernste Problem der *De-Kontextualisierung* hin, das daraus resultiert, dass die Daten meist für ganz andere Zwecke erhoben wurden als für die, nach denen sie ausgewertet werden. Dadurch könnten falsche Bilder entstehen, auch wenn die Daten an sich „richtig“ seien. Am problematischsten sei jedoch der „subtile Zwang zum Konformismus“. Aus der Kontrolle devianten Verhaltens könne längerfristig eine Verhaltensanpassung im Sinne eines Zuges zu Angepasstheit und Wohlverhalten resultieren, eine Verinnerlichung der Kontrolle durch Selbstdisziplinierung.²⁰⁰

Im diesem Zusammenhang stellt sich natürlich auch die Frage, warum sich niemand gegen das massive Eindringen von Staat und Wirtschaft in die Privatsphäre zur Wehr setzt. *Tichy/Peissl* vertreten die Ansicht, dass sich dieser geringe Widerstand unter anderem aus dem Nutzen der digitalen Elektronik, mit anderen Worten aus den kritischen Austauschbeziehungen zwischen Sicherheit, Effizienz und Komfort auf der einen und dem Schutz der Privatsphäre auf der anderen Seite ergebe.²⁰¹

¹⁹⁸ *Tichy/Peissl*, Beeinträchtigung der Privatsphäre, 23 f.
¹⁹⁹ *Tichy/Peissl*, Beeinträchtigung der Privatsphäre, 31 f.
²⁰⁰ *Tichy/Peissl*, Beeinträchtigung der Privatsphäre, 31 ff.
²⁰¹ *Tichy/Peissl*, Beeinträchtigung der Privatsphäre, 36.

Der Begriff des informationellen Selbstbestimmungsrechtes²⁰² stellt einen wesentlichen Leitgedanken der Datenschutzdebatte dar, weil er die aktive Rolle des jeweils Betroffenen betont. Eine solche wird zunehmend wichtig, weil legislative Maßnahmen allein die Probleme kaum lösen können. *Tichy/Peissl* haben festgestellt, dass hieraus der Schluss gezogen werden könnte, dass der beste Datenschutz die Datenvermeidung sei. Eine derartige Strategie stoße jedoch bald an Grenzen, weil die Netze immer dichter werden, die Nutzungen häufiger und die generierbaren Profile aussagekräftiger. Auch die Teilnahme an Aktivitäten, die eine Preisgabe persönlicher Daten implizieren, lasse sich immer weniger vermeiden. Eine Strategie der Verweigerung könnte vielleicht noch auf Kredit- und Bankomatkarten verzichten, auf Mobiltelefon und Surfen im Internet. Doch der Preis einer derartigen Sicherung der Privatsphäre wäre eine erhebliche Einbuße an Bequemlichkeit und Lebensqualität bis hin zu Kontaktverlust und Vereinsamung. Ein „normaler“ Staatsbürger als Arbeitnehmer, Gehaltsempfänger, Steuerpflichtiger, Krankenversicherter etc., eingebettet in vielfältige soziale Beziehungen, Gruppen und Kommunikationsnetzwerke, sei den Informations- und Kommunikationstechnologien hilflos ausgeliefert.²⁰³

Auch wenn es der bewussten Mitarbeit des Einzelnen bedarf, ist ein gesetzlicher Rahmen unverzichtbar, weil allein er dem Einzelnen die Möglichkeit bietet, sein informationelles Selbstbestimmungsrecht auch durchzusetzen. Dabei geht es nicht um die Verhinderung bestimmter Techniken, sondern darum, den Rahmen für eine Entwicklung zu schaffen, die im Einklang mit demokratischen Grundrechten stattfindet und diese nicht aushöhlt. Es geht um die Schaffung entsprechender Sicherheit und entsprechenden Vertrauens in das System als Voraussetzung für die Akzeptanz der Nutzer und damit auch für den wirtschaftlichen Erfolg.²⁰⁴

Tichy/Peissl weisen überdies darauf hin, dass zwei Begrenzungen nationaler Regelungen zum Schutz der Privatsphäre bestünden. Dies sei zum einen die

²⁰² Das informationelle Selbstbestimmungsrecht umfasst die Befugnis des Einzelnen, über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten selbst zu bestimmen.

²⁰³ *Tichy/Peissl*, Beeinträchtigung der Privatsphäre, 40.

²⁰⁴ *Tichy/Peissl*, Beeinträchtigung der Privatsphäre, 41.

Internationalisierung der Information. Die Information entziehe sich einer nationalen Steuerung noch viel stärker als andere wirtschaftliche Aktivitäten, vor allem weil sie durch den elektronischen Datenverkehr an Mobilität noch weiter gewonnen habe. Diese Mobilität ermögliche „jurisdiction hopping“, die Trennung von Transaktionen und Datenbanken und die Verlagerung in das Gebiet der jeweils lockersten Regulierung. „Banking auf den verschwiegenen Bahamas, Datenspeicherung im liberalen Finnland, Steuerzahlung auf dem großzügigen Brabados.“ Zum anderen ergebe sich eine Begrenzung aus der unbedingt erforderlichen Mitwirkung der Betroffenen. Dies setze allerdings Maßnahmen der Bewusstseinsbildung voraus, weil die Gefahr bestehe, dass mangelnde Kenntnisse und Bequemlichkeitsdenken den Einzelnen wie die Gesellschaft in eine Situation schlittern lassen, in die diese nicht geraten wollen. Eine einfache Lösung für den Schutz der Privatsphäre in der Informationsgesellschaft gibt es nicht, weil mehr Schutz zugleich auch weniger Effizienz, weniger Komfort und zum Teil auch weniger Sicherheit bedeuten würde. Für den Schutz der Privatsphäre erscheinen nach *Tichy/Peissl* drei Arten von Aktivitäten vordringlich. Erstens solche, die die Öffentlichkeit über Art und Ausmaß der Speicherung persönlicher Daten und deren Nutzung informieren, die die Möglichkeit eines Verhaltens aufzeigen, das möglichst wenig persönliche Daten preisgibt, und die bewusst machen, dass Datenschutz in erheblichem Maße bloß durch eigenes Verhalten erreicht werden kann. Zweitens die Forcierung von Forschungsprogrammen, die unser Wissen einerseits über das Grundbedürfnis an Privatheit und seine intersubjektive, geographische und zeitliche Varianz und andererseits über die technischen Möglichkeiten von PETs (Privacy Enhancing Technologies) und PESs (Privacy Enhancing Systems) verbessern. Drittens schließlich Aktivitäten des Gesetzgebers, der die Vorschriften über den Datenschutz an die neuen technischen Gegebenheiten anpasst und damit einen Rahmen schafft, in dem der Einzelne seine Ansprüche geltend machen kann. *Tichy/Peissl* vertreten die Ansicht, dass nur durch eine Kombination dieser drei Aktivitäten das Problem des zunehmenden Verlustes an Privatsphäre durch neue Technologien halbwegs in den Griff zu bekommen sei.²⁰⁵

²⁰⁵ *Tichy/Peissl*, Beeinträchtigung der Privatsphäre, 45 f.

II PROBLEME IM ZIVILVERFAHRENSRECHT

Das Grundrecht auf Datenschutz kann im Zivilverfahren in vielen Fällen eine Rolle spielen. Wie bereits oben unter Punkt I6 ausgeführt, muss die Rechtsprechung in Erfüllung ihrer Aufgaben oft besonders schutzwürdige personenbezogene Daten verwenden und damit in das Grundrecht der Betroffenen auf Geheimhaltung, wie es in § 1 Abs 1 DSG 2000 normiert ist, eingreifen. Die Aufgabe der Gerichte, die Wahrheit zu erforschen und ein richtiges Urteil zu fällen kann somit mit dem Schutz des Grundrechtes auf Datenschutz in Widerspruch geraten. In gewissen Bereichen und bei bestimmten Regelungen im Zivilverfahrensrecht besteht eine erhöhte Gefahr einer möglichen Verletzung des Grundrechtes auf Datenschutz für den Staatsbürger. Im folgenden Kapitel sollen zivilverfahrens- und prozessrechtliche Situationen aufgezeigt werden, in denen auf unterschiedliche Weise personenbezogene Daten übermittelt werden, wodurch im Besonderen die Gefahr der Verletzung des Rechtes auf Datenschutz gegeben ist.

1 Die Öffentlichkeit des Verfahrens

Grundsätzlich sind die Verhandlungen in Zivilsachen nach Art 90 Abs 1 B-VG und nach Art 6 Abs 1 EMRK öffentlich.²⁰⁶ Ausnahmen davon sind nach Art 90 Abs 1 Satz 2 B-VG dann zulässig, wenn sie durch das Gesetz bestimmt werden.²⁰⁷ Art 6 Abs 1 Satz 2 EMRK bestimmt darüber hinaus, dass die Presse und die Öffentlichkeit während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden können, wenn (i) dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, (ii) wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder – soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält - (iii) wenn unter

²⁰⁶ *Nowak/Schwaighofer*, Das Recht auf öffentliche Urteilsverkündung in Österreich, EuGRZ 1985, 726.

²⁰⁷ Art 90 B-VG geht aufgrund des Vorbehalts Österreichs zu Art 6 EMRK diesem vor. Dieser Vorbehalt bezweckt ein reibungsloses Zusammenspiel von Art 90 B-VG und Art 6 EMRK in der Art, dass die normativen Wirkungen des Art 90 B-VG durch Art 6 EMRK nicht reduziert werden (vgl. *Lienbacher*, Der Öffentlichkeitsgrundsatz des Zivil- und Strafverfahrens im österreichischen Verfassungsrecht, ÖJZ 1990, 520); RV zur MRK 459 B1gNR 8. GP, 33.

besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde. Im Unterschied zu Art 90 B-VG ist das Öffentlichkeitsprinzip in Art 6 EMRK²⁰⁸ ausdrücklich als subjektiv öffentliches Recht („jedermann“) verankert und zweigliedrig ausgestaltet. Es wird zwischen der Öffentlichkeit der Urteilsverkündung und der Öffentlichkeit der Verhandlung unterschieden.²⁰⁹

Öffentlichkeit bedeutet, dass es jedermann erlaubt ist, an der Verhandlung teilzunehmen. In diesem Zusammenhang spricht man von Volksöffentlichkeit im Gegensatz zur Parteiöffentlichkeit.²¹⁰²¹¹ Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsgrundsatzes ist die Kontrolle, die das Volk (die Allgemeinheit) ausüben soll.²¹² *Berka* spricht davon, dass der Mensch in seiner sozialen Identität sowohl auf Öffentlichkeit angewiesen als auch durch sie gefährdet sei. Daher habe die Rechtsordnung für einen beiderseitig schonenden Ausgleich zu sorgen.²¹³

1.1 Die Öffentlichkeit im Zivilprozess

1.1.1 Die Volksöffentlichkeit

§ 171 Abs 1 ZPO bestimmt, dass die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der richterlichen Entscheidung öffentlich erfolgt. In den in §§ 172, 460 Z 3 ZPO, § 13 Abs 2 AHG,

²⁰⁸ Art 6 EMRK lautet: „Jede Person hat ein Recht darauf, daß über Streitigkeiten in bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.“

²⁰⁹ *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 425.

²¹⁰ Die Öffentlichkeit der Verhandlung wurde von liberaler Seite gefordert. Aus der liberalen Idee heraus kann die Öffentlichkeit damit gerechtfertigt werden, dass die Staatsmacht dadurch eingeschränkt, ihre Gewalt unter Kontrolle gehalten wird, dass sie genötigt ist, ihr Verhalten vor aller Öffentlichkeit zu zeigen, dieses daher so einrichten muss, dass es gezeigt werden kann (vgl. *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit, Wien 1960, 182 f).

²¹¹ Im Zusammenhang mit der Parteiöffentlichkeit kann das Grundrecht auf Datenschutz unter anderem dann relevant werden, wenn eine Partei zwar zur Erlangung ihres Rechtes umfassend vortragen muss, dem Gegner bestimmte Daten aber nicht offenbaren möchte. Dies ist vor allem unter dem Gesichtspunkt des beiderseitigen Gehörs bedenklich (vgl. *Liebscher*, Datenschutz bei der Datenübermittlung im Zivilverfahren, Berlin 1994, 60).

²¹² *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit, 182.

²¹³ *Berka*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, Die Freiheit der Medien und ihre Verantwortung im System der Grundrechte, *Winkler/Antonioli (Hrsg.)*, Wien/New York 1982, 200.

§ 11 Abs 2 OrgHG und § 2 UWG geregelten Fällen kann bzw. muss nicht öffentlich verhandelt werden.²¹⁴ Durch die Erörterung von Gutachten oder Urkunden, die Augenscheinseinnahme oder Zeugenvernehmung kann das Geheimhaltungsinteresse einer Partei verletzt werden. Unter diesen Umständen stellt sich die Frage, ob in einem solchen Fall Ausnahmen von der Öffentlichkeit des Verfahrens gemacht werden können oder Einschränkungen möglich sind.²¹⁵

Simotta stellte fest, dass, wenn man die Fälle, in denen die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist bzw ausgeschlossen werden kann, in Vereinbarung mit dem Grundrecht auf Datenschutz untersucht, auffällt, dass auf die Persönlichkeitsrechte und die Geheimhaltungsinteressen der Zeugen und Parteien nur wenig Rücksicht genommen wird.²¹⁶ Demgegenüber vertrat der Gesetzgeber der ZPO die Ansicht, dass, soweit ein legitimes Interesse an der Geheimhaltung des Verlaufes einer Gerichtsverhandlung bestehe, die in § 172 ZPO vorgesehenen Ausschließungsgründe Handhabe genug bieten würden dieses Interesse zu schonen.²¹⁷ *Jahoda* führt aus, es könne argumentiert werden, dass ein Verbrecher wohl kein schutzwürdiges Interesse auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten habe und dass die Öffentlichkeit der Verhandlung eine angemessene Form der Strafverschärfung, sozusagen eine moderne Form des Prangers, darstelle. Es dürfe jedoch nicht übersehen werden, dass Art 6 Abs 2 EMRK bestimme, dass jede Person, die einer Straftat angeklagt sei, bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig gelte. Diese Unschuldsvermutung entspreche nur allzu oft der Wahrheit. Jedes Jahr würden Unschuldige angeklagt deren Verfahren mit einem Freispruch ende. Alle diese Unschuldigen würden durch die öffentliche Verhandlung an den Pranger gestellt, ihre personenbezogenen Daten, an denen sie ein schutzwürdiges Interesse haben, würden der

²¹⁴ *Simotta*, Einige Probleme des Datenschutzes im Zivilverfahren, ÖJZ 1993, 793.

²¹⁵ In Deutschland wird teilweise ein Geheimverfahren für zulässig erachtet, in dem das Beweisverfahren in Abwesenheit der anderen Partei erfolgen soll und diese über das Ergebnis nur insofern unterrichtet werden soll, dass dadurch keine Rückschlüsse auf das Geheimnis der Gegenpartei möglich ist (vgl *Liebscher*, Datenschutz, 62).

²¹⁶ *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

²¹⁷ Materialien zu den neuen österreichischen Civilprozessen II Wien 1897, 317.

Öffentlichkeit preisgegeben.²¹⁸

Am ehesten geschützt werden Tatsachen aus dem Familienleben. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass gemäß § 460 Z 3 ZPO die Verhandlung in Ehesachen und Verfahren in anderen nicht rein vermögensrechtlichen, aus dem gegenseitigen Verhältnis zwischen Ehegatten entspringenden, Streitigkeiten nicht öffentlich ist. Zum anderen kann gemäß § 172 Abs 2 ZPO das Gericht die Öffentlichkeit auf Antrag auch nur einer Partei ausschließen, „wenn zum Zwecke der Entscheidung des Rechtsstreites Thatsachen des Familienlebens erörtert und bewiesen werden müssen.“²¹⁹

Demgegenüber kann das Amtsgeheimnis nur im Amtshaftungs- und Organpflichtverfahren und die Gefährdung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses nur im Verfahren über einen zivilrechtlichen Anspruch nach dem UWG oder im Verfahren im Rahmen einer Verbandsklage zum Ausschluss der Öffentlichkeit führen.²²⁰ In allen übrigen Fällen, in denen ein legitimes Interesse an der Geheimhaltung der Gerichtsverhandlung besteht, kann gemäß § 172 Abs 1 ZPO die Öffentlichkeit nur dann ausgeschlossen werden, wenn „die Öffentlichkeit der Verhandlung zum Zwecke der Störung der Verhandlung oder der Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung missbraucht werden würde.“²²¹

Der Gesetzgeber hat die Ansicht vertreten, dass ein Ausschluss der Öffentlichkeit dann zulässig sei, wenn erkennbar wird, dass eine Partei zur Begründung ihrer Klage oder zu ihrer Verteidigung Dinge vorbringen muss, die sie aus geschäftlichen Gründen nicht an die Öffentlichkeit gelangen lassen will. Der Ausschluss der Öffentlichkeit sei in diesem Fall gerechtfertigt, weil zu

²¹⁸ Jahoda, Datenschutz und Öffentlichkeit, AnwBl 1981, 291.

²¹⁹ Nach Arzt ist der Schutz vor der Veröffentlichung von Privat- und Familienangelegenheiten im Zivilprozess auch deshalb ein heikles Thema, weil der Grad der Intimität der Mitteilungen aus dem Familienleben äußert unterschiedlich sein könne. Je weniger ausgeprägt der private Charakter der in Rede stehenden Angelegenheit werde, desto problematischer werde der Schutz vor Weitergabe an Dritte oder Veröffentlichung. Das Zivilrecht beschäftige die Frage, wieweit ganz generell ein Recht bestehe, „nicht an die Öffentlichkeit gezerrt zu werden“ (vgl. Arzt, Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre vom zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz aus betrachtet, Tübingen 1970).

²²⁰ Simotta, ÖJZ 1993, 793.

²²¹ Simotta, Überlegungen zur Öffentlichkeit im Zivilprozess, in: Ballon (Hrsg.), FS Franz Matscher, Wien 1993, 458.

befürchten sei, dass es ansonsten schwierig sein werde, den Sachverhalt festzustellen.²²² Dies sei dann der Fall, wenn zum „Zwecke der Begründung“ Dinge vorgebracht werden müssen, welche die Partei nicht an die Öffentlichkeit gelangen lassen will, wie zB Produktionsmethoden, Bezugsquellen oder Absatzverhältnisse.²²³ *Horten* hat dem entgegengehalten, dass die Erschwerung der Sachverhaltsdarstellung nicht zum Ausschluss der Öffentlichkeit genügen könne.²²⁴ *Simotta* vertritt die Ansicht, dass der Ausschluss der Öffentlichkeit in der Praxis aus den Gründen der Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen²²⁵ uä nur selten angeordnet werde, weil sich Richter aufgrund der Tatsache, dass der ungerechtfertigte Ausschluss der Öffentlichkeit gemäß § 477 Abs 1 Z 7 ZPO einen Nichtigkeitsgrund darstelle, der ungerechtfertigte Nicht-Ausschluss der Öffentlichkeit dagegen jedoch bloß eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO bilde, davor scheuten.²²⁶ *Simotta* führt weiter aus, dass der Umstand, dass das Interesse der Zeugen und Parteien, bestimmte Tatsachen von der Öffentlichkeit geheim zu halten, vom Gesetzgeber in nur so wenigen Fällen berücksichtigt worden sei, darauf zurückzuführen sei, dass die Öffentlichkeit des Verfahrens ein hart erkämpfter Verfahrensgrundsatz sei und man sich von ihr sehr viel erwartet habe.²²⁷

²²² *Fürstl*, die neuen österreichischen Zivilprozesse mit Erläuterungen Wien 1897, 264; *Wachtel*, Erläuterungen zur Civilprozeß-Ordnung vom 1.8.1895, RGBl Nr 113 und den einschlägigen Gesetzen, Wien 1897, 157 f; *Neuwirth* in *Fasching*, Kommentar zu den Civilprozessgesetzen II, Wien 1962, 825.

²²³ *Neumann*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I, 4. Auflage, Wien 1927, 767.

²²⁴ *Horten*, Österreichische Zivilprozessordnung, Wien 1908, Rz 1461.

²²⁵ Für Deutschland hat *Stadler* zur Geheimhaltung von Unternehmensgeheimnissen ein Geheimverfahren unter Ausschluss der gegnerischen Prozesspartei vorgeschlagen. Der Ausschluss des Prozessgegners von der Beweisaufnahme und Erörterung des Unternehmensgeheimnisses stelle die einzige Möglichkeit eines wirksamen Schutzes dar (vgl *Stadler*, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess, NJW 1989, 1202). Demgegenüber äußert *Lachmann* die Ansicht, dass der Geheimprozess im Zivilverfahren nicht „einreißen“ dürfe. Eine Partei könne durchaus vor der unerfreulichen Wahl stehen, entweder den Prozess oder das Betriebsgeheimnis zu verlieren, diese Alternative lasse sich jedoch in vielen Fällen durch sachliches Vorgehen vermeiden (vgl *Lachmann*, Unternehmensgeheimnisse im Zivilrechtsstreit, dargestellt am Beispiel des EDV-Prozesses, NJW 1987, 2206). Die Gegner des Geheimverfahrens vertreten generell die Ansicht, dass der Grundsatz des rechtlichen Gehörs der Wahrheitsfindung durch ein beweisrechtliches Geheimverfahren nicht geopfert werden solle (vgl *Liebscher*, Datenschutz, 62).

²²⁶ *Simotta*, Überlegungen, 459.

²²⁷ *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

a) Vor – und Nachteile eines öffentlichen Verfahrens

Ursprünglich war der Zweck eines öffentlichen Verfahrens jener, das Interesse des Publikums an der Rechtspflege zu heben sowie das Vertrauen der Bevölkerung in die Wirksamkeit und Unabhängigkeit der Rechtspflege zu fördern²²⁸ und diese so auf ein hohes Niveau bringen²²⁹. Überdies sollte die öffentliche Kontrolle des Verfahrens und des Gerichtes²³⁰ ermöglicht und Schutz vor Willkür und Kabinettsjustiz²³¹ geboten werden. *„Die durch Chicane und Unehrllichkeit herbeigeführten Störungen sollten mit Hilfe der Öffentlichkeit aus dem Prozesse verbannt werden.“*²³² Überdies war der Gesetzgeber der Ansicht, dass durch die Öffentlichkeit die Verhandlung an Ernst und Würde gewinnen würde und die Zeugen sich scheuen würden, Unwahrheiten anzugeben, wenn sie befürchten müssen, dass möglicherweise einer der Zuhörer den wahren Sachverhalt kennen könnte.²³³²³⁴

Bald nach Einführung der Öffentlichkeit stellte sich jedoch heraus, dass die erwarteten Vorteile nur zum Teil eingetreten waren und die Einführung der Öffentlichkeit nicht jenen bedeutenden Nutzen schaffte den die Politiker erwartet hatten.²³⁵ Zum einen verhinderte die Öffentlichkeit falsche Zeugnisse und falsche Eide nicht, zum anderen erschien nur sehr selten Publikum zu den Verhandlungen.²³⁶ *Jahoda* vertritt die Ansicht, dass die Öffentlichkeit der Verhandlung, wenn man nicht davon ausgehe, dass sie für den Schuldigen nicht als Strafverschärfung dienen soll, barbarisch und absurd erscheine. Absurd deshalb, weil die Vernehmung des Beschuldigten und der Zeugen in öffentlicher Verhandlung der Wahrheitsfindung keineswegs förderlich sondern

²²⁸ *Pollak*, System des österreichischen Zivilprozessrechtes mit Einschluss des Exekutionsrechtes, 2. Auflage, Wien 1930, 449.

²²⁹ *Neuwirth* in *Fasching*, Kommentar II, 816.

²³⁰ *Fürstl*, Civilprozessgesetze, 263.

²³¹ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, Rz 272.

²³² *Fürstl*, Civilprozessgesetze, 262.

²³³ *Neumann*, Kommentar I, 764 .

²³⁴ Der EGMR hat zur Funktion der Öffentlichkeit grundsätzlich festgestellt, dass sie die Rechtsunterworfenen vor einer Geheimjustiz schützen und das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit sichern soll: *„Indem sie die Rechtspflege transparent macht, trägt sie zur Erreichung des Ziels des Art 6 Abs 1 bei, nämlich zu einem fairen Verfahren, dessen Gewährleistung eines der Grundprinzipien einer demokratischen Gesellschaft im Sinne der Konvention ist“* (vgl Fall Axen gg Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1985, 225).

²³⁵ *Pollak*, System, 449 f.

²³⁶ *Simotta*, Überlegungen, 453.

im Gegenteil abträglich sei. Überdies sei die Ansicht, dass durch die Öffentlichkeit eine Kontrolle der gerichtlichen Tätigkeit ermöglicht werde und das Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz gefestigt werden könne, verfehlt. Eine solche Kontrolle wäre nur dann sinnvoll, wenn sie bereits bei der Vernehmung des Beschuldigten und der Zeugen im Stadium der polizeilichen Vorerhebung zulässig wäre um zu prüfen, ob und inwieweit der Beschuldigte durch körperliche Misshandlungen oder seelische Folter zu einer bestimmten Aussage gezwungen wurde bzw. um eine solche Vorgangsweise im Ermittlungsverfahren zu verhindern. Eine Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung solle - wenn überhaupt - nur dann zulässig sein, wenn sie der Beklagte beantrage.²³⁷ *Sperl* ist der Ansicht, dass die Schattenseite der Öffentlichkeit in der häufig eintretenden Bloßstellung einer Partei oder dritten Personen vor ihren „skandallüsteren Zuhörerschaft“ sowie in der „Preisgebung ihrer Ehre“, ihres kaufmännischen Kredites und ihrer privaten Lebensbeziehungen an die Tagespresse liege. Öffentlichkeit und Presse hätten zwar kein begründetes Interesse, vom Inhalt privatrechtlicher Streitigkeiten zu erfahren, dennoch werde manche Sache derart öffentlich ausgebeutet, dass den Beteiligten dadurch ein nicht mehr gutzumachender Schaden entstehen könne.²³⁸

Fasching vertritt die Ansicht, dass die Persönlichkeitssphäre der Parteien und Zeugen erheblich durch die Offenlegung von Details aus dem Intimbereich oder aus einem berechtigt geschützten Geheimhaltungsbereich gefährdet oder verletzt werde, andere geschützte Geheimnisse vor jedermann erörtert würden und gerade die Anwesenheit eines großen Personenkreises die verfahrensbeteiligten Personen zu bloßen Prestigehandlungen verleiten würde. Durch die Anwesenden könne direkter Druck auf die Prozessbeteiligten ausgeübt werden. Durch die nicht erschöpfende oder

²³⁷ *Jahoda*, AnwBl 1981,291. In der öffentlichen Hauptverhandlung werde nur das wiederholt, was bereits vor der Polizei und dem Untersuchungsrichter gesagt wurde. Weicht der Angeklagte von seinen früheren Aussagen ab, gelte er als unglaubwürdig. Beruft er sich auf Drohungen und Misshandlungen durch die Polizei werde ihm mit eine Anklage wegen Verleumdung angedroht. Die Zeugen, die von ihrer ursprünglichen Aussage abweichen, hätte ein Verfahren wegen falscher Zeugenaussage zu befürchten. Obgleich diese Ausführungen *Jahodas* auf den ersten Blick etwas überzeichnet klingen mögen, ist ihm meiner Ansicht nach jedenfalls darin zuzustimmen, dass eine Öffentlichkeit im Stadium der polizeilichen Vorerhebungen zur Kontrolle der polizeilichen Vorgehensweisen wünschenswert wäre.

²³⁸ *Sperl*, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege, Wien 1928, I. Band. 2. Teil, 354.

willkürliche Berichterstattung der Massenmedien werde die Objektivität und Unbefangenheit der Prozessbeteiligten auf eine schwierige Probe gestellt, sodass die Rechtspflege weniger durch mangelnde öffentliche Kontrolle, als vielmehr durch die im Wege der Massenmedien erfolgende Einwirkung der „öffentlichen Meinung“ bedroht werde. Die erhofften Vorteile der Volksöffentlichkeit seien daher nur in geringem Maß eingetreten.²³⁹

Pollak führt aus, dass der Vorteil des Vertrauens der Bevölkerung in die Rechtspflege die berechtigten Bedenken aufgrund der Nachteile, die sich an die Öffentlichkeit knüpfen, überwiege, forderte jedoch schon im Jahr 1930 eine Änderung der Bestimmungen über den Ausschluss der Öffentlichkeit, bei der diese Bedenken mehr Beachtung finden sollten.²⁴⁰

Der VfGH hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1989 ausgesprochen, dass § 1 Abs 2 letzter Satz DSG²⁴¹ die Verpflichtung des Gesetzgebers einschlieÙe, Rechtsvorschriften, die den Datenschutz beschränken, inhaltlich so zu gestalten, dass die Beschränkung des Grundrechtes zur Erreichung des von ihm angestrebten Zieles erforderlich und geeignet ist und zu ihm in einem angemessenen Verhältnis steht.²⁴² *Simotta* vertrat bereits 1993 die Ansicht, dass der Gesetzgeber nach Inkrafttreten des DSG um eine Novellierung der Bestimmungen über den Ausschluss der Öffentlichkeit nicht mehr herum kommen werde, weil die zu dieser Zeit im Zivilprozess geltenden Bestimmungen über die Öffentlichkeit und deren Ausschluss in eklatantem Widerspruch zum Grundrecht auf Datenschutz stünden. Dies deshalb, weil nicht in allen Fällen, in denen einer Partei oder einem Zeugen das Recht auf Geheimhaltung zukomme, die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden könne.²⁴³

Zipf kritisiert, dass Zuhörer bei einer öffentlichen Verhandlung von Daten

²³⁹ *Fasching*, Lehrbuch, Rz 682.

²⁴⁰ *Pollak*, System, 449 f.

²⁴¹ § 1 Abs 2 DSG lautete vor der Neufassung des DSG 2000 folgendermaßen: „Beschränkungen des Rechtes nach Abs 1 sind nur zur Wahrung berechtigter Interessen eines anderen oder auf Grund von Gesetzen zulässig, die aus den in Art. 8 Abs. 2 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (BGBl. Nr. 210/1958) genannten Gründen notwendig sind. Auch im Falle solcher Beschränkungen muss der vertraulichen Behandlung personenbezogener Daten Vorrang gegeben werden.“

²⁴² Vgl VfGH 30.9.1989, B1740/88.

²⁴³ *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

Kenntnis erlangen können, die als personenbezogene Daten dem Datenschutz unterliegen und dass Journalisten bei der Verhandlung anwesend sein und die Verhandlungsergebnisse mitschreiben und sogar veröffentlichen können.²⁴⁴ Die mittelbare Öffentlichkeit der Medien ermögliche eine Vervielfachung der Informationen und Nachrichten und eine Streuung über das gesamte Inland und bezüglich großer und sensationeller Prozesse auch über das Ausland. Alle Medien seien bei ihrer Berichterstattung jedoch zu einer starken Selektion gezwungen.²⁴⁵ Diese Auswahl bedeute immer Bewertung und damit subjektive Färbung bei den mitzuteilenden Informationen.²⁴⁶

Zu Recht wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass die Befürchtung, es könnten Tatsachen, an denen ein Geheimhaltungsinteresse besteht, an die Öffentlichkeit gelangen, Zeugen und Parteien dazu verleiten wird, entweder von ihrem Recht, sich der Aussage zu entschlagen, Gebrauch zu machen oder nicht die volle Wahrheit zu sagen. Überdies werden Personen zu deren Gunsten eine staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht besteht, den Zeugen kaum von dieser entbinden, wenn sie die Enthüllung eines Geheimnisses befürchten müssen. Die Öffentlichkeit kann sich daher gerade in den Fällen, in denen ein besonderes Interessen von Parteien und Zeugen an der Geheimhaltung der zu erörternden Tatsachen besteht, als für die Sachverhaltsermittlung abträglich erweisen.²⁴⁷ Bereits der Gesetzgeber war der Ansicht, dass die Öffentlichkeit in all jenen Fällen, in denen sie mehr schadet als nützt, ausgeschlossen werden sollte. Dies ergibt sich aus den Materialien in denen es heißt: *„Die Öffentlichkeit der Verhandlung soll hienach in weiterem Umfang ausgeschlossen werden können, als zur Zeit im Bagatellverfahren zulässig ist. (...) Die rechts- und prozesspolitischen Ziele*

²⁴⁴ Zipf, Empfiehlt es sich, die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Strafverfahrens neu zu gestalten, insbesondere zur Verbesserung der Rechtsstellung des Beschuldigten weitere nicht-öffentliche Verfahrensgänge zu entwickeln? Gutachten C für den 54. Deutsche Juristentag, München 1982, C 22.

²⁴⁵ Jahoda wirft die provokante Frage auf, ob die Öffentlichkeit des Verfahrens lediglich den Sinn habe, der Sensationsgier der Presse und deren Leser willkommene Nahrung zu bieten. Dem berechnete Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit bezüglich bekannt gewordener Verbrechen könne dadurch Genüge geschehen, dass die Veröffentlichung des Urteiles nach rechtskräftiger Feststellung des Sachverhaltes und der Schuld des Angeklagten erfolge (vgl. Jahoda, AnwBl 1981, 291).

²⁴⁶ Zipf, Öffentlichkeit des Strafverfahrens, C 22.

²⁴⁷ Jahoda, AnwBl 1981, 292.

und Zwecke des Öffentlichkeitsprinzips werden durch diese Neuerung nicht in Frage gestellt; letzteres ist vielmehr streng genommen nur eine Konsequenz des Öffentlichkeitsgrundsatzes, insofern ist die Öffentlichkeit zu verneinen, wo dieselbe ihre Zwecke nicht zu erfüllen vermag, jene Ziele gerade durch die Öffentlichkeit selbst gefährdet und vereitelt würden. (...)

Durch die Kontrolle, der sie die Verhandlung und das gesamte prozessuale Vorbringen aussetzt, will die Öffentlichkeit die Sachverhaltsermittlung nach Kräften befördern. Daraus ergibt sich der Ausschluss der Öffentlichkeit für jene Fälle von selbst, in welchen sie statt zur Beförderung der Verhandlung zu deren Störung beitragen, die Sachverhaltsermittlung nicht leichter machen sondern erschweren würde. Eine solche Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung durch die Öffentlichkeit der Verhandlung wird aber auch dann zu besorgen sein, wenn sich die Verhandlung ihrer Aufgabe nach auf Tatsachen des inneren Familienlebens erstrecken muss. Insbesondere für die Parteien selbst bietet die Öffentlichkeit ein starkes Hindernis der offenen, rückhaltslosen, ausführlichen Darlegung; aus begrifflicher Scheu, bisher unbekannt gebliebene Umstände zu enthüllen, wird sie für ihre Sachverhaltserzählung manches wichtige Moment dunkel lassen, manches ganz übergehen oder doch nur andeuten, was das Gericht genau wissen sollte. Und selbst der ausdrücklichen Frage des Richters wird unter solchen Umständen die Sachverhaltsklarstellung oft nicht gelingen. Der Zweck der Verhandlungsöffentlichkeit schlägt hier völlig fehl; die Öffentlichkeit lähmt, wo sie unterstützen soll, sie hört auf rationell zu sein. Deshalb wird vorgeschlagen, auch bei einer solchen Sachlage ihre Ausschließung zu ermöglichen.²⁴⁸

b) Öffentlichkeit und Datenschutz

Die Bestimmungen über die Öffentlichkeit stehen, weil nicht in allen Fällen, in denen einer Partei oder einem Zeugen das Recht auf Geheimhaltung zukommt, die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden kann, in eklatantem

²⁴⁸ Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen, Wien 1897, Band I, 257 f.

Widerspruch zum Grundrecht auf Datenschutz.²⁴⁹ Nach *Simotta* ist die Beibehaltung der alten Bestimmungen über den Ausschluss der Öffentlichkeit im Zivilprozess erstaunlich, weil in den achtziger Jahren die Öffentlichkeit im Strafverfahren in Deutschland und in Österreich heftig diskutiert wurde und daraufhin in Österreich durch das StRÄG 1987 und in Deutschland durch das Opferschutzgesetz 1986 die Bestimmungen über den Ausschluss der Öffentlichkeit im Strafprozess erheblich erweitert wurden. Darüber hinaus gebe es seit 1.1.1980 ein Grundrecht auf Datenschutz, dessen Beschränkungen nur zur Wahrung berechtigter Interessen eines anderen oder aufgrund von Gesetzen zulässig sind, die aus den in Art 8 EMRK genannten Gründen notwendig sind. Auch im Fall solcher Beschränkungen müsse der vertraulichen Behandlung personenbezogener Daten der Vorrang gegeben werden, was bedeute, dass die Prozessbeteiligten einen Anspruch darauf hätten, dass persönliche Daten, für die eine besondere Verpflichtung zur Geheimhaltung besteht, überhaupt nicht oder nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß öffentlich werden.²⁵⁰

c) Lösungsvorschläge

Fasching hat aufgrund der Kritik an der Öffentlichkeit festgehalten, dass eine sinnvolle Beschränkung der Öffentlichkeit wohl möglich wäre und relativ behutsam in der Weise erfolgen könne, dass die Öffentlichkeit auf übereinstimmenden Parteienantrag ausgeschlossen werden kann.²⁵¹ Aus den Materialien ergibt sich, dass diese Ausschlussmöglichkeit bereits in der Regierungsvorlage zur ZPO vorgesehen war.²⁵² Sie wurde jedoch mit der Begründung wieder gestrichen, dass diese weder im Geist der staatsgrundgesetzlichen Bestimmung, wonach die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht öffentlich zu sein hat, sei, noch, dass dafür zwingende sachliche Gründe vorlägen.²⁵³ Bereits *Kölbl* wendet gegen einen derartigen

²⁴⁹ *Simotta*, Überlegungen, 459.

²⁵⁰ *Simotta*, Überlegungen, 462.

²⁵¹ *Fasching*, Prozessprinzipien und Reform des Zivilprozesses, in: *Haller/Berchthold/Fasching/Barazon/Bertel/Schneider (Hrsg.), Verfahrensgrundsätze - Verfahrensreformen im österreichischen Recht*, Heidelberg/Karlsruhe 1980, 57; vgl auch *Fasching*, Lehrbuch, Rz 682.

²⁵² Materialien I, 122.

²⁵³ Materialien II, 317.

Vorschlag zutreffend ein, dass diese Regelung das Risiko sachlich unangemessener Ungleichbehandlungen schaffe. Aufgrund der naturgemäß feindseligen Haltung der Prozessparteien gegeneinander hinge der Geheimnisschutz jeder Partei dann vom Zufall ab, dass die Öffentlichkeitsscheu auf beiden Seiten gleichmäßig verteilt sei. Ein echter Fortschritt könne nur dadurch erlangt werden, dass entweder schon auf Wunsch einer Partei die Öffentlichkeit ausgeschlossen werde oder bei grundsätzlicher Nichtöffentlichkeit die Öffentlichkeit nur im Einverständnis beider Parteien zugelassen werde. Die gemeinsame Option für die Herstellung der unmittelbaren Öffentlichkeit solle den Parteien unbenommen bleiben, soweit nicht überwiegende öffentliche Interessen, wie beispielsweise die Staatssicherheit oder die Sittlichkeit, gefährdet würden. Auf diese Weise könnte die Justiz augenfällig demonstrieren, dass nicht sie es sei, die etwas verbergen wolle.²⁵⁴ *Simotta* schließt sich dieser Ansicht an, fügt jedoch hinzu, dass dieser Vorschlag nur den Geheimnisbereich der Parteien und nicht den der Zeugen schütze.²⁵⁵

Meiner Ansicht nach bestehen gute Argumente dafür dem Vorschlag von *Kölbl*, grundsätzlich eine Nicht-Öffentlichkeit des Verfahrens vorzusehen, zu folgen. Bei „normalen“ Verfahren sind lediglich in Ausnahmefällen Zuseher anwesend. Publikum und Presse finden sich im Regelfall nur bei spektakulären, medienwirksamen Prozessen ein um ihre Sensationsgier zu stillen. Derartige Neigungen sollten nicht unterstützt werden. Überdies zeigen die Ausführungen in diesem Kapitel, dass in der Lehre zum Großteil die Ansicht vertreten wird, dass die Nachteile, die die Öffentlichkeit der Verfahren mit sich bringt, überwiegen. Freilich könnte dem entgegnet werden, dass wirklich medienwirksame und für die Masse „interessante“ Fälle eher im Strafprozess als im Zivilprozess zu finden sind. Dennoch wird es auch im Zivilprozess so sein, dass, wenn Publikum anwesend ist, dieses in der Regel nicht aus Interesse an der Rechtsprechung selbst dem Verfahren beiwohnen wird. Eine Kontrolle des Verfahrensherganges wäre zwar wünschenswert, diese könnte aber durch die Anwesenheit eines Verteidigers und einer (oder

²⁵⁴ *Kölbl*, Die Öffentlichkeit des Zivilprozesses – eine unzeitgemäße Form? In FS für Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Rosenheim 1972, 248 f.

²⁵⁵ *Simotta*, Überlegungen, 462.

bei genereller Nicht-Öffentlichkeit der Verfahren wohl eher mehrerer) Vertrauensperson gewährleistet werden. Wie *Kölbl* auch richtig ausführt, könnten die Medien von den Justizpressestellen über den Ausgang der Verfahren unterrichtet werden.²⁵⁶ Die Justizpressestellen könnten bei dieser Information leicht darauf achten, dass personenbezogene Daten nicht weitergegeben oder diese vor der Weitergabe anonymisiert werden. Ein Verstoß gegen das Grundrecht auf Datenschutz wäre bei einer derartigen Vorgangsweise weniger wahrscheinlich.

Simotta vertritt die Ansicht, dass eine Neuregelung der Bestimmungen über den Ausschluss der Öffentlichkeit in der Art erfolgen könnte, dass die Öffentlichkeit analog zu § 229 StPO von Amts wegen oder auf Antrag immer auszuschließen ist, wenn Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich oder aus dem Geheimnisbereich der Parteien oder Zeugen zu erörtern sind und ein schutzwürdiges überwiegendes Interesse vorliegt.²⁵⁷ *Simotta* führt eine Reihe von Argumenten für ihren Lösungsvorschlag an: (i) Für eine Anpassung der Bestimmungen über den Ausschluss der Öffentlichkeit an die für den Strafprozess geltenden Regelungen spreche, dass bis zum StRÄG die Bestimmungen der StPO und der ZPO über den Ausschluss der Öffentlichkeit in vielen Punkten ident waren. Der Strafprozess habe dem Zivilprozess in Fragen der Öffentlichkeit schon immer als Vorbild gedient. (ii) Überdies sei auf verfassungsrechtlicher Ebene²⁵⁸ in beiden Verfahren in gleicher Weise die Öffentlichkeit zum Verfahrensgrundsatz erklärt worden. (iii) Weiters spreche für diese Lösung das argumentum a maiore ad minus: Wenn sogar im Strafverfahren, in dem die Kontrollfunktion der Öffentlichkeit von besonderer Bedeutung sei, weil es um wesentlichere Dinge wie Verurteilungen und Freiheitsstrafen gehe, die Öffentlichkeit vor der Erörterung von Umständen

²⁵⁶ *Kölbl* führt dazu aus, dass die Medien ihre notwendigen Informationen bei genereller Nichtöffentlichkeit der Verhandlungen vor allem von den Justizpressestellen erhalten würden, die sehr gut den nötigen Filter gegen Geheimnisverletzung bilden könnten, indem sie die Identitätsmerkmale der Beteiligten in den Nachrichten weglassen oder Urteilsabschriften ohne Rubrum herausgeben könnten. Auf vollständige Authentizität der Berichterstattung komme es im Zivilrecht nicht an. *Kölbl* gibt jedoch auch zu bedenken, dass ein von der Justiz gelenkter Kommunikationsfluss keine Objektivität der Informationen über die Justiz gewährleisten würde. Unpopuläre Entscheidungen könnten unterdrückt und so das Gesamtbild verfälscht werden (vgl. *Kölbl*, Öffentlichkeit, 248 f).

²⁵⁷ *Simotta*, Überlegungen, 462.

²⁵⁸ Art 90 Abs 1 B-VG und Art 6 EMRK.

aus dem persönlichen Lebensbereich oder dem Geheimnisbereich eines Prozessbeteiligten ausgeschlossen werden muss, müsse dies erst recht für den Zivilprozess gelten, in dem die Kontrollfunktion der Öffentlichkeit eine etwas geringere Bedeutung habe. (iv) *Simotta* führt letztlich aus, dass diese von ihr vorgeschlagene Lösung nur eine Weiterführung des Gedankens des historischen Gesetzgebers sei. Wenn der Gesetzgeber nur in bestimmten seltenen Fällen den Ausschluss der Öffentlichkeit geregelt hat sei es erwägenswert, in den nicht vom Gesetzgeber geregelten Fällen (wie zB im Fall des Datenschutzes) eine im Wege der Analogie zu füllende Lücke anzunehmen.²⁵⁹

Dagegen wendet *Adamovic* ein, dass davor noch zu prüfen sei, ob es sich nicht bei den vom Gesetzgeber angeführten seltenen Fällen um solche handle, die in den anderen Fällen auf eine rechtspolitische Lücke schließen lassen, deren Schließung nicht Sache der Gerichte sei. Dies sei schon deshalb geboten, weil die Prozessgrundsätze nicht der Parteiendisposition unterliegen würden, was sich bereits daraus ergebe, dass Nichtigkeitsgründe nicht nur zufolge Anfechtung durch eine Partei, sondern von Amts wegen und in den Fällen des § 529 ZPO sogar nach Rechtskraft zur Aufhebung der nichtigen Entscheidung führen könnten.²⁶⁰ *Adamovic* stellt sich die Frage, ob die seltenen Ausnahmen analogiefähig seien oder ob der Grundsatz gelte, dass Ausnahmen strikt zu interpretieren seien. Der OGH hat in mehreren Entscheidungen ausgesprochen, dass auch eine taxative Aufzählung das Vorliegen einer „teleologischen“ oder „unechten“ Lücke nicht unter allen Umständen ausschließe. Analogie sei vielmehr auch bei einer taxativen Aufzählung möglich und geboten, wenn der nicht besonders angeführte Fall alle motivierenden Merkmale der geregelten enthalte und das Prinzip der Norm auch in einem ihrem Tatbestand ähnlichen Fall Beachtung fordere.²⁶¹

Nach *Adamovic* rechtfertige der besondere Schutz des Amtsgeheimnisses beispielsweise keinesfalls eine derartige Heraushebung gegenüber anderen von der Rechtsordnung geschützten Geheimnissen, dass diese Norm exklusiv

²⁵⁹ *Simotta*, Überlegungen, 462 ff.

²⁶⁰ *Adamovic*, RZ 2004, 165.

²⁶¹ Vgl zB. OGH 10.7.1996, 3 Ob 34/94 = RdW 1993, 375 = SZ 59/177.

gelesen werden könnte. Dies gelte auch für den Schutz eines Geschäfts- oder eines Betriebsgeheimnisses.²⁶² *Adamovic* führt überdies aus, dass ein Blick in den Strafprozess zeige, wie leicht diese Probleme zu lösen seien. Gemäß § 229 Abs 1 StPO könne vor der Erörterung von Umständen aus dem persönlichen Lebens- oder Geheimnisbereich des Angeklagten, eines Zeugen oder eines Dritten die Öffentlichkeit von Amts wegen oder auf Antrag ausgeschlossen werden. Der einzig sinnvolle Schritt im Zivilprozess könne daher nur sein, im Wege einer mutigen Rechtsfortbildung die Analogie zu befürworten, dass der weitergehende Ausschluss der Öffentlichkeit nur einen relativen Nichtigkeitsgrund bildet.²⁶³ Meiner Ansicht nach ist *Adamovic* zu folgen, der für ein Gebot der materiellen Gerechtigkeit, Gleiches gleich zu behandeln, eintritt. Auch in der ZPO sollte der Geheimnisschutz gegenüber den Rechtspflegeinteressen so abgewogen werden, dass die Interessen des Betroffenen wie in der StPO, Im UbG, und im AußStrG fallweise den Ausschluss der Öffentlichkeit über Parteiantrag ohne Nichtigkeitsanktion gebieten.

Simotta schlägt überdies vor dem Gericht, wenn die Öffentlichkeit ausgeschlossen wurde, analog zu den § 13 Abs 3 AHG, § 230 a StPO und § 174 Abs 3 dGVG die Möglichkeit einzuräumen, den anwesenden Personen auf Antrag einer Partei die Geheimhaltung von Tatsachen, die durch die Verhandlung zur Kenntnis gebracht sind, zur Pflicht zu machen.²⁶⁴ Dem ist meiner Ansicht nach entgegenzuhalten, dass sich dieser Vorschlag eher nur in der Theorie und weniger in der Praxis umsetzen lassen wird. Die Einhaltung einer derartigen Verpflichtung durch die beim Prozess anwesenden Personen wird kaum kontrollierbar sein. Es ist äußerst fragwürdig, ob ein derartiges gerichtliches Gebot die bei der Verhandlung anwesenden Personen davon abhalten wird, das Gehörte weiter zu verbreiten. Durch eine derartige Vorgehensweise könnte jedoch zumindest eine Berichterstattung in den Medien verhindert werden. Überdies könnte nach *Simotta* erwogen werden, ob man nicht auch den ungerechtfertigten Nicht-Ausschluss der Öffentlichkeit unter Nichtigkeitsanktion stellen sollte, um dem Persönlichkeits- und

²⁶² *Adamovic*, RZ 2004,165.

²⁶³ *Adamovic*, RZ 2004,165.

²⁶⁴ *Simotta*, Überlegungen, 465.

Datenschutz der Verfahrensbeteiligten zum Durchbruch zu verhelfen.²⁶⁵

1.1.2 Der Zutritt zu nichtöffentlichen Verhandlungen

Nach § 174 ZPO kann jede Partei, wenn die Öffentlichkeit ausgeschlossen wird, verlangen, dass außer ihrem Bevollmächtigten drei Personen ihres Vertrauens bei der Verhandlung anwesend sein dürfen. In so einem Fall könnten sich dann datenschutzrechtliche Probleme ergeben, wenn als Vertrauensperson einer Partei ausgerechnet eine Person beigezogen werden soll, der gegenüber die andere Partei oder ein Zeuge die vor Gericht zu erörternden Tatsachen geheim halten will.²⁶⁶ Das Gesetz definiert nicht, welche Eigenschaften Vertrauenspersonen haben müssen.²⁶⁷ Die Prozessparteien werden bei ihrer Wahl der Vertrauenspersonen daher lediglich nach § 171 Abs 2 und Abs 3 ZPO beschränkt, wonach bewaffnete Personen keinen Zutritt zu Verhandlungen haben und Unmündigen der Zutritt verweigert werden kann, wenn durch ihre Anwesenheit eine Gefährdung ihrer persönlichen Entwicklung zu besorgen wäre.²⁶⁸

Datenschutzrechtlich äußerst bedenklich ist die Bestimmung des § 174 Abs 2 ZPO, wonach „*wirklich angestellten Richtern, dann Conceptsbeamten der Staatsanwaltschaft und des Justizministeriums, sowie Rechtsanwälten*“ trotz Ausschlusses der Öffentlichkeit der Zutritt gestattet bleibt, sofern die Öffentlichkeit nicht aus dem im § 172 Abs 2 ZPO angeführten Grunde ausgeschlossen wurde. Es ist nicht nachvollziehbar, warum einem nicht verhandelnden Richter oder einem im konkreten Fall nicht vertretungsbefugten Rechtsanwalt ein berechtigtes Interesse zugebilligt werden soll, das einen Eingriff in den Geheimhaltungsanspruch der Parteien und Zeugen rechtfertigen würde. Dasselbe gilt wohl für die anderen in § 174

²⁶⁵ Vgl dazu auch *Neumann*, Kommentar⁴ II, 1300.

²⁶⁶ *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

²⁶⁷ *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Wien 2003, Band II, 2. Teilband, 818.

²⁶⁸ *Simotta* führt lediglich die Einschränkung des § 171 Abs 2 ZPO an. Meiner Ansicht nach muss hier jedoch auch die Einschränkung des § 171 Abs 3 ZPO angeführt werden. Da das Gesetz nicht festlegt, welche Eigenschaften Vertrauenspersonen haben müssen, könnten theoretisch – auch wenn dies unwahrscheinlich ist – auch Unmündige zu Vertrauenspersonen herangezogen werden. Ist eine Gefahr für die persönliche Entwicklung der Unmündigen zu befürchten, müssten diese dennoch von der Verhandlung ausgeschlossen werden.

Abs 2 ZPO angeführten Personen, mit Ausnahme des Beamten, der die Dienstaufsicht über den verhandelnden Richter hat. *Fasching* vertritt die Ansicht, dass diese Regelung dadurch gerechtfertigt werde, dass fachlich interessierten Kreisen jederzeit Zutritt zu den Verhandlungen offen stehen solle, sofern nicht die Rücksichtnahme auf die intime Persönlichkeitssphäre die Beachtung dieses allgemein fachlichen Interesses ausschließe.²⁶⁹ *Horten* führt als rechtfertigenden Grund die öffentliche Vertrauensstellung dieser Personen an.²⁷⁰ Dem kann entgegengehalten werden, dass allein die Position einer Person dieser noch kein berechtigtes Interesse an Information geben kann und dass auch das fachliche Interesse für die Annahme eines berechtigten Interesses iSd § 1 DSG 2000 deshalb nicht ausreicht, weil nach überwiegender Meinung sogar das wissenschaftliche Interesse hinter dem Grundrecht auf Datenschutz zurückstehen muss.²⁷¹ Nach *Simotta* sollte § 174 Abs 2 ZPO daher aufgehoben und durch eine mit § 175 Abs 3 dGVG²⁷² vergleichbare Bestimmung ersetzt werden.²⁷³

1.2 Die Öffentlichkeit im Exekutionsverfahren

§ 50 Abs 1 EO bestimmt, dass die mündliche Verhandlung im Exekutionsverfahren nicht öffentlich ist.²⁷⁴ Eine Ausnahme von dieser Regelung bildet nach § 177 Abs 1 EO der Termin zur öffentlichen Versteigerung. Sinn und Zweck der Regelung, den Versteigerungstermin öffentlich abzuhalten, ist vor allem möglichst viele Kauflustige anzulocken um einen möglichst großen Bieterkreis zu gewinnen, der ein gutes Versteigerungsergebnis verspricht.²⁷⁵ Sowohl der betreibende Gläubiger als auch der Verpflichtete haben großes Interesse daran, ein möglichst hohes Meistbot zu erzielen. Das Interesse des Gläubigers auf Befriedigung seiner

²⁶⁹ *Fasching*, Kommentar, Band II, 829.

²⁷⁰ *Horten*, Zivilprozessordnung, Rz 1486.

²⁷¹ *Potacs*, Wissenschaftsfreiheit und Grundrecht auf Datenschutz, ZfV 1986/1, 14 f.

²⁷² § 175 Abs 3 dGVG lautet: „Die Ausschließung der Öffentlichkeit steht der Anwesenheit der die Dienstaufsicht führenden Beamten der Justizverwaltung bei den Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht nicht entgegen.“

²⁷³ *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

²⁷⁴ *Nowak/Schwaighofer* haben die Frage aufgeworfen, ob dies verfassungsrechtlich unbedenklich sei (vgl. *Nowak/Schwaighofer*, EuGRZ 1985, 729 Anm 60).

²⁷⁵ *Rechberger/Simotta*, Exekutionsverfahren, Wien 1992, Rz 131.

Forderungen rechtfertigt die Durchbrechung des Geheimhaltungsanspruches des Verpflichteten und aller sonstiger Beteiligten. Diese gesetzlichen Regelungen stehen daher im Einklang mit § 1 DSG 2000.²⁷⁶

1.3 Die Öffentlichkeit im Außerstreitverfahren

1.3.1 Allgemeines

Ursprünglich wurde - obwohl es diesbezüglich keine Vorschriften gab - die Auffassung vertreten, dass die Verhandlungen im Außerstreitverfahren grundsätzlich nicht öffentlich seien.²⁷⁷ *Nowak/Schweighofer* waren der Ansicht, dass diese Praxis verfassungsrechtlich bedenklich sei.²⁷⁸ Art 90 B-VG gelte für alle Zivilrechtsstreite und daher auch für den echten Streitbereich des außerstreitigen Verfahrens. Soweit das ganze außerstreitige Verfahren als nichtöffentlich betrachtet werde widerspreche dies daher Art 90 B-VG.²⁷⁹

Die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens wurde damit gerechtfertigt, dass im Verfahren außer Streitsachen sehr oft intime Familien- und Vermögensverhältnisse erörtert würden, sodass bei Zulassung der Volksöffentlichkeit die Gefahr bestünde, dass solche Verhältnisse allgemein bekannt und dadurch Familien- und Geschäftsinteressen häufig verletzt würden.²⁸⁰

In einer langen Diskussion über die Reform des Außerstreitverfahrens wurde auch die Öffentlichkeit der Verhandlungen eingehend diskutiert. *Jelinek* hat in diesem Zusammenhang beispielsweise die Ansicht vertreten, dass Außerstreitgerichte keine geheimen Gerichte seien und nichts zu verbergen hätten. Aus diesem Grund sei die Öffentlichkeit im gleichen Umfang wie im Zivilprozess zu fordern.²⁸¹ *Jelinek* befürwortete grundsätzlich die Einführung

²⁷⁶ *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

²⁷⁷ *Schwaighofer*, Gerichtsöffentlichkeit und Außerstreitverfahren, in: Grundlegende Neuerungen im Außerstreitverfahren, Dokumentation einer Tagung der Gesellschaft zum Studium und zur Erneuerung der Struktur der Rechtsordnung, *Kralik/Walter (Hrsg.)*, Wien 1986, 107.

²⁷⁸ *Nowak/Schweighofer*, EuGRZ 1985, 729 Anm 60.

²⁷⁹ *Nowak*, Gerichtsöffentlichkeit, 109 f.

²⁸⁰ *Gögl*, Der Beweis im Verfahren außer Streitsachen, ÖJZ 1956, 347.

²⁸¹ *Jelinek*, Überlegungen zur Reform des Außerstreitverfahrens, NZ 1984, 100.

der Öffentlichkeit und schlug als mögliche Lösung einen Ausschluss der Öffentlichkeit bei übereinstimmendem Antrag der Parteien vor.²⁸²²⁸³ Auch *Reindl* hat sich für eine grundsätzliche Stärkung des Grundsatzes der Öffentlichkeit ausgesprochen.²⁸⁴ *Rechberger* hat sich dieser Ansicht angeschlossen und ausgeführt, dass gegen die Übernahme des Öffentlichkeitsgrundsatzes aus der ZPO nichts einzuwenden sei, gab jedoch zu bedenken, dass eine Differenzierung vorzunehmen sei. Öffentlichkeit und die damit verbundene Kontrolle der Gerichte könne nur solange sinnvoll sein, als sie sich nicht gegen die Interessen der Parteien richte.²⁸⁵

In dem am 1.1.2005 in Kraft getretenen § 19 Abs 1 AußStrG²⁸⁶ (I. Hauptstück, Allgemeine Bestimmungen) wurden diese Anregungen und Überlegungen aufgegriffen und es wurde die grundsätzliche Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlungen im Außerstreitverfahren eingeführt.²⁸⁷ Die Regierungsvorlage hält dazu fest, dass sich zwar einzelne Verfahren außer Streitsachen finden ließen, die nicht dem Zivilrechtsbegriff des Art 6 EMRK unterliegen, im Rahmen des allgemeinen Teiles sei jedoch jedenfalls als Grundsatz anzuordnen, dass die Verhandlung öffentlich ist.²⁸⁸ Diese Regelung über die Volksöffentlichkeit der mündlichen Verhandlung orientiere sich am Vorbild des Sachwalterbestellungsverfahrens.²⁸⁹

Gemäß § 19 Abs 2 AußStrG (neu) ist die Öffentlichkeit auszuschließen, wenn

²⁸² *Jelinek*, Zur Reform des Außerstreitverfahrens – die Regelungs- und Streitentscheidungsverfahren, in: Zur Reform des Außerstreitverfahrens, *Ludwig Boltzmann Institut für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen (Hrsg.)*, Band II, Wien 1984, 91.

²⁸³ Dies entspricht dem Vorschlag *Faschings* für eine Regelung der Öffentlichkeit im Zivilprozess; siehe oben Punkt II1.1.1c).

²⁸⁴ *Reindl*, Grundlegende Erneuerung des Außerstreitverfahrens, in: Grundlegende Neuerungen im Außerstreitverfahren, Dokumentation einer Tagung der Gesellschaft zum Studium und zur Erneuerung der Struktur der Rechtsordnung, *Kralik/Walter (Hrsg.)*, Band IV, Wien 1986, 16.

²⁸⁵ *Rechberger*, Zur Amtswegigkeit, Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit, in: Grundlegende Neuerungen des Außerstreitverfahrens, Dokumentation einer Tagung der Gesellschaft zum Studium und zur Erneuerung der Struktur der Rechtsordnung, *Kralik/Walter (Hrsg.)*, Band IV, Wien 1986, 78 f.

²⁸⁶ BGBl. I Nr. 111/2003.

²⁸⁷ *Zangl*, Das neue Außerstreitverfahren, Verfahren erster Instanz, ÖJZ 2005/7. Gemäß § 18 AußStrG steht es dem Gericht, wenn eine Verhandlung nicht zwingend vorgesehen ist, frei, eine Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung anzuordnen.

²⁸⁸ Regierungsvorlage zum Außerstreitgesetz, 224 der Beilagen, XXII GP, 12.

²⁸⁹ Regierungsvorlage zum Außerstreitgesetz, 224 der Beilagen, XXII GP, 34; vgl auch *Fucik*, Das neue Außerstreitgesetz, *immolex* 2004, 196.

- Z 1 durch sie die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet erscheint;
- Z 2 die begründete Besorgnis besteht, dass sie zur Störung der Verhandlung oder zur Erschwerung der Erhebung des Sachverhalts führen könnte;
- Z 3 dies im Interesse einer pflegebefohlenen Person erforderlich ist.

Die von Amts wegen wahrzunehmenden zwingenden Ausschlussgründe weichen dort von der ZPO ab, wo es dem Verfahren außer Streitsachen angemessen ist. *Maurer* ist der Ansicht, dass die Bestimmung der Z 2 die für die Praxis wesentliche Bestimmung sei, weil die Erschwerung der Erhebung des Sachverhaltes in einem Verfahren, in dem grundsätzlich Untersuchungsmaxime herrsche, öfter zum Anlass genommen würde, die Öffentlichkeit auszuschließen, als dies im Zivilprozess geschehe.²⁹⁰ Von besonderer Bedeutung ist meiner Ansicht nach die Bestimmung der Z 3, wonach die Öffentlichkeit auszuschließen ist, wenn dies im Interesse der pflegebefohlenen Person erforderlich ist. Ein Ausschluss wird, wenn man der Meinung *Schwaighofers* folgt, wonach der Wandel von der Öffentlichkeit als einem „Organisationsprinzip eines liberalen Rechtsstaates“ zur „plebiszitären Öffentlichkeit“ einen pejorativen Beigeschmack hat²⁹¹, hoffentlich häufig der Fall sein.

Gemäß § 19 Abs 3 AußStrG neu ist die Öffentlichkeit überdies auf Antrag einer Partei aus berücksichtigungswürdigen Gründen auszuschließen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Tatsachen des Familienlebens zu erörtern sind.²⁹² Ist die Öffentlichkeit ausgeschlossen, ist die öffentliche Verlautbarung des Inhaltes der Verhandlung untersagt (§ 19 Abs 4 AußStrG neu). Entsprechend der Regelungen in § 174 Abs 1 ZPO können die Parteien bei einer nicht öffentlichen Verhandlung beantragen, außer ihrem Vertreter eine Person des Vertrauens zur Verhandlung hinzuzuziehen (§ 19 Abs 5 AußStrG neu). Die Regelung des § 19 Abs 5 AußStrG neu ist den

²⁹⁰ *Maurer*, AußStrG neu, Außerstreitgesetz und Außerstreit-Begleitgesetz, Wien 2004, 96.

²⁹¹ *Schwaighofer*, Gerichtsöffentlichkeit, 97 f.

²⁹² Regierungsvorlage zum Außerstreitgesetz, 224 der Beilagen, XXII GP, 12.

Bedürfnissen des Außerstreitverfahrens angepasst.²⁹³ Der Grund dafür scheint darin zu liegen, dass der Gesetzgeber den Grundsatz der Wahrung des Privat- und Familienlebens höher einschätzen dürfte als jenen der Volksöffentlichkeit, weshalb im Außerstreitverfahren bereits die Beiziehung einer einzigen Vertrauensperson ausreichend sein soll, den Ausschluss der Öffentlichkeit von der Verhandlung zu kompensieren.²⁹⁴ *Stummvoll* führt dazu aus, dass im Hinblick darauf, dass im Außerstreitverfahren die Durchführung einer (öffentlichen) mündlichen Verhandlung nur insoweit (zweckmäßig) vorgesehen sei, als auch die Beweisaufnahme²⁹⁵ außerhalb der mündlichen Verhandlung jedenfalls nicht öffentlich sei, die Beiziehung nur einer weiteren Vertrauensperson ausreichend scheine um den Ausschluss der Öffentlichkeit von der Verhandlung zu kompensieren.²⁹⁶ Diese Bestimmung führt dazu, dass bei ausgeschlossener Öffentlichkeit in einem Zwei-Parteien-Verfahren außer dem Gerichts Personal in der Regel höchstens sechs Personen anwesend sein können.²⁹⁷

Die grundsätzlichen Probleme die im Zusammenhang mit der Öffentlichkeit des Verfahrens im Außerstreitverfahren auftreten können stimmen mit denen im streitigen Zivilverfahren überein. Auch im außerstreitigen Verfahren kann die Öffentlichkeit des Verfahrens natürlich dazu führen, dass die Parteien dazu bewogen werden, sich ihrer Aussage zu entschlagen oder wesentliche Tatsachen vor Gericht nicht kundzutun, die ihnen peinlich oder unangenehm sind. Diesbezüglich ist die Gefahr im Außerstreitverfahren vielleicht sogar noch größer, weil hier oft Tatsachen aus dem persönlichen Lebensbereich der Parteien und Zeugen erörtert werden. Meiner Ansicht nach wurde die Gefahr der Verletzung des Datenschutzes der Parteien durch die Regelungen im Außerstreitgesetz 2005 jedoch verringert. Ganz wesentlich ist meines

²⁹³ Vgl § 174 ZPO nach dem der Partei bei Ausschluss der Öffentlichkeit außer ihrem Bevollmächtigten die Hinzuziehung von drei Vertrauenspersonen gestattet ist.

²⁹⁴ *Langer*, AußStrG, Außerstreitgesetz 2003, Wien/Graz 2007, 88.

²⁹⁵ Gemäß § 20 Abs 1 AußStrG besteht bei der Aufnahme von Beweisen außerhalb einer mündlichen Verhandlung grundsätzlich Parteiöffentlichkeit. In Verfahren die einen Minderjährigen oder sonstigen Pflegebefohlenen betreffen, können die Parteien und deren Vertreter jedoch dann von der Teilnahme ausgeschlossen werden, wenn die Teilnahme das Wohl des Pflegebefohlenen gefährden und die Feststellung des Sachverhaltes erheblich erschweren würde (§ 20 Abs 1 dritter Satz; vgl dazu auch *Zangl*, ÖJZ 2005/7).

²⁹⁶ *Stummvoll*, Das neue Außerstreitverfahren ab 2005, Wien 2004, 60 f.

²⁹⁷ Regierungsvorlage zum Außerstreitgesetz, 224 der Beilagen, XXII GP, 35.

Erachtens die Bestimmung des § 19 Abs 3 AußStrG, nach dem die Öffentlichkeit bereits aufgrund des Antrages einer Partei ausgeschlossen werden kann, wenn berücksichtigungswürdige Gründe dafür sprechen. Gerade im Verfahren außer Streit, in dem oft höchstpersönliche Tatsachen erörtert werden müssen, wird eine Interessenabwägung in vielen Fällen dazu führen, dass die Interessen der beantragenden Partei derart hoch einzustufen sind, dass dies zu einem Ausschluss der Öffentlichkeit führt.

Die Regelung in § 57 AußStrG, wonach das Rekursgericht bei gesetzwidrigem Ausschluss der Öffentlichkeit den angefochtenen Beschluss und, soweit das vorangegangene Verfahren von dem Verfahrensverstoß betroffen ist, auch dieses, aufheben und die Sache zur neuerlichen Entscheidung, allenfalls auch Verfahrensergänzung oder –wiederholung, an das Gericht erster Instanz zurückverweisen darf, wenn dadurch der Verfahrensaufwand und die den Parteien erwachsenden Kosten voraussichtlich erheblich verringert werden, könnte allerdings dazu führen, dass Richter aus Angst vor dieser Konsequenz vor einem Ausschluss der Öffentlichkeit eher zurückschrecken.

1.3.2 Öffentlichkeit des Sachwalterbestellungs- und Unterbringungsverfahrens

Entsprechend der Regelung des § 239 AußStrG alt waren die Verhandlungen im Zuge des Sachwalterbestellungsverfahrens öffentlich. Der OGH hat in seiner Entscheidung zu 7 Ob 571/91 ausgesprochen, dass, weil das Gesetz im Unterbringungsverfahren grundsätzlich die Öffentlichkeit normiert hat, die übliche Beeinträchtigung des Ansehens einer Person, die mit einem solchen Verfahren verbunden ist, in Kauf genommen werden müsse.²⁹⁸ Nach *Simotta* waren die Bestimmungen des § 239 AußStrG alt vom datenschutzrechtlichen Standpunkt aus sehr bedenklich, weil ihrer Ansicht nach die vorgesehenen Möglichkeiten, die Öffentlichkeit auszuschließen, zur Wahrung des Geheimhaltungsanspruches der Verfahrensbeteiligten nicht ausgereicht hätten. *Simotta* kritisierte, dass der Betroffene keinen Anspruch auf Ausschluss der Öffentlichkeit hatte sondern es im Ermessen des Gerichtes lag, die Öffentlichkeit auszuschließen. Nach der alten Regelung konnte die

²⁹⁸ vgl OGH 25.7.1991, 7 Ob 571/91 = RZ 1993/68.

Öffentlichkeit im Interesse der Familienangehörigen und sonstigen Zeugen nur in den in § 172 ZPO geregelten Fällen ausgeschlossen werden (zu § 172 ZPO siehe oben unter Punkt 1.1.1). Demnach konnte die Öffentlichkeit bis zur Novelle des Außerstreitgesetzes nicht ausgeschlossen werden, wenn der geistig Behinderte beispielsweise angefangen hätte, über Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse anderer Personen zu sprechen.²⁹⁹

Geht man von den oben unter Punkt 1.1.1a) genannten Argumenten für die Öffentlichkeit des Verfahrens aus, ist festzuhalten, dass die Öffentlichkeit gerade im Sachwalterbestellungsverfahren den Sinn hat, kontrollierend zu wirken, um so Missbräuche zu verhindern. Dies liegt zwar im Interesse des Betroffenen, stellt jedoch keinen in § 1 Abs 2 DSG genannten Rechtfertigungsgrund für die Durchbrechung des Geheimhaltungsanspruches des Betroffenen dar. Zum einen hat der Zuhörer weder ein berechtigtes Interesse an Informationen über die Sachwalterbestellung und zum anderen ist die Öffentlichkeit auch nicht aus einem in Art 8 EMRK genannten Grund notwendig. Es ist ganz im Gegenteil davon auszugehen, dass gerade die Bestellung eines Sachwalters einen besonders sensiblen Bereich betrifft und daher gerade hier die Öffentlichkeit von der Verhandlung ausgeschlossen werden sollte.³⁰⁰

Diesen Überlegungen wurde durch die neue gesetzliche Regelung über die mündliche Verhandlung im Sachwalterbestellungsverfahren Rechnung getragen. § 121 Abs 1 AußStrG³⁰¹ neu sieht nun vor, dass über die Bestellung eines Sachwalters mündlich zu verhandeln ist. Diese obligatorische mündliche Verhandlung entspricht dem Bedürfnis nach Schutzgarantien im Bestellungsverfahren und wurde daher grundsätzlich als zweckmäßig empfunden.³⁰² Nach der neuen Rechtslage ist diese mündliche Verhandlung jedoch nur mehr eingeschränkt volksoffentlich.³⁰³ Die Regierungsvorlagen

²⁹⁹ *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

³⁰⁰ Der OGH hat ausgesprochen, dass der Ausschluss der Öffentlichkeit im Interesse des Betroffenen liege, wenn durch die Art und den Grad seiner Krankheit sein Ansehen in den Augen der Mitmenschen im besonderen Maß herabgesetzt oder sein Recht auf Schutz seiner Intimsphäre verletzt wird (OGH 25.7.1991, / Ob 571/91).

³⁰¹ BGBl. I Nr. 111/2003.

³⁰² *Stummvoll*, Außerstreitverfahren, 167.

³⁰³ Regierungsvorlage 224, 81.

verweisen in Bezug auf die Volksöffentlichkeit auf § 140 AußStrG neu³⁰⁴, der bestimmt, dass mündliche Verhandlungen grundsätzlich nicht öffentlich sind.³⁰⁵

Das Gericht kann jedoch, wenn sich keine Partei dagegen ausspricht, die Öffentlichkeit herstellen, soweit keine Umstände des Privat- oder Familienlebens erörtert werden und dies mit dem Wohl des Pflegebefohlenen vereinbar ist. An den nicht öffentlichen Teilen des Beweisverfahrens können neben den in § 19 Abs 5 AußStrG³⁰⁶ genannten Personen auch die gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen sowie die Vertreter des Jugendwohlfahrtsträgers und der Jugendgerichtshilfe teilnehmen. § 140 Abs 1 erster Satz AußStrG neu trägt der Überlegung Rechnung, dass in Familienrechts- und Sachwalterschaftsverfahren praktisch nur Tatsachen des Familien- und Privatrechts nach Art 8 und 14 EMRK erörtert werden, die in der Regel nicht zur volksöffentlichen Verhandlung geeignet sind.³⁰⁷ Ein derartiges Verfahren ist somit insgesamt geneigt, sensible Tatsachen zu Tage zu fördern, wobei nicht von vornherein absehbar ist, zu welchem Zeitpunkt solche Tatsachen erörtert werden. Jede Partei soll sich ohne Begründung gegen die Herstellung der Öffentlichkeit aussprechen können.³⁰⁸

Es erschien dem Gesetzgeber somit sinnvoll, das Verfahren nur parteiöffentlich zu gestalten und nur soweit keine geschützten Details des Privat- oder Familienlebens erörtert werden mit gerichtlicher Verfügung die Volksöffentlichkeit herzustellen. Selbst unter dieser Voraussetzung soll die Öffentlichkeit nur dann hergestellt werden, wenn sich keine Partei dagegen ausspricht.³⁰⁹ Diese Neuregelung beruht auf der Überlegung, dass jede Partei die Möglichkeit haben soll, in Familienrechtsangelegenheiten die Herstellung

³⁰⁴ BGBl. I Nr. 111/2003.

³⁰⁵ Vgl auch *Fucik*, *immolex* 2004, 196.

³⁰⁶ § 19 Abs 5 AußStrG bestimmt, dass eine Partei bei Ausschluss der Öffentlichkeit verlangen kann, dass außer ihr und ihrem Vertreter auch einer Person ihres Vertrauens die Anwesenheit in der mündlichen Verhandlung gestattet wird.

³⁰⁷ *Maurer*, AußStrG neu, 305.

³⁰⁸ Regierungsvorlage zum Außerstreitgesetz, 224 der Beilagen, XXII GP, 90.

³⁰⁹ *Stummvoll*, Außerstreitverfahren, 186.

der Öffentlichkeit zu verhindern.³¹⁰

Diese Neufassung der Bestimmungen betreffend die Öffentlichkeit des Sachwalterbestellungsverfahrens ist aus datenschutzrechtlicher Sicht sehr zu begrüßen. *Simotta* hatte bereits 1993 die Überlegung angestellt, ob es nicht sinnvoll wäre, dem deutschen Vorbild zu folgen und die Öffentlichkeit des Sachwalterbestellungsverfahrens abzuschaffen.³¹¹ *Simotta* hat sich letztendlich jedoch für die Beibehaltung der Öffentlichkeit im Sachwalterbestellungsverfahren ausgesprochen und hat argumentiert, dass es zwar juristisch einwandfrei wäre, die grundsätzliche Nicht-Öffentlichkeit des Verfahrens vorzusehen. Diese wäre jedoch „mit dem Odium behaftet“, dass Menschen aufgrund eines geheimen Verfahrens in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt oder hinter Anstaltsmauern verschwinden würden. Die Öffentlichkeit des Verfahrens biete einen gewissen Schutz vor Missbrauch der Rechtspflege, stehe jedoch im Widerspruch zum Grundrecht auf Datenschutz. *Simotta* kommt zu dem Schluss, dass der Schaden, der aus dem Missbrauch des Sachwalterbestellungs- und Unterbringungsverfahrens entstehen könne ein größerer sei als jener, der sich aus der Öffentlichkeit des Verfahrens ergeben könne. Die Öffentlichkeit des Sachwalterbestellungs- bzw. Unterbringungsverfahrens solle daher beibehalten werden.³¹²

Der Gesetzgeber ist dem Vorschlag *Simottas* nicht gefolgt und hat die grundsätzliche Nicht-Öffentlichkeit des Verfahrens angeordnet. Dies ist meiner Ansicht nach unter dem Gesichtspunkt, dass bei derartigen Verfahren in den meisten Fällen Umstände des Privat- und Familienlebens zu erörtern sein werden, sinnvoll. Die Besorgnis, die Nicht-Öffentlichkeit könnte eine Kontrolle der Rechtspflege verhindern, wurde damit gemildert, dass der Richter die Öffentlichkeit herstellen kann, wenn keine Umstände des Privat- oder Familienlebens in der Verhandlung zu erörtern sind. Gegen diese Regelung ist allerdings einzuwenden, dass viele Richter aus Bequemlichkeit dazu tendieren werden, die Öffentlichkeit auch dann nicht anzuordnen, wenn dies nach dem

³¹⁰ Regierungsvorlage zum Außerstreitgesetz, 224 der Beilagen, XXII GP, 90.

³¹¹ *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

³¹² *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

Gesetz möglich wäre.³¹³ Im Ergebnis wird diese Regelung wahrscheinlich dazu führen, dass fast alle Verhandlungen über Sachwalterbestellungen oder Unterbringungen nicht öffentlich sein werden. Meiner Ansicht nach wäre es sinnvoll gewesen zu normieren, dass die Öffentlichkeit zwingend anzuordnen ist, wenn keine Umstände des Privat- oder Familienlebens zu erörtern sind und keine Verletzung des Geheimnisschutzes zu befürchten ist.

Zu überlegen wäre auch, eine gesetzliche Regelung vorzusehen, nach der der Betroffene oder sein gesetzlicher Vertreter das Recht haben, die Zuziehung der Öffentlichkeit zu beantragen. Dies könnte beispielsweise dann sinnvoll sein, wenn hinsichtlich der Bestellung eines Sachwalters Uneinigkeit herrscht oder der Betroffene spürt, dass Familienmitglieder die Bestellung nicht aus Sorge um sein Wohlergehen sondern nur, um sich selbst Unannehmlichkeiten zu ersparen, beantragen. In derartigen Fällen wäre es wünschenswert, dass Freunde und Bekannte des Betroffenen der Verhandlung beiwohnen und so eine gewisse Kontrolle ausüben können. Heikle Fälle werden auch von sehr aufmerksamen Richtern nicht immer durchschaut werden. Es wäre für dem Betroffenen „übelwollende“ Familienmitglieder jedoch weit unangenehmer vor Gericht erscheinen zu müssen, wenn das Bestellungsverfahren öffentlich wäre. Problematisch und leider nicht zu verhindern ist in derartigen Fällen jedoch immer, dass ein geistig nicht voll zurechenbarer und in vielen Fällen vielleicht psychisch labiler Betroffener von Personen, die an der Sachwalterbestellung oder an der Unterbringung in einer Krankenanstalt ein großes Interesse haben, leicht dahingehend beeinflusst werden kann, die Öffentlichkeit der Verhandlung nicht zu beantragen.

1.4 Zusammenfassung

Öffentlichkeit im Prozess soll im weitesten Sinne Kontrolle des Prozesses, Überprüfbarkeit der gerichtlichen Vorgänge und der richterlichen Maßnahmen und Entscheidungen bedeuten. Der Öffentlichkeitsgrundsatz war im

³¹³

Denkbar ist auch, dass nicht immer im Detail vorhersehbar sein wird, was in der Verhandlung zu erläutern ist. Vielen Richtern wird es zu mühsam sein, die Öffentlichkeit des Verfahrens anzuordnen wenn die Gefahr besteht, dass sich während der Verhandlung ergibt, dass doch Tatsachen zu besprechen sind, die einen Ausschluss der Öffentlichkeit fordern. Der Richter müsste dann die Öffentlichkeit wieder ausschließen.

19. Jahrhundert aufgrund der Kabinettsjustiz rein politisch von brisanter Bedeutung.³¹⁴ *Fasching* ist der Ansicht, dass die Öffentlichkeit im Zivilverfahren nie die Bedeutung erlangt habe, die ihr aus dogmatischen Gründen zugebilligt werde. In Wahrheit habe die Öffentlichkeit inhaltlich und in der Problematik einen wesentlichen Wandel erfahren. Ginge es früher um die Möglichkeit der Kontrolle des Gerichtsverfahrens, stelle sich heute die Öffentlichkeit zum Teil als eine Erschwerung des Verfahrens durch die Teilnahme der Massenmedien, als eine Beeinträchtigung der Prozessführung und nicht zuletzt auch als eine Gefährdung der Intimsphäre der Parteien dar.³¹⁵

Die Parteien haben auf der einen Seite ein Interesse daran, dass zumindest sensible Angaben, wie beispielsweise finanzielle und persönliche Verhältnisse, Krankheiten oder Familienverhältnisse und dergleichen, fremden oder bekannten Beobachtern, Zuschauern oder Journalisten nicht bekannt werden. Zum anderen wollen die Parteien jedoch auch eine gewisse Kontrolle des Verfahrensganges durch die Allgemeinheit und die Gewährleistung einer objektiven Rechtsprechung. An der Kontrollierbarkeit der Gerichte sind somit alle, auch die Parteien, interessiert, während die betroffene Prozesspartei nur auf den Ausschluss der Öffentlichkeit im eigenen Fall abzielt. Würde man die Geheimhaltungsinteressen der Prozesspartei also jeweils höher bewerten als das Öffentlichkeitsprinzip, würde man dieses Verfahrensprinzip außer Kraft setzen, weil es dann keine öffentlichen Prozesse mehr gebe.

Es stellt sich die Frage, ob die Einschränkungen des Öffentlichkeitsprinzipes den Ausnahmefällen, in denen im Hinblick auf die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung die Geheimhaltungsinteressen der Parteien überwiegen, genügend Rechnung tragen. Bedenklich ist jedenfalls die Tatsache, dass betreffend das streitige Verfahren die Überlegungen zahlreicher namhafter Autoren bisher nicht eingehend berücksichtigt wurden. Wie bereits erwähnt, hat *Simotta* bereits 1993 eine Novellierung der Regelungen über die Öffentlichkeit des Verfahrens gefordert um einen höheren Schutz des

³¹⁴ *Fasching*, Prozessprinzipien, 57.
³¹⁵ *Fasching*, Prozessprinzipien, 57.

Grundrechtes auf Datenschutz zu gewährleisten. Zu begrüßen ist jedoch jedenfalls die Neuregelung im Außerstreitverfahren, durch die ein erhöhter Geheimnisschutz der Parteien gesichert wird.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die zurzeit geltenden Bestimmungen über die Öffentlichkeit des Zivilprozesses nach wie vor – trotz einiger Reformen beispielsweise im Außerstreitverfahren - zu weitgehend sind, weil sie dem Persönlichkeits- und Geheimnisschutz der Parteien und Zeugen nicht genug Rechnung tragen.³¹⁶ Dies wurde bereits von *Jahoda* im Jahr 1981 festgestellt.³¹⁷

2 Die Akteneinsicht

2.1 Die Akteneinsicht im Zivilprozess

Mit der Zivilverfahrens-Novelle 2004 wurden durch Änderungen in der ZPO und im GOG die Bestimmungen über die Akteneinsicht iSd Datenschutzes präzisiert und den technischen Gegebenheiten angepasst. Wie bereits ausgeführt, wurden die aus dem Grundrecht auf Datenschutz erfließenden Rechte auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung ausdrücklich auch auf die Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit ausgedehnt. Zusätzlich wurde die Möglichkeit zur Feststellung von Datenschutzverletzungen bei datenschutzwidrigem Vorgehen eines Organs der Gerichtsbarkeit geschaffen.³¹⁸

³¹⁶ Bedenklich ist meiner Ansicht nach überdies, dass im Prozess zu Beginn einer Einvernahme, sei es einer Partei oder eines Zeugen, dessen komplette Daten laut verlesen werden. Auch hierin ist ein Verletzung des Grundrechtes auf Geheimhaltung zu sehen, die nicht mit überwiegenden Interessen der Parteien gerechtfertigt werden kann. Den Zuhörern, vielleicht den Freunden und Bekannten der Partei, gegen die der Zeuge aussagt, wird auf diese Weise unter anderem bekannt gegeben, wo der Zeuge wohnt, wie er heißt und wann er geboren wurde. Auch wenn die Partei, gegen die ausgesagt wird, diese Daten leicht durch Akteneinsicht eruieren könnte, wird durch die laute Verlesung unnötig der Geheimnisschutz des Zeugen verletzt. Diese Vorgehensweise könnte leicht geändert werden, indem man der zu vernehmenden Person beispielsweise ein Blatt Papier mit ihren Daten überreicht und sie ersucht, diese zu überprüfen. Eine laute Verlesung der Daten würde sich dadurch erübrigen.

³¹⁷ *Jahoda*, AnwBl 1981, 291.

³¹⁸ *Weiss/Knyrim*, *ecolex* 2006, 74.

2.1.1 Die Akteneinsicht der Parteien

Nach § 219 Abs 1 ZPO, der ebenfalls durch die Zivilverfahrensnovelle 2004 neu gefasst wurde, können die Parteien in sämtliche ihre Rechtssache betreffenden, bei Gericht befindlichen Akten, Einsicht nehmen.³¹⁹ Eine generelle Verweigerung der Akteneinsicht ist unzulässig und würde einen Verstoß gegen das durch Art 6 EMRK geschützte Grundrecht auf ein faires Verfahren bedeuten.³²⁰ Die Akteneinsicht der Parteien im Zivilprozess ist aus datenschutzrechtlicher Sicht völlig unbedenklich.³²¹ Der Regierungsvorlage zur Zivilprozessordnung ist dazu folgendes zu entnehmen: *„Die Parteien und alle sonst am Zivilverfahren beteiligten Personen haben als Ausfluss des Grundrechtes auf Geheimhaltung personenbezogener Daten einen Anspruch darauf, dass ihre Daten, die wie auch immer in das Verfahren eingeflossen sind, nicht oder nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß publik werden. § 219 sieht daher nur für die Parteien des Verfahrens ein uneingeschränktes Einsichtsrecht vor.“*³²²

Die Materialien zu § 219 ZPO führen Folgendes aus: *„Der Inhalt der bei Gericht befindlichen Prozessakten (...) muss den Parteien innerhalb der Grenzen des eigentlichen Verhandlungsstoffes unbeschränkt zugänglich sein. Was von einer der Parteien im Wege des mündlichen Vorbringens zum Inhalt der Prozessverhandlung gemacht und dadurch zur Kenntnis des anderen Teiles gebracht werden kann, zu dessen Kenntnis muss letzter auch im Wege der Akteneinsicht gelangen können, denn die Prozessakte des mündlichen Verfahrens sind (...) nichts Selbständiges, sie bestehen immer nur im Bezug auf eine Verhandlung; entweder bereiten sie eine mündliche Verhandlung vor oder sie sind deren Widerschein, die Beurkundung einer solchen. Daraus allein folgt schon, dass die Einsicht in die Prozessakten keine enger begrenzte*

³¹⁹ Spenling, Zivilverfahren und Datenschutz, 145.

³²⁰ Ehrlich/Graf, Akteneinsicht nach der ZPO, Zak 2008 Heft 17, 326.

³²¹ Für Deutschland ist auszuführen, dass die hM die Ansicht vertritt, dass das Akteneinsichtsrecht der Parteien ein Teil der Rechtspflege im engeren Sinn und Bestandteil des verfassungsrechtlich geschützten Rechts auf das rechtliche Gehör sei. Da das rechtliche Gehör einschränkungslos gewährleistet sei, komme eine Beschränkung der Akteneinsicht aufgrund datenschutzrechtlicher Erwägungen nicht in Betracht (vgl. Prütting in Rauscher/Wax/Wenzel (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, München 2008, § 299 Rn 31).

³²² Regierungsvorlage 613, 15.

sein kann.³²³

Sobald eine Partei somit etwas in der mündlichen Verhandlung oder in einem Schriftsatz vorbringt hat sie kein Recht mehr auf Geheimhaltung dieser Daten vor der Gegenpartei. Die von einer Partei vorgebrachten Daten sind für die Gegenpartei keine geheimen Daten mehr. Überdies ist zu berücksichtigen, dass die einsichtnehmende Partei ein berechtigtes Interesse gemäß § 1 Abs 2 DSG hat, weil die Einsicht der Durchsetzung oder Abwehr eines Rechtsanspruches dient.³²⁴

2.1.2 Die Akteneinsicht Dritter

Das Akteneinsichtsrecht Dritter ist von dem Spannungsverhältnis zwischen den Einsichtsinteressen Dritter und den Geheimhaltungsinteressen der Prozessbeteiligten geprägt. Der Grundsatz der Gerichtsöffentlichkeit hat zur Folge, dass die an einem Verfahren beteiligten Personen ein aktuelles Interesse der Öffentlichkeit hinnehmen müssen. Es wäre allerdings datenschutzrechtlich bedenklich, würden Verfahrensbeteiligte dadurch bloßgestellt, dass private Dinge durch Akteneinsicht unbeteiligter Dritter bekannt werden. § 219 Abs 2 ZPO wurde durch die Zivilverfahrensnovelle 2004 insofern präzisiert, als dritte Personen³²⁵ mit Zustimmung beider Parteien Einsicht nehmen können, soweit dem nicht überwiegend berechtigte Interessen³²⁶ eines anderen oder überwiegende öffentliche Interessen iSd § 26 Abs 2 1. Satz DSG 2000³²⁷ entgegenstehen.³²⁸

³²³ Materialien I, 277.

³²⁴ Simotta, ÖJZ 1993, 793.

³²⁵ Der Nebenintervenient ist zwar keine Prozesspartei, er kann aber auch nicht mit einem unbeteiligten Dritten verglichen werden. Zur Wahrung der gesetzlichen Rechte des Nebenintervenienten ist volle Information im Prozess unbedingte Voraussetzung. Aus der prozessualen Stellung des Nebenintervenienten resultiert somit das Recht auf Akteneinsicht, das Ausdruck des rechtlichen Gehörs und somit Bedingung für ein faires Verfahren nach Art 6 EMRK ist. Da sich das Einsichtsrecht des Nebenintervenienten aus dessen prozessualer Stellung ergibt, ist eine gesonderte Prüfung des rechtlichen Interesses anders als beim Dritten nicht nötig (Ehrlich/Graf, Zak 2008 Heft 17, 329).

³²⁶ Auch in Deutschland wird die Ansicht vertreten, dass im Einzelfall die Datenschutzrechte der Parteien mit dem Informationsbedürfnis des Dritten abzuwägen sind (vgl. Prütting, Münchener Kommentar zur ZPO, § 299 Rn 32).

³²⁷ § 26 Abs 2 Satz DSG 2000 lautet: „Die Auskunft ist nicht zu erteilen, soweit dies zum Schutz des Auskunftswerbers aus besonderen Gründen notwendig ist oder soweit überwiegende

§ 219 Abs 2 ZPO unterscheidet zwischen zwei Fällen: (i) Beide Parteien stimmen der Akteneinsicht durch Dritte zu und (ii) die Parteien stimmen der Akteneinsicht durch Dritte nicht zu.³²⁹

a) Zustimmung beider Parteien zur Akteneinsicht Dritter

Bei Zustimmung beider (aller) Parteien steht auch Dritten grundsätzlich das Recht auf Akteneinsicht zu (§ 219 Abs 2 Satz 1 ZPO). Dieses Recht bezieht sich auch auf personenbezogene Daten der Verfahrensparteien. Haben daher an den aus dem Akt hervorgehenden Daten nur die Verfahrensparteien ein Recht auf Geheimhaltung, ist die Akteneinsicht Dritter aus datenschutzrechtlicher Sicht unbedenklich, weil ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse iSd § 1 DSGVO bei Zustimmung der Prozessparteien zu verneinen ist.³³⁰ Die Parteien haben mit ihrer Zustimmung auf ihr Recht auf Geheimhaltung der Daten verzichtet.

Problematisch iSd Datenschutzes ist die Akteneinsicht Dritter trotz Zustimmung der Parteien jedoch dann, wenn außer den Prozessparteien auch noch einem Dritten ein Recht auf Geheimhaltung der im Akt befindlichen Daten zukommt, weil eine Partei zB eine Urkunde vorlegen musste, obwohl dadurch das Geschäftsgeheimnis eines Dritten verletzt wurde. Nach der ursprünglichen Konzeption der ZPO konnte bei Zustimmung der Parteien

berechtigte Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten, insbesondere auch überwiegende öffentliche Interessen, der Auskunftserteilung entgegenstehen. Überwiegende öffentliche Interessen können sich hiebei aus der Notwendigkeit 1. des Schutzes der verfassungsmäßigen Einrichtungen der Republik Österreich oder 2. der Sicherung der Einsatzbereitschaft des Bundesheeres oder 3. der Sicherung der Interessen der umfassenden Landesverteidigung oder 4. des Schutzes wichtiger außenpolitischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Interessen der Republik Österreich oder der Europäischen Union oder 5. der Vorbeugung, Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten ergeben. Die Zulässigkeit der Auskunftsverweigerung aus den Gründen der Z 1 bis 5 unterliegt der Kontrolle durch die Datenschutzkommission nach § 30 Abs. 3 und dem besonderen Beschwerdeverfahren vor der Datenschutzkommission gemäß § 31 Abs. 4.“

³²⁸

³²⁹

Weiss/Knyrim, eolex 2006, 74.

Ergänzend ist noch anzufügen, dass der neue § 219 Abs 4 ZPO es künftig ermöglicht, zum Zweck der nicht personenbezogenen Auswertung für die Statistik, für wissenschaftliche Arbeiten oder für vergleichbare, im öffentlichen Interesse liegenden Untersuchungen Akteneinsicht zu nehmen, Abschriften herzustellen oder Daten aus Akten zu verarbeiten, wobei dies das BMJ oder die Vorsteher der Gerichte auf Ersuchen des Leiters einer anerkannten wissenschaftlichen Einrichtung bewilligen können. Die so erlangten Daten dürfen nicht für andere Zwecke verwendet werden.

³³⁰

Peer, Die Akteneinsicht, ÖJZ 2008/96, 915.

jedermann Einsicht in den Akt nehmen, auch wenn dadurch das Grundrecht auf Datenschutz eines Dritten verletzt wurde. Die Berücksichtigung der Tatsache, dass sich in Prozessakten auch Daten Dritter befinden können, sollte daher im Zuge einer Novellierung der ZPO in den Gesetzestext Eingang finden.³³¹ Daher wurde § 219 ZPO dahingehend umformuliert, dass Dritte bei Zustimmung beider Parteien dann Einsicht nehmen können, wenn dem nicht überwiegend berechtigte Interessen eines anderen gegenüberstehen. Somit sind bei der Entscheidung über die Akteneinsicht Dritter nun auch deren Geheimhaltungsinteressen zu berücksichtigen.³³²

Meines Erachtens wäre allerdings denkbar und vom datenschutzrechtlichen Standpunkt aus noch sicherer eine gesetzliche Regelung gewesen, wonach eine Einsichtnahme in Aktenstücke, an denen auch Dritte ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse haben, nur dann zulässig ist, wenn auch derjenige, dem das Recht auf Geheimhaltung zusteht, dieser zustimmt. Überdies könnte normiert werden, dass, besteht ein Geheimhaltungsinteresse eines Dritten und ist eine Akteneinsicht aus diesem Grund an sich nicht möglich, der die Akteneinsicht Begehrende ein rechtliches Interesse bescheinigen muss um Akteneinsicht zu erhalten. Überdies wäre noch abzuwägen, ob die Akteneinsicht zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet und erforderlich ist und ob der Eingriff in die Geheimsphäre nicht unverhältnismäßig schwer wiegt.³³³

b) Keine Zustimmung der Parteien zur Akteneinsicht Dritter

Stimmen die Parteien der Akteneinsicht eines Dritten nicht zu, kann dieser gemäß § 219 Abs 2 letzter Satz ZPO dennoch Akteneinsicht erlangen, wenn er ein rechtliches Interesse an derselben glaubhaft macht.³³⁴ Damit müssen sich die Gerichte nun mit dem Kernproblem des Datenschutzrechtes

³³¹ Regierungsvorlage 613, 15.

³³² Regierungsvorlage 613, 15.

³³³ *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

³³⁴ Die Rechtsprechung geht mitunter von einer weiten Sichtweise aus. Es soll beispielsweise ausreichen, wenn sich die Kenntnis des Akteninhaltes auf die Verhältnisse des Dritten günstig auswirkt oder ihm möglich macht, die Beweislage für ihn günstiger zu gestalten. Diese weite Sicht wird in der Lehre teilweise abgelehnt, weil betont wird, dass das Recht der Parteien auf Datenschutz im Zweifel dem Recht Dritter auf Akteneinsicht vorgehe (*Ehrlich/Graf*, Zak 2008 Heft 17, 326).

befassen, nämlich der schwierigen Abwägung der Interessen der Parteien und allfälliger Dritter, deren Daten sich im Akt befinden sowie der öffentlichen Interessen mit jenen des Einsicht Suchenden. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Akteneinsicht des Dritten unbedingt nötig ist, oder ob sie einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Privatsphäre bedeutet.³³⁵ Entgegen dem ursprünglichen Wortlaut des Gesetzes obliegt die Entscheidung über das Begehren auf Akteneinsicht des Dritten nunmehr dem zuständigen Richter.³³⁶ Das rechtliche Interesse muss nicht an der in den Prozessakten behandelten Sache bestehen. Der Begriff des rechtlichen Interesses wird vom Gesetz auch für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Nebenintervention (§ 17 Abs 1 ZPO) und einer Feststellungsklage (§ 228 ZPO) verwendet und ist bei Anwendung des § 219 Abs 2 ZPO sinngemäß zu verstehen. Dieser verlangt jedoch nur die Glaubhaftmachung eines rechtlichen Interesses, sodass angenommen werden kann, das Gesetz verlange einen etwas weniger strengen Maßstab, jedenfalls aber kein umfangreiches Prüfungsverfahren.³³⁷

Seit Inkrafttreten des § 1 Abs 2 DSGVO 2000 ist überdies zu prüfen, ob ein berechtigtes Interesse des Dritten vorliegt. In den meisten Fällen werden sich die Begriffe „rechtliches Interesse“ und „berechtigtes Interesse“ decken. Dennoch könnte man meines Erachtens argumentieren, dass der Begriff des „berechtigten Interesses“ weiter ist als der des „rechtlichen Interesses“, weil ein „rechtliches Interesse“ immer automatisch ein „berechtigtes Interesse“

³³⁵

Weiss/Knyrim, eolex, 2006,74; vgl auch Graf, Datenschutzrecht, 42 ff.

³³⁶

Ursprünglich war die Einsichtnahme in Akten bei fehlender Zustimmung durch Dritte vom Vorsteher des Gerichtes zu gestatten. Diese Regelung wurde vom Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig aufgehoben. Der VfGH hat in seiner Entscheidung vom 13.10.1993, G248/91, V190/91, ausgesprochen, dass es als sachfremd erscheine, zu dieser Klärung und Abwägung ein mit dem Verfahren (jedenfalls noch) nicht vertrautes Organ zu berufen. Eine solche Regelung sei sachlich nicht begründbar und widerspreche somit dem dem Gleichheitsgebot immanenten Sachlichkeitsgebot. Der VfGH hat diese Argumentation in seiner Entscheidung vom 12.12.2002, G194/02, V45/02, aufgegriffen: „*Bedenkt man überdies, dass jeder Einsichtgewährung eine Abwägung des Grundrechts auf Datenschutz der Betroffenen einerseits und des in § 219 Abs 2 ZPO (im Einklang mit Art 6 EMRK und § 8 Abs 3 Z 5 DSGVO) gewährten Rechts auf Verwendung der Daten zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen vor einer Behörde andererseits, vorausgehen muss, so kann dies nur geschehen, wenn dem Entscheidungsorgan auch die Wichtigkeit der Daten für den Betroffenen und die vom Einsichtswerber beabsichtigte Rechtsdurchsetzung oder Verteidigung erkennbar ist, was eine genaue Kenntnis des Akteninhalts (insbesondere auch des Umfelds der betroffenen Daten, das für deren Aussagewert maßgeblich ist) erfordert (vgl in diesem Sinne auch OGH 28.6.2000, 6 Ob 148/00h). Die Entscheidung über das Vorliegen eines überwiegenden, die Akteneinsicht rechtfertigenden, rechtlichen Interesses ist daher typischerweise Sache der Rechtsprechung.*“

³³⁷

Fasching, Kommentar, Band II 2. Teilband, 1273.

darstellt. Die Akteneinsicht wird beispielsweise dann zu gewähren sein, wenn die Kenntnis der Akten zur Durchsetzung oder Abwehr eines Rechtsanspruches erforderlich ist. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Akteneinsicht des Dritten unbedingt nötig ist oder ob sie einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Privatsphäre darstellt.³³⁸ Nach *Fasching* ist das Gesetz so zu verstehen, dass die Parteien zu befragen sind, ob sie der Akteneinsicht des Dritten zustimmen und verneinendenfalls, warum sie nicht zustimmen. Je nach Bedeutung der Verweigerungsgründe wird das rechtliche Interesse des Dritten zu werten und gegen das Interesse der widersprechenden Partei abzuwägen sein.³³⁹

Die gegen den Willen der Partei zu gewährende Akteneinsicht Dritter ist nur in sehr restriktivem Umfang zuzulassen. Den Dritten wird nicht in den ganzen Akt, sondern nur in die konkret bezeichneten Aktenstücke Einsicht zu gewähren sein, an denen sie ein berechtigtes Interesse glaubhaft machen können.³⁴⁰ *Simotta* vertritt die Ansicht, dass die Akteneinsicht Dritter bei einem Verfahren, das unter Ausschluss der Öffentlichkeit geführt wird, besonders restriktiv gehandhabt werden sollte. Da der Ausschluss der Öffentlichkeit in den meisten Fällen aus Gründen der Geheimhaltung erfolgt, würde dieser viel an seinem Wert verlieren, wenn Dritte durch die Akteneinsicht gerade jene Tatsachen erfahren könnten, um deren Geheimhaltung Willen die Öffentlichkeit von der Teilnahme an der Verhandlung ausgeschlossen wurde.³⁴¹

In dem oben zitierten Auszug aus den Materialien zur ZPO wird deutlich auf den Zusammenhang zwischen der Möglichkeit, vom Inhalt einer Verhandlung Kenntnis zu erlangen, und der Akteneinsicht hingewiesen. *Simotta* schließt daraus, dass einer Person nur insoweit Akteneinsicht zusteht, als sie an der öffentlichen Verhandlung teilnehmen hätte können. Dies würde bedeuten, dass Dritte bei Ausschluss der Öffentlichkeit generell kein Recht auf Akteneinsicht hätten. Dennoch sollte nach *Simotta* die Akteneinsicht Dritter

³³⁸ Regierungsvorlage 613, 15.

³³⁹ *Fasching*, Kommentar, Band II 2. Teilband, 1273.

³⁴⁰ *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

³⁴¹ *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

nur dann ausgeschlossen werden, wenn den Parteien und den in der nichtöffentlichen Verhandlung Anwesenden die Pflicht zur Geheimhaltung aufgetragen wurde.³⁴²

2.2 Die Akteneinsicht im Exekutionsverfahren

2.2.1 Die Akteneinsicht der Parteien und sonstiger Beteiligter

§ 73 Satz 1 EO bestimmt, dass die Parteien Einsicht in die das Exekutionsverfahren betreffenden Akten nehmen können und auf eigene Kosten von einzelnen Aktenstücken Abschriften verlangen können.³⁴³ Den Parteien steht das Recht auf Akteneinsicht uneingeschränkt, also unabhängig von einer gerichtlichen Erlaubnis und unabhängig davon zu, ob ihnen im Einzelfall ein besonderes rechtliches Interesse zuzubilligen ist.³⁴⁴

a) Die Akteneinsicht des Verpflichteten vor Vollzug einer Fahrnisexekution

Wie bereits unter Punkt 2.1.1 ausgeführt, stellt die Akteneinsicht der Prozessparteien im Zivilprozess kein Problem dar. Demgegenüber kann es bei der Frage, ob dem Verpflichteten vor Vollzug einer Fahrnisexekution Akteneinsicht zu gewähren ist, zu Problemen kommen. In einem solchen Fall ist das Recht des Verpflichteten auf Akteneinsicht zu verneinen.³⁴⁵ Diese Schlussfolgerung wird aus § 249 Abs 3 EO³⁴⁶ abgeleitet, wonach der Beschluss, durch welchen die Pfändung bewilligt wurde, dem Verpflichteten im ordentlichen Bewilligungsverfahren³⁴⁷ erst bei Vornahme der Pfändung zuzustellen ist.³⁴⁸ Der Verpflichtete hat erst mit Zustellung der

³⁴² *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

³⁴³ *Mini*, Exekutionsverfahren, Einführung in das österreichische Exekutionsverfahren nach der EO-Novelle 2008, Wien 2008, 171.

³⁴⁴ *Angst*, Kommentar zur Exekutionsordnung, Wien 2008, 581.

³⁴⁵ *Wisleitner*, Die Akteneinsicht des Verpflichteten bei der Fahrnisexekution vor Beginn des Vollzuges, RZ 1991, 274.

³⁴⁶ Früher § 253 Abs 4 EO.

³⁴⁷ Anders im vereinfachten Verfahren, in dem die Exekutionsbewilligung dem Verpflichteten bereits vor dem Vollzug per Post zuzustellen ist. Nach § 249 Abs 3 EO dürfen nämlich im vereinfachten Verfahren Vollzugshandlungen frühestens 14 Tage nach Zustellung der Bewilligung der Exekution an den Verpflichteten vorgenommen werden (vgl *Mohr* in *Angst*, Exekutionsordnung Kommentar, Wien 2003, § 249 Rz 53).

³⁴⁸ *Angst*, Kommentar, 581. Überdies sind von der Akteneinsicht auch Aktenbestandteile, die nicht der Parteiöffentlichkeit unterliegen, wie zB Beratungsprotokolle, ausgenommen. Auch

Exekutionsbewilligung Parteistellung und daher ein Recht auf Akteneinsicht.³⁴⁹ Der Verpflichtete könnte in diesem Fall daher nur als Dritter gemäß § 72 Satz 2 EO Akteneinsicht erlangen, wenn er ein rechtliches Interesse glaubhaft macht.

Sinn und Zweck der Regelung des § 249 Abs 3 EO ist es, eine Verständigung des Verpflichteten vom anhängigen Vollzugsverfahren vor Beginn des Vollzuges zu verhindern, um zu vermeiden, dass dieser Verfügungen trifft um die Exekution zu vereiteln.³⁵⁰ Der Verpflichtete soll vom Verfahren überrascht werden. Das Ziel, den Verpflichteten von dem laufenden Exekutionsverfahren nicht in Kenntnis zu setzen, stellt nach *Wisleitner* eine Schutzvorschrift für den betreibenden Gläubiger dar.³⁵¹ Meiner Ansicht nach wird das Ziel, den Schuldner tatsächlich zu überraschen, in den wenigsten Fällen gelingen, weil dieser normalerweise von seinem Gläubiger vor dem Verfahren über die ausstehende Forderung in Kenntnis gesetzt wird und überdies im Titelverfahren gehört wird. Weigert sich der Schuldner beharrlich zu zahlen, wird ein gegen ihn erwirkter Exekutionstitel ihn nicht sonderlich überraschen.

Dem Verpflichteten kommt zur Rechtfertigung seines Anspruchs auf Akteneinsicht weder ein rechtliches Interesse iSd § 73 EO noch ein berechtigtes Interesse iSd § 1 Abs 2 DSG 2000 zu. Eine Akteneinsicht des Verpflichteten könnte vielmehr dazu führen, dass dieser sich rechtswidrig verhält. Dies soll aber gerade durch die in § 249 Abs 3 EO getroffene Bestimmung verhindert werden. *Simotta* hat dazu ausgeführt, dass auch § 1 Abs 2 DSG 2000 dagegen spreche, dem Verpflichteten, selbst bei dessen Kenntnis von der Anhängigkeit des Exekutionsverfahrens, Akteneinsicht zu gewähren, weil der vertraulichen Behandlung personenbezogener Daten nach dieser Bestimmung der Vorrang zu geben sei.³⁵²

Wisleitner ist der Ansicht, dass im Verhältnis zwischen den § 73 EO,

Aktenstücke, die Daten Verfahrensfremder enthalten, die dem Datenschutz unterliegen, sind von der Akteneinsicht auszunehmen.

³⁴⁹ *Wisleitner*, RZ 1991, 274.

³⁵⁰ *Mohr in Angst*, Kommentar, § 249 Rz 49 ff, Rz 54 und Rz 4; *Wisleitner*, RZ 1991, 273; vgl auch LG ZRS Wien, 28.12.1982, 46 R 807/82.

³⁵¹ Vgl auch LGZ Wien vom 20.6.1967, RPfISlGE 1968/32.

³⁵² *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

§ 219 ZPO iVm § 78 EO und § 249 Abs 3 EO ein Widerspruch zu sehen sei.³⁵³ § 73 EO und § 219 ZPO iVm § 78 EO räumen dem Verpflichteten als Partei ein Recht auf Akteneinsicht ein. Dieses Recht entstehe mit Beginn der Parteistellung, welche wiederum mit dem Exekutionsantrag des betreibenden Gläubigers begründet werde.³⁵⁴ Aus den generellen Bestimmungen, die für das gesamte Exekutionsverfahren gelten, lasse sich jedenfalls keine Einschränkung ableiten. Diesem allgemeinen Recht auf Akteneinsicht stehe nun § 249 Abs 3 EO gegenüber. Diese Norm gehöre dem zweiten Abschnitt der Exekutionsordnung an, der die einzelnen Arten der Exekution wegen Geldforderungen regle, während die Bestimmung über die Akteneinsicht im ersten Abschnitt der Exekutionsordnung, der die allgemeinen Bestimmungen enthält, zu finden ist. Hinsichtlich des Ablaufes eines gesetzlich vorgesehenen Verfahrens sei der Argumentation der Rechtsprechung zu folgen (siehe FN 352). Es gebe jedoch außerhalb jedes Verfahrens Umstände, die in keinen Verfahrensvorschriften vorgesehen seien, die aber dennoch unmittelbar auf das Verfahren Einfluss haben könnten, ohne rechtswidrig zu sein. Der Gesetzgeber selbst habe so einen Fall berücksichtigt, indem er auch den Beteiligten Akteneinsicht gewähre. Diesen werde jedoch die Exekutionsbewilligung nicht zugestellt, sie erhalten in der Regel „auf sonstige Weise“ Kenntnis vom laufenden Verfahren. Das bedeute, dass Ereignisse, die in den Verfahrensvorschriften nicht vorgesehen seien, nicht so beurteilt werden könnten, als seien sie nicht geschehen. Abweichend von der

³⁵³

Aa die Rechtsprechung: Das LG ZRS hat dazu ausgeführt, dass dieser Widerspruch nur ein scheinbarer sei. Ginge man nämlich von einem gesetzmäßigen Verfahren aus, habe die Verpflichtete Partei vor Zustellung der Exekutionsbewilligung vom bezüglichen Verfahren gar keine Kenntnis und damit weder Anlass noch Möglichkeit Akteneinsicht zu begehren. Ein Fall wie der vorliegende (im konkreten Fall hatte die Rekurswerberin vorgebracht, der angefochtene Beschluss verletze das ihr gemäß § 73 EO zustehende Recht auf jederzeitige Akteneinsicht) könne sohin rechtens regelmäßig gar nicht eintreten und habe demgemäß auch keine gesetzliche Regelung erfahren. Die Absicht des Gesetzgebers dürfe allerdings nur im Sinne einer inneren Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung verstanden werden, wobei überdies zu unterstellen sei, dass der Gesetzgeber weder unverbindliche noch unanwendbare Bestimmungen schaffen wolle. Eine diesen Grundsätzen und damit dem § 6 ABGB entsprechende Auslegung der Bestimmung des § 73 EO und des § 253 Abs 4 (Anm.: nunmehr § 249 Abs 3) EO müsse dazu führen, dass das generelle Recht auf Akteneinsicht insoweit eine Einschränkung erfahre, als dies zur Erreichung der in § 253 Abs 4 EO dokumentierten Zielsetzung notwendig sei. Es sei zu bedenken, dass vom Gesetzgeber eine solche Einschränkung verfügt worden wäre, hätte er die Möglichkeit des Eintrittes eines dem vorliegenden entsprechenden Sachverhaltes bedacht (vgl. LG ZRS Wien 28.12.1982, 46 R 807/82, WR 1984 Rechtsprechungsbeilage, E 68).

³⁵⁴

Simotta wendet gegen die Ausführungen *Wisleitners* ein, dass dieser völlig übersehen habe, dass der Verpflichtete vor Zustellung der Exekutionsantrages keine Parteistellung genieße.

Rechtsansicht der Rechtsprechung sei daher davon auszugehen, dass die Kenntnis des Verpflichteten vom Verfahren vor Zustellung der Exekutionsbewilligung durchaus rechtens sein könne und dass es daher grundsätzlich möglich sei, dass die Bestimmungen über die Akteneinsicht einerseits und über die Zustellung der Exekutionsbewilligung bei der Fahrnisexekution andererseits zueinander im Widerspruch stehen.³⁵⁵

Wisleitner führt überdies aus, dass dem Verpflichteten deshalb Akteneinsicht gewährt werden müsse, damit er die Möglichkeit habe, Oppositions- oder Impugnationsgründe geltend zu machen, um durch Zahlung die drohende Exekution abzuwenden. Die Verweigerung der Akteneinsicht könne Nachteile für den betreibenden Gläubiger bringen. Könne der Schuldner Oppositions- oder Impugnationsklage geltend machen und werde der Titel oder die Vollstreckbarkeitsbestätigung aus diesem Grund aufgehoben, habe der betreibende Gläubiger keinen Anspruch auf Ersatz seiner bis dahin angefallenen Kosten (§ 75 EO). Es wäre für den Gläubiger daher von Vorteil, wenn der Verpflichtete möglichst frühzeitig vom Exekutionsverfahren Kenntnis erlange um die Einstellung desselben erwirken zu können. Überdies wäre der Verpflichtete durch die Verweigerung der Akteneinsicht schlechter gestellt als ein Beteiligter.³⁵⁶

Simotta hält diesen Argumenten Folgendes entgegen: Zum einen könne eine (mögliche) Geltendmachung von Oppositions- und Impugnationsgründen vor Pfändung der Fahrnisse zu einem erheblichen Nachteil für den betreibenden Gläubiger führen.³⁵⁷ § 42 Abs 1 Z 3 und Z 5 EO bestimmt, dass der Verpflichtete in dem Moment, in dem er Oppositions- oder Impugnationsgründe geltend macht, die Aufschiebung der Exekution begehren kann.³⁵⁸ Die Aufschiebung der Exekution kann dazu führen, dass es zur Pfändung der Fahrnisse überhaupt nicht mehr kommt. Es tritt keine Verstrickung ein, der Verpflichtete kann nach wie vor über die Fahrnisse bzw.

³⁵⁵ *Wisleitner*, RZ 1991, 274 f.

³⁵⁶ *Wisleitner*, RZ 1991, 275.

³⁵⁷ *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

³⁵⁸ *Jakusch in Angst*, Kommentar, § 42 Rz 44.

die Forderung verfügen,³⁵⁹ überdies kann ein anderer Gläubiger während der Aufschiebung der Exekution auf das Exekutionsobjekt greifen.³⁶⁰ Auch die Tatsache, dass der Verpflichtete, wenn er seinen Oppositionsgrund- oder Impugnationsgrund nicht durch unbedenkliche Urkunden dartun kann, eine Sicherheitsleistung erlegen muss,³⁶¹ ändert nichts daran, dass sich die Rechtsstellung des betreibenden Gläubigers durch die vorzeitige Geltendmachung der Oppositions- und Impugnationsgründe verschlechtert hat. Die Sicherheitsleistung wäre nämlich auch dann zu erlegen gewesen, wenn die Aufschiebung der Exekution erst nach der Pfändung der Fahrnisforderung erfolgt wäre.³⁶² *Simotta* ist der Ansicht, dass die Kostenersparnis des betreibenden Gläubigers für den Fall, dass es wegen Vorliegen eines Oppositions- oder Impugnationsgrundes zu einer Einstellung der Exekution kommt, gegenüber der Gefahr, dass es unbegründeterweise nicht mehr zur Pfändung der Fahrnisse kommt, nicht ins Gewicht fällt. Überdies würden in der Praxis die Fälle überwiegen, in denen die Geltendmachung eines Oppositions- oder Impugnationsgrundes nicht zum Erfolg führe.³⁶³

Das Argument, die Verweigerung der Akteneinsicht würde den Verpflichteten daran hindern, die drohende Exekution durch Zahlung abzuwenden ist meiner Ansicht nach dadurch zu entkräften, dass der Verpflichtete auch ohne die Möglichkeit einer Akteneinsicht zahlen kann. Normalerweise wird ein Verpflichteter vor Einleitung einer Exekution mehrere Male zur Zahlung aufgefordert. Der Gläubiger wird ihm in den meisten Fällen eine Aufstellung der offenen Forderungen übermitteln. Ist der Verpflichtete nicht zahlungswillig und kann er der Forderung des Gläubigers nichts entgegenhalten wird der Gläubiger erst nach vorheriger Ankündigung vor Gericht gehen um einen Exekutionstitel zu erwirken. Hat der Verpflichtete bis dahin und auch während des Titelverfahrens nicht eingewendet, dass die Forderung des Gläubigers, aus welchen Gründen auch immer, nicht zu Recht besteht, ist anzunehmen,

³⁵⁹ *Jakusch* in *Angst*, Kommentar, § 44 Rz 14.

³⁶⁰ *Jakusch* in *Angst*, Kommentar, § 42 Rz 1 ff; *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

³⁶¹ Vgl § 44 Abs 2 Z 1 EO.

³⁶² *Simotta*, ÖJZ 1993,793.

³⁶³ *Simotta*, ÖJZ 1993,793.

dass der Gläubiger eine rechtmäßige Forderung hat und der Verpflichtete nicht zahlungswillig ist. Sollte der Verpflichtete überraschenderweise seine Meinung ändern und die Schuld begleichen wollen, so hindert ihn nichts daran, sich mit seinem Gläubiger in Verbindung zu setzen um diesem seine Zahlungsbereitschaft mitzuteilen.

Es ist *Simotta* grundsätzlich beizupflichten, die die Ansicht vertritt, dass der Verpflichtete, wenn er bis zum Eintritt der Vollstreckbarkeit des Exekutionstitels nicht gezahlt hat, nicht schutzwürdig ist.³⁶⁴ Wenn ein Schuldner zahlen möchte wird sich in den meisten Fällen, auch wenn er seine Schuld nicht sofort begleichen kann, ein Zahlungsmodus, dem Schuldner und Gläubiger zustimmen, finden lassen. Gläubiger sind in den überwiegenden Fällen keine „Unmenschen“ und werden Ratenzahlungen normalerweise zustimmen. Ist der Gläubiger eine Bank, wird dem Verpflichteten oft eine großzügige Abschlagszahlung gewährt. Der Verpflichtete hat bis zur Rechtskraft des Exekutionstitels ausreichend Zeit um sich mit dem Gläubiger zu einigen. Fehlt jeder Versuch einer gütlichen Einigung von Seiten des Schuldners ist dieser ab einem gewissen Zeitpunkt nicht mehr schutzwürdig. Natürlich ist nicht zu verhindern, dass es immer Einzelfälle geben kann, in denen Schuldner durch dieses Verbot der Akteneinsicht in ungerechtfertigter Weise benachteiligt werden. Dies lässt sich jedoch leider nicht verhindern.

Ähnliches lässt sich auch dem Argument *Wisleitners*, es käme bei Verweigerung der Akteneinsicht zu einer Schlechterstellung des Verpflichteten gegenüber den Beteiligten, entgegenhalten. Der Verpflichtete wird aus den oben erläuterten Gründen die Höhe seiner Verpflichtung kennen und wird überdies im Titelverfahren gehört. Er hat jederzeit die Möglichkeit, die Exekution durch Begleichen seiner Schuld oder durch Vereinbarung einer Zahlungsmodalität zu beenden oder zumindest aufzuschieben. Demgegenüber wird der sonstige Beteiligte im Titelverfahren nicht gehört und kann sich erst wenn er die erforderlichen Informationen durch eine Akteneinsicht erhalten hat am Exekutionsverfahren beteiligen oder dieses abwehren.

³⁶⁴ *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

Wisleitner argumentiert überdies, dass der Verpflichtete durch die vorzeitige Akteneinsicht keinen Informationsvorsprung für die Exekutionsvereitelung erhalte. Der spätmöglichste Zeitpunkt für Vereitelungshandlungen wäre gekommen, sobald der Verpflichtete Kenntnis von der Anhängigkeit eines gegen ihn gerichteten Exekutionsverfahrens erlangt habe und die Absicht habe, die Exekution zu vereiteln, wofür er kaum weitere, das Verfahren betreffende, Informationen benötigen werde. Der Verpflichtete werde aus der Kenntnis der Exekutionsart nur in einzelnen Fällen, aus der Information über die Höhe der betriebenen Forderung dagegen niemals, etwas für die Vereitelungshandlungen gewinnen können.³⁶⁵

Das LGZ Wien hat dazu ausgeführt, dass rein abstrakt nicht ausgeschlossen werden könne, dass - wenn dem Verpflichteten die Exekutionsart und die betriebene Forderung unbekannt ist, auch wenn der Verpflichtete von der Anhängigkeit eines gegen ihn gerichteten Exekutionsverfahrens Kenntnis habe - die verpflichtete Partei durch eine weitergehende Informationsaufnahme (dh durch die Akteneinsicht) zu einem Verhalten veranlasst werden könnte, das sich für den betreibenden Gläubiger nachteilig auswirke.³⁶⁶ Das Gericht ist somit der Ansicht, dass es dem Schuldner sehr wohl von Vorteil sein könne, wenn er die Art der betriebenen Forderung kenne. Was die Art der Exekution betrifft behauptet *Wisleitner*, dass ein Schuldner aus der Tatsache, dass ihm die Akteneinsicht verwehrt wird, schließen könne, um welche Exekutionsart es sich handle, weil das Gesetz nur für die Fahrnisexekution normiere, dass die Exekutionsbewilligung zu einem späteren Zeitpunkt zuzustellen sei. Folgt man dieser Ansicht würde dies jedoch bedeuten, dass Schuldner in der Regel das geltende Exekutionsrecht sehr gut kennen oder sich von einem Anwalt vertreten lassen. Meines Erachtens trifft normalerweise jedoch weder das Eine noch das Andere zu.

b) Die Akteneinsicht sonstiger Beteiligter

Vom datenschutzrechtlichen Standpunkt aus nicht bedenklich ist laut *Simotta*

³⁶⁵ *Wisleitner*, RZ 1991, 275.

³⁶⁶ LGZ Wien, 23.12.1982, 46 R 807/82, RPFISlgE 1983/98 = WR 1984, Rechtsprechungsbeilage E. 68.

die Akteneinsicht sonstiger Beteiligter. Da die Rechtsstellung der sonstigen Beteiligten auf irgendeine Weise durch das Vollstreckungsverfahren beeinflusst werde³⁶⁷ hätten diese ein berechtigtes Interesse iSd § 1 DSG 2000 an der Information. Da Beteiligte ihren Vollstreckungsteilnahme- bzw. Vollstreckungsabwehrungsanspruch ohne Akteneinsicht nicht ausüben könnten, müsse eine Interessenabwägung zu ihren Gunsten ausgehen, weil sie sonst in ihrem rechtlichen Gehör beschnitten wären. Überdies normiere § 32 EO, dass alle an einer Exekutionshandlung Beteiligten bei deren Vornahme anwesend sein könnten. Aus diesem Grund seien die in den Protokollen über die jeweiligen Exekutionshandlungen enthaltenen Daten für sonstige Beteiligte nicht als geheime Daten zu qualifizieren.³⁶⁸

2.2.2 Die Akteneinsicht Dritter

Gemäß § 73 Satz 2 EO können Dritte, wenn sie ein rechtliches Interesse glaubhaft machen, Einsicht in die das Exekutionsverfahren betreffenden Akten nehmen. Im Gegensatz zum Zivilprozess ist Akteneinsicht nur dann möglich, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird. Auf die Zustimmung der Parteien wird hier nicht abgestellt (zum Zivilverfahren siehe oben unter Punkt 2.1.2). Der Grund dafür liegt darin, dass auf Grund des materiellen Parteibegriffes nicht immer klar wäre, wer außer dem betreibenden Gläubiger und dem Verpflichteten der Akteneinsicht zustimmen müsste. Überdies haben im Exekutionsverfahren Dritte in viel größerem Ausmaß als im Zivilprozess ein Interesse an der Geheimhaltung.³⁶⁹ Im Übrigen kann hier auf die Ausführungen zum Zivilprozess verwiesen werden.

2.2.3 Elektronische Einsicht in die Geschäftsbehelfe des Exekutionsverfahrens

Nach der ursprünglichen Bestimmung des § 73 a Abs 1 EO (alt)³⁷⁰ hatte der Bundesminister für Justiz - nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten

³⁶⁷ Holzhammer, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, Wien 1989, 13.

³⁶⁸ Simotta, ÖJZ 1993, 793.

³⁶⁹ Simotta, ÖJZ 1993, 793.

³⁷⁰ § 73 a EO wurde durch die 3. Novelle zum Bezirksgerichts-Organisationsgesetz für Wien, BGBl 1992/765, in die EO eingefügt.

sowie unter Bedachtnahme auf eine einfache und sparsame Verwaltung und eine Sicherung vor Missbrauch - die Geschäftsbehelfe des Exekutionsverfahrens zu bestimmen³⁷¹, in die Rechtsanwälte, Notare und Körperschaften des öffentlichen Rechts mittels automationsunterstützter Datenermittlung Einsicht nehmen dürfen, wenn sie die auf diese Weise erlangten Daten zur Einleitung eines Rechtsstreites, einer Exekution oder sonst zur Führung eines gerichtlichen Verfahrens benötigen.³⁷² Die Einsicht war gemäß § 73 a Abs 2 EO nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten für den Sprengel eines Bezirksgerichtes oder eines Landesgerichtes bundesweit zu ermöglichen.³⁷³

Nach den Materialien zu dieser Bestimmung sollte diese Einsicht den oben genannten Personen ohne besondere Förmlichkeit, also auch ohne Nachweis eines Exekutionstitels oder eines sonstigen rechtlichen Interesses, möglich sein.³⁷⁴ Dies war nach Ansicht des Gesetzgebers im Hinblick auf den Datenschutz vertretbar, weil die Verzeichnisse, in die zunächst computerunterstützt Einsicht genommen werden konnte, keine inhaltlichen Aufschlüsselungen über die Situation des Schuldners gaben, wohl aber die Suche nach einem bestimmte Schuldner ermöglichten und Identitätsprobleme, vor allem Verwechslungen, vermeiden halfen.³⁷⁵ Der Kreis der zur Akteneinsicht Berechtigten wurde, auch im Hinblick auf datenschutzrechtliche

³⁷¹ Verordnung des Bundesministers für Justiz über die elektronische Einsicht in Geschäftsbehelfe des Exekutionsverfahrens.

³⁷² Der VfGH hat in seiner Entscheidung vom 12. 12. 2002, G 194/02, V 45/02, ausgesprochen der Auffassung zu sein, dass der Bundesminister für Justiz, ausgehend von der entsprechenden Bestimmung des § 73 a EO, im Verordnungswege jene Regelungen zu erlassen habe, die dem Anliegen der Betroffenen Rechnung tragen Folgendes durchsetzen zu können: Die Richtigstellung sowie die Löschung im Sinne eines Ausschlusses der elektronischen Einsicht der entsprechenden personenbezogenen Daten bei einer elektronischen Einsicht Dritter in die personenbezogenen Daten des Betroffenen. Erst dieses höchstgerichtliche Erkenntnis führte dazu, dass die entsprechenden Bestimmungen über die zeitliche Begrenzung der Einsichtnahme sowie der Anspruch auf Richtigstellung und Löschung Teil der Verordnung wurden.

³⁷³ *Mini*, Exekutionsverfahren, 172.

³⁷⁴ JAB z 3. Novelle z BGOG für Wien (780 BlgNR 18. GP, 2). In der Stammfassung des Gesetzes waren keine Voraussetzungen für die Abfrage vorgesehen. Dies wurde von *Simotta* noch vor Erlassung der Verordnung als verfassungswidrig kritisiert. Nach der Neufassung durch Art 76 des StrukturanpassungsG 1996 mussten die Daten zu bestimmten Zwecken (Einleitung eines Rechtsstreites oder einer Exekution, Einwendungen gegen eine bereits laufende Exekution oder sonst zur Führung eines gerichtlichen Verfahrens) benötigt werden (vgl *Sailer*, Gerichtlicher Datenschutz bei elektronischer Einsicht in Geschäftsbehelfe des Exekutionsverfahrens, Zak 2007 Heft 18, 344).

³⁷⁵ JAB z 3. Novelle z BGOG für Wien (780 BlgNR 18. GP, 2).

Bedenken, auf einen fachkundigen Personenkreis beschränkt, der unter Disziplinarrecht- und Aufsicht steht und im Dienst der Rechtspflege und unter (Amts)-Verschwiegenheitspflicht tätig ist. Die Abfragemöglichkeit wurde auf einen Personenkreis eingeschränkt, dem die Bedeutung eines Namensverzeichnisses, nämlich die bloße Beschränkung des Abfrageergebnisses auf die Namen von Verfahrensbeteiligten ohne weitere Information, bewusst war.³⁷⁶

Simotta vertrat schon 1993 die Ansicht, dass die Argumente des Gesetzgebers für eine Gewährung der Einsicht in elektronische Rechtsbehelfe nicht unterstützt werden könnten. Aus dem Namensverzeichnis und dem Register der Pfändung gehe hervor, ob gegen eine bestimmte Person Exekutionsverfahren anhängig sind, ob und von welchem Gläubiger eine Fahrnispfändung erwirkt wurde und ob ein Konkurs- oder Ausgleichsverfahren über das Vermögen des Betreffenden eröffnet wurde. Aus der Tatsache, dass eine Person ein Vermögensverzeichnis legen musste, ließe sich auf Grund der nach § 47 EO³⁷⁷ für die Vorlage des Vermögensverzeichnisses erforderlichen Voraussetzungen ableiten, dass gegen sie erfolglos Exekution geführt wurde. Es sei leicht möglich, aus der Anzahl der laufenden Exekutionen, der erfolgten Fahrnispfändungen sowie aus dem Umstand, dass der Verpflichtete ein Vermögensverzeichnis legen musste oder über sein Vermögen der Ausgleich oder der Konkurs eröffnet wurde, Rückschlüsse auf die finanzielle Situation bzw. auf die Zahlungsmoral des Schuldners zu ziehen. Die in § 73 Abs 1 EO genannten Verzeichnisse würden somit sehr wohl Aufschluss über die Situation des Schuldners geben.³⁷⁸

³⁷⁶ vgl VfGH 12.12.2002, G194/02, V45/02;
(<http://www.sbg.ac.at/ver/links/bgbl/vfgh%20ii%202003-190.htm>)

³⁷⁷ § 47 EO bestimmt, dass ein Vermögensverzeichnis abzugeben ist, wenn (i) der Vollzug einer Exekution auf bewegliche körperliche Sachen erfolglos geblieben ist, weil beim Verpflichteten keine pfändbaren Sachen oder nur solche Sachen vorgefunden wurden, deren Unzulänglichkeit sich mit Rücksicht auf ihren geringen Wert oder auf die daran zugunsten anderer Gläubiger bereits begründeten Pfandrechte klar ergibt oder die von dritten Personen in Anspruch genommen werden, oder wenn (ii) eine Forderungsexekution nach § 294a EO erfolglos geblieben ist, weil der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger die Anfrage des Gerichts nach § 294a EO nicht positiv beantwortet hat, oder wenn der Erlös dieser Exekution voraussichtlich nicht ausreichen wird, die vollstreckbare Forderung samt Nebengebühren im Lauf eines Jahres zu tilgen.

³⁷⁸ *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

Der Bericht des Verfassungsausschusses zum Datenschutzgesetz hält fest, dass die Bonität einer Person zu den Daten zählt, die durch das Grundrecht auf Datenschutz geschützt sind.³⁷⁹ In die Geschäftsbehelfe, die Rückschlüsse auf die Bonität einer Person ermöglichen, dürfte daher nur Einsicht genommen werden, wenn dem Berechtigten ein berechtigtes Interesse gemäß § 1 Abs 2 DSG zukommt. In JAB z 3. Novelle z BGOG für Wien (780 BlgNR 18. GP, 2) wird davon ausgegangen, dass die in § 73 a Abs 1 EO genannten Verzeichnisse keine Aufschlüsse über die Bonität des Schuldners geben, sondern nur die Suche nach einem bestimmten Schuldner ermöglichen.³⁸⁰ Auch in diesem Fall wäre jedoch ein berechtigtes Interesse nachzuweisen, weil alle Daten über bestimmte oder mit hoher Wahrscheinlichkeit bestimmbare Betroffene als personenbezogene Daten von § 1 DSG 2000 geschützt sind.³⁸¹ Ist Ziel und Zweck der Einsichtnahme daher, dass Anhaltspunkte für den Aufenthalt einer bestimmten Person oder die Klärung der Identität der Person gefunden werden sollen, heißt das nichts anderes, als dass sich der Einsichtnehmende über personenbezogene Daten informieren kann, von denen er eigentlich nur bei Vorliegen eines berechtigten Interesses an der Information Kenntnis erlangen dürfte. Ermöglicht es § 73 a EO daher Rechtsanwälten, Notaren und Körperschaften des öffentlichen Rechts, ohne Nachweis eines Exekutionstitels oder eines sonstigen rechtlichen Interesses, in die Geschäftsbehelfe des Exekutionsverfahrens Einsicht zu nehmen, so widerspricht dies dem Grundrecht auf Datenschutz.³⁸²

Simotta wies überdies darauf hin, dass § 73 a EO im eklatanten Widerspruch zu § 255 EO stand. § 255 EO bestimmt, dass Auskünfte aus dem Pfändungsregister allen Personen zu erteilen sind, die glaubhaft machen, dass sie Auskünfte zur Einleitung eines Rechtsstreites oder einer Exekution, zur Geltendmachung von Einwendungen gegen eine bereits eingeleitete Exekution oder aus anderen wichtigen Gründen benötigen. Dies führe zur Ungleichbehandlung desjenigen, der eine Auskunft aus dem Pfändungsregister haben wolle. Ziehe dieser um die gewünschte Auskunft zu

³⁷⁹ Bericht des Verfassungsausschusses über das Datenschutzgesetz, 4.

³⁸⁰ JAB z 3. Novelle z BGOG für Wien (780 BlgNR 18. GP, 2).

³⁸¹ *Matzka*, Datenschutzrecht für die Praxis, Wien 1986, 1 zu § 3.

³⁸² *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

erhalten einen Notar oder Rechtsanwalt heran, erhalte er diese auch dann, wenn er keinen Exekutionstitel habe, kein sonstiges rechtliches Interesse vorweisen könne und kein anderer wichtiger Grund vorliege. Begehre er bei einer Geschäftsstelle des Exekutionsgerichtes die Auskunft, müsse er einen wichtigen Grund glaubhaft machen. Da diese ungleiche Regelung der Voraussetzungen für Auskünfte aus dem Pfändungsregister sachlich durch nichts gerechtfertigt sei, sei sie gleichheitswidrig. 73 a EO sei daher auch aus diesem Grund verfassungswidrig.³⁸³

Aufgrund des offensichtlichen Verstoßes des § 73 a EO gegen das Grundrecht auf Datenschutz wurde diese Bestimmung mit 1.4.2009 aufgehoben. In der Regierungsvorlage wird dies damit begründet, dass den einsichtberechtigten Personenkreisen über die Einsicht in die Geschäftsbehelfe des Exekutionsverfahrens unter bestimmten Voraussetzungen personenbezogene Daten bekannt werden, die zum einen einer verantwortungsbewussten Interpretation und zum anderen einer gewissen Vertraulichkeit bedürfen. Es hätten sich in der Zeit vor Aufhebung der Bestimmungen Beschwerden über den Abfluss dieser Daten insbesondere zu Unternehmen, die auf dieser Basis Bonitätsauskünfte erteilen, gehäuft. Bei den Versuchen den behaupteten Missständen nachzugehen habe sich erwiesen, dass sich mit den bestehenden Rahmenbedingungen die wünschenswerte Datensicherheit nicht ausreichend gewährleisten lasse. Überdies sei ein Vertragsverletzungsverfahren der europäischen Kommission gegen Österreich anhängig, in dem der Ausschluss von Rechtsanwälten, Notaren und Körperschaften öffentlichen Rechts aus anderen Mitgliedstaaten der europäischen Union als gemeinschaftswidrig angefochten werde. Mit den bestehenden Regelungen lasse sich jedoch eine entsprechende Datensicherheit bei europaweiter Einsicht keinesfalls gewährleisten. Die aus datenschutzrechtlichen und europarechtlichen Gründen in Zweifel gezogene Bestimmung sei daher aufzuheben.³⁸⁴

³⁸³ *Simotta*, ÖJZ 1993, 793.

³⁸⁴ Regierungsvorlage 89 der Beilagen XXIV GP., Vorblatt und Erläuterungen, 27.

2.3 Die Akteneinsicht im Außerstreitverfahren

2.3.1 Die Akteneinsicht der Parteien und sonstiger Beteiligten

Das Außerstreitgesetz enthält keine Regelung des Rechtes auf Akteneinsicht. Die Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass § 219 ZPO im Verfahren außer Streitsachen sinngemäß anzuwenden ist.³⁸⁵ Ausgegangen wird von § 170 Geo der normiert, dass die Geschäftsstelle Personen, denen nach den allgemeinen Verfahrensgesetzen ein Recht auf Akteneinsicht unbedingt zusteht, Akteneinsicht gewähren kann.³⁸⁶ Grundsätzlich haben daher alle Beteiligten³⁸⁷ ein Recht auf Akteneinsicht.³⁸⁸

Eine Ausnahme besteht jedoch hinsichtlich der Inkognitoadoption gemäß § 88 AußStrG.³⁸⁹ Unter einer Inkognitoadoption versteht man die Geheimhaltung des Namens und des Wohnortes der Wahleltern und damit des zukünftigen Aufenthaltes des Kindes. Die Inkognitoadoption hat den Zweck, eine Beeinträchtigung der Erziehung des Kindes durch die leiblichen Eltern, die ihren Schritt manchmal später bereuen, unmöglich zu machen.³⁹⁰ § 88 AußStrG regelt, dass die Bewilligung der Annahme eines Minderjährigen von der Bedingung abhängig gemacht werden kann, dass alle oder einzelne der Zustimmung- und Anhörungsberechtigten, ausgenommen der Jugendwohlfahrtsträger, auf die Mitteilung des Namens und des Wohnorts des Annehmenden und auf die Zustellung des Bewilligungsbeschlusses verzichten. Die Erläuterungen zu dieser Gesetzesstelle verneinen die Auskunfts- und Einsichtsrechte der Beteiligten, die einen Verzicht abgegeben haben, mit folgender Begründung: *„Es liegt auf der Hand, dass der mit der Inkognitoadoption angestrebte Zweck mit der Gewährung der unbeschränkten Auskunft und Akteneinsicht an alle Beteiligten vereitelt würde. Es ist aber auch zu verneinen, dass das sonst allgemein anerkannte Recht auf Auskunft und Akteneinsicht hinsichtlich der Inkognitoadoption eingeschränkt ist. Dieses*

³⁸⁵ vgl OGH 5.3.1992, 7 Ob 514/92; OGH 4.12.1974, 1 Ob 206/74; OGH 7.12.1978, 6 Ob 11/78.

³⁸⁶ *Angst/Jakusch/Mohr*, Exekutionsordnung, Wien 2004, 1302.

³⁸⁷ Der OGH hat in seiner Entscheidung 6 Ob 11/78 ausgesprochen, dass auch ein Abschlussprüfer Beteiligter ist. Dies müsse schon im Hinblick darauf bejaht werden, dass über dessen Anträge sachlich entschieden wurde (vgl OGH 7.12.1978, 6 Ob 11/78).

³⁸⁸ *Edlbacher*, Verfahren außer Streitsachen, Wien 1984, 548.

³⁸⁹ *Edlbacher*, Verfahren, 548.

³⁹⁰ *Ent*, Eine Einführung in das österreichische Adoptionsrecht, ÖstA 1960, 61.

*Recht ist ein formelles Recht, das nicht für sich allein besteht, sondern Ausfluss eines materiellen Rechtes ist. Wer nun materiell auf das Recht verzichtet hat, den Namen und den Wohnort des Annehmenden zu erfahren, kann nicht das formelle Recht der Auskunft und der Akteneinsicht für sich in Anspruch nehmen, weil damit sein Verzicht praktisch außer Kraft gesetzt werden würde.*³⁹¹

Das BMJ hat den § 1 Abs 1 und 2 DSG 2000 in diesen erläuternden Bemerkungen vor in Kraft treten des Datenschutzgesetzes 2000 bereits antizipiert.³⁹² Den Vertragsteilen wurde bei der Inkognitoadoption ein besonderes Interesse an der Geheimhaltung zugesprochen. Dem Verzichtenden soll kein berechtigtes Interesse an der Information hinsichtlich Namen und Wohnort des Annehmenden zukommen. Der Verzichtende hat selbst dann keinen Rechtsanspruch, den Adoptivnamen und den Aufenthalt des Wahlkindes zu erfahren, wenn diese Kenntnis die tatsächliche Voraussetzung zur Verfolgung eines Rechtsanspruches gegen das Wahlkind oder dessen Rechtsnachfolger wäre.³⁹³

2.3.2 Die Akteneinsicht Dritter

Die Akteneinsicht Dritter wird im Außerstreitverfahren wesentlich restriktiver gehandhabt als im Zivilprozess. Dieses Recht ist insoweit modifiziert als auf Wesen und Zweck des Verfahrens, das häufig besonders schutzwürdige Informationen zum Gegenstand hat, Bedacht zu nehmen ist.³⁹⁴ *Schima* betont, dass sich die Akteneinsicht Dritter ausschließlich auf jene Teile des Verfahrens zu beschränken habe, an denen Dritte ein rechtliches Interesse haben.³⁹⁵ Der OGH hat in seiner Entscheidung zu 7 Ob 514/92 ausgesprochen, dass ein rechtliches Interesse eines Dritten nur dann gegeben sei, wenn sich die Kenntnis des Akteninhaltes auf die privatrechtlichen oder allenfalls öffentlich-rechtlichen Verhältnisse des Dritten

³⁹¹ Vgl auch *Edlbacher*, Verfahren, 548.

³⁹² *Simotta*, Einige Probleme des Datenschutzes im Zivilverfahrensrecht (Teil II), ÖJZ 1983, 838.

³⁹³ *Ent*, ÖstA 1960, 61.

³⁹⁴ *Spenling*, Zivilverfahren und Datenschutz, 145 f.

³⁹⁵ *Schima*, Gedanken zur Ausgestaltung des Verfahrens außer Streitsachen, Festschrift Heinrich Demelius, Wien 1973, 465.

günstig auswirke. Die bloß (abstrakte) Möglichkeit, dass im Zuge des Adoptionsverfahrens strafbare Handlungen vorgefallen seien, habe keine Auswirkungen auf die privatrechtlichen Verhältnisse der Antragsteller.³⁹⁶ Das Recht auf Information habe ganz besonders im Familienrecht vor der Persönlichkeitssphäre halt zu machen.³⁹⁷

In mehreren Entscheidungen im Pflegschaftsverfahren klingen datenschutzrechtliche Aspekte hinsichtlich der Akteneinsicht Dritter an:

In der Entscheidung zu 1 Ob 206/74³⁹⁸ ging es um die Frage, ob einem Unternehmen, an dem zwei Pflegebefohlene beteiligt waren, Einsicht in den Pflegschaftsakt zu dem Zweck zu gewähren sei, Unterlagen für eine Klagsführung gegen die Minderjährigen zu sammeln. Der OGH hat in diesem Fall ausgesprochen, dass das rechtliche Interesse eines Dritten darin bestehen könne, die Beweislage in einem Verfahren günstiger zu gestalten. Ein rechtliches Interesse könne jedoch nur anerkannt werden, wenn der Antragsteller etwas aus dem Akt erfahren will was er nicht weiß, jedoch zur Wahrung seiner Interessen wissen muss. Allein zur Feststellung der Passivlegitimation der Pflegebefohlenen sei eine Akteneinsicht nicht zu bewilligen. Der OGH hat das Recht auf Akteneinsicht überdies mit der Begründung verneint, dass die Bestimmung des § 170 Abs 1 und 2 Geo nicht ohne Bedachtnahme auf Wesen und Zweck des Pflegschaftsverfahrens verstanden werden könne. Wesen und Zweck würden sich aus § 21 ABGB ergeben, wonach Minderjährige unter dem besonderen Schutz des Gesetzes stehen. Das Pflegschaftsverfahren werde geführt, um diesen Schutz zu gewährleisten, nicht jedoch um Dritten Möglichkeiten einzuräumen, die ihnen sonst nicht zukommen.

Überdies werde der Ausschluss der Öffentlichkeit in nichtstreitigen Rechtsangelegenheiten damit gerechtfertigt, dass sonst vielfach Familien- und Geschäftsinteressen, denen Schutz gewährt werden soll, verletzt würden, wenn intime Familien- und Vermögensverhältnisse allgemein bekannt würden.

³⁹⁶ vgl OGH 5.3.1992, 7 Ob 514/92.

³⁹⁷ *Schima*, Gedanken, 465.

³⁹⁸ vgl OGH 4.12.1974, 1 Ob 206/74 = SZ 47/141.

Außerdem müsse allgemein gesagt werden, dass das nur im Interesse des Pflegebefohlenen geführte Verfahren ein rein internes sei, von dessen Vorgängen nur die Parteien, nicht jedoch Außerstehende allgemein Kenntnis erlangen dürfen. Das gelte insbesondere für Pflegschaftsverfahren, in denen Rechnungen zu legen und zu prüfen sind. Aus dem Pflegschaftsakt seien daher auch die Vermögensverhältnisse des Minderjährigen zu erkennen. Der Zweck des Schutzes der Pflegebefohlenen würde geradezu ins Gegenteil verkehrt, wenn einem künftigen Prozessgegner gerade wegen der Führung eines Pflegschaftsverfahrens eine ihm sonst nicht offenstehende Möglichkeit, seine Lage im künftigen Rechtsstreit zu verbessern, geboten würde.

In einer Entscheidung des LGZ Wien von 10.2.1983³⁹⁹ beehrte ein Mann mit der Begründung Einsicht in die Pflegschaftsakten, dass ihm gegen das Adoptivkind, das ihn fälschlicherweise als Vater in Anspruch genommen hatte, ein rechtskräftig zuerkannter Kostenersatzanspruch zustünde. Das LGZ Wien verneinte die Akteneinsicht und führte aus, dass die gegen die Akteneinsicht sprechenden Argumente noch durch den Fall, dass eine Inkognitoadoption vorliege, verstärkt würden. Da das Außerstreitgesetz im Fall einer Inkognitoadoption selbst den Personen, die als Zustimmung- und Anhörungsberechtigte Beteiligtenstellung genießen, die Akteneinsicht verwehre, müsse geschlossen werden, dass Personen, welchen nicht einmal diese Position zukommt, dahingehend überhaupt keine Rechte hätten. Ausnahmen vom Geheimhaltungsschutz seien nicht gegeben. Er sei absolut auszusprechen.

In seiner Entscheidung 7 Ob 514/92⁴⁰⁰ hatte der OGH jedoch festgestellt, dass die Aufklärung und Verfolgung von Straftaten im öffentlichen Interesse eine Ausnahme von der Geheimhaltung der Daten begründe. Im konkreten Fall hatten die Großeltern und der Onkel des Adoptivkindes Einsicht in den Adoptionsakt verlangt. Diese wurde ihnen mit der Begründung verweigert, dass ein rechtliches Interesse nur dann gegeben sei, wenn sich die Kenntnis des Akteninhaltes auf die privatrechtlichen oder allenfalls öffentlich-rechtlichen

³⁹⁹ LGZ 10.2.1983, 43 R 1245/82 = EFSLg 44.376/8=RPfISlg 6412/1983; vgl auch OGH 11.5.1983, 1 Ob 623/83.

⁴⁰⁰ Vgl OGH 5.3.1992, 7 Ob 514/92 = ÖJZ 1992/129 (EvBl).

Verhältnisse des Dritten günstig auswirke. Im Vordergrund des Adoptionsrechtes stehe das Wohl des Kindes und die Herstellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses. Sollte der Zweck der Inkognitoadoption nicht überhaupt vereitelt werden, müsse sich die Geheimhaltung auch auf die leiblichen Verwandten des Wahlkindes erstrecken. Die Aufklärung und Verfolgung einer Straftat könne im öffentlichen Interesse eine Ausnahme begründen. Der Hinweis auf die Möglichkeit einer Subsidiarklage durch die Verwandten des Wahlkindes reiche zur Begründung einer Ausnahme jedoch nicht aus.

Auch die neueren Entscheidungen des OGH⁴⁰¹ zum Sachwalterschaftsrecht führen genau zu demselben Ergebnis: In seiner Entscheidung zu 3 Ob 298/05b⁴⁰² hat der OGH erneut ausgesprochen, dass einem künftigen Prozessgegner des Pflegebefohlenen - auch nach dessen Ableben - wegen dessen zu wahrer Interessen an der Geheimhaltung personenbezogener Tatsachen aus dem Bereich der Familien- und Vermögensverhältnisse grundsätzlich keine Akteneinsicht zu gewähren ist.⁴⁰³ Die nunmehr in § 22 AußStrG angeordnete sinngemäße Anwendung des § 219 ZPO führe zu keiner Änderung der Rechtslage⁴⁰⁴, weshalb es keiner neuerlichen Behandlung der Rechtsfrage bedürfe, ob Dritten Einsicht in den Sachwalterschaftsakt zu gewähren ist, um den persönlichen Zustand des Betroffenen beschreibende Daten zu erlangen.

Einen anderen Bereich betrifft die Entscheidung zu 4 Ob 208/02 w.⁴⁰⁵ Hier hat der OGH ausgesprochen, dass auch nahen Angehörigen die Akteneinsicht zu verweigern sei, wenn es um Daten gehe, die den Geisteszustand einer Verfahrenspartei in einem Verfahren zur Überprüfung, ob ein Sachwalter zu bestellen ist, betreffen. Der Hinweis auf die Befürchtung der Angehörigen, in ihren zukünftigen Erbaussichten geschmälert werden zu können, reiche für ein Ergebnis der Interessenabwägung zugunsten der Angehörigen nicht aus.

⁴⁰¹ Vgl OGH 30.5.2007, 9 Ob 15/07g; OGH 26.6.2003, 8 O 71/03 d.

⁴⁰² OGH 21.12.2005, 3 Ob 298/05b.

⁴⁰³ vgl auch OGH 26.8.2004, 6 Ob 67/04b.

⁴⁰⁴ *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz Kurzkommentar, Wien 2005, 119.

⁴⁰⁵ Vgl OGH 15.10.2002, 4 Ob 208/02 w = ÖJZ 2003/29 = ÖJZ-LSK 2003/12.

Uneinheitlich ist die Meinung in der Lehre hinsichtlich der Frage, ob die Partei, die der Akteneinsicht durch einen Dritten nicht zugestimmt hat oder die nicht um Zustimmung gefragt wurde, den die Akteneinsicht bewilligenden Beschluss mit Rekurs anfechten kann. *Harbich* vertritt die Ansicht, dass nur gegen die Ablehnung der Akteneinsicht der Rekurs offenstünde.⁴⁰⁶ Nach *Simotta* könne diese Meinung aufgrund der Bestimmung des § 1 DSG nicht aufrecht erhalten werden, weil durch die Gewährung von Akteneinsicht in das Grundrecht auf Datenschutz eingegriffen werde. Die Parteien des Verfahrens und Dritte, denen ein Anspruch auf Geheimhaltung des Akteninhaltes zusteht, sollten daher die Möglichkeit haben, im Instanzenzug eine Überprüfung des Grundrechtseingriffes zu begehren. Außerdem müsse dem Rekurs gegen die Gewährung von Akteneinsicht an Dritte kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung zuerkannt werden, weil der Rekurs sonst keinen Sinn hätte.⁴⁰⁷ *Rechberger* führt dazu aus, dass das Gericht bei Gewährung der Akteneinsicht gegen den ausdrücklichen Willen einer Partei einen Beschluss zu fassen habe, der von dieser Partei auch angefochten werden könne.⁴⁰⁸ Da durch die Gewährung der Akteneinsicht unter Umständen in deren berechtigte Interessen, und zwar irreparabel, eingegriffen werde, müsse das Gericht mit der tatsächlichen Gewährung der Akteneinsicht bis zur Entscheidung über dieses Rechtsmittel zuwarten.⁴⁰⁹ *Peer* hält fest, dass dem Rekurs im Außerstreitverfahren ex lege aufschiebende Wirkung zukomme.⁴¹⁰

2.4 Zusammenfassung

Die Akteneinsicht der Parteien im Zivilprozess, im Außerstreitverfahren und im Exekutionsverfahren stellt aus datenschutzrechtlicher Sicht kein Problem dar. Sobald eine Partei im Prozess etwas vorgebracht hat, hat sie kein Recht mehr, diese Daten von der Gegenpartei fernzuhalten, weil sie für die Gegenpartei keine geheimen Daten mehr darstellen.

⁴⁰⁶ *Harbich*, Akteneinsicht, Amtshilfe und Auskunftspflicht, AnwBl 1/1988, 8.

⁴⁰⁷ *Simotta*, ÖJZ 1992, 838.

⁴⁰⁸ So auch *Fucik*, Akteneinsicht beim Gerichtskommissär, Jenseits notarieller Verschwiegenheitspflichten, NZ 03/2008, 69.

⁴⁰⁹ *Rechberger*, Kommentar³, § 219 Rz 8.

⁴¹⁰ *Peer*, ÖJZ 2008/96, 918.

Anderes gilt hinsichtlich der Akteneinsicht Dritter im streitigen Verfahren. Stimmen die Parteien der Akteneinsicht des Dritten nicht zu, so muss dieser ein rechtliches Interesse an der Einsicht geltend machen. Die Gerichte müssen sich dann mit dem Kernproblem des Datenschutzrechtes befassen, nämlich der schwierigen Abwägung der Interessen der Parteien und allfälliger Dritter, deren Daten sich im Akt befinden sowie der öffentlichen Interessen mit jenen des Einsicht Suchenden. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Akteneinsicht des Dritten unbedingt nötig ist, oder ob sie einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Privatsphäre bedeutet. Im Außerstreitverfahren wird die Akteneinsicht Dritter besonders restriktiv gehandhabt. Die Akteneinsicht muss auf jene Teile des Verfahrens beschränkt werden, an denen der Dritte ein rechtliches Interesse hat. Im Exekutionsverfahren wird auf die Zustimmung der Parteien zur Akteneinsicht Dritter nicht abgestellt. Eine Akteneinsicht ist hier nur dann möglich, wenn der Dritte ein rechtliches Interesse glaubhaft macht.

Bei der Übermittlung personenbezogener Daten durch eine Einsicht in Prozessakten werden in der Regel mehr Daten übermittelt als in einer mündlichen Verhandlung, weil sie in den Akten umfassend schriftlich fixiert sind. Deswegen ist hinsichtlich der Einsicht in Prozessakten durch Nicht-Parteien in Bezug auf die Abwägung zwischen Informationsinteressen und Geheimhaltungsinteressen ein strengerer Maßstab anzulegen. *Liebscher* vertritt die Ansicht, dass die Geheimhaltungsinteressen angesichts der mangelnden Geltung des Öffentlichkeitsprinzips für die Akteneinsicht grundsätzlich vorrangig seien. In bestimmten Fällen müsse das Geheimhaltungsinteresse jedoch zurückstehen, wenn eine anonymisierte Weiterleitung der geforderten Daten oder eine nur teilweise Übermittlung zur Wahrung der Interessen der Datenempfänger nicht ausreichend ist.⁴¹¹

⁴¹¹ *Liebscher*, Datenschutz, 231 f.

3 Weitere Problembereiche

3.1 Besondere Auskunftspflichten

§ 102 Abs 1 AußStrG normiert, dass Personen, deren Einkommen oder Vermögen für die Entscheidung über den gesetzlichen Unterhalt zwischen in gerader Linie verwandten Personen von Belang ist, dem Gericht hierüber Auskunft zu geben und die Überprüfung von deren Richtigkeit zu ermöglichen haben.⁴¹² Nach § 102 Abs 2 AußStrG hat der Verpflichtete Auskunft über Beschäftigungs- oder Versicherungsverhältnisse sowie über das Einkommen zu geben. Die Aufzählung in § 102 Abs 2 AußStrG ist nicht taxativ, das Gericht soll erforderlichenfalls umfassende Auskünfte einholen können.⁴¹³ § 102 Abs 2 AußStrG bestimmt überdies, dass das Gericht, wenn der Auskunftspflichtige seiner Pflicht nicht nachkommt, auch das Arbeitsmarktservice, die in Betracht kommenden Träger der Sozialversicherung und andere Sozialleistungen gewährende Stellen⁴¹⁴, oder -wenn jemand der Pflicht nach Absatz 1 nicht nachkommt- dessen Dienstgeber, um Auskunft ersuchen kann. Steht die Unterhaltspflicht dem Grunde nach fest und kann das Gericht die Höhe des Unterhalts nicht auf andere Weise feststellen, kann es auch die Finanzämter um Auskunft ersuchen.

Durch die in § 102 AußStrG normierten besonderen Auskunftspflichten wird der Unterhalt von Minderjährigen und Pflegebefohlenen gewährleistet. Diese Bestimmungen dienen daher der Durchsetzung eines Rechtsanspruches. Da -wie bereits ausgeführt- ein berechtigtes Interesse iSd § 1 Abs 2 DSGVO dann zugebilligt wird, wenn die Daten zur Durchsetzung eines Rechtsanspruches erforderlich sind, kommt dem Unterhaltsberechtigten ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Daten zu. Darüber hinaus besteht

⁴¹² Die Auskunftspflicht trifft nicht nur den Unterhaltsschuldner, sondern alle Personen, deren Einkommen oder Vermögen für eine Unterhaltsentscheidung erheblich ist. Dies trifft auch auf den Unterhaltsberechtigten und auf Dritte zu, deren Unterhaltsleistungen dem Unterhaltspflichtigen gegenüber die Bemessungsgrundlage bilden (vgl. *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, 336).

⁴¹³ *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, 335.

⁴¹⁴ Damit sind sowohl jene Stellen umfasst, die über das Bestehen eines Anspruches entscheiden, als auch jene, die die jeweilige Leistung ausbezahlen (vgl. *Fucik/Kloiber*, Außerstreitgesetz, 335 f).

aufgrund der Bestimmung des § 102 AußStrG eine gesetzliche Deckung für derartige Auskunftspflichten.⁴¹⁵

Beachtenswert ist, dass zur Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen Minderjähriger oder Pflegebefohlener sogar das Steuergeheimnis durchbrochen werden kann. Die Regelung des § 102 AußStrG steht allerdings im Einklang mit § 48 Abs 4 lit b BAO der bestimmt, dass die Offenbarung oder Verwertung von Verhältnissen oder Umständen dann gestattet ist, wenn sie aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung erfolgt. Darüber hinaus ist der in § 102 AußStrG vorgesehene Eingriff in die Privatsphäre des Unterhaltspflichtigen deshalb nicht unverhältnismäßig, weil selbst der ärgste Eingriff, nämlich die Durchbrechung des Steuergeheimnisses, viel weniger schwerwiegend ist als die Gefahr, dass das minderjährige oder pflegebefohlene Kind Not leidet.⁴¹⁶ Überdies normiert § 102 Abs 2 AußStrG ausdrücklich, dass das Gericht Auskunft über Beschäftigungs- oder Versicherungsverhältnisse oder das Einkommen des Unterhaltspflichtigen begehren kann. Auch wenn diese Aufzählung nicht taxativ ist, lässt sich meines Erachtens doch darauf schließen, dass die Anfrage sich auf die für den Unterhaltsanspruch maßgebenden Tatsachen zu beschränken hat.

3.2 Die Bestimmung des § 294 a EO

Nach § 294 a Abs 3 EO haben die Meldebehörden Personen, die ihnen eine Ausfertigung eines Exekutionstitels oder eine Ablichtung davon vorlegen, aus dem Melderegister Auskunft über das Geburtsdatum des im Exekutionstitel genannten Schuldners zu erteilen. Es stellt sich die Frage, ob dies mit dem Recht auf Geheimhaltung von Daten § 1 DSG 2000 vereinbar ist.

Das Geburtsdatum einer Person ist ein personenbezogenes Datum und daher schutzwürdig.⁴¹⁷ Da jedoch der betreibende Gläubiger in seinem Exekutionsantrag das Geburtsdatum des Verpflichteten angeben muss, damit das Exekutionsgericht den Hauptverband der Sozialversicherungsträger um

⁴¹⁵ *Simotta*, ÖJZ 1993, 838.

⁴¹⁶ *Simotta*, ÖJZ 1993, 838.

⁴¹⁷ *Matzka*, Datenschutzrecht, § 3, 2.

Bekanntgabe des Drittschuldners ersuchen kann,⁴¹⁸ ist das Geburtsdatum des Verpflichteten ein Datum, das für die Durchsetzung eines bestehenden Rechtsanspruches erforderlich ist. Dem Gläubiger ist daher ein berechtigtes Interesse am Geburtsdatum des Schuldners zuzubilligen. Nach *Simotta* ist dieser Eingriff in die Privatsphäre des Schuldners auch nicht unverhältnismäßig, weil der Gläubiger der den Drittschuldner nicht kennt, keine andere wirksame Möglichkeit als die Drittschuldneranfrage hat um den Namen des Drittschuldners zu erfahren.⁴¹⁹ Da die Voraussetzungen für die Auskunftserteilung von Seiten der Meldebehörde überdies gesetzlich geregelt sind, stellt dieser Vorgang keinen Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz dar.

Aus demselben Grund steht auch die Drittschuldneranfrage nach § 294 a EO im Einklang mit § 1 DSG 2000. Die Sozialversicherungsträger und der Hauptverband sind durch § 294 a Abs 1 Z 2 EO seit 1. September 1986 verpflichtet, den Exekutionsgerichten mitzuteilen, ob jemand in einem Rechtsverhältnis steht, aus dem ihm - allenfalls pfändbare - Lohn-, Gehalts-, Pensions-, Renten- oder andere Bezüge zustehen. Auch hier stellt sich die Frage, ob die Bekanntgabe des Drittschuldners durch den Sozialversicherungsträger in das Grundrecht auf Datenschutz eingreift. Nach Einführung des § 294 a EO fanden diesbezüglich mehrere Besprechungen zwischen dem Bundesministerium für soziale Verwaltung, dem Bundesministerium für Justiz und dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger statt. Ergebnis der Besprechungen war die Ansicht, dass das Interesse an der Durchsetzung eines rechtsgültig festgestellten Anspruches dem Interesse des zahlungspflichtigen Schuldners an der Geheimhaltung seiner Daten vorgehe.⁴²⁰ Dies deswegen, weil dem Schuldner vor der Entstehung des Exekutionstitels stets Gelegenheit gegeben sei, die gegen ihn gerichteten Ansprüche beispielsweise durch erfolgreiches

⁴¹⁸ Zur Grundlage für die Speicherung von Daten durch die Versicherungsträger vgl. *Souhadra*, Sozialversicherungsauskünfte im Exekutionsverfahren, Erläuterungen zu § 294 a EO und § 31 Abs 3 Z 15 ASVG, SozSi 1987, 124.

⁴¹⁹ *Simotta*, ÖJZ 1993, 838.

⁴²⁰ Der Gläubiger kann erst wenn er den Drittschuldner kennt auf die Forderung des Verpflichteten greifen und seinen Exekutionstitel durchsetzen (vgl. auch *Simotta*, ÖJZ 1993, 838).

Bestreiten im Zivilprozess oder durch Begleichen der Schulden abzuwehren. Nach der Verfassungsbestimmung des § 1 Abs 2 DSG seien Beschränkungen des Grundrechtes auf Datenschutz zur Wahrung berechtigter Interessen eines anderen zulässig. Ein solcher Fall liege hier vor.⁴²¹

§ 294 a Abs 4 Z 2 EO bestimmt, dass die Anfrage an den Hauptverband der Sozialversicherungsträger und die Antwort mit Hilfe automationsunterstützter Datenverarbeitung durchzuführen ist. Die Bestimmung des § 294 a Abs 4 Z 2 EO⁴²² bildet die datenschutzrechtliche Grundlage für die Bekanntgabe von Daten durch den Hauptverband. Es handelt sich um eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung, wie sie von der obersten Aufsichtsbehörde der Sozialversicherung immer wieder als notwendige Rechtsgrundlage zur Datenübermittlung gefordert wird. Diese Bestimmung deckt damit auch das Kriterium des § 7 DSG. Die Datenübermittlung über den Hauptverband ist somit sowohl datenschutzrechtlich als auch sozialversicherungsrechtlich gesetzlich fundiert.⁴²³

3.3 Aktenbeischaftung

Im Zusammenhang mit dem Problem des Datenschutzes ist auch die Beischaftung von Akten zu beachten. Dies vor allem dann, wenn es sich um Akten handelt, die auch am Verfahren nicht beteiligte Dritte betreffen bzw. wenn es sich um Akten sensiblen Inhaltes, wie Strafakten oder Sachwalterschaftsakten, handelt.⁴²⁴ Die Aktenbeischaftung muss zulässig sein und sie muss nach § 1 Abs 2 letzter Satz DSG 2000 verhältnismäßig sein. Dies wird vor allem dann, wenn es um die Beischaftung von Akten geht die

⁴²¹ Souhadra, SozSi 1987, 124. Bei der Erarbeitung der Durchführungsgrundsätze des § 294 a EO wurde allerdings darauf Rücksicht genommen, dass auch im Fall einer Beschränkung des Anspruches auf Geheimhaltung personenbezogener Daten der vertraulichen Behandlung dieser Daten Vorrang gegeben werden muss. Auskünfte, die für die Durchsetzung des im Exekutionstitel festgeschriebenen Anspruches oder für das Verfahren darüber nicht notwendig sind, dürfen daher auch im vorliegenden Zusammenhang nicht gegeben werden.

⁴²² § 294 a Abs 4 Z 2 EO lautet: „Die Anfrage an den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger und dessen Antwort sind mit Hilfe automationsunterstützter Datenverarbeitung durchzuführen. Hiefür gilt: Die Sozialversicherungsträger und deren Hauptverband sind verpflichtet, die in Abs 1 Z 2 angeführten Daten den Gerichten zu übermitteln.“

⁴²³ Souhadra, SozSi 1987, 124.

⁴²⁴ Spenling, Zivilverfahren und Datenschutz, 143 f.

Dritte betreffen, dazu führen, dass sich die Notwendigkeit ergibt, den Parteien nur jene Teile des Aktes zugänglich zu machen, die für die Durchführung des Verfahrens notwendig sind bzw. ihnen personenbezogene Daten anderer Personen, die für das Verfahren nicht von Bedeutung sind, vorzuenthalten. Wird die Beischaffung eines Aktes zu einem Beweisthema beantragt das offenkundig nur bestimmte Aktenbestandteile betrifft, wird das Gericht dafür sorgen müssen, dass den Parteien nur diese Teile des Aktes zur Einsicht zu Verfügung gestellt werden.⁴²⁵

3.4 Urkundenbeweis

Die §§ 298 ff ZPO enthalten detaillierte Regelungen zur Frage, unter welchen Umständen dem Beweisführer, der Gegenpartei oder einem Dritten die Vorlage von Urkunden aufgetragen werden kann. Die Einhaltung dieser Bestimmungen sichert die entsprechenden Anordnungen des Gerichtes auch datenschutzrechtlich ab.⁴²⁶ Der OGH hat in seiner Entscheidung zu 9 ObA 7/04a⁴²⁷ ausgesprochen, dass keine gesetzliche Grundlage dafür bestehe, dass Beweisurkunden nur dem Sachverständigen zugänglich gemacht werden und sich dieser im Verfahren lediglich über die von ihm gezogenen Schlüsse äußert. Werden die Urkunden, auf die sich der Sachverständige bezieht, dem Gericht (mit einer nicht ausreichenden Begründung) nicht vorgelegt, so muss das Gericht die Schlussfolgerungen des Sachverständigen seiner Entscheidung nicht zugrunde legen.⁴²⁸ Eine Prozesspartei kann, wenn die Gefahr der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses besteht, die Urkundenvorlage verweigern (vgl § 305 Z 4 ZPO).⁴²⁹ Ist mit einer Einsicht in Urkunden die Gefahr verbunden, dass in das Geheimhaltungsrecht einer Person eingegriffen wird, besteht, wie

⁴²⁵ Vgl auch Regierungsvorlage 613 BlgNR, 15.

⁴²⁶ *Spending*, Zivilverfahren und Datenschutz, 144.

⁴²⁷ Vgl OGH 2.2.2005, 9 ObA 7/04a.

⁴²⁸ Im konkreten Verfahren hat die beklagte Partei eine Urkundenvorlage mit dem Hinweis auf die Vertraulichkeit der Dokumente und der (nicht näher begründeten) Behauptung, dass darin Geschäftsgeheimnisse enthalten seien, verweigert, Dies führte dazu, dass das Gutachten des Sachverständigen nicht verwertet wurde.

⁴²⁹ Der OGH hat in der eben zitierten Entscheidung 9 ObA 7/04a ausgesprochen, dass die Verweigerung der Urkundenvorlage näher zu begründe sei und in einem Inzidenzverfahren zu entscheiden sei, ob die Urkundenvorlage verweigert werden könne.

bereits ausgeführt, überdies die Möglichkeit, dem Prozessgegner nur Teile einer vorgelegten Urkunde zugänglich zu machen.

3.5 Übermittlung des Aktes an Sachverständige

Der Sachverständige steht nach *Liebscher* als Person außerhalb des erkennenden Spruchkörpers und als Nichtpartei einem Dritten gleich, der Einsicht in die Akten wünscht. Das Gericht unterbreitet dem Sachverständigen durch schriftliche oder mündliche Mitteilung den Sachverhalt, den dieser unter Anwendung eigener Sachkunde zu begutachten hat oder es stellt ihm die Akten zur Verfügung.⁴³⁰ Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz dürfen nur in der gelindesten zum Ziel führenden Art vorgenommen werden. Ist daher mit der Übersendung eines ganzen Aktes an einen Sachverständigen die Gefahr verbunden, dass ein nicht notwendiger Eingriff in das Geheimhaltungsrecht einer Person erfolgt, sind dem Sachverständigen nur jene Aktenteile zu übersenden, die er für die Gutachtenserstattung⁴³¹ benötigt.⁴³² Dies ist überdies in § 359 Abs 1 ZPO normiert der festhält, dass dem Sachverständigen diejenigen bei Gericht befindlichen Gegenstände, Aktenstücke und Hilfsmittel zu übermitteln sind, welche für die Beantwortung der vorgelegten Fragen erforderlich sind.

3.6 Strafregisterauskunft

§ 201 Abs 1 KO bestimmt, dass der Antrag auf Durchführung eines Abschöpfungsverfahrens dann abzuweisen ist, wenn der Schuldner wegen einer Straftat nach den §§ 156, 158, 162 oder 292a StGB rechtskräftig verurteilt wurde und diese Verurteilung weder getilgt ist noch der beschränkten Auskunft aus dem Strafregister unterliegt. In diesem Fall muss daher eine Strafregisterauskunft eingeholt werden. In einer Strafregisterauskunft können allerdings nicht getilgte, für das Schuldenregulierungsverfahren aber

⁴³⁰ *Liebscher*, Datenschutz, 111.

⁴³¹ Zum Gutachten selbst: Der OGH hat in seinem Beschluss vom 28.6.2000 im Zusammenhang mit einem in einem Zivilprozess als Beweismittel vorgelegten Gutachten eines medizinischen Sachverständigen ausgesprochen, dass es sich mangels Suchkriterium um keine „Datei“ handelt (vgl OGH 28.6.2000, 6 Ob 148/00h).

⁴³² *Spenling*, Zivilverfahren und Datenschutz, 144.

irrelevante, Verurteilungen aufscheinen. Dies ist auf Grundlage der derzeitigen Rechtslage unvermeidlich. Es besteht zwar die Möglichkeit, die für das Verfahren irrelevanten Einträge unleserlich zu machen, dennoch bleibt erkennbar, dass das Register der unbeschränkten Auskunft unterliegende Verurteilungen aufweist.⁴³³ Die derzeit bestehende Regelung ist somit aus datenschutzrechtlicher Sicht bedenklich.

3.7 Aufkündigungsverfahren und Datenschutz

Röhsner weist darauf hin, dass die von vielen österreichischen Gerichten geübte Praxis, im Bestandverfahren personenbezogene Daten von diversen Versorgungsunternehmen einzuholen und im Prozess zu verlesen und zu verwerten dem DSG 2000 widerspreche.⁴³⁴ Im Fall eines Kündigungsverfahrens komme es beispielsweise häufig vor, dass der Vermieter die Einholung von Auskünften betreffend den Strom-, Gas- und Telefonverbrauch des Mieters verlange. Diese Informationen würden ohne weitere Erörterung von den Gerichten bei den zuständigen Versorgungsunternehmen angefordert. Diese personenbezogenen Daten würden grundsätzlich von den Versorgungsunternehmen rechtmäßig erhoben, gespeichert und verarbeitet. Fraglich sei jedoch die Rechtsgrundlage für die Übermittlung dieser Daten an das Gericht bzw deren weitere Verwendung im Prozess. Es liege auf der Hand, dass die ursprüngliche Erhebung und Speicherung der Daten nicht zu dem Zweck erfolge, um von einem Dritten in einem Aufkündigungsverfahren verwendet zu werden. Überdies könne die Verwendung der Daten einen negativen Prozessausgang für den Betroffenen bewirken, wodurch dessen schutzwürdige Interessen verletzt würden. Selbst wenn man davon ausgehe, dass die Abwehr einer berechtigten Aufkündigung nicht als schutzwürdiges Interesse angesehen werden könne, sei nichts gewonnen, weil zum Zeitpunkt der Übermittlung der Daten durch das Versorgungsunternehmen und der Verlesung der Daten vor Gericht noch nicht geklärt sei, ob die Aufkündigung tatsächlich berechtigt ist. Zu bedenken sei

⁴³³ *Spenling*, Zivilverfahren und Datenschutz, 146.

⁴³⁴ *Röhsner*, Aufkündigungsverfahren und Zivilprozess. (Die Verwendung personenbezogener Daten im Zivilprozess), immolex 2000, 349.

nach *Röhsner* auch, dass diese Daten im Wege eines späteren Amtshilfeersuchens oder der Beischaffung und Verlesung von Akten in anderen Gerichtsverfahren einer nicht absehbaren Öffentlichkeit zugeführt werden könnten.⁴³⁵ Im streitigen Zivilverfahren gebe es den Grundsatz der unbedingten amtswegigen Wahrheitsforschung nicht. Die Einholung der Verbrauchsdaten sei letztlich nichts anderes als eine Beweiserleichterung für den Kläger. Mangels Vorliegen von Ausnahmebestimmungen stelle die Übermittlung und Verwendung der Daten daher eine Verletzung des Grundrechtes auf Datenschutz dar.⁴³⁶

3.8 Amtshilfe durch Sozialversicherungsträger und Datenschutz

Weitere Probleme im Zusammenhang mit dem Datenschutz können sich im Zusammenhang mit der Amtshilfe durch Sozialversicherungsträger ergeben.⁴³⁷ Amtshilfe ist die Unterstützung der ersuchenden Stelle (der Zivilgerichte) in Angelegenheiten, die diese nicht selbst vornehmen kann oder deren Vornahme unzweckmäßig wäre. Die Datenschutzkommission hat am 18.9.1980 eine Empfehlung abgegeben, in der ausgeführt wurde, dass die Amtshilfe nicht dazu führen darf, dass Daten, die dem schutzwürdigen Bereich des Privatlebens angehören und die für die Durchführung des konkreten Verfahrens nicht erforderlich sind⁴³⁸, der ersuchenden Behörde zur Kenntnis gelangen.⁴³⁹ Dies würde § 1 DSG widersprechen.⁴⁴⁰ Insbesondere stünde es

⁴³⁵ Dem ist meines Erachtens, wie bisher schon mehrmals betont, entgegenzuhalten, dass die Gerichte diese Daten, ebenso wie im Fall der Akteneinsicht durch Dritte, bei der gewisse Aktenteile ausgenommen werden können, von der Verlesung ausnehmen könnten.

⁴³⁶ *Röhsner*, *immolex* 2000, 349.

⁴³⁷ § 89 h GOG normiert: „Die Sozialversicherungsträger und deren Hauptverband haben den Gerichten auf deren Ersuchen Auskünfte über verfahrenserhebliche Umstände zu erteilen; die Ersuchen und die Auskünfte haben möglichst automationsunterstützt zu erfolgen (§ 31 Abs. 4 Z 3 lit. b ASVG). Vorschriften, die für bestimmte Verfahren besonderes anordnen, bleiben unberührt.“

⁴³⁸ Durch die Formulierung im Gesetzestext wird eindeutig festgelegt, dass lediglich über verfahrenserhebliche Umstände Information zu erteilen ist.

⁴³⁹ BMAS 9.6.1981, 26.498/8-3/1981 (zitiert nach *Souhadra*, *SozSi* 1990, 428); vgl dazu auch *Dohr/Pollirer/Weis*, *Datenschutzgesetz*, § 8 Anm 13.

⁴⁴⁰ Zu erwähnen ist auch, dass eine Datenübermittlung nicht schon dann zulässig ist, wenn sie nach dem Datenschutzrecht (insbesondere § 7 DSG) zulässig wäre. Die Zulässigkeit der Datenübermittlung nach dem DSG begründet noch keine Verpflichtung der Sozialversicherungsträger, entsprechende Daten auch tatsächlich zu übermitteln. Das DSG, insbesondere dessen Bestimmung über Datenübermittlungen (§ 7 DSG 2000), bildet somit nur den Rahmen, innerhalb dessen für die Sozialversicherungsträger noch konkrete Übermittlungsverpflichtungen (zB Amtshilfevorschriften) vorhanden sein müssen, um die

nach Ansicht der *DSK* nicht mit dem *DSG* in Einklang wenn Daten, die der Schweigepflicht unterliegen, jeglichem Amtshilfeersuchen ohne weiteres zugänglich wären. Amtshilfeersuchen müssten so erledigt werden, dass die ersuchende Behörde nur jene Daten erhält, die sie tatsächlich benötigt. „Ballastwissen“ sei zu vermeiden.⁴⁴¹

Das ersuchende Gericht hat dadurch die Verantwortung, Amtshilfeersuchen so konkret zu fassen, dass die ersuchte Stelle präzise die nötigen Informationen zur Verfügung stellen kann. Unspezifizierbare Ersuchen um Übersendung aller bezughabenden Akten sind von § 89 h GOG nicht gedeckt. Am 7.6.1982 führte das *BMAS* überdies aus, dass Amtshilfeverpflichtungen für die ersuchte Stelle durchaus das Erfordernis mit sich bringen können, aus einer bestehenden Datensammlung bestimmte Daten auszuwählen und bekannt zu geben. Dies auch dann, wenn dieser Vorgang mit einem erheblichen Arbeits- und Kostenaufwand verbunden sei.⁴⁴²

Die Auskunftspflicht nach § 89 h GOG wird durch die datenschutzrechtlichen Vorschriften nicht eingeschränkt, weil Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz dann zulässig sind, wenn sie aufgrund von Gesetzen erfolgen, die aus den in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Gründen notwendig sind (§ 1 Abs 2 *DSG* 2000).⁴⁴³⁴⁴⁴

4 Zusammenfassung und Überleitung

Der Mensch ist zwar ein Individuum, lebt aber in einer Gemeinschaft. Seine persönlichen Eigenschaften und Umstände sind daher nicht nur seine eigene Sache, sondern zu einem wesentlichen Teil auch Sache der Gemeinschaft.

entsprechenden Datenübermittlungen auch tatsächlich durchführen zu können (vgl. *Souhadra*, *SozSi* 1990, 428).

⁴⁴¹ *Souhadra*, Amtshilfe an Gerichte, *SozSi* 1990, 428.

⁴⁴² *BMAS* zur 26.498/5-3/82 (zitiert nach *Souhadra*, *SozSi* 1990, 428).

⁴⁴³ *Souhadra*, *SozSi* 1990, 428.

⁴⁴⁴ Die *DSK* hat in einer Entscheidung, in der es um die Auskunft des Sozialversicherungsträgers an Sicherheitsbehörden ging, ausgesprochen, dass die vom Empfänger der Daten vorgegebene Erklärung, die Daten seien zur Vorbereitung von Hausdurchsuchungen bzw. zur Prüfung, ob der Beschwerdeführer in einem Beschäftigungsverhältnis zu bestimmten Versicherungen gestanden sei, benötigt worden, ausreichend plausibel sei. Die Notwendigkeit der Datenverwendung sei daher denkmöglich und es liege kein überschießender Eingriff in das Recht auf Geheimhaltung vor (*DSK* 29.11.2005, K121.050/0015-*DSK*/2005).

Seine vergangenen Handlungen haben ökonomische und soziale Wirkungen erzeugt und werden dies in Zukunft weiter tun. Daher sind Daten, die im Rechtsverkehr relevant sind, nicht nur Daten des Einzelnen, sondern auch Daten der Personengemeinschaft, die mit ihm ein jeweils auf den Informationsbereich abzugrenzendes soziales System bildet.⁴⁴⁵

Ob ein Interesse des Betroffenen an Geheimhaltung seiner Daten besteht ist zwar grundsätzlich von seinem eigenen Willen abhängig, um aber einen geordneten Rechtsverkehr innerhalb der Gemeinschaft überhaupt zu ermöglichen ist es erforderlich, das Geheimhaltungsinteresse einzuschränken. Auch wenn im konkreten Einzelfall feststeht, dass die Datenverarbeitung die Belange des Betroffenen beeinträchtigt, kann sie zulässig sein, denn die Einbindung in eine Gemeinschaft erfordert Offenlegung seiner je nach Sachlage relevanten Daten. Eine Berufung auf den Datenschutz darf nicht dazu führen, dass gegenüber dem Betroffenen eine Geltendmachung berechtigter oder rechtlicher Informationsinteressen nicht mehr stattfinden darf.⁴⁴⁶

Unter Punkt 17 wurde zum Datenschutz allgemein ausgeführt, dass ein effizienter Schutz der Privatsphäre auch der Mitarbeit des Einzelnen bedarf und es also auch am Einzelnen liegt sich so zu verhalten, dass er möglichst wenig persönliche Daten preisgibt. Dieses Argument kann im Zusammenhang mit dem Problem des Datenschutzes im Bereich der Gerichtsbarkeit nicht vorgebracht werden. Der Einzelne ist meist zu einer Preisgabe der Daten verpflichtet und kann sich gegen Einvernahmen (mit Ausnahme von gesetzlich vorgesehenen Zeugnisverweigerungsrechten) und sonstige Erhebungen nicht zur Wehr setzen. Hier ist es daher Aufgabe des Gesetzgebers Regelungen zu erarbeiten, die den Geheimnisschutz des Betroffenen schützen und einen Rahmen zur schaffen, in dem der Einzelne seine Ansprüche geltend machen kann.

Nach wie vor ergeben sich im Zivilverfahren in vielen Bereichen erhebliche datenschutzrechtliche Probleme. Einige dieser Probleme sind bereits erkannt

⁴⁴⁵ *Liebscher, Datenschutz, 223.*

⁴⁴⁶ *Liebscher, Datenschutz, 223.*

worden und der Gesetzgeber hat bereichsspezifische Regelungen geschaffen, die das Spannungsverhältnis zwischen der Datenfreiheit und dem Datenschutz befriedigend lösen. Leider ist manchmal zweifelhaft, ob diese gesetzgeberischen Vorgaben in der Praxis immer ausreichend umgesetzt werden. Es ist dem Gesetzgeber jedoch bisher nicht immer gelungen, befriedigende Regelungen zu erarbeiten. In diesem Zusammenhang ist beispielsweise an die gesetzlichen Bestimmungen über die Öffentlichkeit der Verfahren im Zivilprozess zu denken. Einige namhafte Autoren haben für diesen Bereich bereits Lösungsvorschläge erarbeitet, die bisher jedoch noch keine Berücksichtigung gefunden haben.⁴⁴⁷ Angesichts der rasanten technischen Entwicklung im Bereich der Informationsverarbeitung wird der Datenschutz über seine heute bereits bestehende Bedeutung hinaus auch für die Datenübermittlung im Zivilverfahren in Zukunft eine immer größere Rolle spielen.⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ Vgl dazu unter Punkt II1.1.1c).
⁴⁴⁸ *Liebscher*, Datenschutz, 236 f.

III BEWEISVERWERTUNGSVERBOTE IM ZIVILPROZESS

1 Einleitung

„Beweisen“ bedeutet allgemein die Begründung der Erkenntnis von einem Gegenstand durch Schlussfolgerungen oder Tatsachenfeststellungen nach einer Methode, im Prozess die Begründung der richterlichen Gewissheit („Überzeugung“) von Tatsachen durch bestimmte Beweismittel nach bestimmten Grundsätzen.⁴⁴⁹ Wenn es zu einem Rechtsstreit kommt, führt die Angst vor einem (wahrheitswidrigen) Bestreiten des Gegners dazu, dass sich die künftigen Prozessparteien bemühen werden, die notwendigen Beweismittel zu beschaffen. Die eine oder andere Partei wird dabei vielleicht einen Weg beschreiten, der mit dem geltenden Recht und Gesetz nicht in Einklang zu bringen und damit als rechtswidrig zu qualifizieren ist. Die Beweisbeschaffung gerät daher gelegentlich in Konflikt mit Rechten Dritter, weil es dadurch beispielsweise zu Eingriffen in Persönlichkeitsrechte, wie dem Recht am eigenen Bild und dem Recht am eigenen Wort, aber auch zu Verstößen gegen datenschutz- und strafrechtliche Vorschriften kommen kann.⁴⁵⁰ Zu beachten ist, dass von der Tatsache, dass durch die Erlangung eines Beweismittels gegen datenschutzrechtliche Vorschriften verstoßen werden kann⁴⁵¹, die Tatsache zu unterscheiden ist, dass die Verwertung rechtswidrig erlangter Daten vor Gericht einen Verstoß gegen das Grundrecht auf Datenschutz darstellt.⁴⁵²

Das Gericht muss sich daher die Frage stellen, ob es auch das rechtswidrig erlangte Beweismittel bzw. die rechtswidrig erlangten Daten bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigen darf oder nicht.⁴⁵³⁴⁵⁴ Diese Problematik wird in den folgenden Kapiteln näher erläutert.

⁴⁴⁹ *Spenling*, Beweisverbote im Strafprozess, NJW 1966 1. Halbband, 1103.

⁴⁵⁰ *Balthasar*, Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess, JuS 2008, 35.

⁴⁵¹ *Graf/Schöberl* haben angeführt, dass eine Verletzung des Grundrechtes auf Datenschutz nach der hL kein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht (vgl. *Graf/Schöberl*, ZAS 2004/30).

⁴⁵² Vgl. *Graf/Schöberl*, ZAS 2004/30.

⁴⁵³ *Gemmeke*, Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Verfahren, Schriften zum Verfahrensrecht, *Gottwals/Haas (Hrsg.)*, Frankfurt am Main 2003, 1f.

⁴⁵⁴ Die Frage eines Beweisverwertungsverbotes stellt sich auch im Zusammenhang mit staatlich veranlasster Tatprovokation. In der Entscheidung des OGH 13 Os 73/08 x vom 23.7.2008

2 Allgemeines

Einerseits sollte das Ziel jedes Prozesses sein, den entscheidungswesentlichen Sachverhalt möglichst wahrheitsgetreu zu erforschen. Nur ein Urteil, das sich auf den wahren Sachverhalt stützt, kann für sich in Anspruch nehmen „gerecht“ zu sein. Die Ermittlung des wahren Sachverhaltes kann durch ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel unterstützt werden. Auf der anderen Seite könnte es gerade der Gerechtigkeitsgedanke sein, der zu dem Schluss führt, dass rechtswidrig erlangte Beweismittel nicht zugelassen werden dürfen. Denkt man an Fälle wie beispielsweise unter Folter erpresstes Geständnis oder Überwachen durch versteckte Videokamera stellt sich die Frage, ob sich das Gericht in jedem Fall dem Prinzip der Wahrheitsermittlung beugen muss.⁴⁵⁵ *Gemmeke* führt aus, dass das Erforschen des wahren Sachverhaltes durch Verwertung aller greifbaren Erkenntnismittel nicht zum Selbstzweck eines Prozesses werden darf. Gerade das Ziel eines jeden Prozesses, die Förderung des Rechtsfriedens, scheine gefährdet, wenn die Sachverhaltsermittlung auf einer Rechtsverletzung beruhe

ging es darum, dass der Beklagte von verdeckten Ermittlern zum Verkauf von Heroin provoziert worden war. Liegt eine dem Staat zurechenbare Anstiftung zu einer strafbaren Handlung vor, so ist diese unzulässig. Die Literatur ist sich, was die rechtlichen Folgen einer unzulässigen Tatprovokation betrifft, uneinig. Einige Autoren schließen sich der Ansicht des OGH, dass die Tatprovokation ausschließlich im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen sei, an (vgl. *Kirchbacher/Schroll*, Zur Rechtsprechung des OGH betreffend das SMG und die Einbringung der Ergebnisse verdeckter Ermittler in die Hauptverhandlung, RZ 2005, 173; vgl. dazu auch *Ratz*, Beweisverbote und deren Garantien durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen, Teil 2, RZ 2005, 110 f). Ein Teil der Lehre lehnt dies mit dem Argument ab, dass der Angeklagte „ab initio und endgültig kein faires Verfahren hatte“, also das fundamentale Verfahrensrecht des fair trial verletzt und deshalb ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der mit der Tatprovokation zusammenhängenden Tatumstände anzunehmen sei (vgl. *Ambos*, Zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens in Österreich, ÖJZ 2003/39, 667 f). Im Verfahren *Teixeira de Castro* gg Portugal hat der EGMR ausgesprochen, dass im konkreten Fall die Tätigkeit der beiden Polizeibeamten über die eines verdeckten Ermittlers hinausgegangen sei, weil diese zu der Straftat angestiftet hätten und nichts dafür spreche, dass diese ohne ihr Eingreifen begangen worden wäre. Der Bf habe daher ab initio kein faires Verfahren gehabt, weshalb eine Verletzung des Art 6 Abs 1 EMRK vorliege (vgl. *Teixeira de Castro* gg Portugal, Urteil vom 9.6.1998, EUGRZ 1999, 663). *Fuchs* ist der Meinung, dass es sich hierbei um einen materiellen Strafflosigkeitsgrund handle (vgl. *Fuchs*, Verdeckte Ermittler – anonyme Zeugen, ÖJZ 2001, 497).

⁴⁵⁵

Das LG ZRS Wien hat die Verwertung des Ergebnisses einer sieben Monate andauernden unzulässigen Videoüberwachung eines Eingangsbereiches einer Wohnung mangels Beweisverwertungsverbot für zulässig erachtet (vgl. LG ZRS Wien, 10.4.2007, 40 R 86/07 d).

und eine Partei den Prozess nur deshalb für sich entscheiden könne, weil sie auf rechtswidrige Art und Weise ein Rechtsmittel erlangt habe.⁴⁵⁶

Die Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise wurde in Österreich im Vergleich zu Deutschland sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung lange Zeit nur stiefmütterlich behandelt.⁴⁵⁷ *Graff* führt aus, dass die Gerichte und Behörden, ohne ein im Gesetz klar ausgedrücktes Verwertungsverbot, die verfassungsrechtlichen und prozessualen Menschenrechtsgarantien im Zusammenhang mit der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel nicht ernst nehmen werden.⁴⁵⁸ Die herrschende österreichische Lehre und Praxis geht davon aus, dass ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel im Zivilprozess grundsätzlich verwertet werden darf, bzw dass ein Verwertungsverbot nur unter sehr engen Voraussetzungen besteht.^{459/460}

Es ist leider anzunehmen, dass die Parteien eines Verfahrens aufgrund der sich rasant vollziehenden technischen Entwicklung immer mehr in Versuchung geraten werden, sich Beweismittel für etwaige Rechtsstreitigkeiten auf mehr oder weniger legalem Weg zu beschaffen und dass sich in diesem Zusammenhang auch vermehrt Verstöße gegen das Grundrecht auf Datenschutz feststellen lassen werden. Es ist daher absehbar, dass die Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel in naher Zukunft immer mehr an Bedeutung gewinnen und die Gerichte in zunehmendem Maße beschäftigen wird. (Zu den wesentlichen bisher vorliegenden Entscheidungen österreichischer Gerichte vergleiche unten unter Punkt 6).

⁴⁵⁶ *Gemmeke*, Beweisverwertungsverbote, 2.

⁴⁵⁷ Anders in Deutschland, wo sich *Beling* bereits im Jahr 1903 mit der Frage, inwieweit Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung herangezogen werden dürfen, beschäftigt hat und erklärt hat, dass grundsätzlich alle Mittel zur Aufklärung des Sachverhaltes zulässig und die strafprozessualen Beweisschranken nur Ausnahmen dieses Prinzips seien. (Vgl *Beling*, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess, Breslau 1903; vgl auch *Zeiss*, Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, ZZP 1976, 377.)

⁴⁵⁸ *Graff*, AnwBl 1991/3974, 852.

⁴⁵⁹ *Röhsner*, immolex 2000, 349; vgl auch *Kodek*, Beweismittel, 93.

⁴⁶⁰ *Kodek* hat im Jahr 1987 ausgeführt, dass bis zu diesem Zeitpunkt keine zivilprozessualen Entscheidungen zur Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel veröffentlicht wurden. In der Praxis werde idR stillschweigend von der Verwertbarkeit ausgegangen (*Kodek*, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess, Wien 1987, 93).

2.1 Begriffsbestimmungen

Spricht man von einem Beweis, dann ist meist das Beweismittel gemeint. Vom Beweismittel sind das Beweisthema und die Beweismethode zu unterscheiden. Es ist dem Gericht nicht schrankenlos möglich Beweise aufzunehmen, weil es Beschränkungen gibt, die dem Gericht in bestimmten Fällen nicht nur die Aufnahme von Beweisen (Beweiserhebungsverbote)⁴⁶¹ sondern auch die Verwertung von Beweisen im Urteil (Beweisverwertungsgebote) untersagen. Allgemein handelt es sich bei diesen Beschränkungen um Beweisverbote. Der Begriff „Beweisverbot“ wird als Oberbegriff für sämtliche Fälle von „Beweishindernissen im weiteren Sinne“ verstanden.⁴⁶² Die Beweisverbote lassen sich nach ihrem Inhalt in (i) Beweisthemenvorbote, (ii) Beweismittelverbote und (iii) Beweismethodenverbote einteilen.⁴⁶³

2.1.1 Das Beweisthema

Beim Beweisthema (Beweisgegenstand) handelt es sich um die Frage was bewiesen werden muss. Zu beweisen sind Tatsachenbehauptungen und Erfahrungssätze.⁴⁶⁴ Tatsachen sind die konkreten zeitlich und örtlich (räumlich) bestimmten gegenwärtigen oder vergangenen Geschehnisse und Zustände der Außenwelt oder des Innenlebens einer Person.⁴⁶⁵ Es gibt äußere Tatsachen, die in der Außenwelt sinnlich wahrnehmbar werden (zB. die Existenz von Gegenständen, deren Farbe und Beschaffenheit) und innere Tatsachen, die das Innenleben einer Person betreffen (Gemütsbewegungen, Kenntnisse, Absichten etc.).⁴⁶⁶ Da innere Tatsachen in der Regel nicht direkt

⁴⁶¹ § 320 ZPO normiert beispielsweise, dass Geistliche zu dem, was ihnen im Zuge einer Beichte anvertraut wird, nicht als Zeugen vernommen werden dürfen. Überdies ist es dem Gericht untersagt Staatsbeamte, wenn sie durch ihre Aussage ihr Amtsgeheimnis verletzen würden oder eingetragene Mediatoren zu dem, was ihnen im Rahmen der Mediation anvertraut wurde, zu befragen.

⁴⁶² *Störmer*, Beweiserhebung, Ablehnung von Beweisanträgen und Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess, JuS 1994, 334.

⁴⁶³ *Rechberger* in *Rechberger (Hrsg.)*, Kommentar zur ZPO², Wien 2000, Vor § 266 Rz 23.

⁴⁶⁴ *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht-Streitiges Verfahren, Graz 2004, Rz 227.

⁴⁶⁵ *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechtes, Wien 1990, Rz 830.

⁴⁶⁶ *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechtes-Erkenntnisverfahren, Wien 2009, Rz 763.

bewiesen werden können, wird von äußeren Tatsachen auf sie geschlossen.⁴⁶⁷

Erfahrungssätze sind einerseits die Regeln der allgemeinen Lebenserfahrung und der Bildung, andererseits aber die Regeln einer besonderen Sachkunde in Wissenschaft, Kunst, Handel, Gewerbe und anderen Bereichen.⁴⁶⁸ Es müssen letztlich bei jeder Tatsachenfeststellung Erfahrungssätze herangezogen werden und der Richter wird auch bei Urkunden- und Augenscheinsbeweisen auf seine Lebenserfahrung zurückgreifen müssen.⁴⁶⁹ Wenn der Richter nicht über die notwendige Kenntnis verfügt, müssen die Erfahrungssätze durch Sachverständige bewiesen werden.⁴⁷⁰

Beweisthemenv Verbote verbieten dem Gericht, über bestimmte Tatsachen überhaupt Beweise aufzunehmen.⁴⁷¹ Nach Aufhebung des § 268 ZPO, der die Bindung des Richters an Tatsachenfeststellungen eines verurteilenden strafgerichtlichen Erkenntnisses anordnete, gibt es in der ZPO keine ausdrücklichen Beweisthemenv Verbote mehr.⁴⁷²

2.1.2 Das Beweismittel

Beweismittel sind die Personen und Gegenstände mit deren Hilfe der Beweis erbracht werden soll. Sie sollen dem Gericht aufgrund sinnlicher Wahrnehmung die Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen ermöglichen.⁴⁷³ Beweismittel lassen sich entweder unmittelbar oder dadurch wahrnehmen, dass sie Spuren in der Außenwelt (wie zB.: die Wunde oder das Unfallfahrzeug) oder Spuren im Gedächtnis der unmittelbar oder mittelbar beteiligten Personen zurücklassen. Die Spuren in der Außenwelt sind im Gegensatz zu den Spuren im menschlichen Gedächtnis objektiv feststellbar oder mit objektiven Kriterien vergleichbar und gelegentlich auch

⁴⁶⁷ *Fasching*, Lehrbuch, Rz 830.

⁴⁶⁸ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, Rz 763.

⁴⁶⁹ *Rechberger*, Kommentar, Vor § 266 Rz 15.

⁴⁷⁰ *Ballon*, Zivilprozessrecht, Rz 231.

⁴⁷¹ *Ratz*, Beweisverbote und deren Garantien durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen, Teil 1, RZ 2005, 75.

⁴⁷² *Rechberger*, Kommentar, Vor § 266 Rz 23.

⁴⁷³ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, Rz 791.

reproduzierbar. Die Spuren im menschlichen Gedächtnis hingegen werden von der persönlichen Wahrnehmungsfähigkeit und von der Aufnahmefähigkeit sowie von der Besonderheit und Leistungsfähigkeit des Gedächtnisses der jeweiligen Person geprägt, sind also subjektiv verändert.⁴⁷⁴

In der ZPO sind die fünf klassischen Beweismittel nach den allgemeinen Bestimmungen über den Beweis und die Beweisaufnahme im 3. bis 7. Titel des zweiten Teiles geregelt. Es sind dies (i) Urkunden (§§ 292 bis 319 ZPO), (ii) Zeugen (§§ 320 bis 350 ZPO), (iii) Sachverständige (§§ 351 bis 367 ZPO), (iv) Beweis durch Augenschein (§§ 368 bis 370 ZPO) und (v) Beweis durch Vernehmung der Parteien (§§ 371 bis 383 ZPO).

Bei den Beweismittelverboten ist zwischen Beweismittelverboten im engeren Sinn und solchen im weiteren Sinn zu unterscheiden. Beweismittelverbote im engeren Sinn verbieten dem Gericht entweder generell die Benützung bestimmter Beweismittel (vgl. beispielsweise § 320 Z 2 bis 4 ZPO) oder nur hinsichtlich bestimmter Tatsachen.⁴⁷⁵ Zur Frage der Beweismittelverbote gehört im weiteren Sinn auch, ob diese in der ZPO taxativ aufgezählt sind sowie die Problematik der von den Parteien rechtswidrig erlangten Beweismittel.⁴⁷⁶ In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass die in der ZPO aufgezählten Beweismittel nicht erschöpfend aufgezählt sind, weil alle Erkenntnisquellen herangezogen werden können soweit ihre Verwertung nach den Regeln über das Beweisverfahren möglich ist.⁴⁷⁷ *Ballon* nennt als solche Erkenntnisquellen,

⁴⁷⁴ *Fasching*, Lehrbuch, Rz 924.

⁴⁷⁵ *Fasching*, Lehrbuch, Rz 826.

⁴⁷⁶ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, Rz 772.

⁴⁷⁷ *Ballon*, Einführung, Rz 216; vgl. auch *Fasching*, Lehrbuch, Rz 925. Die Rechtsprechung hat aus den im 3. bis 7. Teil der ZPO angeführten Beweismitteln den Schluss gezogen, dass diese Aufzählung taxativ sei und andere Beweismittel daher unzulässig seien. *Fasching* führt aus, dass sich die Tatsache, dass das Gesetz nur fünf Beweismittel nennt, damit erklären lasse, dass der Gesetzgeber die fünf wichtigsten und nach dem damaligen Stand der Erfahrung ausschließlich brauchbaren Beweismittel näher regelte. Der Gesetzgeber habe jedoch keineswegs neue Erkenntnismöglichkeiten ausschließen wollen, die die technische, wissenschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung seither gebracht habe. Es bestünde auch kein ernstlicher Grund der es rechtfertigen würde, diese neuen Erkenntnismöglichkeiten dem Richter bei seiner Wahrheitsforschung zu verschließen. Die Wahrung des rechtlichen Gehörs der Parteien bei der Beweisaufnahme, die Beachtung der Unmittelbarkeit und die freie richterliche Beweiswürdigung seien voll ausreichende Garantien gegen einen Missbrauch und eine Überbewertung neuer Beweismittel (vgl. *Fasching*, Lehrbuch, Rz 925). Vgl. auch *Sperl*, Lehrbuch, 397; aus dem Grundgedanken der Gesetze erweise sich, dass nicht eine erschöpfende und abgeschlossene Liste von zulässigen und möglichen Beweismitteln

die unter die in der ZPO genannten Beweismittel eingeordnet werden können, beispielsweise die Anfrage an Behörden, die Befragung eines informierten Vertreters oder die Meinungsumfrage.⁴⁷⁸

2.1.3 Die Beweismethode

Bei der Beweismethode handelt es sich um die Gewinnung von Beweismitteln durch das Gericht, dh das Vorgehen bei der Beweisaufnahme. Beweismethodenverbote⁴⁷⁹ verbieten ein bestimmtes Vorgehen bei der Aufnahme eines an sich zulässigen Beweismittels, also die rechtswidrige Beweiserlangung durch das Gericht.⁴⁸⁰ Ihre Verletzung ist dann beachtlich, wenn die vom Gericht angewandte Beweismethode gegen ein verfassungsrechtliches Grundrecht des Betroffenen oder ein prozessrechtliches Verbot verstößt.⁴⁸¹ Dies ist als Verfahrensverletzung in zweiter und dritter Instanz nach Anfechtung überprüfbar. Tatsachen, die unter Verletzung eines Beweismethodenverbotes aus verbotswidrig aufgenommenen Beweisen gewonnen wurden dürfen der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden.⁴⁸² Das Beweismethodenverbot stellt somit vor allem einen Schutz der Einzelperson in ihrem Persönlichkeitsrecht gegenüber dem Gericht dar.⁴⁸³

2.1.4 Das Beweisaufnahmeverbot

Unter Beweisaufnahme oder Beweiserhebung wird sowohl die faktische Erschließung von Informationen als auch die Einführung von an sich zugänglichen Informationen in das Verfahren verstanden.⁴⁸⁴ Beweise werden (i) im Verfahren mit reinem Untersuchungsgrundsatz, (ii) wenn Tatsachen im

aufgestellt werden wollte, sondern vielmehr nur eine Regelung der erfahrungsgemäß verfügbaren und üblichen Beweisarten.

⁴⁷⁸

Ballon, Einführung, Rz 216.

⁴⁷⁹

Von *Spending* als Beweisverfahrensverbote bezeichnet, vgl NJW 1966, 1. Halbband, 1107.

⁴⁸⁰

Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht, Rz 772.

⁴⁸¹

Rechberger, Kommentar, Vor § 266 Rz 23.

⁴⁸²

Fasching, Lehrbuch, Rz 933.

⁴⁸³

Hofmann, Beweisverbote im Strafprozess – Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote, JuS 1992, 587.

⁴⁸⁴

Frieberger, Beweisverbote im Verwaltungsverfahren, Wien 1997, (Dissertation), 3; *Ratz* spricht von „Stoffsammlung im Prozess“ (*Ratz*, RZ 2005, 75).

Wege von Erhebungen von Amts wegen zu ermitteln sind und (iii) zur Feststellung aller aufgrund des Parteivorbringens vom Richter als entscheidungserheblich erachteten Tatsachen, aufgrund seiner materiellen Prozessleitungspflicht, von Amts wegen aufgenommen. In allen anderen Fällen erfolgt die Beweisaufnahme aufgrund des Beweisantritts einer Partei.⁴⁸⁵ Der Beweisantrag ist zurückzuweisen, (i) wenn der angebotene Beweis unerheblich erscheint (§ 275 Abs 1 ZPO), (ii) wenn dadurch der Prozess verschleppt werden soll (§ 275 Abs 2 ZPO), (iii) wenn eine befristete Beweisaufnahme nach Ablauf der Frist eine Verfahrensverzögerung mit sich bringen würde (§ 279 Abs 2 ZPO) oder (iv) wenn die Beweisaufnahme nicht notwendig ist, weil das Gericht bereits überzeugt oder die Tatsache nicht beweisbedürftig ist.

Darüber hinaus ist der Antrag auch zurückzuweisen, wenn ein Beweisaufnahmeverbot (auch Beweiserhebungsverbot oder Beweismittelverbot) besteht.⁴⁸⁶ Unter einem Beweisaufnahmeverbot ist demnach eine Rechtsvorschrift zu verstehen, die die Beweisaufnahme für unzulässig erklärt. Es gibt nur wenige ausdrückliche Beweisaufnahmeverbote in Österreich.⁴⁸⁷ So ist die Vernehmung eines Zeugen selbst dann zulässig, wenn dieser durch seine Aussage eine strafrechtlich geschützte Verschwiegenheitspflicht verletzt.⁴⁸⁸ *Rechberger* verweist auf die Ausführungen *Faschings* und befürwortet nur dann ein Beweisaufnahmeverbot, wenn das Gericht durch die Beweisaufnahme in

⁴⁸⁵ *Rechberger*, Kommentar, Vor § 266 Rz 27.

⁴⁸⁶ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, Rz 783.

⁴⁸⁷ § 320 ZPO normiert beispielsweise, dass Personen, welche zur Mitteilung ihrer Wahrnehmung unfähig sind, Geistliche in Ansehung dessen, was ihnen in der Beichte oder sonst unter dem Siegel der Amtsverschwiegenheit anvertraut wurde, Staatsbeamte, wenn sie durch die Aussage ein Amtsgeheimnis verletzen würden und eingetragene Mediatoren, in Ansehung dessen, was ihnen im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurde, nicht vernommen werden dürfen. Unzulässig ist überdies die Vernehmung der im Vorprozess zuständigen Richter, jedenfalls dann, wenn Senate entschieden haben, weil dies als Eingriff in das Beratungsgeheimnis zu sehen ist von dem sie nicht entbunden werden können. Hierbei handelt es sich um ein von Amts wegen wahrzunehmendes Beweisaufnahmeverbot (vgl. *Völkl/Völkl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung 2001-2004, ÖJZ 2006/18; vgl. auch OGH 25.9.2001, 1 Ob 151/01 i).

⁴⁸⁸ *Kodek*, Beweismittel, 142.

verfassungsrechtlich geschützte Rechte eingreifen würde. Die Beweisaufnahme begründe dann Nichtigkeit.⁴⁸⁹

2.1.5 Das Beweisverwertungsverbot

Unter einem Beweisverwertungsverbot wird das Verbot verstanden, gewisse bereits erbrachte und in einem Verfahren bereits aufgenommene Beweise zur Sachverhaltsfeststellung heranzuziehen und damit der Entscheidung zugrunde zu legen.⁴⁹⁰ Der Beweis hat bei der Entscheidung unberücksichtigt zu bleiben, dh er darf dem Urteil nicht zugrunde gelegt werden, das bereits erbrachte Beweisergebnis muss sozusagen wieder vergessen werden.⁴⁹¹⁴⁹² Das Gericht muss als Konsequenz daher möglicherweise eine Entscheidung fällen, die es als inhaltlich unrichtig erkennt.⁴⁹³

Es ist davon auszugehen, dass es für den betreffenden Organwahrer schwierig ist, sich von einem überzeugenden Beweis psychisch so zu distanzieren, dass dieser keinen Einfluss mehr auf die Sachverhaltsfeststellung hat. Dies trifft insbesondere auf die Würdigung der verbleibenden verwertbaren Beweise zu, denn auch hier darf das Ergebnis des unverwertbaren Beweises – auch nicht unbewusst – einfließen.⁴⁹⁴ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie ein Richter vorzugehen hat, der erkennt, dass er außerstande ist, den unverwertbaren Beweis zu negieren. Nach *Grünwald* ist dies ein „Musterfall der Befangenheit“. Er fordert daher, dass sich das jeweilige Organ, vor dem

⁴⁸⁹ Vgl. OGH 27.9.2001, 6 Ob 190/01 m. Wird nicht in ein verfassungsrechtlich geschütztes Recht eingegriffen, stellt die Verletzung eines Beweisverbotes keinesfalls einen Nichtigkeitsgrund dar (vgl. OGH 20.11.1997, 2 Ob 272/97 g).

⁴⁹⁰ *Ratz*, RZ 2005, 74; *Fasching*, Lehrbuch, Rz 827/1.

⁴⁹¹ *Hofmann*, JuS 1992, 588 f; vgl. auch *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, Rz 773.

⁴⁹² Der OGH hat in seiner Entscheidung zu 15 Os 57/07 g vom 8.8.2007 bekräftigt, dass dies auch dann gelte, wenn das Beweismittel in der Hauptverhandlung vorgekommen ist. Das Gericht habe in diesem Sinn in der Urteilsbegründung das einem Verwertungsverbot unterliegende, in der Hauptverhandlung vorgekommene Beweismittel, in den Entscheidungsgründen anzusprechen und deutlich zu machen, dass es bei der Beweiswürdigung ausgeblendet wurde.

⁴⁹³ *Schmoller*, Beweise die hypothetisch nicht existieren. Beweisverwertungsverbote im geltenden und künftigen Strafprozess, JPR 2002, 251.

⁴⁹⁴ *Grünwald*, Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ 1966, 500. *Grünwald* wirft die Frage auf, ob es einem Richter überhaupt möglich ist, ein Beweisverwertungsverbot zu beachten das eine „hypothetische Überzeugungsbildung“ von ihm fordere. Der Richter habe ja das Wissen erlangt und könne dieses nicht mehr aus seinem Bewusstsein streichen. Dies sei jedoch nicht in jedem Fall ausgeschlossen.

eine unverwertbare Beweiserhebung stattgefunden hat, der Ausübung seines Amtes zu enthalten und seine Vertretung zu veranlassen habe.⁴⁹⁵

Den Beweisverwertungsverböten kommt eine entscheidende Rolle zu, weil nur ein Beweisverwertungsverbot sicher stellt, dass ein bestimmter (allenfalls rechtswidrig erhobener) Beweis zur Sachverhaltsdarstellung letztlich nicht herangezogen werden darf.⁴⁹⁶

Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang, dass sich zur Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel auch im Straf- und im Verwaltungsverfahrenrecht keine entsprechenden Regelungen finden. Bei den Überlegungen zum Zivilprozess sind daher auch die Ausführungen von Lehre und Rechtsprechung zu diesen Gebieten heranzuziehen. Überdies ist auch die deutsche Lehre und Rechtsprechung zu berücksichtigen, weil die Diskussion zur Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise dort seit längerer Zeit besonders lebhaft geführt wird und die Ähnlichkeit der Gesetzeslage Rückschlüsse erlaubt.

2.1.6 Zum Verhältnis Beweisaufnahmeverbot und Beweisverwertungsverbot

Es gibt in der ZPO keine generelle Regelung über Beweisaufnahmeverbote. Wie bereits ausgeführt verbieten einzelne gesetzliche Regelungen den Gerichten jedoch, einen bestimmten Beweis aufzunehmen.⁴⁹⁷ Ein Beweisaufnahmeverbot sagt jedoch noch nichts darüber aus, was mit einem Beweis zu geschehen hat, der entgegen einem solche Verbot aufgenommen worden ist. Es stellt sich somit die Frage nach dem Verhältnis von Beweisaufnahmeverboten und Beweisverwertungsverböten. Insbesondere ist zu untersuchen, ob auf die Verletzung eines Beweisaufnahmeverbotes ein Beweisverwertungsverbot folgt, das den so erlangten Beweis von der Sachverhaltsfeststellung ausschließt. *Rechberger/Simotta* lehnen dies mit der Begründung ab, dass es unserem Rechtsempfinden fremd sei, vom Richter

⁴⁹⁵ *Grünwald*, JZ 1966, 501. Dies sei nur dann nicht der Fall, wenn der Richter zu der Feststellung kommt, dass die zulässigen Beweismittel zur Überführung nicht ausreichen, sodass ein Freispruch geboten ist.

⁴⁹⁶ *Frieberg*, Beweisverböte, 6.

⁴⁹⁷ Beispielsweise die Regelung des § 320 Abs 2 ZPO.

die Negierung wesentlicher Beweisergebnisse zu verlangen.⁴⁹⁸ Da die Problematik nur dann entstehe, wenn es sich um entscheidungswesentliche Beweismittel handle, läge der Effekt des Verbotes im Wesentlichen darin, sehenden Auges ein falsches Urteil in Kauf zu nehmen.⁴⁹⁹⁵⁰⁰

Grundsätzlich sind drei Varianten denkbar. Zum einen die Extremposition, dass auch ohne explizite Anordnung jedenfalls aus der Verletzung eines Beweiserhebungsverbotes ein Beweisverwertungsverbot folgt, zum anderen die gegenläufige Position, dass überhaupt kein Zusammenhang besteht und die Verletzung eines Beweiserhebungsverbotes nie zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Zwischen diesen Extrempositionen gibt es Mittelpositionen, die unter gewissen Umständen der Verletzung eines Erhebungsverbotes ein Verwertungsverbot folgen lassen.⁵⁰¹

3 Deutsche Lehre und Rechtsprechung im Zivilprozessrecht

In der Folge wird zuerst die in der deutschen Lehre und Rechtsprechung vertretene Auffassung behandelt, weil diese die österreichische Diskussion maßgeblich beeinflusst hat.⁵⁰² Die Rechtslage in Deutschland ähnelt jener in Österreich insoweit, als auch die deutsche Zivilprozessordnung (dZPO) keine ausdrückliche Vorschrift über die Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit von Beweismitteln, die eine Partei in rechtswidriger Weise erlangt hat, enthält.⁵⁰³

Die Frage der Verwertbarkeit von fehlerhaft erhobenen Beweisen ist – wie bereits ausgeführt – bisher noch nicht restlos geklärt, deren Verwertung ist

⁴⁹⁸ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, Rz 773.

⁴⁹⁹ *Kodek*, Beweismittel, 136 ff; vgl auch *Recherger*, Kommentar, Vor § 266, Rz 24.

⁵⁰⁰ Als Sanktion für den Verstoß gegen ein Beweismethodenverbot ist das Verwertungsverbot jedoch ausnahmsweise sinnvoll, um die Prozessbeteiligten davor zu schützen, dass das Gericht durch die Beweisaufnahme selbst in ihre verfassungsrechtlich geschützten Rechte eingreift (vgl *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, Rz 773).

⁵⁰¹ *Frieberger*, Beweisverbote, 6.

⁵⁰² *Kodek*, ÖJZ 2001, 283.

⁵⁰³ *Werner*, Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, NJW 1988 1. Halbband, 999; vgl auch *Stein/Jonas*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 4, Tübingen 2008, § 284 Rz 86.

„nicht grundsätzlich unzulässig“.⁵⁰⁴ Die in der deutschen Lehre vertretenen Positionen können in folgende Gruppen zusammengefasst werden:⁵⁰⁵

- Die materielle Rechtswidrigkeit bei der Verschaffung des Beweismittels ist auf den Prozess ohne Einfluss, rechtswidrig erlangte Beweismittel sind daher in vollem Umfang zu berücksichtigen.⁵⁰⁶ Die Wahrheitsermittlung genießt Vorrang vor dem Schutz individueller Freiheit.⁵⁰⁷ Ein Verwertungsverbot wäre ausnahmsweise nur dann anzunehmen, wenn das Prozessrecht dies ausdrücklich bestimme.⁵⁰⁸ *Störmer* kritisiert an der generellen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel, dass keine Vorschrift ersichtlich sei, die der Wahrheitsfindung im Zivilprozess den Vorrang vor allen anderen Prozesszwecken einräume.⁵⁰⁹ Diese Auffassung lasse überdies die Wirkung der Grundrechte außer Acht, weil nicht nur ein kodifizierter Prozessrechtssatz sondern auch eine verfassungsrechtliche Bestimmung, insbesondere ein Grundrecht, das Prozedieren unzulässig machen könne.⁵¹⁰ Die generelle Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel wird daher überwiegend in Lehre und Rechtsprechung abgelehnt.⁵¹¹

⁵⁰⁴ *Hartmann*, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, München 2007, Übers § 371, Rz 13. *Kodek* spricht davon, dass die Vielfalt der zur Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel vertretenen Auffassungen „nahezu unübersehbar ist und dass von einer herrschenden Meinung angesichts der Fülle der Meinungen nicht gesprochen werden könne“ (*Kodek*, ÖJZ 2001, 283).

⁵⁰⁵ *Prütting*, Münchener Kommentar zur ZPO, § 284 Rn 63.

⁵⁰⁶ Zu den Vertretern dieser Theorie zählen *Roth* und *Peters* (vgl. *Zeiss*, ZZP 1976, 384).

⁵⁰⁷ *Werner*, NJW 1988 1. Halbband, 997.

⁵⁰⁸ *Störmer*, JuS 1994, 335.

⁵⁰⁹ Vgl. dazu auch *Prütting*, Münchener Kommentar ZPO, § 284 Rn 66.

⁵¹⁰ Dagegen wird jedoch von den Gegnern des Beweisverwertungsverbotes wiederum eingewandt, dass der Einzelne bei der Erlangung von Beweismitteln nie gegen verfassungsmäßig garantierte Grundrechte verstoßen könne, weil diese unmittelbar nur die staatliche Gewalt binden würden und ihre unmittelbare Geltung im Privatrechtsverkehr abzulehnen sei (vgl. *Kodek*, ÖJZ 2001, 291). Die österreichische Lehre ist zu dieser Frage nicht eindeutig, sodass eine Drittwirkung der Grundrechte nicht ausgeschlossen ist (*Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁹, Wien 2000, Rz 1330). Auch wenn der Einzelne bei der Erlangung von Beweismitteln nicht gegen ein Grundrecht verstoßen kann, ist dennoch zu beachten, dass dem Gericht ein solcher Verstoß möglich ist und daher jedenfalls die Prüfung eines Grundrechtsverstoßes auf der Ebene der Beweisaufnahme vorzunehmen ist.

⁵¹¹ *Störmer*, JuS 1994, 335.

- Jedes materiell widerrechtlich erlangte Beweismittel soll prozessual unzulässig sein, dh es darf im Gerichtsverfahren keine Berücksichtigung finden.⁵¹² Begründet wird diese Ansicht mit dem Gedanken der „Einheit der Rechtsordnung“: Was nach materiellem bürgerlichem Recht oder Strafrecht rechtswidrig sei, dürfe nicht nach Verfahrensrecht zulässig oder verwertbar sein, weil ansonsten das rechtswidrige Verhalten der Partei gefördert werde.⁵¹³ Überdies gebiete es der das Prozessrechtsverhältnis beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben solche Beweismittel auszuschließen, die durch Unredlichkeit in den Besitz des Beweisführers gelangt seien.⁵¹⁴

Die generelle Unzulässigkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel wird jedoch nur von einer Minderheit befürwortet.⁵¹⁵ Von Gegnern dieser Ansicht wird vorgebracht, dass ohne konkreten normativen Anhaltspunkt, allein aus der rechtswidrigen Erlangung eines Beweismittels, nicht auf die prozessuale Unverwertbarkeit geschlossen werden könne.⁵¹⁶ Die Rechtsordnung reagiere auf die rechtswidrige Erlangung eines Beweismittels grundsätzlich nur mit den dafür vorgesehenen strafrechtlichen Sanktionen, nicht aber mit der Unverwertbarkeit im Prozess.⁵¹⁷ Ziel des Prozesses sei auch das materiell richtige Urteil. Das öffentliche Interesse an der Findung einer sachlich richtigen Entscheidung spreche stets für die Verwertung eines Beweismittels.⁵¹⁸

- Die beiden zuvor angeführten Meinungen finden heute kaum noch Anhänger. Rechtsprechung und Lehre vertreten nun überwiegend eine

⁵¹² *Werner*, NJW 1988 1. Halbband, 997 f; vgl auch *Wieczorek*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Berlin 1957, Band II, Teil 1, § 286 , Anm D II b f; *Feldmann*, Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweise, NJW 1959 1. Halbband, 853 ff.

⁵¹³ *Störmer*, JuS 1994, 335.

⁵¹⁴ *Baumgärtel*, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZP 1956, 103.

⁵¹⁵ Zu den Befürworter eines grundsätzlichen Beweisverbotes zählen *Kellner*, *Baumgärtel* und *Pleyer* (vgl *Zeiss*, ZZP 1976, 382 f).

⁵¹⁶ *Störmer*, JuS 1994, 335.

⁵¹⁷ *Gamp*, ZZP 1983, 116.

⁵¹⁸ *Störmer*, JuS 1994, 335.

vermittelnde Position.⁵¹⁹ Im Schrifttum gehen viele Autoren davon aus, dass ein materiell rechtswidrig erlangtes Beweismittel nur dann nicht im Prozess verwendet werden dürfe, wenn es unter Verletzung eines verfassungsrechtlich geschützten Grundrechtes, insbesondere des Persönlichkeitsrechtes, erlangt worden ist.⁵²⁰ Das schlicht rechtswidrig ohne Grundrechtsverletzung erlangte Beweismittel sei voll verwertbar.⁵²¹ *Störmer* kritisiert diese Ansicht mit dem Hinweis darauf, dass die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte abzulehnen sei.⁵²²

- Überdies wird auch die Meinung vertreten, dass weder eine generelle Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit angenommen werden solle.⁵²³ Vielmehr solle im jeweiligen konkreten Fall nach Sinn und Zweck der bei der Beweiserlangung verletzten Norm entschieden werden, ob ein Verwertungsverbot besteht.⁵²⁴

3.1 Historische Entwicklung – Anfänge der Diskussion

Es ist schwierig nachzuvollziehen, wann die Diskussion zur Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweismittel begonnen hat. *Werner* spricht davon, dass die wissenschaftliche Diskussion über die Beweisverwertungsverbote mit *Ernst Beling* ihren Ausgang gefunden hat.⁵²⁵ Erst als auch Privatpersonen die technische Möglichkeit hatten, Gespräche auf Tonband aufzunehmen, setzte eine lebhaftere Diskussion zu diesem Thema ein. Auslösend für die Diskussion um rechtswidrig erlangte Beweismittel waren somit heimlich auf

⁵¹⁹ *Balthasar*, JuS 2008, 35.

⁵²⁰ *Werner*, NJW 1988 1. Halbband, 998; *Dauster/Braun*, NJW 2000 1. Halbband, 316; vgl auch *Gamp*, ZZP 1983, 116. Ähnlich für Österreich auch *Fasching*, der die Ansicht vertritt, dass ein Beweisverwertungsverbot dann anzunehmen sei, wenn durch die Erlangung des Beweismittels gegen eine strafgesetzliche Vorschrift verstoßen wird, die den „Kernbereich der verfassungsmäßig geschützten Grund- und Freiheitsrechte“ der betroffenen Person als solcher schützt (vgl dazu näher unter Punkt III.4.1).

⁵²¹ BGH in NJW 1982 1. Halbband, 277; vgl auch BAG in NJW 1983 2. Halbband, 1691 ff; *Werner* NJW 1988 1. Halbband, 998; *Störmer* in JuS 1994, 335.

⁵²² *Störmer*, JuS 1994, 336.

⁵²³ Vgl *Hubmann*, Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion, JZ 1957, 527.

⁵²⁴ *Spendel*, NJW 1966 1. Halbband, 1108; vgl auch *Werner*, NJW 1988 1. Halbband, 994 (Im Ergebnis wird letztlich ein Verbot aller rechtswidrig erlangten Beweismittel angenommen).

⁵²⁵ *Werner*, NJW 1988 1. Halbband, 994; vgl auch *Spendel*, NJW 1966 1. Halbband, 1102. *Kodek* führt demgegenüber an, dass sich *Kellner* (JR 1950, 270) als erster mit materiell rechtswidrig erlangten Beweismitteln im Zivilprozess beschäftigt hat (vgl *Kodek*, Beweismittel, 96).

Tonband aufgenommene Gespräche⁵²⁶, wobei in der Lehre anfangs überwiegend die Ansicht vertreten wurde, dass die zu klärenden Fragen für den Zivil- und den Strafprozess zum erheblichen Teil übereinstimmen würden.⁵²⁷ Im Jahr 1956 wurde das Thema der Verwertung rechtswidrig erlangter Tonbandaufnahmen in einer Tagung der Justiz zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten erörtert. Im Zuge dieser Tagung wurde die These aufgestellt, dass Tonbandaufnahmen ohne das Wissen des Aufgenommenen das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzen und nur dann erlaubt seien, wenn sie nach gewissenhafter Prüfung zur Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen erforderlich erscheinen. Im Gerichtsverfahren dürften daher grundsätzlich nur rechtmäßig erlangte Tonbandaufnahmen verwertet werden.⁵²⁸⁵²⁹

3.2 Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsschutz sind zwei Urteile des BGH von großer Bedeutung, weil dieser darin ausführlich zur Problematik rechtswidrig erlangter Beweismittel Stellung genommen und allgemeingültige

⁵²⁶ Frühe Entscheidungen in Deutschland lehnten Tonbandaufnahmen wegen der geringen Zulässigkeit und aus generalpräventiven Erwägungen ab. Erst später wurde anerkannt, dass eine Tonbandaufnahme eine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes darstellt. Die Verwertung des Tonbandes würde eine weitere Grundrechtsverletzung darstellen und sei aus diesem Grund abzulehnen (*Kodek*, Beweismittel, 94 f).

⁵²⁷ *Siebert*, Die außergerichtliche Tonbandaufnahme und ihre Verwertung im Zivilprozess, NJW 1957 1. Halbband, 689.

⁵²⁸ *Kohlhaas*, Die Tonbandaufnahme als Beweismittel im Strafprozess, NJW 1957 1. Halbband, 81, *Kohlhaas* geht von einer generellen Verwertbarkeit von rechtmäßig erlangten Tonbandaufnahmen auch gegen den Willen des Sprechers aus (vgl. BGH in NJW 1957 1. Halbband, 881); *Spendel*, NJW 1. Halbband 1966, 1106.

⁵²⁹ Dieser Ansicht stand jene Gruppe gegenüber, die eine Differenzierung dahingehend vornahm, ob die Tonbandaufnahme von einem Strafverfolgungsbeamten oder durch eine Privatperson angefertigt wurde. Die Täuschung durch den Strafverfolgungsbeamten über das Nichtvorhandensein eines Gerätes oder darüber, dass niemand mithören würde, wäre als Täuschung nach § 136a dStPO unzulässig und das so gewonnene Beweismittel unverwertbar (vgl. *Wolfslast*, Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnungen – Besprechung des BGH Urteils vom 9.4.1986 – 3 StR 551/85, NStZ1987, 103). Ein von einer Privatperson erschickenes oder durch Drohung erlangtes Beweismittel wäre, weil § 136a dStPO ausscheiden würde, als Beweismittel verwertbar (vgl. *Kramer*, Heimliche Tonbandaufnahmen im Strafprozess, NJW 1990, 1760; auch *Werner*, NJW 1988, 993; NJW 1964, 1139). Demnach könnte sogar die Aussage eines Arztes oder eines Pfarrers, die unter grober Missachtung der Schweigepflicht, also strafbar, gemacht worden wäre, als Beweismittel verwendet werden. Solange die Verwertung privater Aufnahmen nicht gesetzlich verboten wäre, wären diese als Beweismittel verwertbar.

Aussagen getroffen hat.⁵³⁰ Der BGH hatte bereits zuvor schon ausgesprochen, dass sich aus Art 1 Abs 1 und Abs 3 iVm Abs 2 GG die unabweisbare Folgerung ergebe, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht⁵³¹ als „sonstiges Recht“ iSd § 823 Abs 1 BGB⁵³² anzusehen sei.⁵³³ Überdies hat der BGH klargestellt, dass die Bestimmungen des Art 1 und 2 GG, in denen die Unantastbarkeit der Menschenwürde und das Recht eines jeden Menschen auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit als Grundwerte der deutschen Rechtsordnung anerkannt seien, nicht nur den Staat und seine Organe binde, sondern auch von jedermann im Privatverkehr zu achten seien.⁵³⁴ In diese Richtung weise auch Art 8 der gemäß Gesetz vom 7.8.1952 als Bundesrecht geltenden Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950.⁵³⁵

Der dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gewährte Rechtsschutz lässt dem Menschen in seinem inneren Persönlichkeitsbereich die ihm gebührende Freiheit und Selbstbestimmung zukommen, die für die Entfaltung der Persönlichkeit unerlässlich ist. Hierzu gehört beispielsweise auch die Befugnis selbst darüber zu bestimmen, ob seine Worte einzig seinem Gesprächspartner, nur einem bestimmten Kreis oder aber der Öffentlichkeit zugänglich sein sollen und erst recht, ob seine Stimme mittels Tonträgers

⁵³⁰ BGH in NJW 1958 2. Halbband, 1344 (Urteil vom 20.5.1958 – VI ZR 104/57, Köln) und BGH in NJW 1964, 1. Halbband, 1139 (Urteil vom 21.2.1964 - 4 StR 519/63, LG Hagen).

⁵³¹ *Von Gamm* hat die Ansicht vertreten, dass es sich nach dem Wortlaut des Art 1 Abs 1 und Art 2 Abs 1 GG um einen Schutz der Persönlichkeit und nicht der Person als solcher handle. Es gehe somit nicht um den körperlichen und materiellen, sondern in erster Linie um den geistigen und ideellen Schutz. (*Gamm*, Zur praktischen Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, NJW 1955 2. Halbband, 1826).

⁵³² § 823 Abs 1 BGB lautet: „*Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*“

⁵³³ BGH in NJW 1957 2. Halbband, 1146, f; vgl auch *Siebert*, Zur allgemeinen Problematik des Persönlichkeitsrechtes, NJW 2. Halbband 1958, 1373; BAG NJW 1983 2. Halbband, 1691. Auch *Hubmann* vertritt die Ansicht, dass das Persönlichkeitsrecht ein sonstiges Recht iSd § 823 Abs 1 BGB darstellen müsse, wenn es im Privatrechtssystem umfassenden Schutz genießen solle. Der Ausdruck „sonstiges Recht“ meine nach Ansicht der hL gewisse subjektive Rechte (vgl *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, Heft IV, Münster/Köln 1953, 106 f.)

⁵³⁴ BAG in NJW 1998 1. Halbband, 1332; BGH in NJW 1957 2. Halbband, 1146; BAG in NJW 1983 2. Halbband, 1693.

⁵³⁵ BGH in NJW 1958 2. Halbband, 1344; BGH in NJW 1960 2. Halbband, 1580; auch BGH in NJW 1964 1. Halbband, 1142.

festgehalten werden darf.⁵³⁶ *Siegert* führt aus, dass, wenn daher eine private Tonbandaufnahme mit Einwilligung der betroffenen Person erfolgt, dagegen nichts einzuwenden sei, weil darin kein Eingriff in irgendwelche Freiheitsrechte liege. Werde der Betroffene jedoch heimlich aufgenommen, liege ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor.⁵³⁷

Der BGH hat in seinem Urteil vom 20.5.1958⁵³⁸ ausgesprochen, dass sich hinsichtlich des Eingriffes in das Persönlichkeitsrecht jedoch dann eine Einschränkung ergebe, wenn einfache Nachrichten oder Durchsagen akustisch objektiviert würden, bei denen die Feststellung einer objektiven Gegebenheit derart im Vordergrund stünde, dass der Zusammenhang mit der Person des Sprechers weitgehend untergehe. In einer Auseinandersetzung mit einem anderen Menschen, wie sie beispielsweise im Gespräch stattfindet, komme jedoch immer die besondere Persönlichkeit des Sprechers zum Ausdruck, der ein Recht darauf habe, das Gespräch frei, unbefangen und ohne das Gefühl des Misstrauens oder des Argwohns führen zu dürfen.⁵³⁹ Daher sei die heimliche Tonbandaufnahme eines Gespräches auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Regelung als gesetzlich widerrechtlicher Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu qualifizieren. Dies habe zur Folge, dass dem Betroffenen der Schutz der §§ 823 und 1004⁵⁴⁰ BGB zugute komme und einer Verwertbarkeit der Aufnahme somit im Prozess ausscheide.⁵⁴¹

⁵³⁶ BGH in NJW 1957 1. Halbband, 881; (Im gegenständlichen Fall weigerte sich ein Verteidiger seinen Schlussvortrag vor einem Abhörgerät des Rundfunks zu halten. Das Gericht kam zu der Ansicht, dass in diesem Fall nicht einmal eine Interessenabwägung vorzunehmen sei. Es sei dem Verlangen des Verteidigers vielmehr ohne weiteres und ohne, dass der Beteiligte die Gründe seiner Ablehnung, vor dem Tonbandgerät zu sprechen, darzulegen brauche, nachzugeben); vgl auch BGH in NJW 1964 1. Halbband, 1142; BGH NJW 1982 1. Halbband, 277.

⁵³⁷ *Siegert*, NJW 1957 1. Halbband, 689; auch BGH in NJW 1964 1. Halbband, 1142; BGH in NJW 1960 2. Halbband, 1583.

⁵³⁸ BGH, Urt. V. 20.5.1958 –VI ZR 104/57 (Köln).

⁵³⁹ BGH in NJW 1958 2. Halbband, 1344. Die Eigentümlichkeit einer gesprächsweisen Auseinandersetzung bestehe gerade darin, dass die einzelnen Gesprächsphasen das Ziel des Gespräches erst vorbereiten sollen. Dabei liege es in der Natur der Sache, dass Äußerungen gemacht werden, die nur in einer bestimmten Gesprächssituation Bedeutung haben, aber vergänglich und flüchtig gemeint seien und durch spätere Äußerungen überholt und getilgt sein sollen.

⁵⁴⁰ § 1004 BGB normiert Folgendes zum Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch: „*Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung*

*Störmer*⁵⁴² hat sich dazu kritisch geäußert und die Ansicht vertreten, dass die Grundrechte nur die staatliche Gewalt, wozu auch die Rechtsprechung gehört, binden würden. Eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte, dh ihre unmittelbare Geltung im Privatrechtsverkehr, sei daher abzulehnen.⁵⁴³ Allein aus dem privaten Unrecht bei der Beweiserlangung könne somit kein prozessuales Verwertungsverbot hergeleitet werden. *Störmer* führt aus, dass sich die Rechtsprechung teilweise mit der Feststellung eines Verstoßes gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht bei der Erlangung des Beweismittels begnügen und daraus ein Verwertungsverbot folgern würde. Insoweit bliebe vielfach offen, ob das in Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 GG verankerte Grundrecht oder dessen privatrechtliche Ausprägung gemeint sei. Die kategorialen Unterschiede zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht würden in diesem Zusammenhang nicht hinreichend berücksichtigt. Das zivilrechtlich entwickelte und im Rahmen von § 823 Abs 1 BGB als sonstiges Recht geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht sei von dem verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrecht abzugrenzen.⁵⁴⁴

Das BVerfG hat dieser Meinung entgegengehalten, dass in der gerichtlichen Verwertung von Kenntnissen und Beweismitteln, die unter Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht erlangt wurden, regelmäßig ein Eingriff in das durch Art 1 und 2 GG geschützte Persönlichkeitsrecht vorliege.⁵⁴⁵ Es entspreche aber einem allgemeinen Rechtsprinzip, die Ausnützung eines rechtswidrig herbeigeführten Zustandes zu versagen und diesen Zustand zu beseitigen. Wenn bereits die Erhebung eines Beweises - insbesondere wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes - unzulässig sei, verbiete es sich, falls die Beweisaufnahme doch durchgeführt wurde, das Beweisergebnis im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Das Verwertungsverbot folge dann zum einen aus dem Grundrechtsverstoß bei der Beweiserhebung,

verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.“

⁵⁴¹ BGH in NJW 1958 2. Halbband, 1345.

⁵⁴² *Störmer* JuS 1994, 336.

⁵⁴³ Dazu auch *Rittner/Rittner*, Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung – Eine rechtliche Grauzone, NJW 2002 1. Halbband, 1746 f; vgl auch *Kodek*, Beweismittel, 125 f; *Dauster/Braun*, Verwendung fremder Daten im Zivilprozess und zivilprozessuale Beweisverbote, NJW 2000 1. Halbband, 318.

⁵⁴⁴ *Störmer*, in Jus 1994, 336, auch *Werner* NJW 1988 1. Halbband, 1000 f.

⁵⁴⁵ BVerfG in NJW 1992 1. Halbband, 815.

zum anderen würde das Gericht durch die (weitere) Benutzung des Beweismittels (erneut) gegen das einschlägige Grundrecht verstoßen.⁵⁴⁶

3.3 Grenzen des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes

Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes besteht jedoch nicht unbegrenzt, er eröffnet insbesondere keine Möglichkeit zur schrankenlosen Durchsetzung eigener Rechte, denn auch der Schutz der persönlichkeitsrechtlichen Eigensphäre hat Schranken. Diese Schranken werden vor allem dadurch gesetzt, dass nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen werden darf und nicht die Rechte anderer verletzt werden dürfen. Bei den sich ergebenden Konfliktmöglichkeiten bedarf es im Streitfall einer Abgrenzung, für die das Prinzip der Güter und Interessenabwägung maßgebend ist.⁵⁴⁷ Ob beispielsweise eine rechtswidrig erlangte Tonbandaufnahme verwertbar ist hängt davon ab, wie stark in die geschützte Persönlichkeit eingegriffen wird.⁵⁴⁸

In diesem Zusammenhang ist zwischen Individualsphäre, Privatsphäre und Geheimsphäre zu unterscheiden.⁵⁴⁹ Die Individualsphäre schützt den Menschen in seiner Einmaligkeit und Eigenart. Sie wird von Tonbandaufnahmen dann berührt, wenn jemand befürchten muss, unter Abhör- und Aufzeichnungskontrolle zu stehen.⁵⁵⁰ Die Geheimsphäre oder Intimsphäre bezieht sich auf den Teil des persönlichen Lebens, von dem höchstens ein begrenzter Kreis von Vertrauten Kenntnis erlangen soll, an dem also ein Geheimhaltungsinteresse besteht. In diesem Bereich wird das Eindringen mit Tonbandaufnahmen besonders stark empfunden, weshalb ein Eingriff aufgrund des hier geltenden absoluten Grundrechtsschutzes unzulässig ist.⁵⁵¹ Eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet nicht statt.⁵⁵² Die Privatsphäre ist an

⁵⁴⁶ Störmer, JuS 1994, 338.

⁵⁴⁷ BGH in NJW 1960 2. Halbband, 1581; BGH in NJW 1957, 1147.

⁵⁴⁸ BGH in NJW 1957, 1147; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht², Köln 1967, 268 ff.

⁵⁴⁹ von Gamm, NJW 1955 2. Halbband, 1826, von Gamm führt als vierte Gruppe „sonstige besondere personale Interessen“ an.

⁵⁵⁰ Siegert, NJW 1957 1. Halbband, 690.

⁵⁵¹ Siegert, NJW 1957 1. Halbband, 690; BVerfG in NJW 1973 1. Halbband, 892.

⁵⁵² BVerfG in NJW 1973 1 Halbband, 892.

sich jedem zugänglich, braucht jedoch Schutz vor der Öffentlichkeit.⁵⁵³ Außerhalb des Kernbereiches der Geheimsphäre wird die Privatsphäre durch Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 GG geschützt. Eingriffe können aus Notwehr oder notwehrähnlichen Lagen⁵⁵⁴ gerechtfertigt sein.⁵⁵⁵ Darüber hinaus können Eingriffe auch im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebotes zulässig sein, wobei das Persönlichkeitsrecht nur dann beeinträchtigt werden darf, wenn Gemeinschaftsinteressen überwiegen.⁵⁵⁶ Angesichts der Bedeutung des Schutzes der persönlichen Eigensphäre und des Umstandes, dass heimliche Tonbandaufnahmen mit dem Makel der Überlistung und damit der Unanständigkeit belastet sind, kommt eine Rechtfertigung jedoch nur in Ausnahmefällen in Betracht.⁵⁵⁷ Eine Tonbandaufnahme kann nur gerechtfertigt sein, wenn das Interesse, das durch sie geschützt werden soll, höherwertig ist und nur dann, wenn zu diesem Schutz mit der Tonbandaufnahme das objektiv nach Inhalt, Form und Begleitumständen gebotene und notwendige Mittel zur Erreichung des rechtlich gebilligten Zweckes angewendet wurde.⁵⁵⁸

3.4 Ausweitung des Persönlichkeitsschutzes

Der BGH hat, als er mit Tagbuchaufzeichnungen konfrontiert war, die durch zum Teil seltsame Umstände an die Strafverfolgungsbehörden gelangt waren, seine zuvor zu den Tonbandaufnahmen getätigten Aussagen⁵⁵⁹ (siehe

⁵⁵³ *Siegert*, NJW 1957 1. Halbband, 690

⁵⁵⁴ Mit dem Hinweis auf die Notwehrähnlichkeit wird der Unterschied zur echten Notwehr verwischt. Das Abhören wie auch eine Bandaufnahme sind keine Verteidigung gegen einen gegenwärtigen Angriff sondern nur dessen Fixierung (*Arzt*, Intimsphäre, 80).

⁵⁵⁵ Diese Einschränkung ergibt sich daraus, dass das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Erfordernisse einer wirksamen Rechtspflege in vielfacher Weise miteinander in Widerspruch geraten können. Ein gerechter Ausgleich dieser Spannung lässt sich jedoch nur dann erreichen, wenn ermittelt wird, welchem dieser beiden verfassungsrechtlich bedeutsamen Prinzipien im konkreten Fall das größere Gewicht zukommt (BVerfG in NJW 1973 1. Halbband, 893). Das reine Beweisinteresse des Beweisführers kann jedoch für die Zulassung des rechtswidrig erlangten Beweismittels niemals ausreichend sein (BGH in NJW 1982 1. Halbband, 277).

⁵⁵⁶ *Wölfl*, Sphärentheorie und Vorbehalt des Gesetzes, NVwZ 2002, 50.

⁵⁵⁷ BGH in NJW 1958 2. Halbband, 1345.

⁵⁵⁸ KG in NJW 1956 1. Halbband, 27; *Wölfl*, Sphärentheorie und Vorbehalt des Gesetzes, NVwZ 2002, 49; vgl auch *Siegert*, NJW 1957 1. Halbband, 690.

⁵⁵⁹ BGH in NJW 1958, 1344 ff.

Punkt 3.2) näher präzisiert und ausgeweitet.⁵⁶⁰ Der BGH hat den Grundsatz, dass es eine wesentliche Verkümmern der Persönlichkeitsentfaltung bedeuten würde, wenn ein Partner befürchten müsse, ohne sein Wissen und ohne, dass die besondere unwiederholbare Atmosphäre eines Gespräches noch erhalten bliebe, auf jedes Wort festgelegt zu werden, weil damit das ständige Gefühl des Argwohnes und des Misstrauens verbunden sei, auch auf Tagebuchaufzeichnungen ausgedehnt. Dieser Grundsatz müsse erst recht gelten, wenn jemand Meinungen, Gefühle, Erlebnisse und Erfahrungen für sich selber festhalte ohne dass sie, von selbstbestimmten Ausnahmen abgesehen, zur Kenntnis anderer gelangen sollen. Bei Gesprächen verfolge jedermann mit seinen Äußerungen immerhin einen Kundgebungs-zweck, wenn auch nur in begrenzter Weise gegenüber seinen Gesprächspartnern. Aufzeichnungen intimer Art seien jedoch regelmäßig von vornherein nicht zur Kenntnis anderer bestimmt. Es müsse jedermann freistehen, Empfindungen, Gefühle, Ansichten und Erlebnisse ohne den Argwohn und die Befürchtung, dass diese Aufzeichnungen unbefugterweise verwendet werden, beliebig für sich festzuhalten.⁵⁶¹

Der BGH hat weiter ausgesprochen, dass ein diesbezügliches Beweis- und Verwertungsverbot jedoch nur Berechtigung habe, weil es sich um Äußerungen handle, die ihrem Inhalt nach als Ausfluss der Persönlichkeit des Verfassers in Betracht kommen. Kein Persönlichkeitsschutz könne demnach beispielsweise dann bestehen, wenn ein Straftäter Aufzeichnungen über seine Straftaten und Opfer anfertige. Die Entfaltung und nicht der Verfall der Persönlichkeit werde durch die Grundrechte geschützt.⁵⁶² Es wurde daher

⁵⁶⁰ *Händel* hat dem entgegengehalten, dass heimliche Tonbandaufnahmen und Tagebuchaufzeichnungen insofern nicht gleichgesetzt werden könnten, als die Tagebuchaufzeichnungen vom Betroffenen im Gegensatz zu Tonbandaufnahmen willentlich gemacht wurden (vgl. NJW 1964 1. Halbband, 1140 Anmerkungen).

⁵⁶¹ BGH in NJW 1964 1. Halbband, 1142; aa *Kohlhaas*, Das Mitschneiden von Telefongesprächen im Verhältnis zum Abhörverbot (§ 298 StGB) und dem Fernmeldegeheimnis, NJW 1972 1. Halbband, 239. *Kohlhaas* vertritt die Ansicht: „*Wer Tagebücher und unvorsichtige Briefe schreibt ist selber schuld*“. Dies müsse auch für Telefongespräche gelten. Man könne darin, dass jemand ohne bewusste Täuschung seines Partners ein Gespräch fixiert, kein strafbares Tun erblicken. Selbst ein Beweisverbot könne nicht als Grund für die Strafbarkeit des Zuhörers herangezogen werden. Das „Unbefugte“ liege erst darin, dass Gebrauch von einer Aufnahme gemacht wird, von der offenkundig ist, dass sie mit einer Notwehr nichts mehr zu tun hat.

⁵⁶² BGH NJW 1988 1. Halbband, 1038; vgl. zu den „Tagebuchentscheidungen“ auch ausführlich *Amelung*, Der Grundrechtsschutz der Gewissenserforschung und die strafprozessuale

zunächst nur für den Strafprozess ausgesprochen, dass ein Verwertungsverbot nur im Rahmen eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen dem persönlichen, grundrechtlich gewährleisteten Schutz am eigenen Geheimbereich und dem Interesse des Staates an der Strafverfolgung anerkannt werden kann. *„Der Gefahr, dass in verständlichem Bemühen um eine zweckmäßige Verfahrensgestaltung unverzichtbare Freiheitsrechte des Betroffenen unversehens beiseite geschoben werden oder unnötig beschnitten werden steht (...) eine andere Gefahr nicht minder drohend gegenüber: dass das ängstliche Bemühen um uneingeschränkte Wahrung dieser Freiheitsrechte im prozessualen Bereich zu einer verkrampten, doktrinär übersteigerten Betonung dieser Rechte führt und dadurch das Zustandekommen und Funktionieren einer zweckmäßigen Verfahrensregelung zur sachgerechten Strafrechtspflege behindert oder gar lähmt.“*⁵⁶³

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Strafverfolgungsmaßnahmen ist in der Rechtsprechung des BVerfG gefestigt und gilt im Strafverfahren allgemein.⁵⁶⁴ Dieser für das Strafverfahren entwickelte Grundsatz hat jedoch auch für das Zivilverfahren Gültigkeit erlangt. Es stellen jedoch nicht nur widerrechtlich erlangte Tonband- und Tagebuchaufzeichnungen einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar.⁵⁶⁵ Dieses umfasst auch das Recht am eigenen Bild und das ausschließliche Recht auf Einblick in die eigene Privatsphäre, was bedeutet, dass beispielsweise der Inhaber einer Wohnung allein das Recht hat darüber zu entscheiden, ob ein anderer Einblick in seine Wohnung⁵⁶⁶ nehmen

Behandlung von Tagebüchern, NJW 1988 1. Halbband, 1002 ff. *Amelung* führt weiter aus, dass der Satz, die Grundrechte würden nur die Entfaltung, nicht aber den Verfall der Persönlichkeit sichern, auf wenig Gegenliebe gestoßen sei. Es gehöre gerade zu den Aufgaben des Rechts auf eine Intimsphäre einen Bereich zu gewährleisten, in dem der Bürger seinen weniger präsentablen Bedürfnissen nachgehen könne.

⁵⁶³ BGH in NJW 1964 1. Halbband, 1143; vgl auch *Sax*, Grundsätze der Strafrechtspflege, in *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte, Berlin 1959, 969.

⁵⁶⁴ BGH in NJW 1958 1. Halbband, 957.

⁵⁶⁵ *Weber* in JuS 1973, 509 (Besprechung der Entscheidung des BVerfG v. 31.3.1973 – 2 Bv R 454/71).

⁵⁶⁶ Die Unverletzlichkeit der Wohnung ergibt sich aus Art 13 Abs 1 GG, wonach ein Eindringen in diesen persönlichen Bereich, wenn dieses nicht durch überwiegende öffentliche oder private Belange gerechtfertigt ist, eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes darstellt, wie es aus Art 1 Abs 1 und Art 2 GG herzuleiten ist (vgl BGH, JR 1971, 66.)

oder ein Bild von ihr machen darf, auch wenn der andere ein rechtliches Interesse daran haben sollte.⁵⁶⁷ Diese Grundsätze werden darüber hinaus auch für heimliche Filmaufnahmen gelten.⁵⁶⁸

3.5 Die Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG hat sich mit einer Grundsatzentscheidung zur Problematik heimlicher Tonbandaufnahmen und deren Verwertung im gerichtlichen Verfahren geäußert.⁵⁶⁹ Dabei sprach es, wie es auch zuvor bereits in ständiger Rechtsprechung⁵⁷⁰ anerkannt hatte, aus, dass das Grundgesetz dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung gewähre, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen sei. Das verfassungsmäßige Gebot, die Intimsphäre des Einzelnen zu achten, habe seine Grundlage in dem durch Art 2 Abs 1 GG verbürgten Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit iVm der Garantie der Menschenwürde (Art 1 GG). Bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite des Grundrechtes aus Art 2 Abs 1 GG müsse berücksichtigt werden, dass nach der Grundnorm des Art 1 Abs 1 GG die Würde des Menschen unantastbar sei und gegenüber aller staatlicher Gewalt Achtung und Schutz beanspruche. Überdies dürfe nach Art 19 Abs 2 GG auch das Grundrecht aus Art 2 Abs 1 GG nicht in seinem Wesensgehalt angetastet werden. Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit könnten einen Eingriff in den absoluten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen. Eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes finde nicht statt.⁵⁷¹

Es stehe jedoch nicht der gesamte Bereich des privaten Lebens unter dem absoluten Schutz des Grundrechtes aus Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 GG. Als gemeinschaftsbezogener und gemeinschaftsgebundener Bürger müsse jedermann staatliche Maßnahmen hinnehmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebotes getroffen werden, soweit sie nicht den

⁵⁶⁷ LG Düsseldorf in NJW 1959 1. Halbband, 629.

⁵⁶⁸ Hubmann, JZ 1957, 525 ff.

⁵⁶⁹ BVerfG in NJW 1973 1. Halbband, 891 ff; Weber in JuS 1973, 509 f.

⁵⁷⁰ vgl NJW 1957, 865; NJW 1969, 1707; NJW 1970, 555; NJW 1972, 1123; NJW 1972, 2214.

⁵⁷¹ BVerfG in NJW 1973 1. Halbband, 892.

unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung beeinträchtigen. Art 2 Abs 1 GG verbrieft jedem das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletze und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoße. Dieses Grundrecht schütze auch Rechtspositionen, die für die Entfaltung der Persönlichkeit notwendig seien. Dazu gehöre in bestimmten Grenzen ebenso wie das Recht am eigenen Bild auch das gesprochene Wort. Wort und Stimme des Menschen seien auf dem Tonband von ihm losgelöst und in einer für Dritte verfügbaren Gestalt verselbständigt. Die Unantastbarkeit der Persönlichkeit werde erheblich geschmälert, dürften andere ohne, oder gar gegen, den Willen des Betroffenen über sein nicht öffentlich gesprochenes Wort nach Belieben verfügen. Das Recht am Wort gewährleiste die Selbstbestimmung über die eigene Darstellung der Person in Kommunikation mit anderen.⁵⁷² Dieses Selbstbestimmungsrecht finde den Ausdruck in der Befugnis des Menschen, selbst und allein zu entscheiden, ob sein Wort auf einen Tonträger aufgenommen und damit möglicherweise einem Dritten zugänglich gemacht werden soll.⁵⁷³

Der BVerfG führt überdies aus, dass das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Erfordernisse einer wirksamen Rechtspflege in vielfacher Weise miteinander in Widerspruch geraten können. Ein gerechter Ausgleich dieser Spannungen ließe sich nur dadurch erreichen, dass den unter dem Blickpunkt der Erfordernisse einer wirksamen Rechtspflege erforderlich erscheinenden Eingriffen das Schutzobjekt des Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 GG ständig als Korrektiv entgegengehalten werde. Das bedeute, dass jeweils zu ermitteln sei, welchem dieser beiden verfassungsrechtlich bedeutsamen Prinzipien im konkreten Fall das größere Gewicht zukomme.⁵⁷⁴

⁵⁷² BVerfG in NJW 1980, 2070.

⁵⁷³ BVerfG in NJW 1973, 891. Schutz bestünde jedenfalls auch davor, dass ein Kommunikationspartner ohne Kenntnis des anderen eine dritte Person als Zuhörer in das Gespräch mit einbezieht oder die unmittelbare Kommunikationsteilnahme durch Dritte gestattet (vgl BVerfG in NJW 2002, 3619).

⁵⁷⁴ BVerfG in NJW 1973 1. Halbband, 982 f.

3.6 Rechtsprechung des BGH

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 21.10.1963⁵⁷⁵ ausgesprochen, dass bei einem Gespräch, das von einem im Geschäftszimmer eines Kaufmannes stehenden Telefones aus geführt wird, die Gesprächsteilnehmer damit rechnen müssen, dass ein Mithörgerät oder ein Lautsprecher angeschlossen sein könnte. Komme auf diese Weise der Inhalt des Ferngespräches ohne Täuschung oder Überlistung der Gesprächspartner zur Kenntnis eines Dritten, so könne sich keiner der Gesprächspartner auf die Verletzung seiner „persönlichkeitsrechtlichen Eigensphäre“ berufen, wenn der Dritte als Zeuge über den Inhalt des Gespräches vernommen werde. Das Mithören von Ferngesprächen sei im wirtschaftlichen Leben des öfteren der Fall und hätte sachliche Gründe, die nicht mit dem Makel der Überlistung und damit der Unanständigkeit belastet seien. Der Beschuldigte hätte sich vergewissern müssen ob jemand zuhöre, erst wenn er darüber getäuscht worden wäre, läge ein Eingriff in die persönlichkeitsrechtliche Eigensphäre vor.⁵⁷⁶

Der BGH hat diese Entscheidung zu einem späteren Zeitpunkt nochmals bekräftigt und hat dies mit der Anzahl der Telefonanschlüsse in Deutschland, die von etwa 4 Millionen 1936 auf ca. 12 Millionen Ende 1975 auf ungefähr 22 Millionen Ende 1981 gestiegen seien, begründet. Das Telefon werde nicht mehr überwiegend geschäftlich genutzt sondern sei in den meisten Haushalten vorhanden. Überdies biete die Post vermehrt Mithörgeräte an, sodass nicht davon ausgegangen werden könne, dass diese nur noch in geschäftlich genutzten Räumen verwendet werden. Wer sich eines Fernsprechers bediene, müsse aufgrund dieser Entwicklung damit rechnen, dass auch privaten Telefonanschlüssen Mithörgeräte angeschlossen sind die benutzt werden.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ MDR 2/1964, 166 (BGH Urt. v. 21.10.1963 – AnwSt (R) 2/63.

⁵⁷⁶ MDR 2/1964, 166. Der BGH führt an, dass es sich hierbei ebenso verhalte, wenn zwei Personen miteinander ein Gespräch in der Annahme führen sie seien allein, während in Wirklichkeit andere Personen zufällig in der Nähe sind und mithören können. Wer aber, ohne von einem anderen getäuscht und überlistet worden zu sein, seine Worte Dritten zu Gehör kommen lasse, könne sich nicht auf eine Verletzung seiner „persönlichkeitsrechtlichen Eigensphäre“ berufen.

⁵⁷⁷ *Werner NJW* 1988 1. Halbband, 997.

Zu dieser Meinung steht die Auffassung des BVerfG im Widerspruch, wonach Tonbandaufnahmen nur dann nicht mehr als Eingriff in den Persönlichkeitsbereich angesehen werden, wenn der objektive Gehalt des Gesagten so sehr im Vordergrund steht, dass die Persönlichkeit des Sprechenden nahezu völlig dahinter zurücktritt und das gesprochene Wort damit seinen privaten Charakter einbüßt.⁵⁷⁸ Überdies hat das BVerfG festgestellt, dass das bloße faktische Verbreitetsein von Mithöreinrichtungen den Schluss auf deren allgemeine Nutzung zum Mithören durch Dritte nicht zulasse. Das BVerfG hat ausgesprochen, dass es zwar eine stillschweigende Einwilligung in das Mithören für möglich halte, es aber ablehne, die Intensität des Schutzes des Rechtes am gesprochenen Wort vom persönlichen oder geschäftlichen Inhalt des Gespräches abhängig zu machen.⁵⁷⁹

Aufgrund der Ablehnung in Literatur und untergerichtlicher Rechtsprechung hat der BGH seine Rechtsprechung in weiterer Folge revidiert und ist dem BVerfG dahin gefolgt, dass der Schutz des Rechts am gesprochenen Wort nicht vom Inhalt der Kommunikation abhängt.⁵⁸⁰ Der BGH hat das Mitschneiden bzw. Mithören von Telefongesprächen selbst im geschäftlichen Verkehr als rechtswidrige Verletzung des Persönlichkeitsrechtes qualifiziert und damit auch ein Verbot der Verwertung als Beweismittel angenommen.⁵⁸¹ Überdies hat der BGH bestätigt, dass es für mündliche Äußerungen charakteristisch sei, dass diese im Bewusstsein der Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes und seiner jederzeitigen Korrigierbarkeit gemacht werden. Auch geschäftliche Gespräche seien gekennzeichnet von der Individualität der Beteiligten in Gedankenführung und Ausdruck.⁵⁸² Aus diesem Grund greife die Fixierung und Konservierung auch eines sich nur mit geschäftlichen Dingen befassenden Telefongespräches in einer Tonbandaufnahme in Persönlichkeitsrechte des Betroffenen ein, sodass die

⁵⁷⁸ BVerfG in NJW 1973 1. Halbband, 892; BGH NJW 1988 1. Halbband, 1017; objektiv seien reine Bestellungen von Waren und Dienstleistungen oder ähnliche standardisierte Nachrichten.

⁵⁷⁹ BVerfG NJW 2002, 3619, 3623.

⁵⁸⁰ BGH NJW 2003, 1727 f.

⁵⁸¹ NJW 1988 1. Halbband, 1017; *Werner* NJW 1988 1. Halbband, 997.

⁵⁸² BAG in NJW 1998 1. Halbband, 1332; auch NJW 1988 1. Halbband, 1017.

Aufzeichnung und die Verwertung grundsätzlich nur mit der Einwilligung des Betroffenen als rechtmäßig angesehen werden könne.⁵⁸³

3.7 Zur Strafvorschrift des § 201 dStGB

Das Recht am gesprochenen Wort ist auch durch die Strafvorschrift des § 201 dStGB⁵⁸⁴ abgesichert.⁵⁸⁵ Nach Zeiss „lässt sich der Schutzzweck der genannten Norm schwerlich bis zum Zivilprozess verfolgen.“⁵⁸⁶ Verletzt der Richter in der Sitzung beispielsweise durch Abspielen eines rechtswidrig erlangten Tonbandes erneut das Recht am Wort, ist die Verwertung des Tonbandes dem Gericht verschlossen.⁵⁸⁷

3.8 Der Grundsatz von Treu und Glauben

Eine heimlich erlangte Tonbandaufnahme verstößt nicht nur gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht, sondern kann auch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen. Dieser Grundsatz gilt auch im Prozessrecht und verpflichtet die streitenden Parteien zu redlichem Verhalten. Den Parteien ist es danach weder gestattet, arglistig bestimmte prozessuale Rechtslagen zu schaffen noch bestimmte Urteilsgrundlagen arglistig zu beschaffen.⁵⁸⁸ Wird ein Telefonat mit der Intention geführt, dass eine weitere Person dieses Gespräch abhört, dann handelt es sich um ein zielgerichtetes Schaffen eines Beweismittels, welches gegen Treu und Glauben verstößt. Der Zeuge darf

⁵⁸³ BGH in NJW 1991 1. Halbband, 1180.

⁵⁸⁴ § 201 Abs 1 und Abs 2 dStGB lauten:

Abs 1: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unbefugt, 1. das nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen auf einen Tonträger aufnimmt oder 2. eine so hergestellte Aufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht.“

Abs 2: „Ebenso wird bestraft, wer unbefugt 1. das nicht zu seiner Kenntnis bestimmte nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen mit einem Abhörgerät abhört, oder 2. das nach Absatz 1 Nr. 1 aufgenommene oder nach Absatz 2 Nr. 1 abgehörte nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen im Wortlaut oder seinem wesentlichen Inhalt nach öffentlich mitteilt.“

⁵⁸⁵ BGH in NJW 1982 1. Halbband, 277.

⁵⁸⁶ Zeiss, ZJP 1976, 389.

⁵⁸⁷ Zeiss, ZJP 1976, 383; BGH NJW 1982 1. Halbband, 277.

⁵⁸⁸ LG Frankfurt in NJW 1982 1. Halbband, 1056; BAG NJW 1983 2. Halbband, 1692.

daher nicht vernommen werden, es handelt sich um ein Beweisverwertungsverbot.⁵⁸⁹

3.9 Zu den Ausnahmetatbeständen- Sphärentheorie

Wie bereits unter Punkt 3.3 ausgeführt, ist der Schutz der Persönlichkeit unterschiedlich stark ausgeprägt und hängt davon ab, ob in die Intimsphäre, die Privatsphäre oder in die Individualsphäre eingegriffen wird.⁵⁹⁰ Der Intimsphäre als „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ kommt uneingeschränkter Schutz zu, weshalb ein Eingriff in diese Sphäre nicht gerechtfertigt werden kann. Beweismittel, die durch einen Eingriff in diese Sphäre gewonnen werden sind daher immer unzulässig.⁵⁹¹ Darüber hinaus besteht kein schrankenloser Schutz, weil ein absolutes Verwertungsverbot unannehmbar wäre. Im überwiegenden Allgemeininteresse können Einschränkungen insbesondere dann erforderlich sein, *„wenn der einzelne als ein in der Gemeinschaft lebender Bürger in Kommunikation mit anderen tritt, durch sein Verhalten auf andere einwirkt und dadurch die persönliche Sphäre seiner Mitmenschen oder die Belange der Gemeinschaft berührt.“*⁵⁹² Tritt der Einzelne dabei in Kontakt mit einer von ihm bestimmten Anzahl, spricht man von Privatsphäre, wendet er sich an die Öffentlichkeit bzw. wird in dieser zB durch Ton-, Bild- oder Videoaufnahmen fixiert, spricht man von der Individualsphäre.⁵⁹³ Zur Individualsphäre wird auch der Arbeitsplatz gezählt, wobei Beweisverwertungsverbote hier nicht per se ausscheiden, sondern unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Einzelfalles möglich sind.⁵⁹⁴

⁵⁸⁹ LG Frankfurt NJW 1982 1. Halbband, 1056. (Das LG Frankfurt spricht in seiner Entscheidung von einem Beweisverbot. Der Zeuge ist jedoch bereits vernommen und seine Aussage aufgenommen worden. Da die Berufung erfolgreich war und die aufgenommene Aussage nicht verwertet werden durfte, kann es sich jedoch nur um ein Verwertungsverbot handeln.)

⁵⁹⁰ *Gamm* NJW 1955 2. Halbband, 1826; *Siegert* NJW 1957 1. Halbband, 690.

⁵⁹¹ *Hofmann*, JuS 1992, 591; auch BGH NJW 1982 1. Halbband, 277; BAG NJW 1983 2. Halbband, 1692; NJW 1988 1. Halbband, 1017; BayObLG in NJW 1992 2. Halbband, 2370.

⁵⁹² BVerfG in NJW 1990 1. Halbband, 563; auch *Hofmann* JuS 1992, 591.

⁵⁹³ OLG Schleswig in NJW 1980 1. Halbband, 353; KG in NJW 1980 1. Halbband, 894, *Hofmann*, JuS 1992, 591.

⁵⁹⁴ OLG Schleswig in NJW 1980 1. Halbband, 353.

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 20.5.1958 ausgeführt, dass auch der Schutz der persönlichkeitsrechtlichen Eigensphäre Schranken habe. Notwehr und notwehrrähnliche Lagen könnten eine heimliche Tonaufnahme im Einzelfall rechtfertigen.⁵⁹⁵ Als Beispiel wird die Aufnahme erpresserischer Drohungen angeführt.⁵⁹⁶ Überdies könne unter dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung⁵⁹⁷ bei ganz besonderer Fallgestaltung eine Rechtfertigung in Betracht kommen.⁵⁹⁸ Dies könne angesichts der Bedeutung, die dem Schutz der persönlichen Eigensphäre zukomme, jedoch nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht gezogen werden.⁵⁹⁹ Liegen beispielsweise bereits erhebliche Verdachtsmomente vor, dann könnte ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel verwertbar sein, denn dann müsste das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vor dem hohen Ziel der Ermittlung der Wahrheit zurücktreten.⁶⁰⁰ Dies bedeutet gleichzeitig, dass ein Verschaffen von Beweismitteln auf Verdacht keinesfalls gerechtfertigt ist.⁶⁰¹

Der BGH hat überdies in seiner Entscheidung vom 10.6.1970 ausgesprochen, dass sich heimlich erlangte Tonbandaufnahmen im Prozess zwar gegebenenfalls durch eine Güter- und Pflichtenabwägung rechtfertigen lassen können, allerdings nur dann, wenn eine ganz besondere Notstandslage vorliege, welche nicht schon dann anzunehmen sei, wenn ein Scheidungsgrund anders nicht nachgewiesen werden könne. Die mit dem Beweisverwertungsverbot verbundene Erschwerung der gerichtlichen

⁵⁹⁵ BGH in NJW 1958 2. Halbband, 1344 (VI ZR 104/57, Köln); vgl auch KG in NJW 1967 1. Halbband, 116.

⁵⁹⁶ *Kodek*, Beweismittel, 73.

⁵⁹⁷ *Baurecht* vertritt die Ansicht, dass eine Interessenabwägung nur in gewissen Ausnahmefällen zur Anwendung kommen sollte, weil ansonsten die Gefahr einer Einzelfalljustiz drohe (vgl *Baurecht*, NetV 2006, 97).

⁵⁹⁸ Das Landesgericht Frankfurt am Main hat in einer Entscheidung, in der ein Kindesentführer mittels Androhen von Folter dazu gebracht werden sollte, den Aufenthaltsort des Kindes preiszugeben, entschieden, dass die so erwirkten Aussagen nicht als Beweis gegen den Täter verwendet werden dürfen. Eine Interessenabwägung müsste meines Erachtens die bloße Androhung von Folter zulassen, weil die Beamten im konkreten Fall beabsichtigten, das Leben des Kindes zu retten. Vor allem für die Eltern des entführten Kindes wird es wohl schwierig sein, derartige Gerichtsentscheidungen nachzuvollziehen (vgl AUSL EGMR, 10.4.2007. Bsw 22978/05).

⁵⁹⁹ BGH in NJW 1958 2. Halbband, 1345; BGH NJW 1982 1. Halbband, 278.

⁶⁰⁰ KG in NJW 1967 1. Halbband, 116; auch BHG NJW 1967 1. Halbband, 1045, Anmerkung *Wais*.

⁶⁰¹ KG in NJW 1967 1. Halbband, 116.

Aufklärung des ehelichen Lebens müsse gegenüber dem vorrangigen Schutz der persönlichen Sphäre hingenommen werden.⁶⁰²

Wie bereits ausgeführt, kann auch Notwehr oder eine notwehrähnliche Lage die Verwertung einer widerrechtlich erlangten Tonbandaufnahme zur Wahrheitsfindung im Zivilprozess zulässig machen, wenn unter den besonderen Umständen des konkreten Falles, bei Abwägung der widerstreitenden Interessen sowie mit Rücksicht auf die generelle Bedeutung der betroffenen Schutzgüter, die Rechtsverwirklichung, der dieses Beweismittel dienen soll, Vorrang vor dem Schutz des gesprochenen Wortes haben muss.⁶⁰³ Als widerstreitendes Interesse ist dabei unter anderem das Recht auf Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtspflege und das Streben nach einer materiell richtigen Entscheidung anzuführen. Um die Wahrheit zu ermitteln sind die Gerichte deshalb grundsätzlich gehalten, die von den Parteien angebotenen Beweismittel zu berücksichtigen, wenn und soweit eine Tatsachenbehauptung erheblich und beweisbedürftig ist. Dies gebietet auch der in § 286 dZPO niedergelegte Grundsatz der freien Beweiswürdigung sowie das grundrechtliche Recht auf freies Gehör gemäß Art 103 Abs 1 GG. Allein das allgemeine Interesse an einer funktionstüchtigen Zivilrechtspflege reicht jedoch nicht, um im Rahmen der Abwägung von einem gleichen oder gar höheren Gewicht ausgehen zu können, als es dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zukommt. Es müssen vielmehr weitere Aspekte hinzutreten, die ergeben, dass das Interesse an der Beweiserhebung trotz Persönlichkeitsbeeinträchtigung schutzbedürftig ist.⁶⁰⁴ Es bedarf allerdings zur Rechtfertigung des widerrechtlich erlangten Beweismittels der Feststellung, dass das Interesse an der Wahrheitsfindung das Schutzanliegen des gesprochenen Wortes deutlich übersteigt. Die Interessen- und Güterabwägung hat sich insoweit an den in § 34 dStGB besonders normierten allgemeinen Grundsätzen auszurichten, nach denen dem Interesse des einen Schutzgutes ein anderes nur zu weichen hat, wenn jenes im konkreten Fall

⁶⁰² BGH, JR 1971, 66 f.

⁶⁰³ BGH in NJW 1982 1. Halbband, 278.

⁶⁰⁴ BAG 2 AZR 51/02. Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 27.3.2003 entschieden, dass ein Arbeitgeber bei einem konkreten Diebstahlverdacht Angestellte heimlich mit Videokameras beobachten dürfe. Die Aufnahmen dürfen zudem im Kündigungsschutzprozess als Beweismittel verwendet werden (vgl auch becklink 90457).

wesentlich überwiegt und auf anderem Weg nicht geschützt werden kann.⁶⁰⁵
Im Hinblick auf Lauschzeugen hat der BGH ausgeführt, dass über die Frage der Verwertbarkeit der Zeugenaussagen stets aufgrund einer Interessen- und Güterabwägung zu entscheiden sei, wobei sich eine Zusicherung der Vertraulichkeit zu Lasten der sich des Lauschzeugen bedienenden Partei auswirken müsse.⁶⁰⁶

4 Österreichische Lehre im Zivilprozessrecht⁶⁰⁷

4.1 Allgemeines

Auch in der österreichischen Zivilprozessordnung findet sich keine allgemeine Regelung über Beweisverbote. Es sind zwar an einigen Stellen der ZPO punktuell Beweisverbote geregelt⁶⁰⁸, auf eine generelle Regelung hat der Gesetzgeber bisher jedoch verzichtet.⁶⁰⁹ Im Gegensatz zum österreichischen Verwaltungsrecht⁶¹⁰ hat sich im Zivilrecht, ähnlich zur Diskussion im Strafrecht, keine einheitliche Meinung zu diesem Thema herausgebildet.⁶¹¹

⁶⁰⁵ BGH in NJW 1982 1. Halbband, 278.

⁶⁰⁶ BGH in NJW 1994 2. Halbband, 2292.

⁶⁰⁷ Auch in Österreich betreffen die in Lehre und Rechtsprechung zu findenden Untersuchungen und Fälle zu einem großen Teil die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Tonbandaufnahmen. Die Verwertbarkeit von Tonbandaufnahmen ist wegen des relativ hohen Beweiswertes der Aufnahme aber auch wegen der weithin zugänglichen Aufnahmemöglichkeiten und damit der relativ großen Häufigkeit entsprechender Fälle praktisch von besonderer Bedeutung. In den folgenden Ausführungen wird daher oft auf die Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Tonbandaufnahmen Bezug genommen.

⁶⁰⁸ Vgl § 342 Abs 2 ZPO der bestimmt, dass das erkennende Gericht, wenn es eine bei der Vernehmung von einem beauftragten oder ersuchten Richter gestellte Frage für unzulässig erachtet, aussprechen kann, dass die auf diese Frage erteilte Antwort im weiteren Laufe des Verfahrens unberücksichtigt bleibt.

⁶⁰⁹ *Kodek*, ÖJZ 2001, 285.

⁶¹⁰ Der herrschenden Rechtsprechung ist zu entnehmen, dass der in § 46 AVG zum Ausdruck kommende Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel nicht so verstanden werden kann, dass durch ihn sämtliche Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote außer Kraft gesetzt werden. Der VwGH hält die Verwertung rechtswidrig gewonnener Beweise in zwei Fällen für unzulässig. (i) Wenn das Gesetz die Berücksichtigung derartiger Beweisergebnisse verbietet, und (ii) wenn die Verwertung des betreffenden Beweisergebnisses gerade dem Zweck widerspricht, den das Verbot verfolgt, welches durch die Beweiserhebung verletzt wurde (vgl *Hengstschläger*, *Verwaltungsverfahrensrecht*, Ein systematischer Grundriss, Wien 2009, Rz 380).

⁶¹¹ Laut *Kodek* sind die zum Strafverfahren, wo - maßgeblich beeinflusst durch die diesbezügliche Entwicklung in den USA - die Frage der Beweisverbote bereits wesentlich länger diskutiert wird, vorgebrachten Argumente auf das Zivilverfahren nicht zu übertragen, weil Straf- und Zivilprozess in diesem Punkt nicht miteinander vergleichbar seien. Zum einen erfolge die Beweiserlangung im Strafverfahren idR innerhalb des (Vor)Verfahrens, im Zivilverfahren hingegen außerhalb des Verfahrens. Zum anderen wollen die Beweisverbote des Strafprozesses nur zum Schutz des Einzelnen der staatlichen Gewalt Schranken

Wie bereits erwähnt hat die Lehre das Thema der Beweisverwertungsverbote im Vergleich zur deutschen Lehre bisher eher stiefmütterlich behandelt. Dies hängt vielleicht auch damit zusammen, dass die Frage, ob ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel von einem Gericht verwendet werden darf, bisher in Österreich in wesentlich weniger Fällen von den Gerichten thematisiert wurde als in Deutschland und der (oberstgerichtlichen) Rechtsprechung⁶¹² wenig Möglichkeiten geboten wurde, sich grundlegend zu dieser Problematik zu äußern.⁶¹³

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass zwischen Beweisverwertungs- und Beweisaufnahmeverboten zu unterscheiden ist.⁶¹⁴ Ob und unter welchen Voraussetzungen nun ein Beweisverwertungsverbot angenommen werden kann, ist in der Lehre umstritten. Ein Teil der Lehre⁶¹⁵ vertritt die Ansicht, dass Beweisverwertungsverbote als Konsequenz eines Beweismittelverbotes grundsätzlich abzulehnen seien, weil es unserem Rechtsempfinden fremd sei, vom Richter die Negierung wesentlicher Beweisergebnisse zu verlangen. Da diese Problematik nur entstehe, wenn es sich um entscheidungserhebliche Beweismittel handle, läge der Effekt des Verbotes im Wesentlichen darin, um der Sanktion für die Rechtsverletzung bei der Beweisaufnahme willen sehenden Auges ein falsches Urteil in Kauf zu nehmen. Hingegen sei aber ein Beweisverwertungsverbot als Sanktion für den Verstoß gegen ein Beweismethodenverbot ausnahmsweise sinnvoll, weil es hier vor allem darum ginge, die Prozessbeteiligten davor zu schützen, dass das Gericht durch die Beweisaufnahme selbst in ihre verfassungsrechtlich geschützten Rechte eingreife. In diesem Fall erscheine die Nichtigkeit als adäquate Konsequenz.

auferlegen, um die Übermacht des Staates zu binden. Im Zivilprozess ginge es demgegenüber idR um von Parteien, auch von Privatpersonen, erlangte Beweismittel (vgl. Kodek, ÖJZ 2001, 281).

⁶¹²

⁶¹³

Zu den bisher vorliegenden höchstgerichtlichen Urteilen vergleiche Punkt III6.

Die in Deutschland geführte Diskussion ist zwar für das österreichische Recht in mancherlei Hinsicht instruktiv, es ist jedoch zu beachten, dass in beiden Ländern im vorliegenden Zusammenhang wesentliche Unterschiede bestehen, die einer unmittelbaren Übertragung der zum deutschen Recht vorgebrachten Argumente auf das österreichische Recht entgegenstehen. Zu nennen ist hier beispielsweise die abweichende Beurteilung der Frage der Drittwirkung der Grundrechte und die unterschiedliche Formulierung der Strafbestimmungen gegen Tonbandaufnahmen in § 120 StGB und § 201 dStGB (vgl. Kodek, ÖJZ 2001, 284).

⁶¹⁴

vgl zu diesen Begriffen Punkt III2.1.4 und III2.1.5.

⁶¹⁵

Vgl beispielsweise *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷, Rz 773.

Demnach kämen Beweisverwertungsverbote nur bei einem Verstoß gegen Beweismethodenverbote in Betracht, ein Verstoß gegen Beweismittelverbote bliebe jedoch sanktionslos, weil die Beweismittelverbote bloß als Beweisaufnahmeverbote zu qualifizieren seien und die Beweisaufnahme nicht den Tatbestand des wesentlichen Verfahrensmangels iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO erfülle.⁶¹⁶

Dem gegenüber vertritt beispielsweise *Fasching* die Meinung, dass die Verwertung eines Beweismittels dann unzulässig sei, wenn die Partei bei der Erlangung des Beweises gegen eine strafgesetzliche Vorschrift, die den „Kernbereich der verfassungsmäßig geschützten Grund- und Freiheitsrechte“⁶¹⁷ der durch die Handlung betroffenen Person als solcher schützt, verstößt.⁶¹⁸⁶¹⁹ Ein Verstoß dieser Art stelle eine Verfahrensverletzung

⁶¹⁶ *Rechberger*, Kommentar Vor § 266 Rz 24; vgl auch *Kodek*, Beweismittel, 180.

⁶¹⁷ *Fasching* führt beispielsweise Handlungen wie körperliche Verletzung, Entführung, „Privathaft“ oder Nötigung eines Zeugen, einer Partei oder eines Sachverständigen zur Erzwingung einer Aussage, an. Nicht darunter falle die Verletzung fremder Eigentumsrechte, weil auch das Gericht aufgrund der Bestimmungen in der Exekutionsordnung trotz des Bestehens solcher Rechte die Vorlage des Beweismittels anordnen und gegebenenfalls erzwingen könne (*Fasching*, Lehrbuch, Rz 936). *Kodek* vertritt dagegen die Ansicht, dass diese Differenzierung nicht einleuchte. Der Hinweis, die Verletzung fremder Eigentumsrechte führe schon deshalb nicht zu einem Beweisverbot, weil das Gericht trotz des Bestehens solcher Rechte die Vorlage des Beweismittels anordnen und gegebenenfalls erzwingen könne, versage gerade bei dem von *Fasching* gebrachten Beispiel geheimnisgeschützter Unterlagen. Deren Vorlage könne verweigert werden (§ 305 Z 4 ZPO). Es wäre daher begründungsbedürftig, warum die bloße Wegnahme nicht zu einem Beweisverbot führe, wohl aber dann, wenn der Beweisgegner zur Herausgabe genötigt werde. Offenbar stehe hinter dieser Auffassung doch ein Abstellen auf die jeweilige Schwere der Rechtsgutbeeinträchtigung, ohne dass Maßstäbe dafür geboten würden, Eingriffe welcher Intensität die Annahme eines Beweisverbotes rechtfertigen. Auch die grundsätzliche Frage, warum ein außerprozessualer Verstoß zusätzliche prozessuale Konsequenzen nach sich ziehen solle, bliebe unbeantwortet. Auch das Abstellen auf das Gewicht des in der Erlangung des Beweismittels liegenden Rechtsverstoßes halte *Fasching* nicht konsequent durch. Aus Sicht des verfassungsrechtlich geschützten Rechtes auf Freiheit und körperliche Unversehrtheit mache es nämlich keinen Unterschied, ob eine Partei zur Herausgabe einer geheimnisgeschützten oder einer nicht geheimnisgeschützten Urkunde genötigt werde. Dennoch wolle *Fasching* bei der gewaltsamen Abnahme nicht geheimnisgeschützter Urkunden kein Beweisverbot annehmen. Diese Differenzierung lasse sich durchaus begründen. Das Schwergewicht der Diskussion verlagere sich aber dann von der Betonung des Grundrechtsverstoßes zur (einfachgesetzlichen) Frage der Reichweite prozessualer Mitwirkungspflichten und der sich daraus ergebenden Beschränkung materieller Rechtspositionen (*Kodek*, ÖJZ 2001, 291).

⁶¹⁸ Noch weiter geht man in Deutschland, wo die Meinung vertreten wird, dass eine Verwertung von Beweismitteln ausscheidet, wenn das Beweismittel entweder widerrechtlich entstanden ist oder widerrechtlich erlangt wurde und eine Vorlagepflicht der Partei nicht besteht. Ausgenommen von diesem Grundsatz ist die Verwendung der mit Zustimmung des Betroffenen gemachten und daher befugten Aufzeichnung. Die Verwendung einer heimlich entstandenen Aufzeichnung ist allenfalls bei Notstand, Notwehr oder Nothilfe oder Wahrnehmung höherer berechtigter Interessen zulässig. (vgl

dar, die aufgrund von Rechtsmittelrügen im Berufungs-, Revisions- und Rekursverfahren wahrzunehmen sei.⁶²⁰

Dagegen bewirke die strafgesetzliche Erlangung eines Beweismittels, die sich nicht gleichzeitig auch als Verletzung des Kernbereiches der verfassungsrechtlich geschützten Grund oder Freiheitsrechte darstellt, nicht die Unzulässigkeit des erlangten Beweismittels. Die beweisführende Partei werde zwar strafrechtlich verantwortlich und der Zivilrichter müsse, wenn ihm der verbotene Vorgang bekannt wurde, soweit er ein Officialdelikt ist, dies dem zuständigen Staatsanwalt zur Kenntnis bringen. Das Beweismittel könne jedoch trotzdem aufgenommen werden und ist vom Zivilrichter gemäß § 272 ZPO frei zu würdigen,⁶²¹ wobei auch die Umstände seiner Erlangung in der Würdigung Berücksichtigung finden könnten.⁶²²

4.2 Kein Beweisverwertungsverbot (bzw. grundsätzliche Verwertbarkeit)

Ein Teil der Lehre⁶²³ vertritt die Ansicht, dass die materiell rechtswidrige

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Beck'sche Kurzkommentare Zivilprozessordnung, München 2007, Band I, Übers § 371 Rz 12 f.)

⁶¹⁹ Verstößt die Partei, die sich das Beweismittel verschafft, gegen eine Vertragspflicht, gegen eine Vorschrift des Privatrechts oder gegen die guten Sitten, dann wird sie dadurch allenfalls schadenersatzpflichtig, das Gericht kann den Beweis jedoch aufnehmen und verwerten. Dasselbe gilt auch dann, wenn der Gegner des Beweisführers das in seiner Hand befindliche Beweismittel bewusst vorenthält, um den Beweis zu vereiteln und der Beweisführer sich daraufhin das Beweismittel rechtswidrig verschafft (vgl. *Fasching*, Lehrbuch, Rz 935).

⁶²⁰ *Fasching*, Lehrbuch, Rz 936; vgl. auch *Rechberger*, Kommentar, Vor § 266 Rz 24.

⁶²¹ Nach *Fasching* ist dies aus folgenden Gründen gerechtfertigt: (i) Das strafrechtlich geschützte Rechtsgut ist bereits verletzt. Würde der Zivilrichter das Beweismittel nicht benützen wäre dies für die Verletzung irrelevant. (ii) Der Schutzzweck der strafgesetzlichen Norm sei ein anderer; er sei nicht auf die Beschränkung der gerichtlichen Wahrheitsforschung sondern auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter gerichtet. (iii) Nur diejenigen strafrechtlich verpönten Handlungen sollen auf den Zivilprozess von Einfluss sein, welche die Wahrheitsforschungspflicht des Gerichtes bewusst beeinträchtigen, also die Wahrheits- und Richtigkeitsgarantie der Rechtsprechung und deren Objektivitätsgarantie verletzen. Das Gericht habe ein Beweismittel nur dann zurückzuweisen, wenn die - nicht bereits wegen Verletzung von Grund- und Freiheitsrechten beachtliche - strafgesetzwidrige Erlangung eines Beweismittels ausnahmsweise einen in § 530 Abs 1 Z 3 ZPO genannten Tatbestand herstellen würde. Würde das Gericht das Beweismittel nicht zurückweisen, sei das Urteil aufgrund einer Wiederaufnahmsklage zu beseitigen. Das Gericht müsse analog § 539 ZPO vorgehen (vgl. *Fasching*, Lehrbuch, Rz 937). Dem folgt - wie bereits ausgeführt - auch *Rechberger* mit dem Hinweis, dass der Effekt eines Verbotes im Wesentlichen darin läge, um der Sanktion für die Rechtsverletzung bei der Beweisaufnahme willen sehenden Auges ein falsches Urteil in Kauf zu nehmen (vgl. *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen², Wien 2004, Band III, Vor § 266 Rz 69 f).

⁶²² Vgl. OGH 29.1.2008, 1 Ob 172/07 m.

⁶²³ Vgl. *Rechberger*, Kommentar Vor § 266, Rz 24; *Kodek*, Beweismittel, 197 f.

Erlangung⁶²⁴ eines Beweismittels auf die Zulässigkeit der Beweisaufnahme keinen Einfluss habe.⁶²⁵ Allfällige Beschränkungen der Zulässigkeit der Beweisaufnahme könnten sich bei Angelegenheiten des höchstpersönlichen Lebensbereiches höchstens aus dem Verfassungsrecht ergeben. Außerhalb dieses Bereiches sei ein Beweisverbot jedoch nicht anzuerkennen.⁶²⁶ Überhaupt seien Beweisverwertungsverbote als Konsequenz eines Beweismittelverbotes grundsätzlich abzulehnen, weil es unserem Rechtsempfinden fremd sei, wesentliche Beweisergebnisse zu negieren. Beweismittelverbote seien daher grundsätzlich nur als Beweisaufnahmeverbote zu qualifizieren, deren Übertretung sanktionslos bliebe, weil die Beweisaufnahme nicht den Tatbestand des wesentlichen Verfahrensmangels iSd § 496 Abs 1 Z 2 erfüllen würde⁶²⁷ (vgl dazu bereits Punkt 4.1).

Teilweise wird das Argument vorgebracht, dass aus dem Umstand, dass die ZPO das Beweisverfahren und das Verfahrensrecht grundsätzlich abschließend regeln wolle und die ZPO keine ausdrückliche Bestimmung enthalte, die der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel

⁶²⁴ Wenn eine Prozesspartei im Rahmen eines Zivilprozesses beispielsweise eine „geheim aufgenommene“ Tonbandaufnahme durch Vorlage als Beweismittel verwendet, verwirklicht sie den Tatbestand des § 120 Abs 2 StGB, weil sie die Aufnahme einem Dritten (dem Gericht) zugänglich macht (vgl *Brandl*, Tonbandaufnahmen von Telefongesprächen mit einem Finanzdienstleister und ihre Folgen, ÖBA 2004, 289).

⁶²⁵ *Schmoller*, JBl 1994, 155f. Als Argument für die grundsätzliche Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel wird oft die fehlende allgemeine gesetzliche Regelung über Beweisverwertungsverbote in der ZPO angeführt. Ein Vergleich mit dem Verwaltungsrecht und der deutschen Lehre zeigt jedoch, dass diese Auslegung nicht zwingend ist. § 46 AVG besagt, dass als Beweismittel alles in Betracht kommt, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und nach der Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist. Im weiten Sinn verstanden scheint diese Regelung der Annahme von Beweisverwertungsverböten entgegenzustehen. Allerdings wird in der Lehre und in der Rechtsprechung die Ansicht vertreten, dass trotz dieser Bestimmung Beweisverwertungsverböte zum Tragen kommen. Der Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel wird nicht so verstanden, dass durch ihn jegliche Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböte außer Kraft gesetzt werden (vgl *Frieberger*, Beweisverböte, 19 ff.) Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH ist die Berücksichtigung von Beweisergebnissen, welche auf gesetzwidrige Weise gewonnen wurden, zur Ermittlung der materiellen Wahrheit dann unzulässig, wenn das Gesetz dies anordnet oder wenn die Verwendung des betreffenden Beweisergebnisses dem Zweck des durch seine Gewinnung verletzten Verbötes widerspricht. Die bei der Beweiserhebung übertretene Vorschrift verbietet demnach nicht nur die Beweiserhebung sondern auch die Verwertung. Dabei ist unerheblich, ob es sich um eine Norm des Verwaltungsverfahrenrechtes oder um eine sonstige Rechtsnorm handelt (vgl VwSlg, Jahrgang 48, 1993, 13.872 (A)).

⁶²⁶ Vgl *Fasching*, Lehrbuch, Rz 936; *Rechberger*, Kommentar Vor § 266 Rz 24.

⁶²⁷ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, Rz 773; *Kodek*, Beweismittel, 180.

entgegenstände, die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes grundsätzlich abzulehnen sei.⁶²⁸ Es wird in der Lehre allerdings auch zugestanden, dass die ZPO Lücken enthalte.⁶²⁹ Darüber hinaus vertritt *Roth* die Ansicht, dass der Beweisführer ein subjektives, sich aus dem materiellen Justizgewährungsanspruch ergebendes Recht auf Beweis habe, welches auch verfassungsrechtlich garantiert sei.⁶³⁰ Mit diesem Recht auf Beweis sei zwangsläufig die Aussage verbunden, dass jede verfahrensmäßige Einschränkung der Beweisführung der besonderen Legitimation bedürfe.⁶³¹

Auch aus der EMRK ergeben sich keine Argumente für ein Verwertungsverbot rechtswidrig erlangter Beweismittel.⁶³² Der EGMR betont in ständiger Rechtsprechung⁶³³, dass sich die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln nach dem innerstaatlichen Recht richte und dass dessen Anwendung und Auslegung nur der Missbrauchskontrolle unterliege.⁶³⁴ Daraus ergibt sich, dass ein allfälliges nach nationalem Recht vorgesehenes Verbot der Verwertung missbräuchlich, beispielsweise durch Verletzung des Brief- oder Telefongheimnisses oder des Datenschutzes, erlangter Beweismittel, im Zivilverfahren grundsätzlich Art 6 EMRK nicht verletzt.⁶³⁵ Der EGMR betont in seiner Entscheidung *Schenk gg die Schweiz* überdies, dass es keine Bestimmung der EMRK ausdrücklich verlange, dass nach nationalem Recht

⁶²⁸ *Kodek*, ÖJZ 2001, 285.

⁶²⁹ Vgl dazu *Fasching*, Zur Auslegung der Zivilverfahrensgesetze, JBl 1990, 759.

⁶³⁰ *Roth* in *Erichsen/Kollhoser/Welp (Hrsg.)*, Recht der Persönlichkeit, Berlin 1996, 284 f.

⁶³¹ *Roth*, Recht der Persönlichkeit, 285.

⁶³² Nach der Rechtsprechung des EGMR enthält die EMRK keine generelleren Regeln über die Zulässigkeit von Beweismitteln, dies sei daher in erster Linie eine Angelegenheit nationaler Gesetzgebung. Vor allen Dingen verlange keine Bestimmung in der Konvention ausdrücklich, dass nach nationalem Recht rechtswidrig erlangte Beweismittel nicht zugelassen werden dürften. Eine nach nationalem Recht zulässige Verwertbarkeit einer rechtswidrig erlangten Tonbandaufnahme als Beweismittel sei daher grundsätzlich nicht ausgeschlossen, wenn die Aufnahme von einem Privatmann ohne Einverständnis des Betroffenen gemacht wurde. Das in Art 6 der EMRK garantierte Recht auf ein faires Verfahren werde nur dann verletzt, wenn die Verurteilung ausschließlich auf dem rechtswidrig erlangten Beweismittel beruhe (vgl EGMR vom 12.7.1988, Fall *Schenk gg die Schweiz*, EuGRZ 1988,390). Nach einem im Jahr 2000 ergangenen Urteil hält der EuGH allerdings nicht mehr daran fest, dass dann, wenn die Tonbandaufnahme das einzige Beweismittel war, die Verwertung dieses Beweismittels im Strafverfahren als konventionswidrig angesehen werden müsse (vgl EGMR vom 12.5.2000, Fall *Khan gg das vereinte Königreich*, ÖJZ 2001, 656).

⁶³³ *Ratz* weist darauf hin, dass der EGMR in Fällen, wo von verschiedenen Seiten ohne weiteres Beweisverbote vermutet wurden, keine Bedenken angemeldet hat (*Ratz*, Rz 2005, 79).

⁶³⁴ *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, Art 6 Rz 99.

⁶³⁵ *Frowein/Peukert*, Art 6 Rz 109.

rechtswidrig erlangte Beweismittel nicht verwertet werden dürften.⁶³⁶ Es sei nicht Aufgabe des Gerichtshofes zu entscheiden, ob bestimmte Typen von Beweisen (zB unrecht erlangte Beweise) zulässig sein können oder ob der Beschwerdeführer tatsächlich schuldig sei oder nicht.⁶³⁷ Die Frage die beantwortet werden müsse sei, ob das Verfahren als Ganzes, einschließlich der Art wie die Beweise erlangt wurden, fair war.⁶³⁸ *Kodek* führt dazu aus, dass lediglich dann, wenn sich die Zulassung rechtswidrig erlangter Beweismittel auf die Fairness des Verfahrens auswirke, Art 6 EMRK namentlich für den Schutz des Verkehrs mit Parteienvertretern Bedeutung erlangen könnte.⁶³⁹

Der OGH tendiert dazu, die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel mit dem Hinweis auf die Verpflichtung der Gerichte, im Rahmen des Parteivorbringens die Wahrheit⁶⁴⁰ zu erforschen, zu begründen. Das Gericht solle eine Entscheidung fällen, die auf Feststellungen basiere, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zutreffen.⁶⁴¹ *Kodek* hält diesem Argument entgegen, dass der Wahrheitsfindung im Prozess kein absoluter Vorrang zukomme, das Prozessrecht wolle „keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis“. Überdies sei im Besonderen zu beachten, dass beim Ausschluss von Beweismitteln wegen deren rechtswidrigen Erlangung im Zivilverfahren der Schutz der einen Partei regelmäßig auf Kosten eines unrichtigen Sachausgangs erkaufte werde und daher letztlich zu Lasten der Gegenpartei gehe.⁶⁴²

⁶³⁶ EuGRZ 1988, 390 Rz 394. Die Verwertung heimlich von den Behörden aufgenommener Gespräche wird hingegen grundsätzlich nur dann mit Art 6 EMRK vereinbar sein, wenn die Aufnahme im Rahmen gesetzlich vorgesehener Ermittlungsmaßnahmen erfolgte, oder wenn im Einzelfall das öffentliche Interesse an der Bekämpfung schwerer Kriminalität überwiegt (vgl. *Frowein/Peukert*, Art 6 Rz 110).

⁶³⁷ *Ratz*, RZ 2005, 76.

⁶³⁸ *Graf/Schöberl*, ZAS 2004/30.

⁶³⁹ *Kodek*, ÖJZ 2001, 286.

⁶⁴⁰ Dies gilt nur für den Zivilprozess, weil die Wahrheitsermittlung im Strafprozess nicht das oberste Ziel darstellt, sondern rechtsstaatlichen Beschränkungen unterliegt (vgl. *Schmoller*, JPR 2002, 251).

⁶⁴¹ Vgl. EvBL 2000/78, 347. Auch ein Teil der deutschen Lehre argumentiert ähnlich mit dem Hinweis darauf, dass das Ziel des Zivilprozesses das materiell richtige Urteil sei (vgl. *Störmer*, JuS 1994, 335).

⁶⁴² *Kodek*, ÖJZ 2001, 287.

4.3 Trennungsgrundsatz

Von einem überwiegenden Teil der Lehre wird als eines der Hauptargumente gegen die Annahme von Beweisverwertungsverböten der Trennungsgrundsatz angeführt. Dabei sei zwischen der Beweiserlangung, der Beweisaufnahme und der Beweisverwertung zu trennen.⁶⁴³ Da die Beweiserlangung regelmäßig vor Beginn oder zumindest außerhalb des Prozesses liege, bedürfe es einer besonderen Begründung, warum ein Verstoß gegen materielles Recht bei der Beweiserlangung auch Konsequenzen auf der Ebene des Prozessrechtes haben solle.⁶⁴⁴ Gegen die Annahme zusätzlicher prozessualer Konsequenzen eines außerprozessualen Verstoßes gegen materielles Recht spreche laut *Kodek* das Argument, dass die ZPO selbst bei Verstößen gegen materielles Recht innerhalb eines Prozesses kein Beweisaufnahmeverbot vorsehe.⁶⁴⁵ Es habe daher die Beurteilung prozessualer Fragen grundsätzlich nach eigenständigen, vom materiellen Recht weitgehend unabhängigen, prozessrechtlichen Maßstäben zu erfolgen.⁶⁴⁶

Kodek vertritt die Ansicht, dass massive Anhaltspunkte dafür beständen, dass die Annahme eines Beweisverbotes mit der Grundkonzeption der ZPO unvereinbar sei. Schon eine kursorische Betrachtung der in der ZPO vorgesehenen Beweisbeschränkungen zeige, dass diese in keinem einzigen Fall der Ahndung einer Rechtsverletzung bei der Erlangung des Beweismittels dienen würden. Alle positivierten Beweisverbote würden durchwegs andere Zwecke, nämlich die Wahrung von Geheimsphären und die Vermeidung von

⁶⁴³ *Kodek*, Beweismittel, 127.

⁶⁴⁴ Vgl dazu auch die Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes, dass Grundrechtsverletzungen außerhalb der Hauptverhandlung nicht zwingend dazu führen, dass auch das Strafurteil gegen Verfassungsrecht verstoße (AUSL EGMR, 30.6.2008, Bsw 22978/05).

⁶⁴⁵ *Kodek*, ÖJZ 2001, 287.

⁶⁴⁶ Zur Eigenständigkeit der prozessualen Sphäre vgl *Roth*, Recht der Persönlichkeit, 287 f. *Kodek* führt als weiteres Argument an, dass keine einzige Bestimmung in der ZPO das außerprozessuale Verhalten der Parteien regle. Es erscheine zwar durchaus vorstellbar, dass eine Verfahrensordnung auch Vorschriften über das außerprozessuale Verhalten enthalte, soweit dieses einen Nahebezug zum Prozess aufweise. Die Frage, inwieweit das Prozessrecht diese Frage regeln kann und soll sei jedoch bisher in Österreich nicht näher diskutiert worden. (vgl *Kodek*, ÖJZ 2001, 288). Auch der OGH hat in seiner Entscheidung zu 6 Ob 190/01 m festgestellt, dass die ZPO an das außerprozessuale Verhalten der Parteien keine Konsequenzen knüpfe (vgl OGH 27.9.2001, 6 Ob 190/01 m).

Interessenkonflikten, allenfalls auch die Erleichterung und damit Beschleunigung der Beweisaufnahme, namentlich in Zwischenstreitigkeiten, verfolgen. Die Regelungen über die Beweisverfahren würden zeigen, dass die materielle Zuordnung des Beweisgegenstandes für die Zulässigkeit der Beweisaufnahme im Allgemeinen nicht von Bedeutung sei.⁶⁴⁷

Ein weiteres Argument für den Trennungsgrundsatz lässt sich aus § 530 ZPO ableiten. Die Wiederaufnahmsgründe des § 530 Abs 1 Z 1 bis 3 ZPO lassen nämlich erkennen, dass nur diejenigen strafbaren Handlungen auf das Zivilverfahren von Einfluss sein sollen, die die Wahrheits- und Richtigkeitsgarantie der Rechtssprechung verletzen. Nach *Fasching* könne dieser Gedanke jedoch nicht auf die rechtswidrige Erlangung sachlich unbedenklicher Beweismittel ausgedehnt werden.⁶⁴⁸ *Kodek* ist der Ansicht, dass sämtliche Versuche den Trennungsgrundsatz zu überwinden, wie das Anreizargument⁶⁴⁹, das Verbot der Ausnützung einer rechtswidrig herbeigeführte Lage⁶⁵⁰ und Eigenmachtverbot⁶⁵¹ sowie der Grundsatz von Treu und Glauben⁶⁵² nicht geeignet seien, ein Beweisverwertungsverbot zu begründen.⁶⁵³

⁶⁴⁷ *Kodek*, ÖJZ 2001, 289.

⁶⁴⁸ *Fasching*, Lehrbuch Rz 937.

⁶⁴⁹ Das Anreizargument wird in der deutschen Literatur von *Baumgärtel*, *Kaissis* und *Leipold* vertreten, die die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel mit der Begründung ablehnen, dies würde einen Anreiz zu rechtswidrigem Tun darstellen. Die Gewissheit der Prozesspartei, dass das von ihr illegal erlangte Beweismittel zugelassen wird, könne dazu beitragen, ihre Hemmungen und Befürchtungen vor der materiellrechtlichen Sanktion ihrer Erlangungshandlung zu überwinden. Der effektivste Mechanismus, die illegale „Erlangungsaktivität“ der Partei zu bremsen, sei ein Beweisverwertungsverbot, das auch generalpräventiv wirken würde (vgl *Kodek*, Beweismittel, 106 f).

⁶⁵⁰ Dieses Argument wird in der deutschen Literatur von *Kaissis* und *Leipold* vertreten. Von den Vertretern dieses Argumentes wird ein Beweisverwertungsverbot damit begründet, dass das allgemeine Rechtsprinzip, wonach niemand aus rechtswidrigem Handeln zum Nachteil eines anderen einen Vorteil herbeiführen darf, bzw dass die Ausnützung einer rechtswidrig herbeigeführten Lage unzulässig ist und die rechtmäßige Situation wieder hergestellt werden muss, gelte.

⁶⁵¹ Aus dem Eigenmachtverbot wird abgeleitet, dass sich niemand auf diese Weise Vorteile verschaffen können dürfe.

⁶⁵² *Baumgärtel* hat versucht, Beweisverbote mit dem auch im Prozess geltenden Grundsatz von Treu und Glauben zu begründen. *Baumgärtel* vertritt demnach, dass das Interesse an einer der wahren Sachlage entsprechenden Entscheidung nicht dazu führen dürfe, dass Beweismittel zugelassen werden, die auf unredliche Weise in den Besitz des Beweisführers gekommen sind (*Kodek*, Beweismittel, 104).

⁶⁵³ *Kodek*, ÖJZ 2001, 289 f.

4.4 Prozessuale Mitwirkungspflichten – Urkundenvorlagepflicht

Einen deutlichen Hinweis auf die weitgehende Irrelevanz materieller Rechtspositionen bei der Frage der Zulässigkeit von Beweismitteln bieten die Bestimmungen über die Urkundenvorlagepflicht. Nach § 303 ZPO kann grundsätzlich vom Gegner die Vorlage aller relevanten Urkunden verlangt werden, wobei die Vorlage nur unter den engen Voraussetzungen des § 305 ZPO verweigert werden kann.⁶⁵⁴ Demnach sind die Eigentumsverhältnisse oder sonstigen Rechte an der Urkunde als solche für die Frage der Verwertbarkeit als Beweismittel ebenso unbeachtlich wie allfällige Verwertungsrechte.

Rechtswidrig erlangte Tonbandaufnahmen stellen keine Urkunden dar. Diese werden von der hM vielmehr als Augenscheinsgegenstände⁶⁵⁵ und - sofern sie einen Gedankeninhalt vermitteln - als Auskunftssachen iSd § 318 ZPO qualifiziert.⁶⁵⁶ Nach *Walther* sollten technische Datenträger, wenn menschliche Gedanken aufgezeichnet sind, wie klassische schriftliche Urkunden behandelt werden.⁶⁵⁷ Dies führt jedoch dazu, dass derjenige, der über eine Tonbandaufnahme eines gemeinsamen Gespräches verfügt, diese nach § 304 Abs 1 Z 3 iVm § 318 Abs 2 ZPO vorlegen muss. Da es sich dabei im praktisch wichtigsten Fall um die Aufnahme von Vertragsgesprächen oder rechtsgeschäftlichen Erklärungen, somit um eine gemeinschaftliche

⁶⁵⁴ Die Vorlage von Urkunden kann dann verweigert werden, wenn (i) der Inhalt Angelegenheiten des Familienlebens betrifft, (ii) der Gegner durch die Vorlage eine Ehrenpflicht verletzen würde, (iii) das Bekanntwerden der Urkunde der Partei oder dritten Personen schaden würde oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung bestünde, (iv) die Partei durch die Vorlage eine staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht verletzen würde und (v) wenn andere gleich wichtige Gründe vorliegen, welche die Verweigerung der Vorlage rechtfertigen.

⁶⁵⁵ Auch Photographien stellen nach hA Augenscheinsgegenstände dar. Da § 78 UrhG nur die Verbreitung von Lichtbildern verbietet, ist die bloße Aufnahme als solche nicht rechtswidrig. Da das Vorführen in der Verhandlung den Tatbestand der Verbreitung nicht erfüllt, weil unter „Öffentlichkeit“ im Sinne der Bestimmung des § 98 UrhG nur die „Allgemeinheit“ oder ein „breites Publikum“ zu verstehen ist, erübrigt sich eine diesbezügliche Ausführung (zum Begriff der Öffentlichkeit vgl. *Schuhmacher*, in *Kucsko*, Systematischer Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Wien 2008, § 8 Punkt 3; vgl. auch *Kodek*, Beweismittel, 155).

⁶⁵⁶ *Rechberger*, Kommentar, Vor § 292, Rz 4. *Walther* vertritt die Ansicht, dass Tonbänder durch eine extensive Auslegung des § 318 ZPO problemlos als Auskunftssachen angesehen werden und somit den Urkunden verfahrensrechtlich angeglichen werden könnten. Dies würde im Hinblick auf die prozessuale Gerechtigkeit eine zufriedenstellendere Lösung bieten (vgl. *Walther*, Zur Abgrenzung von Urkundenbeweis, Beweis durch Auskunftssachen und Augenschein im österreichischen Zivilprozessrecht, RZ 1993, 47).

⁶⁵⁷ *Walther*, RZ 1993, 47.

Auskunftssache handelt (§ 304 Abs 2 ZPO), trifft den Inhaber eine unbedingte Vorlagepflicht. Die Vorlage könnte also nicht aus einem der Gründe des § 305 ZPO verweigert werden. Auch wenn es sich ausnahmsweise nicht um eine gemeinschaftliche Aufnahme iSd § 304 Abs 2 ZPO handeln sollte, trifft den Inhaber immer noch die sogenannte bedingte Vorlagepflicht nach § 305 ZPO, nach welcher Bestimmung die Vorlage nur bei Vorliegen bestimmter ausdrücklich angeführter Gründe oder „gleich wichtiger Gründe“ (§ 305 Z 5 ZPO) verweigert werden kann.⁶⁵⁸ Betrifft der Vorlageverweigerungsgrund nur einzelne Teile des Inhaltes der Urkunde, so ist nach § 306 ZPO ein beglaubigter Auszug der Urkunde vorzulegen.⁶⁵⁹ Diese Vorlagepflicht könnte auch nach Art 43 EGZPO außerhalb eines Prozesses durch selbständige Klage durchgesetzt werden. Nach *Kodek* ist diese Bestimmung, die nach der Rechtsprechung auch auf Augenscheinsgegenstände anzuwenden ist, daher ein deutlicher Hinweis darauf, dass die Möglichkeit der Benützung einer Urkunde zu Beweis Zwecken gesondert von sonstigen Rechten an der Urkunde zu sehen sei.⁶⁶⁰ Soweit ein Gegner verpflichtet sei, Beweismittel vorzulegen, stünden die ihm daran zustehenden materiellen Rechte der Beweisaufnahme nicht entgegen. Insoweit rechtfertigt daher die rechtswidrige Erlangung des Beweismittels nicht die Annahme eines Beweisverbotes.⁶⁶¹

4.5 Materielle Mitwirkungspflichten

In anderen Fällen ergebe sich die Mitwirkungspflicht der Partei auch aus ihrer materiellen Sonderbeziehung zum Gegner, mithin aus materiellem Recht.⁶⁶²

⁶⁵⁸ *Kodek*, ÖJZ 2001, 292.

⁶⁵⁹ *Rechberger*, Kommentar, § 306 Rz 4.

⁶⁶⁰ *Kodek*, ÖJZ 2001, 292.

⁶⁶¹ *Kodek*, ÖJZ 2001, 293.

⁶⁶² Der OGH stützt die Verwertbarkeit der an einem Bewusstlosen genommenen Blutprobe im Zivilverfahren vor allem auf versicherungsvertragliche Bestimmungen, die den Versicherungsnehmer zur Mitwirkung an der Aufklärung und entsprechender Information verpflichten. Die Pflicht, den behandelnden Arzt zu ermächtigen und zu veranlassen, die vom Versicherer geforderten Auskünfte zu erteilen, gehe als privatrechtliche Vereinbarung über die gesetzliche Verpflichtung hinaus (vgl OGH in AnwBl 1991, 851; für das Sozialversicherungsverhältnis bestätigt durch OGH 3.10.2000, 10 ObS 271/00a). Aa *Graff* : Die Entscheidung des OGH sei nicht haltbar. *Graf* schließt sich *Fasching* an der ausführt, dass der Grundrechtsschutz zwar nur unmittelbar gegenüber dem Staat und seinen Vollzugsorganen bestehe. Die in diesen Schutznormen zum Ausdruck kommende Wertung

Nach *Kodek* stelle die Bestimmung des § 304 Abs 1 Z 2 ZPO⁶⁶³ einen deutlichen Hinweis darauf dar, dass materielle Pflichten auch im Beweisrecht zu berücksichtigen seien. Diese Bestimmung zeige, dass allfällige aus dem Privatrecht erfließende (Abwehr)Rechte jedenfalls dann nicht der Beweisaufnahme entgegenstünden, wenn die Partei nach materiellem Recht zur Mitwirkung an der Beweisaufnahme verpflichtet sei. *Kodek* gesteht jedoch ein, dass die praktische Bedeutung derartiger materieller Auskunftspflichten gering sei. Der einzige praktische Unterschied zu den prozessualen Vorlagepflichten liege darin, dass bei einer materiellen Vorlagepflicht nach § 304 ZPO die Vorlage nicht nach § 305 ZPO verweigert werden könne.⁶⁶⁴

4.6 Das Recht am gesprochenen Wort

Da in der Diskussion über die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel häufig das anerkannte Persönlichkeitsrecht des „Rechtes am Wort“ herangezogen wird, ist dies in der Folge näher auszuführen.⁶⁶⁵

Wie bereits dargestellt, wird in der deutschen Lehre und Rechtsprechung überwiegend ein Recht am gesprochenen Wort angenommen, das mit dem Selbstbestimmungsrecht des Sprechers, selbst darüber zu entscheiden, ob das gesprochene Wort „aufbewahrt“ werden darf und darüber, ob das „verdinglichte“ Wort anderen zugänglich gemacht wird, begründet wird (vgl

solle die Gerichte jedoch letztlich daran hindern, derart fundamentale Rechtsverletzungen - auch wenn sie von einer Partei erfolgten - zur Basis ihrer Rechtsentscheidungen zu machen und damit mittelbar zu tolerieren und zu nutzen (*Graff*, AnwBl 1991, 852, Anmerkung); vgl auch *Soche* der ausführt, dass vielleicht noch darüber diskutiert werden könnte, ob ein entgegen einer einfachgesetzlichen Regelung zustande gekommenes Beweismittel verwendet werden dürfe; eine derartige Diskussion müsse jedoch sofort enden, wenn es sich um ein Eingriff in ein Grundrecht handelt (*Soche*, Auf dem Weg zum totalitären Staat?, ZVR 1978, 172). *Kodek* wendet ein, dass in diesem Fall auch ohne Bestehen einer Sonderbeziehung von der Verwertbarkeit der Blutprobe auszugehen sei, weil dem Interesse an der Geheimhaltung des Alkoholgehaltes nicht das gleiche Gewicht zukomme wie den anderen in § 305 ZPO positivierten Verweigerungsgründen (vgl *Kodek*, ÖJZ 2001, 294). Meines Erachtens ist die Situation in einem Strafverfahren jedenfalls eindeutig dahin zu beurteilen, dass eine ohne Zustimmung des Betroffenen genommene Blutprobe als Beweismittel verwendet werden können muss, wenn eine andere Person als der Bewusstlose zu schaden gekommen ist oder gar Todesopfer zu beklagen sind (vgl dazu auch OLG Wien 18.1.1996, 23 Bs 415/95).

⁶⁶³ § 304 Abs 1 Z 2 ZPO bestimmt, dass die Vorlage einer Urkunde verweigert werden kann, wenn der Gegner nach bürgerlichem Rechte zur Ausfolgung oder Vorlage der Urkunde verpflichtet ist.

⁶⁶⁴ *Kodek*, ÖJZ 2001, 293 f.

⁶⁶⁵ Vgl dazu *Schmoller*, Beweisverwertungsverbote im Diskussionsentwurf zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, RZ 2000, 166.

dazu auch Punkt 3.7).⁶⁶⁶ Nach der Judikatur des deutschen Verfassungsgerichtshofes gehört das Recht am Wort zum verfassungsrechtlich geschützten unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung.⁶⁶⁷ Dieses Recht soll einen Schutz gegen die heimliche Aufnahme von Gesprächen, auch Telefongesprächen, gewähren.⁶⁶⁸ *Schmoller* vertritt die Ansicht, dass dieses Recht jedoch auch dann verletzt wäre, wenn ein Gespräch mittels eines bloßen Abhörgerätes mitgehört wird, ohne dass eine Tonbandaufnahme erfolgt.⁶⁶⁹ Eine heimliche Aufnahme widerspricht den Interessen des Sprechenden, weil flüchtige, keineswegs stets wohlüberlegte Worte festgehalten werden. Ferner besteht die Gefahr missbräuchlicher Verwendung, indem Teile aus dem Zusammenhang gerissen werden.⁶⁷⁰ Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen kann nur dann angenommen werden, wenn zwingende und überwiegende Interessen der Allgemeinheit gelten,

⁶⁶⁶ Vgl. BGH Urteil vom 14.6.1960 – 1 StR 683/59 (LG München), NJW 1960, 1580; *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, Tübingen 1991, 236 f. Der OGH hat sich dieser Ansicht angeschlossen und eine ohne Zustimmung des Gesprächspartners durchgeführte heimliche Tonbandaufnahme als rechtswidrigen Eingriff in ein aus § 16 ABGB abzuleitendes Persönlichkeitsrecht qualifiziert, auch wenn die Aufnahme allein noch nicht den Straftatbestand des § 120 Abs 2 StGB herstellt, der die Weitergabe des Gesprächsinhaltes verlangt. Die Kläger hätten daher grundsätzlich einen Unterlassungsanspruch, der auch den Beseitigungsanspruch, also die Löschung der heimlichen Tonbandaufnahmen umfasst (vgl. OGH 27.9.2001, 6 Ob 190/01 m; siehe dazu auch unten unter Punkt III.6.4)

⁶⁶⁷ vgl. BGH Urteil vom 20.5.1958 – VI ZR 104/57 = BGHZ 27, 284; BVerfG in NJW 1973 1. Halbband, 891 ff.

⁶⁶⁸ Der deutsche Bundesgerichtshof orientiert sich auch für den Zivilbereich an dieser Rechtsprechung. Er anerkennt das Recht am gesprochenen, „durch eine Tonkonserve verdinglichten“, Wort. Das Verbot der Abspiegelung des Tonbandes hindere ein Zivilgericht dieses Beweismittel ohne Einwilligung des Betroffenen zu verwenden. Das Gericht dürfe sich wegen der Bestimmung des § 201 dStGB nicht zum Werkzeug der strafbaren Handlung des Beweisführers machen. Der Schutz des gesprochenen Wortes sei jedoch nicht schrankenlos. Es gebe kein absolutes Verwertungsverbot heimlicher Tonbandaufnahmen. Es sei eine Abwägung der widerstreitenden Interessen mit Rücksicht auf die generelle Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter vorzunehmen (BGH in NJW 1982 1. Halbband, 277 ff).

⁶⁶⁹ *Schmoller*, RZ 2000, 166. In § 120 StGB sei auch die Benutzung „reiner“ Abhörgeräte ohne Tonaufnahme unter Strafe gestellt. *Schmoller* wirft überdies die Frage auf, ob sich das Recht am Wort dahingehend erweitern lässt, dass es auch durch eine unzulässige Erlangung des gesprochenen Wortes verletzt wird.

⁶⁷⁰ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II, Wien 1984, 13. *Kodek* weist darauf hin, dass der Gefahr, dass einzelne Teile aus dem Zusammenhang gerissen werden, auf der Ebene der Beweiswürdigung zu begegnen sei. Die der Tonbandaufnahme zukommende hohe Authentizität sei im Gerichtsverfahren von Vorteil. Soweit dieses Argument als Begründung dafür angeführt werde, dass die Gefahr der Veröffentlichung sinnverzerrender Ausschnitte besonders groß sei, weil die Tonbandaufnahme von der Allgemeinheit als besonders zuverlässig angesehen werde, bestünden in einem Gerichtsverfahren derartige Bedenken nicht. Vielmehr könne der Sprecher im Verfahren zur Aufnahme, deren Hintergrund und allfälligen Manipulationen Stellung nehmen. Damit unterscheide sich die Wiedergabe einer Tonbandaufnahme im Zuge des Prozesses ganz entscheidend von sonstigen Formen der Veröffentlichung. Die Gefahr missbräuchlicher Anwendung sei deutlich reduziert. (*Kodek*, ÖJZ 2001, 296).

hinter die die schutzwürdigen Interessen des Beschuldigten an der Nichtverwendung einer Tonbandaufnahme zurücktreten müssen.⁶⁷¹

Als Grundlage für den Schutz des eigenen Wortes wird in Deutschland auch die Verdinglichung des Wortes als „Emanation der Persönlichkeit“ und der Erwägung, dass andernfalls die Unbefangenheit der menschlichen Kommunikation leiden würde, angeführt. Es sollen die im gesprochenen Wort verkörperten Aspekte der Persönlichkeit gegen Angriffe mit neuen technischen Mitteln geschützt werden. Die von der Natur gegebenen zeitlichen und räumlichen Grenzen des gesprochenen Wortes würden durch moderne technische Mittel durchbrochen.⁶⁷²

In Österreich findet sich keine umfassende gesetzliche Anerkennung des Rechtes am gesprochenen Wort.⁶⁷³ Im Bereich des materiellen Rechtes wird aus § 16 ABGB neben den einzelnen positivierten Persönlichkeitsrechten, wie dem Recht auf Leben, Freiheit etc., ein allgemeines Persönlichkeitsrecht abgeleitet, das den Schutz des Rechtes am gesprochenen Wort⁶⁷⁴ bzw am privaten gesprochenen Wort oder an der eigenen Stimme umfasst.⁶⁷⁵ In der Lehre wird mehrheitlich vertreten, dass aus dem Recht am Wort kein Verwertungsverbot abgeleitet werden könne.⁶⁷⁶ Es wird überdies darauf hingewiesen, dass dieses Recht immanenten Schranken unterliege, weil nach

⁶⁷¹ vgl BGH Urteil vom 20.5.1958 – VI ZR 104/57 = BGHZ 27, 284; BVerfG in NJW 1973 1. Halbband, 893.

⁶⁷² *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte, 239 ff; vgl auch *Kodek*, ÖJZ 2001, 295.

⁶⁷³ *Koziol*, Haftpflichtrecht, 13. Nach *Koziol* kann eine heimliche Aufnahme gerechtfertigt sein, wenn sie den Interessen des Sprechenden nicht widerspricht. *Koziol* nimmt dies bei telefonischen geschäftlichen Mitteilungen, Durchsagen und Bestellungen, also wenn der Inhalt im Vordergrund steht und die Identität des Sprechenden nebensächlich ist, an.

⁶⁷⁴ *Aicher in Rummel*, ABGB, § 16 Rz 22. Es handelt sich beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht jedoch um kein absolutes Recht, dessen Kernbereichsverletzung die Rechtswidrigkeit des Verhaltens indiziert, sondern um ein sogenanntes „Rahmenrecht“, um eine Ermächtigungsnorm, die den Richter zum Auffinden einzelner Verhaltensnormen zum Schutz der Persönlichkeit legitimiert. Erst diese Verhaltensnormen konstituieren dann das einzelne Persönlichkeitsrecht, das verschiedene Aspekte der Person betreffen und in seiner Intensität und in seinem Schutzbereich verschieden sein kann (vgl *Aicher in Rummel*, ABGB, § 16 Rz 14.)

⁶⁷⁵ *Posch in Schwimann*, ABGB Praxiskommentar³, Wien 2005, § 16 Rz 35.

⁶⁷⁶ Der Verwaltungsgerichtshof geht trotz des in § 46 AVG vorkommenden Grundsatzes über die Unbeschränktheit von Beweismitteln wegen der Strafbestimmung des § 120 Abs 2 StGB davon aus, dass im Verwaltungsverfahren eine rechtswidrig erlangte Tonbandaufnahme vor der Verwaltungsbehörde nur bei Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zu Beweis Zwecken verwendet werden dürfe. Das Interesse an der Beweisführung müsse das Interesse am Schutz privater Äußerungen überwiegen. Ansonsten müsse die Zustimmung des Sprechenden vorliegen (vgl OGH 27.9.2001, 6 Ob 190/01 m).

§ 120 StGB die Aufnahme durch einen Gesprächspartner alleine nicht strafbar ist,⁶⁷⁷ sondern nur die Verbreitung.⁶⁷⁸ Im Zivilrecht wird jedoch zugestanden, dass schon die heimliche Aufnahme ohne deren Veröffentlichung unter Umständen rechtswidrig sein kann.⁶⁷⁹

Die Gegner von Beweisverwertungsverböten vertreten die Ansicht, dass es problematisch wäre, über die für eine konkrete Problemlage vorgesehene strafrechtliche Schutzvorschrift hinauszugehen und auf Grundlage eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, gerade in dem geregelten Bereich, zusätzliche, positivrechtlich nicht verankerte Persönlichkeitselemente als geschützte Rechtsgüter einzubringen. Diese müssten dann wiederum, um unerträgliche Einschränkungen der Interessen anderer zu vermeiden, in bestimmten Fällen reduziert werden.⁶⁸⁰ Überdies sei zu beachten, dass es bei der Frage der Zulässigkeit der Beweisaufnahme nicht um die Rechtswidrigkeit der Erlangung, sondern ausschließlich um die Zulässigkeit der Wiedergabe⁶⁸¹ der Aufnahme im Rahmen des Beweisverfahrens, somit einen Sonderfall der „Verbreitung“ der Aufnahme, gehe und der Zusammenhang zwischen Unzulässigkeit der Herstellung der Tonbandaufnahme und deren Wiedergabe nicht zwingend sei. Nach *Kodek* zeige auch die Bestimmung des § 120 Abs 1 StGB, dass es offenbar nach der Vorstellung des Gesetzgebers durchaus auch legitime, zumindest aber nicht strafwürdige Verwendungsmöglichkeiten einer ohne Einverständnis des Gesprächspartners hergestellten Tonbandaufnahme gebe. Hier sei vor allem an die Verwendung als Beweismittel zu denken.⁶⁸²

⁶⁷⁷ In Deutschland findet sich der Schutz am Wort in § 201 dStGB, wobei der Schutz umfangreicher ausfällt als nach österreichischem Recht, weil bereits die Aufnahme eines jeden nicht öffentlich gesprochenen Wortes strafbar ist, wohingegen die Strafbarkeit nach österreichischem Recht die Weitergabe verlangt.

⁶⁷⁸ *Kodek*, ÖJZ 2001, 295.

⁶⁷⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht, 13; *Aicher* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, Wien 2000, § 16 Rz 22.

⁶⁸⁰ *Nowotny*, Ist das Aufzeichnen eines geschäftlichen Telefonates verboten? RdW 1989, 215. Die Wertung des § 120 StGB solle auch für den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz akzeptiert werden.

⁶⁸¹ Vgl dazu auch *Störmer*, JuS 1994, 336 f.

⁶⁸² *Kodek*, ÖJZ 2001, 295. Siehe dazu näher unter Punkt III2.1.2.

*Schmoller*⁶⁸³ hat für das Strafverfahren die Ansicht vertreten, dass aus § 153 Abs 2 und § 166 Abs 2 StPO verallgemeinernd der Grundsatz abzuleiten sei, dass über Umstände, die den höchstpersönlichen Lebensbereich betreffen, eine Beweisaufnahme nur bei „Unerlässlichkeit“ bzw. „Unumgänglichkeit“ einer solchen Beweisführung erfolgen solle. Dies gelte unabhängig davon, ob eine solche Aufnahme rechtswidrig oder rechtmäßig zustande gekommen sei. *Kodek* erscheint dieser Ansatz grundsätzlich auch auf das Zivilverfahren übertragbar.⁶⁸⁴ Es käme allerdings in diesem Fall weniger auf die Erlangung an, als vielmehr darauf, ob durch die Beweisaufnahme der geschützte Bereich in unzulässiger Weise offengelegt werde. Insofern verschiebe sich die Problematik von einem Beweismittelverbot zu einem Beweisthemenverbot, wobei zu beachten sei, dass ein absolut geschützter Bereich im Zivilverfahren nicht denkbar sei.⁶⁸⁵ Auch der Einwand, dass die Gefahr bestünde, dass die Tonbandaufnahme manipuliert bzw aus dem Zusammenhang gerissen würde, könne nicht dazu führen, dass dieses Beweismittel von vornherein ausgeschlossen würde.⁶⁸⁶

Kodek verweist darauf, dass in einer Rechtsordnung, in der nach materiellem Recht das Prinzip der Formfreiheit herrscht und Verpflichtungen rechtsgeschäftlich wirksam daher auch mündlich eingegangen werden können, die Möglichkeit bestehen müsse, solche mündlichen Zusagen zu beweisen, weshalb das „Recht am Wort“ immanente Schranken habe. Zumindest bei rechtsgeschäftlichen oder überhaupt rechtserheblichen Erklärungen sei daher das Recht ins Unreine sprechen zu dürfen als Hinderungsgrund für die Beweisaufnahme nicht anzuerkennen.⁶⁸⁷ Eine angebliche Vertraulichkeit des Gespräches könne keinen Schutz vor der Aufklärung rechtserheblicher Umstände bieten. Der Einzelne könne als gemeinschaftsbezogener und gemeinschaftsgebundener Bürger die Beziehung, insbesondere auch die rechtlichen Beziehungen seiner Umwelt

⁶⁸³ *Schmoller*, Heimliche Tonbandaufnahmen als Beweismittel im Strafprozess, JBl 1994, 156; ebenso *Schmoller*, Erzwungene selbstbelastende Aussagen im Strafprozess, JBl 1992, 80.

⁶⁸⁴ *Kodek*, ÖJZ 2001, 296.

⁶⁸⁵ Auch *Schmoller* postuliert keinen absoluten Schutz der Intimsphäre sondern stellt im Rahmen einer Interessenabwägung darauf ab, ob die Beweisaufnahme unumgänglich bzw unerlässlich ist.

⁶⁸⁶ *Kodek*, ÖJZ 2001, 296.

⁶⁸⁷ *Kodek*, ÖJZ 2001, 296.

frei gestalten.⁶⁸⁸ Soweit jemand den Bereich seiner Privatheit verlasse, mit anderen Kontakt aufnehme und rechtserhebliche Erklärungen abgebe, sei ein Vertrauen auf die Flüchtigkeit des Wortes nicht schutzwürdig.⁶⁸⁹ Die Annahme der Unverwertbarkeit einer Tonbandaufnahme liefe hier auf ein Recht auf die Unbeweisbarkeit des eigenen Wortes hinaus. Das Recht am Wort wolle keineswegs vor einer zivilrechtlichen Verantwortung schützen.⁶⁹⁰

Schutzwürdige Interessen des Sprechers könnten sich außerhalb des Intimbereiches sohin nicht aus dem Inhalt des Gesprächs ergeben, weil der Sprecher darüber ja ohnedies wahrheitsgemäß aussagen müsste. Gegen die Zulässigkeit der Beweisaufnahme könnte daher allein die Verdinglichung des Wortes ins Treffen geführt werden, weil diese auch die Modulation der Stimme, Details der Formulierungen usw. offenbare. *Kodek* ist jedoch der Ansicht, dass die darin liegende Beeinträchtigung von Interessen des Sprechers relativ gering sei. Jedenfalls erscheine das Interesse des Sprechers nicht höherrangig als das Recht am Bild und das Recht an Sprachwerken, deren Schutzzweck nach § 41 UrhG nicht in den Prozess reiche.⁶⁹¹

Zum selben Ergebnis führe nach *Kodek* auch die Wertung, die den Bestimmungen der ZPO, welche der Wahrung des Persönlichkeitsrechtes dienen, zu entnehmen ist. Die Bestimmungen über die Urkundenvorlage stellen, weil es sich um ein bereits existentes Beweismittel handle, eine taugliche Analogiegrundlage dar. Vergleiche man das Interesse des

⁶⁸⁸ *Kodek*, ÖJZ 2001, 296 f.

⁶⁸⁹ Der VfGH hat mit seiner Entscheidung vom 28.9.1971 ausgesprochen, dass er die Ansicht ablehne, dass jedes rechtsgeschäftliche Handeln, sofern es nicht in Ausübung eines Berufes geschehe, der Intimsphäre des Privat- und Familienlebens zuzuordnen sei. Das Handeln eines Rechtsanwaltes, auch wenn dieser nicht in Ausübung seines Berufes auftrete, ist demnach nicht dem Privatbereich des Rechtsanwaltes zuzurechnen (vgl VfSlg, Band 36, Jahr 1971, Nr. 6534 v. 28. September 1971, B 92/71).

⁶⁹⁰ *Kodek*, Beweismittel, 154.

⁶⁹¹ Nach § 41 UrhG steht das Urheberrecht der Benutzung eines Werkes zu Beweis Zwecken im Verfahren vor den Gerichten und anderen Behörden sowie für Zwecke der Strafrechtspflege und der öffentlichen Sicherheit nicht entgegen. Das UrhG enthält im Hauptstück „Verwandte Schutzrechte“ auch Bestimmungen, die man in moderner Terminologie als Schutz des Persönlichkeitsrechtes bezeichnen würde. Mit dem Brief- und Bildnisschutz wurden zwei wichtige Teilbereiche einer Regelung zugeführt. Auch diese Rechte unterliegen jedoch den Beschränkungen des § 41 UrhG. Nach *Kodek* ließe sich die darin ausgesprochene Wertung dahingehend verallgemeinern, dass die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht erfließenden Befugnisse grundsätzlich nicht soweit reichen sollen, dass die Wahrheitsfindung im Prozess zu verhindert wird (*Kodek*, ÖJZ 2001, 298).

Sprechers mit den in § 305 Z 1 und Z 3 ZPO erwähnten Tatsachen des Familienlebens oder der Gefahr der Schande, so würde dieses im Regelfall sogar deutlich geringeres Gewicht beanspruchen können als die vom Gesetzgeber ausdrücklich vertypen (Vorlageverweigerungs-) Tatbestände. Auch Letztere würden jedoch nicht zur Verweigerung der Vorlage einer Urkunde oder eines Augenscheinsgegenstandes, wenn es sich um eine gemeinsame Urkunde oder die Aufnahme eines gemeinsamen Gespräches handelt, führen.⁶⁹²

Im Gegensatz zu diesem Ansatz zeigt die deutsche Rechtsprechung die Tendenz den Persönlichkeitsschutz des jeweiligen Opfers zu absolutieren und damit zu ignorieren, dass der diesem zugesprochene Persönlichkeitsschutz nur um den Preis von Einbußen am Persönlichkeitsschutz anderer zu haben ist. Dabei fällt die Abwägung idR nicht zugunsten der „bloß“ wirtschaftlichen Interessen des Beweisführers, sondern zugunsten des „hohen“ Persönlichkeitsrecht des Beweisgegner aus.⁶⁹³

4.7 Strafbestimmung gegen Tonbandmissbrauch

1956 wurde in Österreich zum Schutz der Intim- und Geheimsphäre eine Strafbestimmung gegen den Missbrauch von Tonbandaufnahmen und Abhörgeräten eingeführt.⁶⁹⁴ Der Gesetzgebers beabsichtigte unter anderem, das Vertrauen auf die Exklusivität des nicht öffentlich gesprochenen Wortes zu schützen.⁶⁹⁵ Die allgemeine Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Tonbandaufnahmen wird durch diese Strafbestimmung des § 120 StGB⁶⁹⁶

⁶⁹² Kodek, ÖJZ 2001, 297.

⁶⁹³ Helle, JZ 1991,931; Helle weist darauf hin, dass diese Beurteilung übersehe, dass sich hier der Beklagte mit dem Schutzschild des „nur“ wirtschaftlichen Interesses, beispielsweise das Interesse daran, nicht zur Darlehensrückzahlung verurteilt zu werden, verteidigt. Arzt hat schon darauf hingewiesen, dass in der Schwarzgeldentscheidung des BVerG (31.1.1973, 2 BvR 454/71) der Schutz der Persönlichkeit des Käufers den Kläger 70.000 DM kostete (JZ 1973, 507, Anmerkungen Arzt; siehe auch Kodek Beweismittel, 75).

⁶⁹⁴ Kodek, Beweismittel, 141.

⁶⁹⁵ Koberger, Grenzenloser Schutz der Privatsphäre von Tonbandgeräten?, ÖJZ 1990, 330.

⁶⁹⁶ § 120 StGB lautet: Abs 1: „Wer ein Tonaufnahmegerät oder ein Abhörgerät benützt, um sich oder einem anderen Unbefugten von einer nicht öffentlichen und nicht zu seiner Kenntnisnahme bestimmten Äußerung eines anderen Kenntnis zu verschaffen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.“

überlagert. Die Besonderheit dieser Strafbestimmung liegt darin, dass nach § 120 Abs 2 StGB auch strafbar ist, die Aufnahme einem Dritten, für den sie nicht bestimmt ist, zugänglich zu machen. Darunter fällt auch die Wiedergabe im Zuge eines Gerichtsverfahrens.⁶⁹⁷ Zunächst ist dazu festzuhalten, dass die allfällige Strafbarkeit der Aufnahme auf die Verwertung keinen Einfluss hat.⁶⁹⁸ Bisher wurde immer wieder vertreten, dass sich das Gericht nicht zum Werkzeug einer strafbaren Handlung des Beweisführers machen dürfe⁶⁹⁹ und auch der VwGH begründet die Beschränkung der Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen unter anderem damit, dass der den Beweis aufnehmende Organwahrer zur Ausführung einer strafbaren Handlung nach § 120 Abs 2 StGB beitragen würde.⁷⁰⁰ *Schmoller* führt jedoch aus, dass diese Argumentation falsch sei, weil sich über § 120 StGB in Wahrheit kein Beweisverwertungs-, sondern allenfalls nur ein Beweisaufnahmeverbot für die Hauptverhandlung begründen lasse. Wurde die Aufnahme nämlich in der Verhandlung abgespielt, stünde der bereits verwirklichte Tatbestand des § 120 StGB einer Verwertung im Urteil nicht entgegen. Ein echtes Verwertungsverbot müsse jedoch auch in diesem Stadium eingreifen.⁷⁰¹

Abs 2: „Ebenso ist zu bestrafen, 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.“

Abs 2 a: „Wer eine im Wege einer Telekommunikation übermittelte und nicht für ihn bestimmte Nachricht in der Absicht, sich oder einem anderen Unbefugten vom Inhalt dieser Nachricht Kenntnis zu verschaffen, aufzeichnet, einem anderen Unbefugten zugänglich macht oder veröffentlicht, ist, wenn die Tat nicht nach den vorstehenden Bestimmungen oder nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.“ Anders als in Deutschland ist in Österreich die Aufnahme nur strafbar, wenn die Äußerung nicht zur Kenntnis des Täters bestimmt ist (zur deutschen Rechtslage vgl unter Punkt III3.7).

⁶⁹⁷ *Nowotny*, RdW 1989, 214; Der VwGH hat ausgesprochen, dass § 120 Abs 2 StPO eine Auslegung dahingehend, dass die Verwendung von Tonbandaufnahmen einer nicht öffentlichen Äußerung eines anderen ohne Einverständnis des Sprechenden zu Beweis Zwecken vor Gerichten nicht den Tatbestand dieser Norm erfüllt, nicht zulässt (VwGH 5.6.1993, 91/10/0130 = JBI 1994, 196).

⁶⁹⁸ *Schmoller*, JBI 1994, 156. *Kodek* weist darauf hin, dass in den meisten praktisch vorkommenden Fällen die Aufnahme von einem Gesprächspartner gemacht wird, sodass diese zwar zivilrechtlich unzulässig, jedoch nicht nach § 120 StGB strafbar ist (vgl *Kodek*, ÖJZ 2001, 337).

⁶⁹⁹ BGH in NJW 1982 1. Halbband, 277.

⁷⁰⁰ VwGH in JBI 1994, 197.

⁷⁰¹ *Schmoller*, JBI 1994, 156. Folgt man dieser Ansicht, verkennt man jedoch das Problem, dass die Grundrechtseingriffe der Verletzung des Rechtes am Wort und vor allem der Verletzung der Geheimsphäre, welche durch § 120 StGB entsprechenden Schutz erfahren, weiter wirken würden. Ein wirksamer Schutz könnte daher nur dann geboten werden, wenn nicht nur das Vorspielen in der Verhandlung sondern auch die Verwertung im Urteil vom Tatbestand des § 120 StGB umfasst wäre. Überdies wurde auch nie die Strafbarkeit des Richters diskutiert sondern nur die Frage, ob sich der Richter zum Werkzeug einer strafbaren Handlung machen

Von § 120 StGB könnte überdies nur dann ein Beweisverbot abgeleitet werden, wenn gezeigt werden könnte, dass auch das Vorspielen von Tonbandaufnahmen zu Beweis Zwecken im Zuge eines Gerichtsverfahrens nach dieser Bestimmung strafbar sein kann. *Schmoller* führt dazu aus, dass es generell als zulässig anzusehen sei, ein verwertbares Beweismittel zum Gegenstand einer Beweisaufnahme zu machen. Denn soweit man zu dem Ergebnis gelange, dass eine Tonbandaufnahme im Einzelfall verwertbar ist, würden die Vorschriften über die Beweisaufnahme bzw. die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit gegenüber § 120 StGB einen Rechtfertigungsgrund bilden.⁷⁰² Aus diesem Grund ist die Vernehmung eines Zeugen, der trotz ordnungsgemäßer Belehrung gegen eine anerkannte Verschwiegenheitspflicht verstößt, für den Richter jedenfalls nicht strafbar.⁷⁰³ Vergleichbare Bestimmungen im Hinblick auf Tonbandaufnahmen, aus denen eine Rechtfertigung für einen Richter abgeleitet werden könnten, bestehen jedoch nicht.

Grundsätzlich schließt eine Zustimmung des Sprechenden die Strafbarkeit der Wiedergabe der Aufnahme aus. Ist der Sprecher zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet, ist auch bei einer rechtswidrigen Weigerung zur Zustimmung eine Strafbarkeit ausgeschlossen. Überdies ist zu berücksichtigen, dass die Interessen des Sprechers durch die Wiedergabe der Aufnahme in einem Gerichtsverfahren wesentlich weniger beeinträchtigt werden, als durch eine sonstige Form der Veröffentlichung. Alle Gründe, die für den Schutz des Rechtes am Wort angeführt werden, gelten im Prozess

dürfe. Würde der Straftatbestand durch das Vorspielen in der Verhandlung verwirklicht, wäre zwar auch grundsätzlich eine Strafbarkeit des Richters gegeben, eine solche scheidet allerdings aus, weil ansonsten die Rechtspflege unzumutbar eingeschränkt wäre. Insofern ergibt sich für den Richter ein Rechtfertigungsgrund, wenn er eine falsche Entscheidung treffen würde. Der Richter würde bei einer unrichtigen Beurteilung eines Rechtfertigungsgrundes zwar zur Ausführung der strafbaren Handlung beitragen, wäre selber jedoch nicht strafbar. Dies ändert jedoch nichts an seiner Verpflichtung zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, aufgrund dessen ein Vorspielen in der Verhandlung straffrei wäre. Im Umkehrschluss bedeutet dies daher, dass bei Fehlen von Rechtfertigungsgründen ein Vorspielen von Aufnahmen nichtöffentlicher Äußerungen im gerichtlichen Verfahren verboten wäre, weshalb der Richter ein solches Beweismittel weder aufnehmen noch im Urteil verwerten dürfte.

⁷⁰² *Schmoller*, JBI 1994, 156; Insofern könne § 120 Abs 2 StGB einem Abspielen in der Hauptverhandlung nur wirksam entgegen stehen, wenn die Aufnahme als unverwertbar beurteilt wird; vgl auch *Kodek*, ÖJZ 2001, 337.

⁷⁰³ *Kodek*, ÖJZ 2001, 338.

nicht oder nur in untergeordnetem Maß. Schon aus diesem Grund vertritt *Kodek* die Ansicht, dass nicht anzunehmen sei, dass § 120 StGB den Zweck verfolge, der Wahrheitsforschung im Zug eines Gerichtsverfahrens entgegenzustehen.⁷⁰⁴ Jedenfalls bleibe der in der Wiedergabe des Tonbandes zu Beweis Zwecken im Prozess liegende Eingriff in die Interessen des Sprechers hinter dem typischen Fall des § 120 Abs 2 StGB weit zurück.⁷⁰⁵ Aus diesem Grund ist anzunehmen, dass der im Strafrecht anerkannte Rechtfertigungsgrund des überwiegenden Interesses vorliegt.⁷⁰⁶

Vertritt man diese Meinung nicht stellt sich die Frage, ob das Vorspielen der Aufnahme zur Abwehr eines Prozessbetrugsversuches des Gegners aus dem Grund der Notwehr (§ 3 StGB) gerechtfertigt sein kann. Die hM nimmt an, dass ein Prozessbetrugsversuch schon dann zu unterstellen ist, wenn dieser nicht ausgeschlossen werden kann.⁷⁰⁷ Aus diesem Grund wäre aber das Vorspielen eines angebotenen Tonbandes zur Prüfung der Richtigkeit der diesbezüglichen Behauptung trotz der Strafbestimmungen des § 120 StGB im Zivilverfahren idR nicht nur prozessual zulässig, sondern sogar geboten. Damit stellen die - durch Auslegung ermittelten - Vorschriften über die Beweisaufnahme für die Richter einen Rechtfertigungsgrund dar. Stellt sich um Zuge des Prozesses jedoch heraus, dass das Beweismittel nicht geeignet ist um den Standpunkt des Prozessführers zu stützen, ist das Abspielen für diesen strafbar.⁷⁰⁸ Für die Zulässigkeit der Beweisaufnahme ist die Strafbarkeit des Beweisführers jedoch ohne Bedeutung, was auch aus prozessökonomischer Sicht Vorteile hat, weil dadurch ein Zwischenstreit über die Rechtswidrigkeit der Erlangung und/oder Wiedergabe des Tonbandes vermieden wird.⁷⁰⁹

⁷⁰⁴ *Kodek*, ÖJZ 2001, 338.

⁷⁰⁵ *Kodek*, ÖJZ 2001, 338.

⁷⁰⁶ Dazu *Koberger*, ÖJZ 1990,333. Maßgebend bei der Güterabwägung ist nicht die emotionale Einstellung des Betroffenen, sondern ein objektiver Maßstab.

⁷⁰⁷ Vgl dazu auch unter Punkt III4.8.

⁷⁰⁸ *Kodek*, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess, Wien 1987, 154.

⁷⁰⁹ *Kodek*, ÖJZ 2001, 337.

4.8 Beweisnotstand

Von einem Teil der (deutschen) Lehre wird die Ansicht vertreten, dass rechtswidrig erlangte Beweismittel nur dann zulässig seien, wenn sich der Beweisführer in Beweisnot befände.⁷¹⁰ Mit dem Kriterium der Beweisnot hängt nach *Roth* die Beachtung der Subsidiarität⁷¹¹ eng zusammen, wonach zuerst alle sonst zur Verfügung stehenden Beweismittel ausgeschöpft werden müssen.⁷¹² Die Verwertbarkeit eines Beweismittels spielt jedoch gerade dann eine große Rolle, wenn es sich um das einzige zur Verfügung stehende Beweismittel handelt. Nach *Kodek* ist der Ansicht *Roths* nicht zu folgen. Reiche der Schutzzweck des Rechtes am Wort oder des sonstigen bei der Beweiserlangung verletzten Rechtes nicht in den Prozess, so lasse sich daraus nicht nur die gänzliche Unverwertbarkeit, sondern auch nicht eine bloß subsidiäre Verwertbarkeit derartiger Beweismittel ableiten. Der Lehre von der Subsidiarität rechtswidrig erlangter Beweismittel liege offenbar die Vorstellung zugrunde, dass derartigen Beweismitteln aus prozessualer Sicht eben doch ein „Makel“ anhafte. Dies sei jedoch aus dem Gesagten gerade nicht der Fall.⁷¹³

Dieser Ansatz ist nach *Kodek* dann umso bedenklicher, wenn der Beweisnotstand nicht auf die aktuelle Beweislage des Beweisführers im Prozess bezogen wird, sondern auf die Möglichkeit, sich vor Beginn des Prozesses, vor Erkennbarkeit der (konkreten) Notwendigkeit einer

⁷¹⁰ Von der Rechtsprechung wird dieser Umstand innerhalb der von ihr angestellten Einzelfallabwägung berücksichtigt. Es wurde beispielsweise für bedeutungsvoll erachtet, dass es einer Beweisführerin darauf ankam, „einem auf andere Weise nur schwer, möglicherweise überhaupt nicht, abwehrbaren kriminellen Angriff auf ihre berufliche Existenz zu begegnen“ (vgl. *Roth*, *Recht der Persönlichkeit*, 293).

⁷¹¹ Auch der OGH hat in seiner Entscheidung 3 Ob 131/00m vom 20.6.2000 (siehe dazu unten unter Punkt III6.3) ausgesprochen, dass die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel stets nur subsidiär möglich sei, und den Beweis mit dem Hinweis, dass eine Zeugin zur Verfügung stehe, nicht zugelassen.

⁷¹² *Roth*, *Recht der Persönlichkeit*, 293. *Roth* betont jedoch, dass die Bejahung der Beweisnot und die Subsidiarität seiner Ansicht nach nicht an ein Schwerekriterium in dem Sinn gebunden seien, dass eine Verwertung nur in Frage käme, wenn es um die Gefährdung der beruflichen oder persönlichen Existenz gehe. Vielmehr könne Beweisnot auch bei ganz gewöhnlichen Zahlungsklagen auftreten, wenn es sich nicht gerade um ganze Bagatellen handle.

⁷¹³ *Kodek*, *ÖJZ* 2001, 335. *Kodek* argumentiert überdies, dass *Roth* seinen Ansatz nicht ausreichend begründe. *Roth* lege zunächst eingehend dar, dass grundsätzlich die materiellrechtswidrige Erlangung eines Beweismittels kein Verwertungsverbot zur Folge habe. Die daraufhin postulierte Subsidiarität derartiger Beweismittel stelle einen seltsamen Bruch in den Auffassungen *Roths* dar.

gerichtlichen Auseinandersetzung, Beweismittel zu verschaffen.⁷¹⁴ Dahinter stehe offenbar die Vorstellung, dass der Unvorsichtige (Gutgläubige?) nicht schutzwürdig sei und sich seinen Beweisnotstand durch seine eigene Vertrauensseligkeit selbst zuzuschreiben habe. *Helle* hat gegen diese Theorie eingewendet, dass sie umkehrbar sei.⁷¹⁵ *Kodek* hält dieser Argumentation entgegen, dass auch in anderen Fällen eine Nachlässigkeit des Beweisführers vor Prozesseinleitung nicht als Argument dafür herangezogen werde, den Kreis der ihm zu Verfügung stehenden Beweismittel einzuschränken.⁷¹⁶ Diese Argumentation im Zusammenhang mit rechtswidrig erlangten Beweismitteln setze voraus, dass der Schutzzweck der übertretenen Norm auch in den Prozess reiche, weil andernfalls der Art der Erlangung des Beweismittels für dessen Verwertbarkeit keine Bedeutung zukäme. Dies sei jedoch für das österreichische Recht abzulehnen.⁷¹⁷

In gewisser Weise subsidiär zulässig sind Beweismittel auch nach der Auffassung, dass diese nicht generell, jedoch dann zulässig sind, wenn der Beweis zur Abwehr eines Prozessbetrugsversuches des Prozessgegners notwendig ist. Da Notwehr nach herrschender Ansicht auch gegen unverschuldete Angriffe zulässig ist, wäre es nicht erforderlich, dass der Gegner bewusst Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht verletzt hätte. Es reichen vielmehr irrtümlich unrichtige oder unvollständige Angaben aus. Nach hA ist jene Verteidigung notwendig und gerechtfertigt, die das schonenste Mittel darstellt, um den Angriff sofort und endgültig abzuwehren.⁷¹⁸ Die Notwendigkeit ist dabei ex ante nach objektiven Kriterien zu beurteilen.⁷¹⁹ Der Beweisführer ist daher nicht verpflichtet, sich zunächst anderer Beweismittel geringeren Beweiswertes zu bedienen, zumal dies nicht zu einer rascheren

⁷¹⁴ *Kodek*, ÖJZ 2001, 337.

⁷¹⁵ *Helle*, JZ 1991, 931. Der Beklagte hätte sich nämlich, bevor er „leichtfertig“ Gespräche mit dem Gläubiger in dessen Wohnung führte, vergewissern müssen, ob das Gespräch wirklich vertraulich sei, wie er angenommen hatte.

⁷¹⁶ *Kodek*, ÖJZ 2001, 335. *Kodek* führt als Beispiel an, dass niemand die Einvernahme eines Zeugen mit der Begründung ablehnen werde, der Beweisführer habe es in der Hand gehabt, sich die Zahlung oder Vereinbarung schriftlich bestätigen zu lassen.

⁷¹⁷ *Kodek*, ÖJZ 2001, 335.

⁷¹⁸ OGH in JBI 1990, 389.

⁷¹⁹ OGH in JBI 1981, 444.

Beendigung des Verfahrens führen wird und unter Umständen auch mit prozessualen Nachteilen verbunden ist.⁷²⁰

Zusätzlich stellt sich das Problem, dass gerade die Beweisaufnahme klären soll, ob nun der Gegner gegen die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht verstoßen hat. Dagegen könne nach *Kodek* nicht eingewendet werden, dass die prozessuale Zulässigkeit der Beweisaufnahme unabhängig von ihrem Erfolg geregelt sein müsse, dh dass über die Zulässigkeit des Beweisantrages abgesprochen werden müsse, bevor erwiesen sei, dass die Erlangung oder Verwendung des Beweismittels nur Reaktion auf das treuwidrige Verhalten der Gegenpartei sei.⁷²¹ Hielte man nämlich die Beweisaufnahme zur Abwehr eines Prozessbetruges für gerechtfertigt, so sei es sinnlos, diese nur dann zuzulassen, wenn die Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit unabhängig von dem in Rede stehenden Beweismittel erbracht werden könnten. Vielmehr müsse es möglich sein, die Zulässigkeit der Beweisaufnahme unter Verwendung des Beweismittels darzutun, dessen Verwertbarkeit in Frage stehe.⁷²²

Daher ergeben sich folgende Bedenken: Reicht jeder, wenn auch unverschuldete, Verstoß gegen die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht zur Rechtfertigung des Abspielens einer Tonbandaufnahme aus und ist dieser Prozessbetrugsversuch zunächst zu unterstellen, läuft dies darauf hinaus, dass jede angeblich der Widerlegung der Angaben des Gegners dienende Tonbandaufnahme im Gerichtsverfahren zunächst vorgespielt werden müsste. Damit muss der Beweis aber zunächst einmal aufgenommen werden, was bedeute, dass eine Wiedergabe der Aufnahme in der Verhandlung zu erfolgen hat. Erblickt man darin einen Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht des

⁷²⁰ *Kodek*, ÖJZ 2001, 335.

⁷²¹ *Pleyer* stellt fest, dass ja erst durch die Beweisaufnahme selbst geklärt werden könne, welche von den widersprechenden Parteibehauptungen wahr sei und ob der Beweisgegner bewusst oder unbewusst Unrichtiges erkläre, ob er also durch Aufstellung seiner Behauptung unredlich handle. Man könne nicht die Fragen, die durch die Verwertung des Beweismittels erst geklärt werden sollen, mit unter die Voraussetzungen, die eine Verwertung des Beweismittels rechtfertigen, einreihen. Es sei auch nicht statthaft, einen so gravierenden Vorwurf, wie etwa den, der Beweisgegner sage bewusst die Unwahrheit, einfach als wahr zu unterstellen und auf die bloße Behauptung hin das Beweismittel zuzulassen. Rechtswidrig erlangte Beweismittel seien demnach von der Zulassung ausgeschlossen (vgl. *Pleyer*, Schallaufnahmen als Beweismittel im Zivilprozess, ZZP 1956, 335).

⁷²² *Kodek*, ÖJZ 2001, 336.

Sprechers, so ist nicht zu sehen, was sich daran ändern würde, wenn das Beweismittel im Urteil nicht verwendet würde. Ein allfälliger Eingriff in das Recht am Wort könnte dadurch nicht mehr rückwirkend beseitigt werden. Beweist sich die Tonbandaufnahme als beweiskräftig, ist damit auch dargetan, dass der Gegner zumindest objektiv unrichtige Angaben gemacht hat und das Abspielen gerechtfertigt war. Erweist sich die Aufnahme hingegen als nicht beweiskräftig, vielleicht sogar als irrelevant, so kommt eine Berücksichtigung in dem Sinn, dass sie zur Grundlage von Tatsachenfeststellungen dient, ohnehin nicht in Frage. Insoweit unterscheidet sich dann aber das rechtswidrig erlangte Beweismittel nicht von anderen, rechtmäßig erlangten Beweisen. Nach *Kodek* zeige diese Überlegung, dass in Wahrheit das Abstellen auf das Vorliegen einer Notwehrsituation in Hinblick auf einen - zu vermutenden - Prozessbetrugsversuch des Gegners keine von der Relevanz und dem Beweiswert des Beweismittels unabhängige Einschränkung der Zulässigkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel zu begründen vermag.⁷²³

4.9 Separater Herausgabeprozess?

Kodek vertritt überdies die Ansicht, dass es nicht möglich sei, ein Beweisverwertungsverbot dadurch zu begründen, dass in einem separaten Herausgabeprozess die Rückgabe entwendeter Beweismittel oder die Löschung eines Tonbandes begehrt und mit einem stattgebenden Urteil die Rücknahme eines bereits gestellten Beweisantrags durchgesetzt werden könnte. Dies setze zum einen voraus, dass der Schutzzweck der entsprechenden materiellen Normen, die zur Erlangung des Beweismittels verletzt wurden, auch die Verhinderung der Beweisführung im Prozess umfassen, was aber gerade nicht der Fall sei. Würde der Beweisgegner tatsächlich die Rückgabe einer Urkunde bzw. die Herausgabe einer Tonbandaufnahme erreichen, so hätte er die faktische Möglichkeit, die Benützung im Hauptverfahren zu verhindern, was allerdings nichts an seiner Verpflichtung zur Vorlage im Hauptverfahren - auf entsprechende Anträge des Gegners - ändern würde. Sollte das Beweismittel im Hauptverfahren bereits

⁷²³ *Kodek*, ÖJZ 2001, 336.

vorliegen, hätte das Gericht gemäß § 183 Abs 1 Z 2 ZPO die Befugnis, das Beweismittel bis zur Erledigung des Verfahrens zurückzuhalten. Selbst mit einer stattgebenden Entscheidung in einem Parallelprozess könne nicht auf das Hauptverfahren Einfluss genommen werden, weil es dadurch zur Eröffnung eines weiteren Instanzenzuges im Hauptverfahren kommen würde.⁷²⁴

4.10 Anfechtbarkeit bei einem Verstoß

Kodek führt aus, dass bei einem Verstoß gegen ein Beweisaufnahmeverbot daraus keineswegs ein Verwertungsverbot folge und dass selbst ein Verstoß gegen ein allfälliges Verwertungsverbot nicht zwangsläufig bedeute, dass das Urteil anfechtbar sei.⁷²⁵ Die Verletzung von Beweisverboten stellt nach *Fasching* keinen Nichtigkeitsgrund dar und macht dessen Aufnahme vor Gericht – wie bereits ausgeführt – nur dann unzulässig, wenn eine strafgesetzliche Vorschrift, die den Kernbereich der verfassungsmäßig geschützten Grund- und Freiheitsrechte der durch die Handlung betroffenen Person als solcher schützt, verletzt wird.⁷²⁶ Es ist vorstellbar, dass ein Verwertungsverbot zwar anerkannt, ein Anfechtungsrecht jedoch verneint wird. In diese Richtung weist auch § 496 Abs 1 Z 2 ZPO, der von Verfahrensmängeln spricht, „welche eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache verhindern.“ Diese Definition umfasst lediglich einen Unterfall des Verfahrensmangels, nämlich den Stoffsammlungsmangel. Nach hA liege daher der Rechtsmittelgrund des Verfahrensmangels nur dann vor, wenn wesentliche Mängel gegeben sind, die abstrakt geeignet sind, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu verhindern.⁷²⁷ Nach dieser Auffassung setzt der

⁷²⁴ *Kodek*, ÖJZ 2001, 343.

⁷²⁵ Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 22.4.1970 (12 Os 31/70) ausgesprochen, dass ein Urteil ungeachtet eines unterlaufenen Formfehlers ausreichend begründet sei, wenn sich der Ausspruch des Gerichtes über entscheidende Umstände nicht ausschließlich oder maßgeblich auf Tatsachen, deren Heranziehung ihm versagt ist, sondern auch noch auf andere in der Hauptverhandlung hervorgekommene Umstände, die schon für sich allein den Ausspruch rechtfertigen, stütze. Ob ein Urteil, das ein Beweisverwertungsverbot missachtet, nach Z 5 nichtig ist, sei in solchen Fällen eine Quantitätsfrage und Abwägungsfrage.

⁷²⁶ Vgl OGH 25.1.1996, 8 Ob A 297/95, ÖJZ 1996/109 (EvBl).

⁷²⁷ *Kodek* in *Rechberger*, Kommentar, § 496 Rz 3; vgl auch *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷, Rz 1019.

Verfahrensmangel daher stets ein „zu wenig“ voraus, die Aufnahme von „zu vielen“, also auch unzulässigen Beweismitteln, fällt demnach nicht unter § 496 ZPO.⁷²⁸

Fasching vertritt hingegen die Ansicht, dass Verfahrensmängel nicht nur die in § 496 Abs 1 Z 2 ZPO erwähnten Stoffsammlungsmängel seien, weil diese Gesetzesstelle überhaupt keine Definition des Verfahrensmangels enthalte, sondern lediglich einen Tatbestand beschreibe, bei dessen Vorliegen das Berufungsgericht das Ersturteil aufheben müsse. Der Mangel müsse nicht notwendigerweise ein „Zuwenig“ sein, sondern es sei jede Verletzung einer Verfahrensvorschrift ein Verfahrensmangel, wenn sie (i) ausdrücklich geltend gemacht werde und (ii) wesentlich sei, also in abstracto geeignet sei, die Unrichtigkeit der Entscheidung herbeizuführen.⁷²⁹ Dieser Ansicht hat sich auch *Ballon* angeschlossen⁷³⁰, der zunächst auf die Definition des Verfahrensmangels in § 42 VwGG verweist, wonach ein Verfahrensmangel unter anderem dann vorliege, wenn Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen wurden, bei deren Einhaltung die belangte Behörde zu einem anderem Bescheid hätte kommen können. Nach *Ballon* ist die Ansicht *Faschings* nicht nur durch Analogie gerechtfertigt sondern auch dadurch, dass sonst bestimmte Sachverhalte nicht überprüft werden könnten, weil sie eben kein „Zuwenig“ darstellen.⁷³¹

Kodek hält dem entgegen, dass die analoge Anwendung des § 42 VwGG den Nachweis einer Lücke voraussetze. § 496 ZPO stelle jedoch ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass es sich dabei um eine abschließende Regelung aller

⁷²⁸ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷, Rz 1019. Da nach dieser Ansicht eine Anfechtungsmöglichkeit ausgeschlossen sei, deute dies auf die generelle Verwertbarkeit jeglicher Beweismittel hin, weil ohne Anfechtungsmöglichkeit ein Verwertungsverbot unsinnig sei. Es sei deshalb davon auszugehen, dass Beweisverbote lediglich Aufnahmeverbote darstellen würden, die man sanktionslos verletzen könnte (*Rechberger*, Kommentar, Vor § 266 Rz 24, *Kodek*, ÖJZ 2001, 344 f.)

⁷²⁹ *Fasching*, Lehrbuch, Rz 1765. *Fasching* führt als weiteren Verfahrensmangel noch Formmängel an, wenn sie schon, soweit dies möglich war, sofort in der mündlichen Streitverhandlung gemäß § 196 ZPO gerügt wurden.

⁷³⁰ Offensichtlich ist auch *Röhsner* dieser Ansicht, weil er ausführt, dass die Übermittlung von Verbrauchsdaten (Strom, Wasser und Telefon) von Versorgungsunternehmen an das Gericht und die Verlesung dieser Daten im Verfahren (also ein „Zuviel“) einen gravierenden Verfahrensmangel darstelle und das Verfahren mit Nichtigkeit bedrohe (*Röhsner*, *immolex* 2000, 349).

⁷³¹ *Ballon*, Zu den Verfahrensmängeln im Zivilprozessrecht, in FS Franz Matscher, Wien 1993, 18.

Verfahrensmängel handle. Andernfalls müsse man unterstellen, dass der Gesetzgeber zwar auch andere Verfahrensmängel kenne, deren Folgen aber nicht regle. Für die Richtigkeit der hA spreche die Parallele zwischen § 496 Z 2 und § 503 Z 2 ZPO. Eine unterschiedliche Behandlung des Verfahrensmangels im Berufungs- und Revisionsverfahren sei nicht einleuchtend.⁷³² Nach *Rechberger/Simotta* gehe die Auffassung *Faschings* ohne Notwendigkeit über den Gesetzeswortlaut hinaus, die gründliche Beurteilung werde in der Regel nur durch „Zuwenig“ und nicht durch „Zuviel“ gehindert.⁷³³

Für das Revisionsverfahren gilt jedenfalls, dass die Aufzählung der Revisionsgründe in § 503 ZPO taxativ ist.⁷³⁴ Selbst *Ballon* räumt ein, dass im Hinblick auf § 503 Z 2 ZPO in der Revision nur Stoffsammlungsmängel geltend gemacht werden können.⁷³⁵ Daher kann ein Verstoß gegen ein Beweisverbot idR nicht mit Revision geltend gemacht werden.⁷³⁶

4.11 Folgen des Verstoßes gegen Beweisverwertungsverbote

*Fasching*⁷³⁷ vertritt die Ansicht, dass für die Art und die Gewichtigkeit der Folge von Verstößen gegen Beweisverbote folgende Erwägungen maßgebend seien:

- Die Bedeutung des geschützten Gutes (zB der Individualsphäre, des Rechts auf persönliche Freiheit, des Amtsgeheimnisses, des Berufsgeheimnisses etc.).

⁷³² *Kodek*, ÖJZ 2001, 344. Auch den Materialien sei zu entnehmen, dass der historische Gesetzgeber bei den Verfahrensmängeln des heutigen § 496 Abs 1 Z 2 ZPO nur ein „zu wenig“ im Auge gehabt habe.

⁷³³ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷, Rz 1019.

⁷³⁴ *Fasching*, Lehrbuch, Rz 1902.

⁷³⁵ *Ballon*, Verfahrensmängel, 18.

⁷³⁶ *Kodek*, ÖJZ 2001, 345; vgl auch OGH 6.8.1997, 13 Os 89/97 = ÖJZ 1998/69, 305Jb. (Anders ist hingegen die Rechtslage in Deutschland, weil § 539 dZPO nur von einem „wesentlichen Mangel“ spricht, sodass in Deutschland die Geltendmachung einer Verletzung eines allfälligen Beweisverbotes im Rechtsmittelweg unproblematisch wäre.) Für das Rekursverfahren ist jedoch zu beachten, dass die Rekursgründe nicht gesetzlich geregelt sind. *Kodek* vertritt die Ansicht, dass die Überprüfungsmöglichkeit im Rekursverfahren nicht weiter gehen soll als bei Urteilen. Selbst bei Bejahung eines Verwertungsverbotes könne dieses daher im Rekurs geltend gemacht werden.

⁷³⁷ *Fasching*, Lehrbuch, Rz 828.

- Der Umstand, dass durch eine gesetzmäßige Wiederholung des Beweises meistens der eingetretene „Schaden“ nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (zB bei einem öffentlich gewordenen Geheimnis).
- Dass bereits ein erheblicher Zeit- und Verfahrensaufwand für den Beweis erfolgt ist.

Die Folgen seien daher differenziert und würden von der von Amts wegen oder auch im Rechtsmittelverfahren aufgrund einer Verfahrensrüge wahrzunehmenden Unbeachtlichkeit des Beweisergebnisses als schwerstwiegender Sanktion über die Verpflichtung zur Wiederholung des Beweises bis zur sanktionslosen Benützbarkeit des Beweisergebnisses reichen.⁷³⁸

4.12 Geltendmachung eines Beweisverbotes

Störmer vertritt die Ansicht, dass der Beweisgegner in einem separaten Verfahren die Rückgabe des entwendeten Beweisgegenstandes oder die Löschung eines Tonbandes begehren und die Rücknahme eines bereits gestellten Beweisantrages durchsetzen könne.⁷³⁹ *Kodek* führt dazu aus, dass diese Argumentation verfehlt sei, weil sie stillschweigend voraussetze, dass der Schutzzweck der entsprechenden materiellen Normen, die zur Erlangung des Beweismittels verletzt wurden, auch die Verhinderung der Beweisführung im Prozess umfasse, was jedoch nicht der Fall sei. Überdies habe der Beweisgegner, der die Rückgabe einer Urkunde erreiche, zwar faktisch die Möglichkeit die Benützung des Beweismittels in einem späteren Verfahren zu verhindern,⁷⁴⁰ an seiner rechtlichen Verpflichtung zu dessen Vorlage im Hauptverfahren über Antrag des Gegners ändere sich jedoch nichts.⁷⁴¹

Auch gesonderte Abwehrklagen, mit denen eine prozessuale Verwertung unterbunden werden soll, sind nach *Roth* unzulässig.⁷⁴² Ließe man die

⁷³⁸ *Fasching*, Lehrbuch, Rz 828.

⁷³⁹ *Störmer*, JuS 1994, 336; vgl dazu auch BGH NJW 1988 1. Halbband, 1016 f.

⁷⁴⁰ *Kodek*, Beweismittel, 185.

⁷⁴¹ *Kodek*, ÖJZ 2001, 343.

⁷⁴² *Roth*, Recht der Persönlichkeit, 291.

Beurteilung der Zulässigkeit der Beweisaufnahme in einem Parallelverfahren zu, würde dies einen Eingriff in die Aufgabe des Gerichtes des ersten Verfahrens bedeuten. Dem Gericht des Parallelverfahrens würde eine Kontrollfunktion übertragen, die mit der Ausgestaltung des Rechtsmittelsystems durch die ZPO nicht vereinbar sei.⁷⁴³

Zur Geltendmachung eines Beweisverwertungsverbotes sind daher die §§ 496 und 503 ZPO heranzuziehen.⁷⁴⁴ Ein wesentlicher Verfahrensmangel liegt demnach nach überwiegender Ansicht jedenfalls dann vor, wenn dieser abstrakt geeignet wäre, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu verhindern.⁷⁴⁵ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, stellt dies einen tauglichen Berufungsgrund (Rechtsmittelgrund) dar.⁷⁴⁶

Fasching nimmt im Rahmen des Berufungsverfahrens⁷⁴⁷ eine andere Begriffsbestimmung vor, wonach jede Verletzung einer Verfahrensvorschrift, die kausal für die Entscheidung sein kann, einen Verfahrensmangel darstellt.⁷⁴⁸ Dieses Argument kann damit untermauert werden, dass § 42 VwGG, der ebenfalls Verfahrensmängel zum Gegenstand hat, den Begriff des Verfahrensmangels weiter umschreibt als von einem Teil der Lehre im Zivilprozess angenommen wird. Demnach liegt eine Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, wenn (i) der Sachverhalt von der belangten Behörde in einem wesentlichen Punkt aktenwidrig angenommen wurde, (ii) der Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt der Ergänzung bedarf, oder (iii) Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen wurden, bei deren Einhaltung die Behörde zu einem anderen Bescheid hätte kommen können. Die

⁷⁴³ *Kodek*, ÖJZ 2001, 343.

⁷⁴⁴ Der OGH hat in seiner Entscheidung zu 2 Ob 292/97 g (= SZ 70/239) ausgesprochen, dass die Verletzung eines Beweisverwertungsverbotes durch das Berufungsgericht keine Nichtigkeit und keine Mangelhaftigkeit iSd § 503 ZPO begründe.

⁷⁴⁵ Beispiele für solche Verfahrensmängel wären die Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, Verstöße gegen die richterliche Prozessleitungspflicht oder die Nichtzulassung beantragter Beweismittel (vgl. *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷, Rz 1019).

⁷⁴⁶ *Ballon*, Verfahrensmängel, 17; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷, Rz 1019; *Dolinar/Holzhammer*, Zivilprozessrecht I, 107.

⁷⁴⁷ Folgt man der Ansicht *Faschings*, muss in Kauf genommen werden, dass wegen der taxativen Aufzählung der Revisionsgründe in § 503 ZPO nur Stoffsammlungsmängel in Frage kommen, der wesentliche Verfahrensmangel des Berufungsverfahrens also ein weiterer ist als der des Revisionsverfahrens (vgl. *Ballon*, Verfahrensmängel, 18).

⁷⁴⁸ *Fasching*, Lehrbuch, Rz 1765.

Umschreibung des Verfahrensmangels in (ii) und (iii) entspricht damit der Ansicht *Faschings* (vgl oben Punkt 4.10), dass ein Verfahrensmangel nicht nur ein „Zuwenig“ umfasst.⁷⁴⁹

Ballon führt aus, dass die Ansicht *Faschings* nicht nur durch Analogie gerechtfertigt sei, sondern auch dadurch, dass sonst bestimmte Sachverhalte nicht überprüft werden könnten, weil sie kein „Zuwenig“, keine Unvollständigkeit, darstellen. Zu denken sei etwa an die Verwendung eines unzulässigen oder unzulässig erlangten Beweismittels.⁷⁵⁰ Es könne daher gesagt werden, dass ein wesentlicher Verfahrensmangel in der Verletzung einer Verfahrensvorschrift liege, die Einfluss auf die Entscheidung gehabt haben könnte. Im so verstandenen Sinn bilde er einen tauglichen Berufungs- und Rekursgrund. Vor dem OGH könne er allerdings aufgrund der ausdrücklichen Bestimmungen des § 503 ZPO nur in seiner Erscheinungsform als Stoffsammlungsmangel geltend gemacht werden.⁷⁵¹

4.13 Beweisverwertungsverbot durch Verletzung des Grundrechtes auf Datenschutz?

Die Verwendung unrechtmäßig erlangter Daten vor Gericht stellt einen Verstoß gegen das Grundrecht auf Datenschutz dar.⁷⁵² *Kodek* hat dazu ausgeführt, dass im Hinblick auf den Trennungsgrundsatz (dazu oben unter Punkt 4.3) keine Notwendigkeit für ein Beweisverwertungsverbot bestehe, weil das materielle Recht ausreichend Schutz biete. Auch *Fasching* und *Rechberger* vertreten die Ansicht, dass eine Verletzung des Grundrechtes auf Datenschutz kein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehe.⁷⁵³ Folgt man dieser Meinung, kann den datenschutzrechtlichen Bestimmungen kein Beweisverwertungsverbot für den österreichischem Zivilprozess entnommen werden, weil sie lediglich die Verletzung des Grundrechtes auf Datenschutz

⁷⁴⁹ *Ballon*, Verfahrensmängel, 18.

⁷⁵⁰ Als Beispiel kann die rechtswidrig vorgenommene Blutabnahme angeführt werden, vgl VwGH, VwSlg Jahrgang 34, 1979, 9975 (A).

⁷⁵¹ *Ballon*, Verfahrensmängel, 18.

⁷⁵² *Baurecht*, NetV 2006, 97.

⁷⁵³ *Graf/Schöberl*, ZAS 2004/30; auch *Baurecht*, NetV 2006, 97.

zum Gegenstand haben und nicht auf ein Verwertungsverbot im Prozess abzielen.⁷⁵⁴

Dohr/Pollirer/Weiss hingegen sind der Meinung, dass die strafgesetzwidrige Erlangung eines Beweismittels dem Gebrauch im Zivilprozess so lange nicht schade, als die Grund- und Freiheitsrechte gewahrt bleiben. Das bedeute, dass ein Verstoß gegen das Grundrecht auf Datenschutz zu einer Interessenabwägung führen müsse und ein Beweisverwertungsverbot dann anzunehmen sei, wenn in den Kernbereich des durch die EMRK (Art 8 aber auch Art 6 EMRK), die *RL* und das DSG 2000 geschützten Bereich des Privat- und Familienlebens eingedrungen werde. Die Verwertung sei umso nötiger als unzulässig zu werten, je sensibler die Daten seien.⁷⁵⁵

Hattenberger hat demgegenüber (allerdings für arbeitsrechtliche Streitigkeiten) ausgeführt, dass § 8 Abs 3 Z 5 DSG eine „interessante Legitimationsgrundlage“ bilde. Nach dieser Bestimmung ist die Verwendung nicht sensibler Daten auch dann zulässig, wenn dies „zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen des Auftraggebers vor einer Behörde notwendig ist und die Daten rechtmäßig ermittelt wurden“. Es stelle sich die Frage, ob aus dieser Bestimmung ein Beweisverwertungsverbot abzulesen sei. Die Literatur in Österreich habe dies in der Vergangenheit zwar strikt abgelehnt, in jüngerer Zeit würden sich jedoch Stimmen mehren, die die Verwertung von unzulässig gewonnenen Beweismitteln im Prozess als unzulässig ansehen. Dieser Grundsatz sei insbesondere auf manche Bestimmungen des Datenschutzgesetzes zutreffend, das die *RL* umsetze. Die Frage, ob durch § 8 Abs 3 Z 5 DSG ein Beweisverwertungsverbot angeordnet wurde, ist nach *Hattenberger* auf zwei Ebenen zu beantworten. Es sei zu fragen, ob diese Bestimmung auch an Gerichte adressiert sei, die in einem Prozess zweifellos Daten verarbeiten. Aufgrund der Weite des Anwendungsbereiches der *RL* könnte davon ausgegangen werden, dass sie auch die Verwertung von Daten im Prozess mit regelt. Davon abgesehen

⁷⁵⁴ Auch die europarechtlichen Bestimmungen vermögen ein etwaiges Beweisverwertungsverbot nicht zu begründen (vgl. *Graf/Schöberl*, ZAS 2004/30). Vgl. dazu auch *Brodil*, Individualarbeitsrechtliche Fragen der Kontrolle des Arbeitnehmers, in *Resch (Hrsg.)*, Die Kontrolle des Arbeitnehmers vor dem Hintergrund moderner Medien, Wien 2005, 88.

⁷⁵⁵ *Dohr/Pollirer/Weiss*, DSG, § 8 Anm 16.

bleibe es den Mitgliedstaaten überlassen, ein solches Beweisverwertungsverbot vorzusehen, was mit Rücksicht auf die Formulierung des § 8 Abs 3 Z 5 DSG 2000, der gerade in diesem Punkt über den *RL*-Text hinausgehe, angenommen werden könnte. Für eine auf den *RL*-Text reduzierende Auslegung des Ausnahmetatbestandes des § 8 Abs 3 Z 5 DSG 2000 bestehe kein Anlass.⁷⁵⁶

Graf/Schöberl haben gegen die von *Hattenberger* dargelegte Ansicht ausgeführt, dass sich in der *RL* kein Anhaltspunkt dafür befinde, dass die Frage der Verwertbarkeit von Daten in einem Prozess überhaupt ihr Gegenstand sein sollte. Die Weite des von der *RL* erfassten Datenbegriffes spreche ganz im Gegenteil gegen eine solche Schlussfolgerung. Die Bestimmung einer „Kernrechtsfolge“, wie sie die (Un-)Zulässigkeit der Datenverwendung in einem Prozess zweifellos darstelle, müsse ausdrücklich im Richtlinien text geregelt sein. Einer in diesem Sinn überschießenden Auslegung sei nicht zu folgen. Die Bestimmung des § 8 Abs 3 Z 5 DSG 2000 lege nur fest, unter welchen Voraussetzungen eine Verletzung des Grundrechtes auf Datenschutz vorliege oder nicht vorliege. Die Verwendung unrechtmäßig erlangter Daten vor Gericht stelle einen Verstoß gegen das Grundrecht auf Datenschutz dar. Als Rechtsfolge sehe die *RL* in den Art 22 ff entsprechende Recht schutzmöglichkeiten vor. In ihrer Ausführung ermögliche § 32 DSG 2000 bei Verletzung der Rechte des Betroffenen die Anrufung der Gerichte. § 33 DSG 2000 regle einen möglichen Schadenersatz, weitere Sanktionen fänden sich in den Strafbestimmungen der §§ 51 und 52 DSG 2000. *Kodek* habe überzeugend ausgeführt, dass im Hinblick auf den Trennungsgrundsatz auch hier keine Notwendigkeit für ein Beweisverwertungsverbot bestehe.⁷⁵⁷

5 Andere Beweismittel

Die österreichische Rechtsprechung, die sich nicht mit der rechtswidrigen Verwertung von Tonbandaufnahmen sondern mit anderen Beweismitteln

⁷⁵⁶ *Hattenberger*, Die Bedeutung des Datenschutzrechts für das Arbeitsverhältnis, in *Resch (Hrsg.)*, Die Kontrolle des Arbeitnehmers vor dem Hintergrund moderner Medien, Wien 2005, 44 ff.

⁷⁵⁷ *Graf/Schöberl*, Beweisverwertungsverbote im Arbeitsrecht, ZAS 2004/30, 176 f.

auseinandersetzt, ist bisher eher spärlich. In dieser Arbeit habe ich daher bisher meist auf die Verwertung von rechtswidrig erlangten Tonbändern Bezug genommen. In der Folge soll kurz ausgeführt werden, wie es sich mit der Verwertung anderer rechtswidrig erlangter Beweismittel, wie beispielsweise Photographien, Urkunden, Tagebüchern oder Briefen, verhält.

5.1 Photographien/Videoaufzeichnungen

Photographien fallen nach herrschender Auffassung unter die Augenscheinsgegenstände, wenn sie keinen Gedankeninhalt vermitteln, sondern bloß die äußere Erscheinung von Personen oder Sachen darstellen.⁷⁵⁸ Lichtbilder sind jedoch dann Urkunden, wenn sie schriftliche Aufzeichnungen festhalten.⁷⁵⁹ Die urheberrechtlichen Vorschriften⁷⁶⁰ verbieten nur die Verbreitung von Photographien, die bloße Aufnahme ist nach den gesetzlichen Vorschriften nicht rechtswidrig. Bei der Untersuchung, ob sich aus verfassungsgesetzlich geschützten Persönlichkeitsrechten und dem Recht auf Achtung der Privatsphäre Beschränkungen der Beweisaufnahmebefugnisse der Gerichte ergeben, ist zwischen den verschiedenen Arten von Photographien zu unterscheiden.⁷⁶¹ Eine Personengruppe lässt sich beispielsweise als persönlichkeitsneutral sofort ausscheiden. Anders ist die Situation bei persönlichkeitsbezogenen Aufnahmen. Darunter fallen beispielsweise Aufnahmen der Wohnung⁷⁶², von Wäschestücken sowie persönlichen Aufzeichnungen.

⁷⁵⁸ Jus Extra 1998, Nr 165, OGH-Zivilsachen, E 2581; vgl auch *Fasching*, Lehrbuch Rz 1014.

⁷⁵⁹ Vgl OGH 19.3.1998, 2 Ob 2382/96z = ecolex 1998,627 = ZVR 1998/129; vgl auch *Walther*, RZ 1993, 47.

⁷⁶⁰ § 78 Abs 1 UrhG lautet: „*Bildnisse von Personen dürfen weder öffentlich ausgestellt noch auf eine andere Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, verbreitet werden, wenn dadurch berechnigte Interessen des Abgebildeten oder, falls er gestorben ist, ohne die Veröffentlichung gestattet oder angeordnet zu haben, eines nahen Angehörigen, verletzt würden.*“

⁷⁶¹ *Kodek*, Beweismittel, 157.

⁷⁶² Das LG Düsseldorf hat ein „Recht am Bild der eigenen Wohnung“ konstruiert. Der Wohnungsinhaber dürfe allein entscheiden, ob ein anderer Einblick in seine Wohnung nehmen oder ein Bild von ihr machen darf, auch wenn der andere an dem Einblick ein rechtliches Interesse hat. LG Düsseldorf, NJW 1959, 1. Halbband, 629. *Kodek* wendet dagegen ein, dass dieses Recht am Bild der Wohnung nur einen Ausschnitt der schutzwürdigen Interessen umfasse. Konsequenterweise müsse man postulieren, dass aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht jedermann die Befugnis erwachse, allein darüber zu

Schwieriger ist die Abwägung bei Personenaufnahmen. Die deutschen Gerichte führen dazu aus, dass die rechtswidrige Herstellung von Photographien oder Videos⁷⁶³ regelmäßig einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstelle.⁷⁶⁴ Es liege jedenfalls dann ein Fall des Verbots der Beweisverwertung vor, wenn gerade durch die Verwertung des Bildes ein Eingriff in die Intimsphäre und damit eine Persönlichkeitsverletzung gegeben sei.⁷⁶⁵ *Kodek* kommt zu dem Schluss, dass die Beweisaufnahme mit Bildern, die anlässlich eines Arbeitskampfes angefertigt wurden, jedenfalls zulässig sei.⁷⁶⁶ Die deutschen Gerichte haben zu Bildern, die zum Beweis der ehelichen Untreue angefertigt wurden, ausgesprochen, dass die Beweisaufnahme mittels dieser Bilder zulässig sei. Das Aufdecken ehewidriger Beziehungen mag für die Beteiligten unangenehm sein, gegen einen verfassungsrechtlich geschützten Freiraum verstoße es jedoch nicht.⁷⁶⁷

5.2 Urkunden

Von besonderem Interesse ist wegen der hohen Praxisrelevanz und des hohen Beweiswertes die rechtswidrige Erlangung von Urkunden. Handelt es sich um persönlichkeitsneutrale Schriftstücke, dann ist die Beweisaufnahme unbedenklich. Der der gestohlenen Urkunde anhaftende Makel ist nach *Kodek* prozessual unbeachtlich. Insbesondere könne den Beschränkungen der Vorlagepflicht in § 305 ZPO keine Beschränkung des Vorlagerechts, wenn der Beweisführer die Urkunde bereits in Händen hat, entnommen werden.⁷⁶⁸ In Deutschland vertreten *Stein/Jonas* hingegen die Ansicht, dass die Verwertung als Beweismittel unzulässig sei, wenn die Partei die Urkunde oder sonstige Unterlagen gestohlen hat, sofern nicht ausnahmsweise ein

bestimmen, wem und inwieweit er über Zustand, Erscheinungsbild und Benützungsort der Wohnung Einblick gewähren will (*Kodek*, Beweismittel, 159).

⁷⁶³ *Balthasar* hat die Ansicht vertreten, dass eine Videoüberwachung im privaten Raum allenfalls bei schweren Straftaten zulässig sein werde (vgl. *Balthasar*, JuS 2008, 37). Eine heimliche Videoüberwachung am Arbeitsplatz führt bei einem konkreten Verdacht strafbarer Handlungen oder anderer schwerer Verfehlungen zu Lasten des Arbeitsgebers nicht zu einem Verwertungsverbot (vgl. *Stein/Jonas*, Kommentar ZPO, § 284 Rz 110).

⁷⁶⁴ Vgl. OLG Karlsruhe NJW 2002, 2799; OLG Köln NJW 2005, 2997.

⁷⁶⁵ *Prütting*, Münchener Kommentar zur ZPO, § 284 Rn 69.

⁷⁶⁶ *Kodek*, Beweismittel, 161.

⁷⁶⁷ MDR 1964, 158 (HansOLG Hamburg, Beschl. V. 13.11.1963. – 3 W 300/63).

⁷⁶⁸ *Kodek*, Beweismittel, 164.

Rechtfertigungsgrund für die Entwendung gegeben war. Das Eigentum an einer Urkunde habe auch zum Inhalt, dass es Sache des Eigentümers sei, über die Verwendung als Beweismittel zu entscheiden. Soweit materiell-rechtliche oder prozessuale Vorlagepflichten bestehen mögen diese korrekt durchgesetzt werden.⁷⁶⁹ Das BAG hat dagegen die Ansicht vertreten, dass allein der Diebstahl von Unterlagen noch kein Verbot für deren Verwertung begründe. Der Schutz des Eigentumsrechtes bezwecke nicht, den Eigentümer von Urkunden vor einer Verwertung derselben als Beweismittel zu bewahren. Ein Beweisverwertungsverbot bestehe nur dann, wenn darüber hinaus eine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes gegeben sei.⁷⁷⁰

Kodek führt eine nicht veröffentlichte Entscheidung an, in der das Gericht zu dem Ergebnis gelangte, eine rechtswidrig erlangte Urkunde als Beweis zuzulassen. In dem Verfahren hatte der Beklagte jenen Teil des Einzahlungsbeleges, der normalerweise bei der Bank verbleibt, dem Bankangestellten durch Täuschung herausgelockt und konnte dadurch beweisen, dass er dem Kläger ein Darlehen gewährt hatte. Das Gericht hatte in diesem Fall entschieden, dass ein allfälliger Verstoß gegen das Bankgeheimnis die Richtigkeit der Entscheidungsgrundlage nicht beeinträchtigt und hat die Wiederaufnahme abgelehnt.⁷⁷¹

5.3 Tagebücher

Häufig wird ein Beweis auch mit persönlichkeitsbezogenen Schriftstücken, wie beispielsweise Tagebüchern, angetreten. Dabei wird die Meinung vertreten, dass die Verlesung eines gesamten Tagebuches mit all den darin enthaltenen Gedanken, Empfindungen und Wünschen gegen das in Art 8 EMRK normierte Gebot auf Achtung der Privat- und Intimsphäre verstoßen würde und daher verfassungsgesetzliche Rechte des Beweisgegners oder eines Dritten verletze.⁷⁷² *Kodek* führt dazu aus, dass seiner Ansicht nach die aus einer

⁷⁶⁹ *Stein/Jonas*, Kommentar ZPO, § 284 Rz 113.

⁷⁷⁰ BAG NJW 2003, 1204; vgl auch *Prütting*, Münchener Kommentar ZPO, § 284 Rn 70; aA *Stein/Jonas*, Kommentar ZPO, § 284 Rz 113.

⁷⁷¹ *Kodek*, Beweismittel, 164 f.

⁷⁷² Der BGH hat für das Strafverfahren ausgesprochen, dass die Benützung tagebuchartiger Aufzeichnungen, die mit der Persönlichkeitssphäre des Verfassers verknüpft sind und die

Beweisaufnahme mit dem ganzen Tagebuch resultierende Offenlegung prozessthemafremder Empfindungen das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht verletzen würde. Sei die Beweisaufnahme mit dem ganzen Tagebuch unumgänglich, bleibe nur der Rückgriff auf eine Interessenabwägung.⁷⁷³ Die Verwertung einzelner Auszüge eines Tagebuches erscheint *Kodek* hingegen unbedenklich.⁷⁷⁴

In Deutschland wird demgegenüber die Ansicht vertreten, dass die Verwertung rechtswidrig erlangter Tagebuchaufzeichnungen grundsätzlich generell unzulässig sei und dahingehende Beweisanträge abzulehnen seien.⁷⁷⁵ Der BGH hat diesbezüglich ausgesprochen, dass bei der Verwertung tagebuchartiger Aufzeichnungen in einem Strafverfahren ein Verstoß gegen die Menschenwürde und das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit vorliege, es sei denn, das Interesse des Staates an der Strafverfolgung überwiege, im Lichte des Grundrechtes abgewogen, das persönliche Interesse am Schutz des eigenen Geheimbereichs.⁷⁷⁶ Das informationelle Selbstbestimmungsrecht setze der Beschlagnahme eines privaten Tagebuches bzw. der Verlesung von Passagen daraus in der Hauptverhandlung Grenzen.⁷⁷⁷

5.4 Briefe

Briefe unterscheiden sich von anderen Urkunden durch ihren meist höheren Persönlichkeitsbezug. Durch den verfassungsrechtlichen (Art 8 EMRK) und strafrechtlichen (§ 118 StGB) Schutz des Briefgeheimnisses gewinnt das Problem der Verwertung rechtswidrig erlangter Briefe als Beweismittel im

dieser nicht zur Kenntnis Dritter bringen wollte, gegen die Menschenwürde und das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verstößt, es sei denn, das Interesse des Staates an der Strafverfolgung überwiege, im Lichte des Grundrechtes abgewogen, das persönliche Interesse des eigenen Geheimbereichs (vgl. BGH, Urteil vom 21.2.1964 – 4 StR 519/63, LG Hagen).

⁷⁷³ *Kodek*, Beweismittel 166 f.

⁷⁷⁴ Beispielsweise: „Habe heute von X ein Darlehen aufgenommen.“

⁷⁷⁵ *Stein/Jonas*, Kommentar ZPO, § 284 Rz 88.

⁷⁷⁶ BGH in NJW 1964, 1139; auch OLG Schleswig, NStZ-RR 2000,112.

⁷⁷⁷ *Schmoller*, Beweisverwertungsverbote im Diskussionsentwurf zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, RZ 2000, 154.

Prozess eine zusätzliche Dimension.⁷⁷⁸ Die Strafbestimmung des § 118 StGB richtet sich ausschließlich gegen die Kenntniserlangung des Briefinhaltes und nicht gegen dessen Verbreitung. Wer einen Brief als Beweismittel vorlegt, enthüllt dadurch daher allenfalls seine frühere strafbare Handlung, macht sich jedoch keinesfalls durch die Vorlage neuerlich strafbar.⁷⁷⁹

Eine Beweisaufnahme mit Briefen kann unter Umständen gegen das verfassungsgesetzliche Persönlichkeitsrecht verstoßen. Würde das Gericht ganze Sammlungen von Briefen verlesen, würde es dadurch gegen die in Art 8 EMRK gebotene Achtung des Privatlebens verstoßen. Gegen die für die Sachverhaltsaufklärung erforderliche Beweisaufnahme mit Briefen oder Briefteilen bestehen hingegen laut *Kodek* keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Vor der Aufklärung etwa eines ehebrecherischen Verhältnisses wolle das Recht auf Achtung der Privatsphäre nicht schützen.⁷⁸⁰ Für Deutschland ist hier gleich wie hinsichtlich der Verlesung von Tagebüchern auszuführen, dass auch die Verwertung rechtswidrig erlangter Briefe als Beweismittel im Prozess abgelehnt wird.⁷⁸¹

5.5 Zeugen⁷⁸²

Hinsichtlich Gesprächs- und Telefonatszeugen hat die deutsche Rechtsprechung ursprünglich ein weitgehendes Verwertungsverbot angenommen.⁷⁸³ Begründet wurde dies damit, dass der Kläger sich ein solches Beweismittel in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Art beschafft habe.⁷⁸⁴ In den 80er Jahren war die deutsche Rechtsprechung

⁷⁷⁸ *Kodek*, Beweismittel 167.

⁷⁷⁹ *Kodek*, Beweismittel 169.

⁷⁸⁰ *Kodek*, Beweismittel 169 f.

⁷⁸¹ *Stein/Jonas*, Kommentar ZPO, § 284 Rz 88.

⁷⁸² Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass sich das Problem von der (zu bejahenden) Frage unterscheidet, ob die unter Verletzung der Verschwiegenheitspflicht eines Zeugen abgelegte Aussage verwertbar ist. In diesem Fall hat der Zeuge sein Wissen ja rechtmäßig erlangt.

⁷⁸³ MDR 1981, 940 (AG Lübeck, Urte. v. 20.5.1981 –11 C 226/81). Eine derartige Lauschaktion mache die gesamte Aussage unverwertbar. Das strafbar erlangte Wissen des Zeugen dürfe nicht gegen den Willen des davon Benachteiligten in irgendeinem Verfahren gegen den Belauschten ausgewertet werden; LG Frankfurt, NJW 1982 1. Halbband, 1056; BAG NJW 1983 2. Halbband, 1691 (Abhören eines Gespräches mit einem Arbeitnehmer über eine Bürosprechanlage mit einem Dritten).

⁷⁸⁴ Vgl bspw. LG Düsseldorf, NJW1982, 1. Halbband, 1056.

allerdings um eine Einschränkung des Beweisverbotes bemüht.⁷⁸⁵ Diese Einschränkungen setzten jedoch bei der Beweismittelerlangung an. Durch die Annahme weitgehender Sozialadäquanz oder mutmaßlicher Einwilligung wurde dem Mithören die Rechtswidrigkeit abgesprochen. Entsprechend der Annahme eines automatischen Zusammenhanges zwischen rechtswidriger Beweiserlangung und Beweisverbot gelangten die Gerichte zu einer weitgehenden Verwertbarkeit der Zeugenaussagen.⁷⁸⁶ Zu beachten ist jedoch, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 9.10.2002 wiederum ausgesprochen hat, dass eine Beweisführung durch Zeugen, die den Gegner belauscht haben, unzulässig sei. Begründet wird dies damit, dass der Sprecher auch bestimmen dürfen müsse, wer seine Worte vernimmt. Heimliche Mithörer, mit denen er nicht rechnen musste, würden sein Persönlichkeitsrecht verletzen und sollen später nicht als Zeugen aussagen dürfen. Das Anliegen durch Lauschzeugen Beweis zu führen trete laut BVerfG als „schlichtes Beweisinteresse“ zurück. Insoweit müsse hingenommen werden, dass ein Prozess aus Beweisnot verloren gehe.⁷⁸⁷ *Foerste* ist der Ansicht, dass derartige Vorgaben der Gerichte schwerwiegend und zweifelhaft seien. Ein Recht am Wort von solcher Tagweite habe das BVerfG aus dem Grundgesetz nicht herleiten können und auch die Irrelevanz von Beweisnot habe es nur auf die (fachgerichtliche) Judikatur zu heimlichen Tonbandaufnahmen gestützt, welche ganz andere Intensität hätten als heimliches Mithören. Die Praxis habe die neuen Vorgaben allerdings zu beachten.⁷⁸⁸

Differenziert ist jener Fall zu behandeln, wenn ein Zeuge ohne Wissen beider Parteien zuhört. *Arzt* hat betont, dass ein großer Unterschied bestehe, ob ein Dritter heimlich das Gespräch anderer belausche, oder ob bloß ein Gesprächspartner mittels Beziehung eines Zeugen ein Gespräch fixiere. Höre ein Zeuge unbefugt ein fremdes Telefonat ab, so verstoße dies, weil sich nach

⁷⁸⁵ BGH NJW 1982 1. Halbband, 1397.

⁷⁸⁶ *Kodek*, Beweismittel, 171.

⁷⁸⁷ BVerfG, NJW 2002, 3619.

⁷⁸⁸ *Foerste*, Lauschzeugen im Zivilprozess, NJW 2004, 262. Laut *Foerste* bleibt die Vernehmung eines Lauschzeugen zulässig, wenn die Belauschung erfolgte, weil eine falsche Sachdarstellung des Belauschten Grund zur Annahme gab, dass dieser einen Prozessbetrug plante oder an einem solchen (zB als Zeuge des Gegners) mitwirken wollte.

der hM der verfassungsrechtliche Schutz des Fernmeldegeheimnisses nur gegen den Staat richtet, nicht gegen Verfassungsrecht, seiner Vernehmung stünden daher auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen.⁷⁸⁹

Ein etwas ungewöhnlicher Sachverhalt lag dem sogenannten „Lochbohrerfall“ zugrunde.⁷⁹⁰ Die Parteien waren getrennt lebende Eheleute, die teilweise noch⁷⁹¹ dieselben Räume benutzten. Der Ehemann begehrte die Scheidung aus Verschulden der Beklagten. Diese habe schwere Eheverfehlungen begangen, indem sie ihn leichtfertig des Diebstahls ihrer Geldbörse bezichtigte und ihn wiederholt durch Worte und Gebärden verhöhnte. Der Ehemann hatte während des Berufungsverfahrens einen Zeugen in einem der Küche angrenzenden Raum untergebracht, wo dieser die (Noch)-Eheleute durch zwei Löcher in der Wand beobachten konnte. Das Berufungsgericht hielt die Vernehmung des Zeugen für zulässig. Die von der Ehefrau daraufhin eingebrachte Revision, in der sie geltend machte, die Aussagen des Zeugen hätten nicht verwertet werden dürfen, war erfolgreich. Die Gerichte haben ausgesprochen, dass die Rechtsordnung dem Einzelnen einen inneren persönlichen Bereich gewährleiste, der für die Entfaltung der Persönlichkeit unerlässlich sei. Dazu gehöre die Unverletzlichkeit der Wohnung. Für den Kläger sei keine Notwehrlage gegeben gewesen.⁷⁹² Das bloße Beweisbeschaffungsinteresse rechtfertige einen derart schweren Eingriff in den privaten Bereich der Beklagten nicht. Dieser könne allenfalls gerechtfertigt

⁷⁸⁹

Arzt, Intimsphäre, 70 f. Dem Lauscher gehe es primär um Kenntniserlangung und in eben dieser liege das Essentielle der Verletzung des Rechtes am Wort. Auch wenn der Lauscher zusätzlich das Erlauschte fixiere liege der Schwerpunkt seines Verhaltens darin, dass er sich Kenntnis verschaffe. Beim Fixieren gehe es jedoch primär um die Erlangung von Gedächtnisstützen und Beweismittel für das, was der andere gesagt hat. Diese Sicherung der Kenntnis wiege gegenüber der unbefugten Kenntniserlangung weniger schwer. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch mit Beschluss vom 9.10.2002 ausgesprochen, dass sich der Schutz des Fernmeldegeheimnisses auf die von Privaten betriebenen Telekommunikationsanlagen erstrecke. Art 10 Abs 1 GG begründe ein Abwehrrecht gegen die Kenntnisnahme des Inhaltes und der näheren Umstände der Telekommunikation durch den Staat und einen Auftrag an den Staat, Schutz auch insoweit vorzusehen, als private Dritte sich Zugriff auf die Kommunikation verschaffen. Die Gewährleistung des Rechtes am gesprochenen Wort als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes schütze vor der Nutzung einer Mithöreinrichtungen, die ein Gesprächsteilnehmer einem nicht am Gespräch beteiligten Dritten bereitstellt. Art 10 Abs 1 GG umfasse diesen Schutz nicht (vgl. Beschluss des BVerfG vom 6.10.2002, 1 BvR 1611/96 und 805/98).

⁷⁹⁰

BGH in NJW 1970 2. Halbband, 1848 = JZ 1971, 387= BGH, JR 1971, 65 ff.

⁷⁹¹

BGH, JR 1971, 66.

⁷⁹²

Arzt führt dazu generell aus, dass die Annahme der Notwehr im Fall des Belauschens daran scheitere, dass die Verletzung in der Äußerung liege und durch Abhören nicht abgewehrt werden könne (*Arzt*, Intimsphäre, 81).

sein, wenn es um die Aufklärung schwerer Straftaten gegangen wäre.⁷⁹³ Dies führe dazu, dass die Verwertung der Zeugenaussagen des „Spitzels“ nicht statthaft sei.⁷⁹⁴

Arzt kritisierte an dieser Entscheidung die vom BGH vorgenommene Interessenabwägung. Es ginge nicht nur um die Interessen der Frau, sondern auch um die des Mannes, der in einer Ehe mit einer ihn ständig beschimpfenden Frau festgehalten werde. Wenn man die Auswirkung des Urteiles auf die beiden Eheleute überlege, bemerke man das „persönlichkeitszerstörende Resultat“ dieser Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes.⁷⁹⁵ Entgegen der Ansicht des Gerichtes sei keine Interessenabwägung zwischen dem gerichtlichen Aufklärungsinteresse und dem Persönlichkeitsschutz der Frau vorzunehmen, sondern es kollidiere vielmehr das Recht der Frau am Schutz ihrer persönlichen Sphäre mit dem Recht des Mannes an seiner persönlichen Sphäre. Es lägen somit zwei Persönlichkeitsrechte vor, die vor Eingriffen zu schützen seien. Das vorliegende Urteil könne das Persönlichkeitsrecht der in getrübler Ehe lebenden Gatten nicht schützen. Es erreiche vielmehr den Schutz des einen Gatten auf Kosten des anderen. Die Achtung vor der Persönlichkeitssphäre beider Gatten setze ein objektiveres, die Intimsphäre schon beim Scheidungsgrund berücksichtigendes, Scheidungsrecht voraus.⁷⁹⁶ *Arzt* kritisierte überdies die Gleichsetzung des mit dem Willen eines Gesprächspartners anwesenden Belauschers mit dem ohne Wissen beider Gesprächspartner in ein Gespräch eindringenden Abhörers. Schließlich weist er darauf hin, dass ein bei der Interessenabwägung nicht unbedeutender

⁷⁹³ *Arzt* hat ausgeführt, dass dieser Feststellung, eine Bespitzelung sei zur Überführung schwerer Straftaten zulässig, nicht zuzustimmen sei. Die Polizei dürfe einen schwerer Straftaten Verdächtigen nicht optisch und akustisch überwachen wie es der Kläger im konkreten Fall mit seiner Frau getan habe. Mittel, einen Verdächtigen zu überführen, die den Verfolgungsorganen versagt seien, dürften Privatpersonen nicht eröffnet werden. Eine andere Beurteilung sei nur dann möglich, wenn es dem Privaten primär um den Schutz eigener Interessen vor drohender weiterer Verletzung gehe (vgl. *Arzt*, JZ 1971, 389).

⁷⁹⁴ BGH, JR 1971, 66 f.

⁷⁹⁵ *Arzt*, JZ 1971, 389.

⁷⁹⁶ *Arzt*, JZ 1971, 391.

Umstand sei, dass der Austausch von Vertraulichkeiten im beobachteten Raum – der Küche – nicht zu erwarten sei.⁷⁹⁷

Kodek hat dazu ausgeführt, dass nicht alles, was sich im Rahmen von ehelichen Beziehungen abspiele, durch „den Mantel der Privatsphäre den gerichtlichen Aufklärungsbestimmungen verhüllt“ sei. Das Recht auf Privatsphäre schließe nicht aus, dass die Rechtsordnung für den Konfliktfall Regelungen bereithalte, um zwischen den widerstreitenden Interessen der beiden Partner einen Ausgleich zu suchen. Soweit der Gesetzgeber in diesem Bemühen ein bestimmtes Verhalten zu einem Tatbestand erhebe, sei die Beweisaufnahme darüber nicht etwa unzulässiges Eindringen in die Privatsphäre eines Menschen, sondern geradezu geboten, um den widerstreitenden (Persönlichkeits-) Rechten beider Eheleute gerecht zu werden. Dem Geheimhaltungsinteresse der Parteien sei dabei durch den Ausschluss der Öffentlichkeit hinreichend Rechnung getragen.⁷⁹⁸

Bökelmann führte aus, dass das Verbot der Beweisverwertung in diesem Fall gleich begründet werde wie bei heimlichen Tonbandaufnahmen. Dies sei auf den ersten Blick bedenklich, weil es sich um zwei gänzlich unterschiedliche Beweismittel handle. Das Abhören von Tonbandaufnahmen sei nach herrschender Ansicht Augenscheinsaufnahme, der Richter nehme die festgehaltenen Erklärungen und Geräusche unmittelbar wahr. Beim Zeugenbeweis dagegen werde er am Geschehen nur mittelbar beteiligt. Der Zeuge sage über Tatsachen aus, die er wahrgenommen habe. *Bökelmann* kommt jedoch zu dem Schluss, dass die Gleichsetzung des BGH angesichts der besonderen Umstände ausnahmsweise gerechtfertigt sei.⁷⁹⁹

5.6 Zur Verwertbarkeit heimlicher Vaterschaftstests

In Deutschland wird das Problem der privaten Einholung von DNA-Gutachten ausführlich diskutiert. In zwei Entscheidungen des BGH⁸⁰⁰ hat dieser

⁷⁹⁷ *Arzt*, JZ 1971, 388 ff; vgl auch *Kodek*, Beweismittel, 174.

⁷⁹⁸ *Kodek*, Beweismittel, 175 f.

⁷⁹⁹ Anmerkungen *Bökelmann*, BGH JR 1971, 67 f.

⁸⁰⁰ BGH v. 12.1.2005, Az.: XII ZR 60/03 und XII ZR 277/03.

ausgesprochen, dass heimlich vorgenommene DNA-Tests im Vaterschaftsstreit unverwertbar seien,⁸⁰¹ weil die Untersuchung von genetischem Material eines anderen Menschen gegen dessen Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung⁸⁰² verstoße.⁸⁰³ Ein heimlicher Vaterschaftstest könne nicht einmal die Grundlage für den sogenannten „Anfangsverdacht“⁸⁰⁴ bilden. *Prütting* vertritt die Ansicht, dass diese Entscheidung des BGH nicht überzeuge, weil die Frage der Kenntnis einer bestehenden oder nicht bestehenden Elternschaft das Recht auf Datenschutz überwiegen dürfte.⁸⁰⁵

Die äußerst umstrittene Rechtsprechung zur Unzulässigkeit der Verwertung eines heimlich eingeholten DNA-Gutachtens über die Abstammung ist vom BVerfG⁸⁰⁶ als verfassungskonform bestätigt worden. Das BVerfG hat jedoch ausgesprochen, dass es der Gesetzgeber unter Verletzung von Art 2 I iVm Art 1 I GG unterlassen habe, ein rechtsförmiges Verfahren bereitzustellen, in dem die Abstammung eines Kindes von seinem rechtlichen Vater und ihr Bestehen oder Nichtbestehen geklärt werden könne. Darum wurde dem Gesetzgeber die Verpflichtung auferlegt, bis zum 31.3.2008 zur Verwirklichung des Rechts des rechtlichen Vaters auf Kenntnis der Abstammung des Kindes ein geeignetes Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft (ohne dass sich dies zwingend auf die rechtliche Vaterschaft auswirken muss) zu schaffen.

⁸⁰¹ *Rittner/Rittner*, NJW 2002, 1745. Die gerichtliche Verwertung des unter Verstoß gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Kindes erlangte Gutachten stelle einen erneuten Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Kindes dar.

⁸⁰² Zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung vgl BVerfG NJW 1991, 2411. Dieses Recht umfasst die Befugnis des Einzelnen, über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten selbst zu bestimmen.

⁸⁰³ *Stein/Jonas*, Kommentar ZPO, § 384 Rz 114. Ein gerichtliches Abstammungsgutachten ist hingegen verwertbar, wenn im Prozess von dem bestehenden Weigerungsrecht gegenüber einer Blutabnahme kein Gebrauch gemacht wurde. Dies gilt auch, wenn das gerichtliche Gutachten nicht hätte eingeholt werden dürfen, weil die Anfechtung der Vaterschaft auf eine heimlich eingeholte DNA-Analyse gestützt war.

⁸⁰⁴ Die deutsche Rechtsprechung zum Anfangsverdacht besagt, dass der Kläger zur Schlüssigkeit der Klage Umstände vortragen muss, die Zweifel an der Vaterschaft wecken und die Möglichkeit der Vaterschaft eines anderen Mannes nicht ganz fernliegend erscheinen lassen (vgl *Groß*, Fristen und Anfangsverdacht im Abstammungsrecht, FPR 2007, 392).

⁸⁰⁵ *Prütting*, Münchener Kommentar zur ZPO, § 284 Rn 76.

⁸⁰⁶ BVerfG, Urteil vom 13.2.2007 – 1 BvR 421/05, NJW 2007, 753.

Dies ist durch das „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ geschehen.⁸⁰⁷

Kodek führt zu diesem Thema aus, dass sich die Ansicht des BGH nicht auf Österreich übertragen lasse, weil dem österreichischem Zivilverfahren zunächst eine grundlegend andere Interessenabwägung zugrunde liege. Dieses sei nicht durch informationelle Selbstbestimmung sondern – im Interesse der Sachverhaltsaufklärung – durch weitreichende Mitwirkungspflichten der Parteien gekennzeichnet. Die Parteien hätten nach § 85 Abs 1 AußStrG bei der Befundaufnahme mitzuwirken, § 85 Abs 3 AußStrG sehe auch die Anwendung von Zwangsmitteln vor. Dies zeige, dass der Schutzzweck der hier allenfalls tangierten materiellen Rechte der Parteien nicht in das Verfahren reiche. Müsse eine Partei im Verfahren jedenfalls an der gentechnischen Untersuchung mitwirken könne sie, unabhängig von der materiellen Zulässigkeit heimlicher Gentests, nicht unter Berufung auf ein Recht auf angebliche informationelle Selbstbestimmung die Verwertung der aus einer privaten gentechnischen Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse im Verfahren verhindern. Zum anderen setze die Vaterschaftsanfechtung in Österreich, anders als in Deutschland, nicht die Darlegung eines Anfangsverdacht voraus.⁸⁰⁸

⁸⁰⁷ *Stein/Jonas*, Kommentar ZPO, § 284 Rz 115.

⁸⁰⁸ *Kodek*, Zur Verwertbarkeit heimlicher Vaterschaftstests, *ecolex* 2005, 108.

6 Österreichische Rechtsprechung zu Beweisverwertungsverböten

Der OGH hat sich in Österreich bisher in zivilrechtlichen Streitigkeiten nur wenige Male mit dem Thema Beweisverwertungsverbot auseinandergesetzt. Im Jahr 2000 hat der OGH selbst angeführt, sich bis zu seiner Entscheidung 4 Ob 247/99y⁸⁰⁹ erst zweimal mit dem Bestehen und der Wahrnehmung von nicht in der ZPO geregelten Beweisverwertungsverböten befasst zu haben.⁸¹⁰ Ob die Verwertung eines gesetzwidrig erlangten Tonbandes als Beweismittel im Zivilprozess jedenfalls und unter allen Umständen oder nur im Rahmen einer Notsituation (Interessenabwägung) geboten ist, ließ der OGH - soweit ersichtlich - bis dato offen.⁸¹¹ In der Folge werden die wesentlichen bisher existierenden oberstgerichtlichen Entscheidungen und eine Entscheidung des OLG Wien kurz dargestellt.⁸¹²

6.1 Die Entscheidung 12 Os 143/75 vom 9.12.1975⁸¹³

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt installierte der Ehemann am gemeinsamen Telefonanschluss mit seiner Ehefrau eine Abhöranlage in der Absicht, durch die von seiner Ehefrau in seiner Abwesenheit geführten Telefongespräche Beweise für deren ehestörende Beziehungen zu gewinnen. Der Ehemann wusste, dass die Installation einer solchen Anlage verboten war.

Der OGH entschied in diesem Fall, dass das heimliche Abhören von Ferngesprächen des Ehepartners zum Zweck der Beweisführung im Strafverfahren durch den - auch noch im Scheidungsverfahren bestehenden - Anspruch auf eheliche Treue und Unterlassung ehestörender Beziehungen nicht gerechtfertigt oder entschuldigt würde. Das Vorliegen eines

⁸⁰⁹ OGH 9.19.1999, 4 Ob 247/99y.

⁸¹⁰ ÖJZ 2000/78, 347.

⁸¹¹ So bereits *Baurecht*, Verwendung und Verwertung von rechtswidrig erlangten Beweismitteln – Zivilprozessuale und datenschutzrechtliche Grenzen, NetV 2006, 97.

⁸¹² Nicht dargestellt werden die Entscheidung des OGH zu 8 ObA 297/95 vom 25.1.1996 und zu 2 Ob 272/97g vom 20.11.1997, weil in beiden Entscheidungen die grundsätzliche Frage, wie rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess zu behandeln sind, unbeantwortet geblieben ist.

⁸¹³ JBI 1976, 656.

rechtfertigenden Notstandes könne nur dann bejaht werden, wenn ein Rechtsgut des Täters von einem unmittelbar bedeutenden Nachteil bedroht und die Rettung eines höherwertigen (geschützten) Rechtsgutes nur auf Kosten eines geringerwertigen möglich wäre. Eine Ehescheidung könne für den Geschiedenen erhebliche Nachteile gesellschaftlicher oder vermögensrechtlicher Natur nach sich ziehen. Ein allfälliger Schaden könne daher als wägbare bezeichnet werden und liege nicht ohne weiteres in dem für eine Notstandshandlung nicht in Betracht kommenden Bagatellbereich.⁸¹⁴

Das Handeln des Abhörenden sei dennoch nicht gerechtfertigt gewesen, weil sein Interesse an der von ihm eingehaltenen Vorgangsweise jedenfalls nicht das Interesse an der Geheimhaltung der Gespräche seines Ehepartners überwogen hätte. Die Persönlichkeitsrechte eines Menschen seien in neuerer Zeit besonders gefährdet, die Versuche des Eindringens in die Intimsphäre des Einzelnen treten stärker in den Vordergrund und würden durch die fortschreitende Technik wesentlich erleichtert. Die Verletzlichkeit des Eigenlebens, in dessen Bereich sich die Persönlichkeit ungestört entwickeln können sollte, sei gegenüber früheren Zeiten erheblich angestiegen.

Der OGH führt weiter aus, dass überdies keine entschuldigende Notstandssituation⁸¹⁵ vorgelegen sei, weil hier die Drohung eines unmittelbar bedeutenden Nachteils nicht zu erwarten sei. Der vorliegende Eingriff in die Persönlichkeitssphäre sei derart schwer und könne nicht als entschuldigbar angesehen werden. Abgesehen davon sei die Gefahr noch nicht so immanent gewesen, dass ihr nicht auf andere Weise begegnet hätte werden können.

⁸¹⁴ In Deutschland hat der BGH ausgesprochen, dass die heimliche Herstellung von Tonbandaufnahmen über Äußerungen eines Ehegatten, um sie im Scheidungsprozess als Beweismittel verwerten zu können, sich gegebenenfalls bei Güter und Pflichtenabwägung rechtfertigen lasse. Dies sei allenfalls bei einer ganz besonders liegenden Notstandslage anzunehmen, die nicht schon dann gegeben sei, wenn ein Scheidungsgrund anders nicht nachgewiesen werden könne (vgl. BGH, Urteil vom 19.6.1970 – IV ZR 45/69 (Nürnberg), NJW 1970, 1848). Vgl. auch KG, Urteil vom 3.6.1955 – 5 U 452/55. Die Verwendung von Tonbändern als Beweismittel- oder Hilfe lasse sich bei Güter- und Pflichtenabwägung rechtfertigen. Gerade im Eherechtstreit sei die Beschaffung von Beweismitteln für Vorgänge, die sich unter den Eheleuten allein abspielten, schwierig

⁸¹⁵ § 10 Abs 1 StGB normiert, dass entschuldigend ist, wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um einen unmittelbar drohenden Nachteil von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn der aus der Tat drohende Schaden nicht unverhältnismäßig schwerer wiegt als der Nachteil, den sie abwenden soll und in der Lage des Täters von einem mit rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen kein anderes Verhalten zu erwarten wäre.

Koberger kritisierte die Entscheidung des OGH in mehrfacher Hinsicht. Seine Kritik richtete sich jedoch nur gegen das Ergebnis der Interessenabwägung und die Verneinung eines Rechtsirrtums des Verurteilten, nicht aber grundsätzlich gegen die Vornahme einer Interessenabwägung. Der OGH habe außer den gesellschaftlichen und vermögensrechtlichen Nachteilen nichts mehr auf die Waagschale des Belangten gelegt. Es sei unverständlich, dass er gerade die persönlich – menschlichen Probleme, die eine Scheidung mit sich bringen könne, ausgespart habe. Wo es doch um die Privatsphäre gehe leuchte nicht ein, warum dieser Bereich ausschließlich auf Seite der Beschwerdeführerin, nicht jedoch auf Seiten des Belangten, beachtet worden sei. Dass der (Noch)- Ehemann die ehestörenden Kontakte seiner Gattin zu dokumentieren versuchte, um die drohenden Nachteile für sich möglichst zu reduzieren, schein nur legitim. Die Forderung des OGH, dass seine (Noch)-Gattin dessen ungeachtet (völlig) ungestört leben können sollte, sei überzogen und einseitig.⁸¹⁶

6.2 Die Entscheidung 4 Ob 247/99 y vom 19.10.1999⁸¹⁷

Der Kläger beehrte vom Beklagten die Bezahlung von ATS 312.654,--. Er habe dem Beklagten aufgrund eines Schuldscheines, der vom Beklagten unterzeichnet worden sei, ATS 300.000,-- geliehen, überdies seien Kosten für diverse Besprechungen und die Errichtung der Darlehensurkunde angefallen, die vom Beklagten zu tragen seien. Der Beklagte wandte ein, er habe vom Kläger nur ein Darlehen in der Höhe von ATS 30.000,-- erhalten. Von Kläger und Beklagtem sei ein Deal vereinbart worden, wonach vorgegeben werden sollte, dass der Beklagte sich eine große Geldsumme vom Kläger ausgeborgt hätte. Der Vater des Beklagten hätte zur Rückzahlung verhalten werden sollen. Das so „gewonnene“ Geld hätte zwischen Kläger und Beklagten aufgeteilt werden sollen. Der Beklagte habe seinem Vater jedoch nach einiger Zeit den Sachverhalt gestanden und den Kläger bei der Bundespolizeidirektion Leoben angezeigt, worauf ein Strafverfahren eingeleitet wurde.

⁸¹⁶ *Koberger*, ÖJZ 1990, 335.
⁸¹⁷ JBI 2000, 458.

Im Laufe des Verfahrens brachte der Beklagte vor, dass er sich zur Richtigkeit seines Vorbringens auf ein im Strafakt erliegendes Tonband berufe und beantrage dessen Beischaffung und die Abhörung im Zivilprozess. Das Tonband gebe ein (ohne Wissen des Klägers aufgenommenes) Gespräch zwischen den Streitparteien wieder.

Der OGH⁸¹⁸ sprach dazu im Wesentlichen aus, dass das Tonband schon im gegen den Kläger geführten Strafverfahren als Beweismittel gedient habe. Nach dem bisherigen Gang des Verfahrens könne nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass möglicherweise ein Prozessbetrugsversuch des Klägers vorliege.⁸¹⁹ In diesem Fall befände sich der Beklagte in einer

⁸¹⁸ Zu Beginn der Entscheidung erläutert der OGH ausführlich die Meinung von *Fasching* zu den Beweisverwertungsverböten (siehe dazu oben Punkt III4) und die Ansicht von *Kodek* zur Zulässigkeit des Beweises durch eine Tonbandaufnahme. *Kodek* führe aus, dass die Vorlage eines Tonbandes tatbestandsmäßig iSd § 120 StGB sei. Zur Beantwortung der Frage, ob die Existenz dieser Strafnorm ein Beweisaufnahme- und Beweisverwertungsverbot im Zivilprozess zur Folge habe, sei bei den §§ 380 Abs 1 iVm 321 Abs 1 Z 5 und 305 Z 4 ZPO anzusetzen. Diese Bestimmungen berechtigten eine Partei dann, wenn sie eine Frage nicht beantworten könne, ohne ein Kunst- oder Geschäftsgeheimnis zu offenbaren, sich auf ein Aussageverweigerungsrecht berufen. Diesem Aussageverweigerungsrecht stehe ein Recht auf Verweigerung der Urkundenvorlage zur Seite. Während nun die ZPO mit diesen Bestimmungen zum Schutz eines Kunst- oder Geschäftsgeheimnisses die Möglichkeiten der Wahrheitsfindung bewusst einschränke, könne ihr für Tonbandaufnahmen und das Recht am Wort eine solche Wertung nicht entnommen werden. Da aber sogar die strafbare Verletzung des in der ZPO vielfach geschützten Geschäftsgeheimnisses oder anderer Verschwiegenheitspflichten die Vernehmung und die Verwertbarkeit der Aussage nicht ausschlossen, könne man daraus - a maiori ad minus - folgern, dass die Beweisaufnahme mittels einer Tonbandaufnahme unbeschadet einer allfälligen Strafbarkeit nach § 120 StGB jedenfalls zulässig sei. Wer ein strafrechtswidrig erlangtes Tonband als Beweismittel anbreite, mache sich aber nur dann durch das Einbringen dieses Beweismittels in den Zivilprozess (infolge dessen Abspielens im Gerichtssaal) strafbar, wenn ihm kein Rechtfertigungsgrund zugute komme. Gerade aus diesem Grund werde aber in den meisten praktischen Fällen das Abspielen des Tonbands in der Zivilverhandlung überhaupt nicht strafbar sein. Eine Prozesspartei, die vorsätzlich und mit Bereicherungsabsicht versuche, eine unbegründete Klage durchzusetzen oder eine objektiv begründete Klage abzuwehren, begehe idR einen Prozessbetrugsversuch. Doch selbst das unbewusste Aufstellen objektiv wahrheitswidriger Behauptungen bilde einen rechtswidrigen, wenn auch nicht strafbaren, Angriff gegen das Vermögen des Prozessgegners. Dagegen sei aber, wie gegen andere rechtswidrige Angriffe auf das Vermögen, Notwehr zulässig. Stünden keine anderen Beweismittel zur Verfügung, gerate die Partei mithin in Beweisnot, sei das Abspielen der Tonbandaufnahme auch das zur Verteidigung notwendige Mittel. Überdies vermeide der Beweisführer damit, in den Verdacht der Falschaussage zu geraten. Dieser Ansatz der Trennung der Frage nach der Zulässigkeit der Beweisaufnahme von jener nach der Strafbarkeit biete den entscheidenden Vorteil, dass der Zivilrichter nicht schon vor der Beweisaufnahme darüber zu entscheiden habe, ob das Abspielen eines Tonbands gerechtfertigt sei. In einem eventuell nachfolgenden Strafverfahren sei die Frage der Rechtfertigung des Vorgehens des Beweisführers hingegen leicht zu beantworten, stehe dann ja ex post auf Grund der Beweisergebnisse im Zivilverfahren fest, ob der Angeklagte nun in Abwehr gegen objektiv unrichtige Behauptungen des Gegners gehandelt habe.

⁸¹⁹ *Kodek* weist darauf hin, dass die Entscheidung des OGH zwar durchaus konsequent sei, wonach es ausreiche, wenn ein Prozessbetrugsversuch nicht ausgeschlossen werden könne.

Notwehrsituation, in der ihm durch Verwehrung der Einbringung des Tonbandes in den Prozess das - mangels (glaubwürdiger) Zeugenaussagen - möglicherweise einzige wirksame Verteidigungsmittel genommen würde; dies hätte seinen Beweisnotstand zur Folge. Schon eine Interessenabwägung führe unter diesen Umständen zur Zulässigkeit des beantragten Beweismittels. Das Erstgericht werde deshalb im fortgesetzten Verfahren (auch) den Inhalt des Tonbandes in das Beweisverfahren einzubeziehen, zu würdigen und gegebenenfalls seinen Feststellungen zu Grunde zu legen haben. Nur so entspreche es seiner Verpflichtung, im Rahmen des Parteilichbringens die Wahrheit zu erforschen und eine Entscheidung zu fällen, die auf Feststellungen basiere, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zutreffen.⁸²⁰

6.3 Die Entscheidung 3 Ob 131/00 m vom 20.6.2000

Dieser Entscheidung liegt der Sachverhalt zugrunde, dass aufgrund eines Zeitungsartikels eine Ehrenbeleidigungsklage erhoben wurde. Der Beweis für eine negative Äußerung sollte durch ein heimlich aufgenommenes Tonband erbracht werden, wobei bei dem aufgenommenen Gespräch auch die Schwester des Klägers anwesend war.

Der OGH hat in diesem Fall die Entscheidungsbegründung der Entscheidung des vierten Senates zu 4 Ob 247/99y⁸²¹ dahin interpretiert, dass eine solche Tonbandaufnahme „nach entsprechender Interessenabwägung“ nur in besonderen Ausnahmefällen (Notwehr, Notstand, Verfolgung überragender berechtigter Interessen) in einem Rechtsstreit verwendet werden dürfe. Im vorliegenden Fall habe die Tonbandaufnahme der Beschaffung des Beweises

Dies werde aber vor Abschluss der Beweisaufnahme nicht zu beurteilen sein. Im Ergebnis führe dies dazu, dass für Zwecke der Zulässigkeit des Beweismittels zunächst zu unterstellen sei, dass der Gegner unrichtige Angaben bzw Aussagen macht. Demnach müsse für den Streit um die „Prozesslüge“ diese zunächst unterstellt werden (vgl *Kodek*, ÖJZ 2001, 336).

⁸²⁰ Der OGH führt überdies aus, dass es, weil die Aufnahme des beantragten Beweises in der gegebenen Situation somit jedenfalls zulässig sei, keiner näheren Prüfung der Vorfrage bedürft habe, ob allenfalls die im Strafakt erliegende Abschrift des Tonbands deshalb kein unrechtmäßig erlangtes Beweismittel ist, weil schon die Vorlage des Tonbands an die Strafverfolgungsbehörde zur Untermauerung der in der Anzeige erhobenen Vorwürfe gerechtfertigt war.

⁸²¹ Siehe dazu unter Punkt III6.2.

über die Urheberschaft des Klägers hinsichtlich eines den Ehegatten der Beklagten betreffenden Zeitungsartikels zum Zweck der Erhebung einer Ehrenbeleidigungsprivatklage dienen sollen. Der dritte Senat hielt in seinen weiteren Ausführungen fest, dass er die Entscheidung des Berufungsgerichtes billige, welches das Beweismittel mit der Begründung nicht zugelassen hatte, dass dem Beweisführer eine Zeugin (die Schwester des Klägers) zur Verfügung stand. Der OGH sprach überdies aus, dass weder ein Widerspruch zur Rechtsprechung, noch eine krasse Fehlbeurteilung, die Voraussetzung für die Zulässigkeit der Revision wäre, vorliege, wenn das Berufungsgericht im vorliegenden Fall die Rechtfertigungsgründe für die geheime Tonbandaufnahme nicht für gegeben erachtete. Bei Bejahung eines Verstoßes gegen die Persönlichkeitsrechte des Klägers im Sinne des § 16 ABGB entspreche es aber überdies der ständigen Rechtsprechung, dem Verletzten einen Unterlassungsanspruch und (bei bereits erfolgtem Verstoß) einen in diesem Anspruch begrifflich enthaltenen Beseitigungs- (Vernichtungs)anspruch einzuräumen.⁸²²

6.4 Die Entscheidung 6 Ob 190/01 m vom 27.9.2001

In diesem Verfahren ging es um vom Beklagten aufgenommene Tonbandgespräche, mit denen dieser in seinem Scheidungsverfahren beweisen wollte, dass seine Ehefrau mit ihrem Bruder und dessen Gattin darüber gesprochen habe, dass ihr Ehegatte (der Beklagte) unheilbar geisteskrank sei. Diese Behauptung seiner Ehegattin, der Beklagte sei unheilbar geisteskrank, sei als schwere Eheverfehlung zu qualifizieren. Dieses Gerücht, das ihm von Geschäftspartnern zugetragen worden sei, sei eine Gefahr für den Geschäftsbetrieb des Beklagten als Immobiliensachverständiger und Hausverwalter. Der Bruder der Ehegattin (Erstkläger) und dessen Frau (Zweitklägerin) beehrten, den Beklagten für schuldig zu erkennen, sämtliche Tonbänder über heimlich abgehörte Telefongespräche herauszugeben, hilfsweise, die Tonbandaufzeichnungen zu

⁸²²

Vgl dazu auch die Entscheidung OGH vom 27.9.2001 zu 6 Ob 190/01m (dazu unter Punkt III 6.4), in der der OGH nochmals bestätigt, dass der Kläger einen Unterlassungsanspruch habe, der grundsätzlich auch einen Beseitigungsanspruch, also einen Anspruch auf Löschung der heimlichen Tonbandaufnahme, umfasst.

löschen oder zu vernichten. Sie beehrten überdies die Unterlassung, die Tonbandaufnahmen über abgehörte Telefongespräche anderen Personen vorzuspielen oder zu überlassen sowie Telefongespräche der Kläger abzuhören und den Inhalt auf Tonband aufzunehmen. Der Beklagte habe durch seine Aufzeichnungen die Rechte der Kläger auf das eigene Wort, auf Achtung des Privatbereichs und der Geheimsphäre verletzt. Es drohten weitere Verletzungen des Persönlichkeitsrechts der Kläger. Der Beklagte habe im Scheidungsverfahren versucht, die Aufzeichnungen zu verwerten.

Der OGH hat ausgesprochen,⁸²³ dass er sich der Ansicht der deutschen Gerichte⁸²⁴ angeschlossen habe, die ein Recht am gesprochenen Wort bejahen, das einen Schutz vor der heimlichen Aufnahme von Gesprächen gewähren soll. Heimliche Tonbandaufnahmen stellen daher einen rechtswidrigen Eingriff in ein aus dem § 16 ABGB abzuleitendes Persönlichkeitsrecht dar. Der Kläger habe daher grundsätzlich einen Unterlassungsanspruch, der auch einen Beseitigungsanspruch umfasse.⁸²⁵ Auszugehen sei davon, dass dem Beklagten die Beweisaufnahme und Verwertung des Beweismittels jedenfalls dann nicht versagt werden dürfte, wenn schon die Erlangung des Beweismittels auf Grund einer Notwehr- oder Notstandssituation gerechtfertigt gewesen wäre.⁸²⁶ Der Beklagte bringe vor, er habe die rufschädigenden Äußerungen seiner Frau nicht anders beweisbar erfahren können als durch das Abhören der Telefongespräche. Diese Behauptung sei nicht nachvollziehbar, weil der Beklagte die Möglichkeit gehabt hätte, seine Geschäftspartner zu befragen und Gesprächspartner seiner Frau als Zeugen auszuforschen. Notstand sei die Abwehr eines unmittelbar drohenden Angriffs in Rechtsgüter eines unbeteiligten Dritten. Die Gesprächspartner seiner Frau seien solche Dritte. Die Notstandshandlung sei nur dann nicht rechtswidrig, wenn die Interessen des Täters jene des Geschädigten überwiegen. Es sei daher eine Güter- und Interessenabwägung

⁸²³ Der OGH ist in diesem Verfahren davon ausgegangen, dass der Beklagte weder gegenüber dem Erstkläger noch der Zweitklägerin einen Beweisnotstand geltend gemacht hat.

⁸²⁴ Vgl dazu wie oben ausgeführt BVerG in NJW 1973 1. Halbband, 891 ff.

⁸²⁵ vgl auch BGH NJW 1988 1. Halbband, 1017.

⁸²⁶ Der OGH hat überdies ausgeführt, dass der Ansicht *Kodeks* über eine grundsätzliche uneingeschränkte Verwertbarkeit von rechtswidrig erlangten Tonbandaufnahmen im Zivilprozess im vorliegenden Fall nicht zu folgen sei, weil dem Beklagten als Beweisführer nicht der Abgehörte als Prozessgegner gegenüberstehe.

vorzunehmen.⁸²⁷ Mit dem bloßen Beweisinteresse könne der Beklagte eine Notstandssituation gegenüber den Klägern nicht rechtfertigen.⁸²⁸

Der OGH führt weiter aus, dass jedenfalls im Unterlassungs- und Beseitigungsprozess Dritter in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung vor der Bejahung der Zulässigkeit des Beweismittels eine Güter- und Interessenabwägung vorzunehmen sei. Die Güterabwägung bestünde im Vergleich der allgemeinen besonderen Wertigkeit der betroffenen Güter. Dabei seien die betroffenen Rechtsgüter nach ihrem allgemeinen Stellenwert, also das Recht am eigenen Wort und der vom rechtswidrig Abhörenden verfolgte Anspruch, den er mit Hilfe der Tonaufzeichnung durchsetzen wolle, sowie die subjektiven Interessen beider Teile, gegenüberzustellen. Für die Annahme eines rechtfertigenden Beweisnotstandes reiche nicht schon das allgemeine Interesse jeder Partei, über ein besonders beweiskräftiges Beweismittel zu verfügen, aus. Dem Beweisführer obliege der Beweis, dass er die Tonaufzeichnung bei sonstiger Undurchsetzbarkeit seines Anspruchs benötige und dass sein verfolgter Anspruch und seine subjektiven Interessen höherwertig seien, als die bei der Erlangung des Beweismittels verletzte Privatsphäre des Prozessgegners.

Die Anwendung dieser Grundsätze führe zur (teilweisen) Klagestattgebung. Der Beklagte sei schon seiner Behauptungslast nur unzureichend nachgekommen. Er habe sich zwar auf einen Beweisnotstand im Scheidungsverfahren berufen und rüge dazu das Unterbleiben von Feststellungen aus dem Scheidungsakt. Er habe aber nicht in ausreichendem Maß einen Sachverhalt behauptet, aus dem hervorgehe, dass ihm ohne Abhören der Tonaufzeichnungen der Beweis der rufschädigenden

⁸²⁷ In der österreichischen Lehre hingegen wird die Notwendigkeit einer Interessenabwägung nicht befürwortet. *Fasching* unterscheidet bei strafgesetzwidrig erlangten Beweismitteln zwischen Verstößen, die den Kernbereich der verfassungsmäßig geschützten Grund- und Freiheitsrechte betreffen und solchen, die nicht als solche Verletzungen anzusehen sind (vgl oben unter Punkt III4).

⁸²⁸ Vgl auch BGH NJW 1988 1. Halbband, 1017. Der BGH führt aus, dass der Beklagte sich nur dann auf Notwehr oder eine notwehrähnliche Lage hätte berufen können, wenn die heimlichen Tonbandaufzeichnungen zur Dokumentation erpresserischer Drohungen oder ähnlicher strafbarer Handlungen, insbesondere zur Feststellung der Identität von Straftätern, oder aus vergleichbar schwerwiegenden Gründen, mangels anderer in Betracht kommender Beweismittel, im Interesse einer wirksamen Rechtspflege erforderlich wäre.

Äußerungen seiner Frau keinesfalls gelingen könne. Dazu hätte er nachzuweisen gehabt, dass ihm keine anderen Beweismittel zur Verfügung stehen⁸²⁹ (das Gegenteil stehe fest: die beiden Kläger als Zeugen; die schon erfolgte Übertragung der Tonbandaufnahme; eine Zeugin für die Richtigkeit der Übertragung; die Parteienvernehmung) oder dass mit den (schon angeführten) übrigen Beweismitteln der Beweis nicht gelingen könne. Der Beklagte habe auch das Prozessthema des Scheidungsverfahrens nicht dargelegt, sodass eine Interessenabwägung gar nicht stattfinden könne. Allenfalls könnte zwar nach der allgemeinen Güterabwägung wegen der weitreichenden, ebenfalls in die Privatsphäre eingreifenden, Wirkungen des Scheidungsurteils (das auch gewichtige vermögensrechtliche Rechtsfolgen auslöst) eine Gleichwertigkeit der verfolgten Ansprüche vorliegen. Der Beklagte hätte aber nicht nur eine drohende Beeinträchtigung des Rechtfertigungsgutes, sondern auch dessen Höherwertigkeit nach der gebotenen Güter- und Interessenabwägung konkret darzustellen gehabt. Er begründete die Notwendigkeit der Tonbandaufnahmen nur mit den schon stattgefundenen Aussagen und dem Umstand, dass seine Gattin ihre Behauptung aufrecht erhalte, sie hätte den Beklagten nicht als unheilbar geisteskrank bezeichnet. Mit diesem Vorbringen allein könne ein Beweisnotstand des Beklagten nicht begründet werden. Eine bloß denkmögliche künftige Notstandssituation reiche schon im Hinblick darauf nicht aus, dass nur die geringste mögliche Verletzung der fremden Interessen mit einer ex ante vorzunehmenden Interessenabwägung gerechtfertigt werden könne.

6.5 Zur Entscheidung 1 Ob 172/07m vom 29.1.2008

In dieser Entscheidung des OGH ging es um die Verwertung eines Transkriptes eines heimlich aufgenommenen Gespräches und die Frage, ob eine Interessenabwägung vorzunehmen sei. Die klagende Partei war

⁸²⁹ Vgl dazu die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 18.10.2002, in der ausgesprochen wurde, dass die Vernehmung eines Zeugen über den Inhalt eines ohne Kenntnis des Gesprächspartners mitgehörten Telefongespräches unzulässig sei, wenn sich der Beweisführer andere (insbesondere urkundliche) Beweismittel über die beweisbedürftigen Fragen beschaffen könnte (OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.10.2002 – 23 U 260/01).

Eigentümerin einer Liegenschaft worauf sich ein Gebäude befand, in dem die beklagte Partei Büroräumlichkeiten gemietet hatte. Die Streitparteien hatten die gemeinsame Errichtung eines Wellnessparkes geplant und schlossen zu diesem Zweck einen Development Vertrag ab. Die klagende Partei begehrte einige Zeit später die Zahlung von ausstehenden Mietzinsen. Die beklagte Partei wandte ein, dass vereinbart worden sei, dass ihr die Räumlichkeiten samt Telefonanschluss für die Dauer des Projektes „Wellnesspark“ kostenlos zur Verfügung gestellt werden. Die diesbezügliche Vereinbarung sei in einem Sideletter festgehalten worden, den die klagende Partei jedoch in der Folge nicht unterfertigt habe. Die beklagte Partei habe daher einen eigenen Sideletter verfasst und an die klagende Partei übermittelt.

In einer Tagsatzung legt die beklagte Partei Aufzeichnungen über diverse Gespräche (an denen auch der Zeuge A beteiligt war) vor. Die Tonbandaufnahmen würden deshalb vorgelegt, weil der Zeuge A die im Sideletter der beklagten Partei getroffenen Vereinbarungen abstreite. Die beklagte Partei begründete die Vorlage der Gesprächsnotizen damit, dass sie sich in Beweisnotstand befinde.

Der OGH bezog sich auf seine bisherige Rechtsprechung und führte aus, dass für den zu beurteilenden Fall der Verwertung eines Transkriptes eines heimlichen Gespräches festzuhalten sei, dass dessen Verwendung nicht von § 120 StGB erfasst sei und daher insofern Rechtswidrigkeit wegen eines Verstoßes gegen eine Verhaltensnorm nicht anzunehmen sei. Es handle sich bei einem Transkript um eine schriftliche Aufzeichnung, die verfahrensrechtlich nach den Regeln des Urkundenbeweises zu behandeln sei.⁸³⁰ Dieses Beweismittel unterliege daher den verfahrensrechtlichen Bestimmungen über den Beweis von Urkunden. Transkripte seien mit Tonbandaufnahmen nicht gleichzusetzen, weil sie nicht die „Authentizität der Gesprächskassette“ beanspruchen können. Aus der Urkunde allein ergebe sich nicht schon die Vollständigkeit der Übertragung.

Die Frage der Notwendigkeit einer Interessenabwägung bei der Verwendung

⁸³⁰ Eine Tonbandaufnahme ist demgegenüber, wie bereits ausgeführt, nach der Judikatur betreffend den Augenscheinsbeweis zu bewerten.

rechtswidrig erlangter Tonbandaufnahmen im Zivilprozess könne hier offen bleiben. Bei Transkripten solcher Tonbandaufnahmen sei jedenfalls für deren prozessuale Verwertbarkeit im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Qualifikation als Urkunden und die Überlegungen von *Kodek*⁸³¹ zur Beweisbarkeit von durch die Rechtsordnung anerkannten mündlichen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, aber auch durch die Berücksichtigung der Tatsache, dass eine Rechtswidrigkeit im Sinne eines Verstoßes gegen eine Verhaltensnorm nicht vorliege, eine Interessenabwägung nicht vorzunehmen.

6.6 Die Entscheidung des OLG Wien, 16 R 129/09 x, vom 7.8.2009

Dieser Entscheidung liegt der Sachverhalt zugrunde, dass der Beklagte mit der Frau des Klägers mindestens einmal Geschlechtsverkehr vollzog. Der Kläger erteilte daraufhin einem Detektivbüro den Auftrag, Eheverfehlungen seiner Gattin festzustellen. Der Kläger führte nach Abschluss des erstgerichtlichen Verfahrens⁸³² mit Rekurs an das OLG aus, dass nach der Rechtsprechung auch der mit dem betreffenden Detektiv vereinbarte Ersatz für den Zeitaufwand bei der Zeugeneinvernahme gefordert werden könne. Das

⁸³¹ *Kodek* hat zur Verwertung von Transkripten ausgeführt, dass die Beeinträchtigung des Sprechers relativ gering sei. Zu diesem Ergebnis führe unter anderem die Wertung, die den Bestimmungen der ZPO zu entnehmen sei, die der Wahrung des Persönlichkeitsrechtes dienen. Die Bestimmungen über die Urkundenvorlage würden hier eine taugliche Analogiegrundlage darstellen. Vergleiche man das Interesse des Sprechers mit den in § 305 Z 1 und Z 3 erwähnten Tatsachen des Familienlebens oder der Gefahr der Schande, werde dies im Regelfall deutlich geringeres Gewicht beanspruchen können als die vom Gesetzgeber ausdrücklich vertypeten (Vorlageverweigerungs-)Tatbestände. Auch Letztere würden jedoch nicht zur Verweigerung der Vorlage einer Urkunde oder eines Augenscheinsbeweises berechtigen, wenn es sich um eine gemeinsame Urkunde oder die Aufnahme eines gemeinsamen Gespräches handelt. Auch bei Transkripten habe der Sprecher die Möglichkeit, über den Gesprächsverlauf auszusagen und allfällige Hintergründe hervorzuheben. Die Verwendung eines Transkriptes eines wenn auch vertraulichen Gespräches als Beweismittel sei daher zulässig. Die gleichen Erwägungen würden für Lauschzeugen gelten, bei denen schon der einem Transkript eigene Exaktheitsanspruch fehle (vgl. *Kodek*, ÖJZ 2001, 297, dazu bereits oben unter FN 671). Dem Argument, der Sprecher könne in seiner Einvernahme die Hintergründe des Gespräches aufzeigen und eventuelle Missverständnisse aufklären, ist meines Erachtens entgegen zu halten, dass es für den Sprecher schwierig sein wird, im Affekt Ausgesprochenes tatsächlich zu entkräften. Die Vorlage eines Transkriptes wird genauso wie die Tonbandaufnahme selbst den Richter in eine Richtung beeinflussen. Zeigt sich eine Partei in dem Transkript oder der Aufnahme beispielsweise besonders aggressiv oder unehrlich, wird diese diesen Eindruck kaum in der Verhandlung in eine andere Richtung lenken können.

⁸³² Der betrogene Gatte brachte eine Feststellungsklage ein, und begehrte, dass das Gericht festhalten solle, dass die Gattin dem außerehelichen Freund nichts vererben dürfe. Er stützte sich dabei auf § 543 ABGB (welcher mittlerweile aufgehoben wurde). Der Klage wurde stattgegeben (vgl. dazu *Aichinger*, Über Sex reden darf man immer, Die Presse 2010/04/01).

Gericht führte dazu aus, dass grundsätzlich die Beiziehung eines Detektivunternehmens und die dadurch verursachten Kosten als zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig im Sinne des § 51 Abs 1 ZPO anzusehen seien.⁸³³ Der verletzte Ehegatte habe daher Anspruch auf den Ersatz gerechtfertigter Überwachungskosten. Der Beklagte habe in seiner Rekursbeantwortung zutreffend darauf hingewiesen, dass zwei beauftragte Detektive seine Liegenschaft betreten und ihn unter Einsatz einer „Räuberleiter“ beim außerehelichen Geschlechtsverkehr beobachtet hätten. Dadurch sei in sein Persönlichkeitsrecht eingegriffen worden. Das OLG hat diesbezüglich ausgeführt, dass es den Wertungen einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung widersprechen würde, wenn für einen rechtswidrigen Eingriff in ein Persönlichkeitsrecht auch noch Kostenersatz gegenüber dem Verletzten zustünde. Im vorliegenden Fall gehe es jedoch nicht um die Kosten der Überwachung selbst, sondern um die Kosten der Vernehmung der beiden Detektive als Zeugen.

Es gehe um die Frage allenfalls rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess. Art 8 EMRK enthalte keine Verhaltensnorm, die die Verwendung von unter Verletzung der Geheimsphäre erlangten Beobachtungen durch Detektive in einem Zivilprozess verbiete. Die Vernehmung der Detektive unterliege vielmehr den Regeln der ZPO über den Zeugenbeweis. Daraus ergebe sich, dass zwar die Beobachtungen des Beklagten beim außerehelichen Geschlechtsverkehr durch Detektive möglicherweise wegen Verletzung der Geheimsphäre des Beklagten rechtswidrig war, nicht jedoch die Vernehmung der Detektive über diese Beobachtung. War aber die Verwertung dieser Beobachtung im vorliegenden Verfahren erlaubt, könne dem Kläger Anspruch auf Ersatz der Kosten der Detektive für das Erscheinen bei Gericht nicht verweigert werden.

⁸³³

So auch die deutschen Gerichte, vgl bspw. OLG Oldenburg, Beschluss vom 20.5.2008 – 13 WF 93/08, NJW 2008,3508; auch LG Düsseldorf, Urteil vom 14.5.1947 – 1/2 R 108/45, NJW 1948, 389.

7 Zusammenfassung und Kritik

In Österreich haben sich insbesondere drei Autoren mit der Zulässigkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel auseinandergesetzt. *Fasching* vertritt die Ansicht, dass rechtswidrig erlangte Beweismittel vom Zivilrichter aufgenommen und verwertet werden können. Eine Verwertung sei nur dann unzulässig, wenn eine strafgesetzliche Vorschrift, die den Kernbereich der verfassungsmäßig geschützten Grund- und Freiheitsrechte der durch die Handlung betroffenen Person als solche schützt, verletzt wird. Außerhalb dieses Kernbereiches sei der Schutzzweck der Strafnorm nicht auf die Beschränkung der gerichtlichen Wahrheitsforschung gerichtet.

Auch nach *Rechberger* ist ein Verbot, das die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel verhindern soll, grundsätzlich abzulehnen. Es sei unserem Rechtsempfinden fremd, vom Richter zu verlangen, wesentliche Beweisergebnisse zu negieren. Der Effekt des Verbotes läge im Wesentlichen darin, um der Sanktion für die Rechtsverletzung Willen sehenden Auges ein falsches Urteil in Kauf zu nehmen. Ein Beweisverwertungsverbot wegen der rechtswidrigen Erlangung eines Beweismittels sei lediglich dann zu befürworten, wenn das Gericht durch die Beweisaufnahme selbst in verfassungsrechtlich geschützte Rechte eingreife. Weiters sei eine Ausnahme von der generellen Verwertbarkeit dann zu machen, wenn die Beweisergebnisse auf aus rechtsstaatlicher Sicht unerträgliche Weise zustande gekommen sind. Den Kreis der dabei verletzten Rechte zieht *Rechberger* allerdings sehr eng.

Kodek spricht sich ebenfalls für eine Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess aus und geht dabei ganz allgemein vom Trennungsgrundsatz aus. Die materiell rechtswidrige Erlangung eines Beweismittels durch die Parteien außerhalb des Prozesses habe auf die Zulässigkeit der Verwertung im Prozess keinen Einfluss. Insbesondere bei rechtswidrig erlangten Tonbandaufnahmen bejaht *Kodek* daher deren uneingeschränkte Verwertbarkeit im Zivilverfahren.

Die Behandlung der Frage, ob ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel in

einem Zivilprozess verwertet werden darf, ist von enormer Bedeutung. Gegenwärtig ergibt sich das Bild einer Gesellschaft, in der jeder alles über den anderen wissen will und die Technik dies auch möglich macht. Durch die zunehmende Digitalisierung und drahtlose Übertragungsstandards der Informationstechnologie wird es für den Einzelnen immer leichter, an intime Informationen über einen anderen zu gelangen. Es wird aufgrund der vielfältigen Angriffsmöglichkeiten gleichzeitig immer schwieriger, sich vor diesen Überwachungsmöglichkeiten zu schützen.

Im Zusammenhang mit der deutschen Lehre und Rechtsprechung hat *Balthasar* kritisiert, dass eine deutliche Tendenz zur Annahme von Verwertungsverboten zu erkennen sei, mit denen zugleich materiell falsche Urteile in Kauf genommen würden. Die derzeitige Praxis habe bei dem Interessenausgleich möglicherweise aus Furcht vor dem „privaten Lauschangriff“ einseitig den Persönlichkeitsschutz im Auge. *Balthasar* kritisiert überdies die vorschnelle Annahme der Rechtswidrigkeit der Beweismittelbeschaffung. Abgesehen von der methodischen Fragwürdigkeit grundrechtsmotivierter Rechtsfortbildung im Zivilrecht sei auch problematisch, dass eine Abwägung häufig nur darauf bezogen werde, ob aus der Rechtswidrigkeit der Beschaffung ein Beweisverwertungsverbot folge. Logisch vorrangig sei jedoch die Prüfung, ob die Beschaffung eines Beweismittels überhaupt als rechtswidrig anzusehen sei, nur dann stelle sich die Frage der Verwertbarkeit. Richtigerweise dürfe die Rechtswidrigkeit der Beschaffung eines Beweismittels jedoch nicht vorschnell bejaht werden. Ein Verstoß gegen das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht könne etwa erst nach einer Interessenabwägung angenommen werden. Darüber hinaus liege bei Notwehr kein rechtswidriger Eingriff vor. Gerade diesem Aspekt trage die Rechtsprechung häufig nicht Rechnung.⁸³⁴

Problematisch sei nach *Balthasar* darüber hinaus auch die immer wieder geäußerte Ansicht, dass die für die Verwertbarkeit maßgebliche Abwägung „im Regelfall“ zum Nachteil des Beweisführers ausfalle und eine Verwertung nur „in Ausnahmefällen“ möglich sei. Mit dieser Abwägungsregel werde das

⁸³⁴ *Balthasar*, JuS 2008, 38 f.

Verwertungsverbot zum Automatismus, obwohl doch dem grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsrecht das gleichrangige Recht auf richterliches Gehör gegenüberstehe. De lege lata sei ein Rangverhältnis zwischen den konkurrierenden Rechten der Prozessparteien nicht begründbar. Statt einer abstrakten Bewertung sei daher eine Einzelfallprüfung erforderlich, die sowohl die Intensität der Persönlichkeitsbeeinträchtigung als auch die Beweisinteressen berücksichtige.⁸³⁵

Beweisverwertungsverbote würden daher eine erhebliche Belastung für den Beweisführer bei der Verwirklichung seiner materiellen Rechtspositionen darstellen. Ob ein bestimmtes Beweismittel rechtswidrig erlangt sei, sei im Einzelfall zu prüfen. Beispielsweise sei nicht jeder Eingriff in das Recht am eigenen Wort auch rechtswidrig. Dabei werde man nicht nur der Intensität des Eingriffes sondern auch dem Umstand Bedeutung beimessen müssen, ob der Beweisführer für die Art und Weise der Beweisbeschaffung einen nachvollziehbaren Anlass hatte und es um Straftaten gehe, die praktisch nicht anders aufgeklärt werden können. Selbst wenn ein Beweismittel rechtswidrig erlangt sein sollte sei zu fragen, ob im Einzelfall der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht so schwer wiege, dass es gerechtfertigt sei, den Beweisführer der Gefahr des Verlustes materieller Rechte auszusetzen.⁸³⁶

⁸³⁵ Balthasar, JuS 2008, 39.
⁸³⁶ Balthasar, JuS 2008, 39.

IV LITERATURVERZEICHNIS

Bücher und Zeitschriftenbeiträge

Adamovic Franz M., Ausschluss der Öffentlichkeit im zivilgerichtlichen Verfahren durch Parteiantrag?, RZ 2004, 165.

Aichinger Philipp, Über Sex reden darf man immer, Die Presse 2010/04/01.

Ambos Kai, Zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens in Österreich, ÖJZ 2003/39, 661.

Amelung Knut, Der Grundrechtsschutz der Gewissensforschung und die strafprozessuale Behandlung von Tagebüchern, NJW 1988, 1002.

Angst Peter, Kommentar zur Exekutionsordnung, 2. Auflage, Wien 2008.

Angst Peter/Jakusch Werner/Mohr Franz, Exekutionsordnung, 14. Auflage, Wien 2004.

Arzt Gunther, Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre vom zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz aus betrachtet, Tübingen 1970.

Ballon Oskar J., Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht-Streitiges Verfahren, 10. Auflage, Graz 2004.

Ballon Oskar J., Zu den Verfahrensmängeln im Zivilprozess, in FS Franz Matscher, Wien 1993.

Balthasar Stephan, Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess, JuS 2008, 35.

Baumbach Adolf/Lauterbach Wolfgang/Albers Jan/Hartmann Peter, Beck'sche Kurzkommentare Zivilprozessordnung, Band I, München 2007.

Baumgärtel Gottfried, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZP 1956, 89.

Baurecht Dominik, Verwendung und Verwertung von rechtswidrig erlangten Beweismitteln – Zivilprozessuale und datenschutzrechtliche Grenzen, NetV 2006, 97.

Beling Ernst von, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess, Breslau 1903.

Benedek Wolfgang/Pekari Catrin (Hrsg.), Menschenrechte in der Informationsgesellschaft, Stuttgart 2007.

Berka Walter, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, Die Freiheit der Medien und ihre Verantwortung im System der Grundrechte, *Winkler Günther/Antonioli Walter (Hrsg.)*, Wien/New York 1982.

Bettermann Karl August/Nipperdey Hans Carl/Scheuner Ulrich (Hrsg.), Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Berlin 1959.

Brandl Ernst, Tonbandaufnahmen von Telefongesprächen mit einem Finanzdienstleister und ihre Folgen, ÖBA 2004, 289.

Brodil Wolfgang, Individualarbeitsrechtliche Fragen der Kontrolle des Arbeitnehmers, in *Resch Reinhard (Hrsg.)*, Die Kontrolle des Arbeitnehmers vor dem Hintergrund moderner Medien, Wien 2005, 69.

Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Vorarlberger Tage 2005, Graz 2006, 135.

Dammann Ulrich/Simits Spiros, EG-Datenschutzrichtlinie, Kommentar, Baden-Baden 1997.

Dauster Manfred/Braun Franz, Verwendung fremder Daten im Zivilprozess und zivilprozessuale Beweisverbote, NJW 2000, 1. Halbband, 313.

Dohr Walter/Pollirer Hans-Jürgen/Weiss Ernst, Datenschutzrecht, Wien 2002.

Dohr Walter/Pollirer Hans-Jürgen/Weiss Ernst, Kommentar zum Datenschutzgesetz, Wien 2009.

Dolinar Hans/Holzhammer Richard, Zivilprozessrecht I, 4. Auflage, Linz 2003.

Drobesch Heinz/Grosinger Walter, Das neue österreichische Datenschutzgesetz, Wien 2000.

Duschanek Alfred (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Wien 1978.

Duschanek Alfred, Neuerungen und offene Fragen im Datenschutzgesetz 2000, ZfV 2000/1303, 526.

Duschanek Alfred/Rosenmayr-Klemenz Claudia, Datenschutzgesetz 2000, Wien 2000.

Edlbacher Oskar, Verfahren außer Streitsachen, 2. Auflage, Wien 1984.

EGMR vom 12.5.2000, Fall Khan gg das vereinte Königreich , ÖJZ 2001, 656.

Ehrlich Daniela/Graf Caroline, Akteneinsicht nach der ZPO, Zak 2008 Heft 17, 326.

Ent Herbert, Eine Einführung in das österreichische Adoptionsrecht, ÖstA 1960, 55.

Erichsen Hans-Uwe/Kollhosser Helmut/Welp Jürgen (Hrsg.), Recht der Persönlichkeit, Berlin 1996.

Fasching Hans W., Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Wien 1962.

Fasching Hans W., Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Wien 2003.

Fasching Hans W., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechtes, 2. Auflage, Wien 1990.

Fasching Hans W./Konecny Andreas, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. Auflage, Wien 2004.

Fasching Hans W., Prozessprinzipien und Reform des Zivilprozesses, in: *Haller/Berchthold/Fasching/Barazon/Bertel/Schneider (Hrsg.)*, Verfahrensgrundsätze - Verfahrensreformen im österreichischen Recht, Heidelberg/Karlsruhe 1980, 53.

Feldmann Clemens, Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweise, NJW 1959 1. Halbband, 853.

Fleissner Peter/Choc Marcel (Hrsg.), Datensicherheit und Datenschutz, Innsbruck – Wien 1996.

Foerste Ulrich, Lauschzeugen im Zivilprozess, NJW 2004, 262.

Frieberger Jürgen, Beweisverbote im Verwaltungsverfahren, Wien 1997, (Dissertation).

Fuchs Helmut, Verdeckte Ermittler – anonyme Zeugen, ÖJZ 2001, 495.

Fucik Robert, Akteneinsicht beim Gerichtskommissär, Jenseits notarieller Verschwiegenheitspflichten, NZ 03/2008, 65.

Fucik Robert, Das neue Außerstreitgesetz, immolex 2004, 196.

Fucik Robert/Kloiber Barbara, Außerstreitgesetz Kurzkommentar, Wien 2005.

Fürstl Carl von, Die neuen österreichischen Zivilprozessgesetze mit Erläuterungen, Wien 1897.

Gamm Frhr v., Zur praktischen Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, NJW 1955, 2. Halbband, 1826.

Gemmeke Thomas, Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Verfahren, Schriften zum Verfahrensrecht, *Gottwald Peter/Haas Ulrich (Hrsg.)*, Frankfurt am Main 2003.

Gögl Ernst, Der Beweis im Verfahren außer Streitsachen, ÖJZ 1956, 344.

Graf Caroline/Schöberl Elisabeth, Beweisverwertungsverbote im Arbeitsrecht, ZAS 2004/30, 172.

Graf Wolfgang, Datenschutzrecht im Überblick, Wien 2004.

Groß Ingrid, Fristen und Anfangsverdacht im Abstammungsrecht, FPR 2007, 392.

Grünwald Gerald, Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ 1966, 489.

Harbich Heribert, Akteneinsicht, Amtshilfe und Auskunftspflicht, AnwBl 1 /1988, 3.

Hartmann Peter, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 65. Auflage, München 2007.

Hattenberger Doris, Die Bedeutung des Datenschutzrechts für das Arbeitsverhältnis, in *Resch Reinhard (Hrsg.)*, Die Kontrolle des Arbeitnehmers vor dem Hintergrund moderner Medien, Wien 2005, 13.

Helle Jürgen, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, Tübingen 1991.

Hengstschläger Johannes, Verwaltungsverfahrensrecht, Ein systematischer Grundriss, 4. Auflage, Wien 2009.

Hofmann Michael, Beweisverbote im Strafprozess – Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote, JuS 1992, 587.

Holzhammer Richard, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Auflage, Wien 1989.

Horten Heinrich, Österreichische Zivilprozessordnung, Wien 1908.

Hubmann Heinrich, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Auflage, Köln 1967.

Hubmann Heinrich, Das Persönlichkeitsrecht, Heft IV, Münster/Köln 1953.

Hubmann Heinrich, Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion, JZ 1957, 521.

Jahnel Diemar, Datenschutzrecht in der Praxis, Graz/Wien 2004.

Jahnel Dietmar, Das Datenschutzgesetz 2000. Wichtige Neuerungen, wbl 2000, 49.

Jahnel Dietmar, Das Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSG 2000, in: *Akyürek Metin (Hrsg.)*, Staat und Recht in europäischer Perspektive, Festschrift Heinz Schäffer, Wien 2006.

Jahnel Dietmar/Siegwart Stefan/Fercher Natalie (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Datenschutzrechtes, Wien 2007.

Jelinek Wolfgang, Überlegungen zur Reform des Außerstreitverfahrens, NZ 1984, 100.

Jelinek Wolfgang, Zur Reform des Außerstreitverfahrens – die Regelungs- und Streitentscheidungsverfahren, in: Zur Reform des Außerstreitverfahrens, Ludwig Boltzmann Institut für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen (*Hrsg.*), Band II, Wien 1984.

Kirchbacher Kurt/Schroll Hans Valentin, Zur Rechtsprechung des OGH betreffend das SMG und die Einbringung der Ergebnisse verdeckter Ermittler in die Hauptverhandlung, RZ 2005, 170.

Knyrim Rainer, Datenschutzrecht, Wien 2003.

Koberger Anton, Grenzenloser Schutz der Privatsphäre von Tonbandgeräten?, ÖJZ 1990, 330.

Kodek Georg E., Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren, Teil I, ÖJZ 2001, 281.

Kodek Georg E., Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren, Teil II, ÖJZ 2001, 334.

Kodek Georg E., Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess, Eine Untersuchung der österreichischen, deutschen und amerikanischen Rechtslage, Wien 1987.

Kodek Georg E., Zur Verwertbarkeit heimlicher Vaterschaftstests, ecolex 2005, 108.

Kohlhaas Max, Mitschneiden von Telefongesprächen im Verhältnis zum Abhörverbot (§ 298 StGB) und dem Fernmeldegeheimnis, NJW 1972 1. Halbband, 238.

Kölbl Ursula, Die Öffentlichkeit des Zivilprozesses – eine unzeitgemäße Form? In FS für Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Rosenheim 1972.

Koziol Helmut, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II, Wien 1984.

Kramer Bernhard, Heimliche Tonbandaufnahmen im Strafprozess, NJW 1990, 1760.

Kucsko Guido (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Wien 2008.

Lachmann Jens-Peter, Unternehmensgeheimnisse im Zivilrechtsstreit, dargestellt am Beispiel des EDV-Prozesses, NJW 1987, 2206.

Langer Hans, AußStrG, Außerstreitgesetz 2003, Wien/Graz 2007.

Liebscher Brigitta, Datenschutz bei der Datenübermittlung im Zivilverfahren, Berlin 1994.

Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen, Wien 1897.

Matzka Manfred, Datenschutzrecht für die Praxis, Wien 1986.

Maurer Ewald, AußStrG neu, Außerstreitgesetz und Außerstreit-Begleitgesetz, Wien 2004.

Mayer-Schönberger Viktor/Brandl Ernst, Datenschutzgesetz, 2. Auflage, Wien 2006.

Mini Harald, Exekutionsverfahren, Einführung in das österreichische Exekutionsverfahren nach der EO-Novelle 2008, 2. Auflage, Wien 2008.

Neumann Georg, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen vom 1.8.1895, 4 Auflage, Wien 1927.

Nowak Manfred/ Schwaighofer Christoph, Das Recht auf öffentliche Urteilsverkündung in Österreich, EuGRZ 1985, 725.

Nowotny Christian, Ist das Aufzeichnen eines geschäftlichen Telefonates verboten? RdW 1989, 214.

Pleyer Klemens, Schallaufnahmen als Beweismittel im Zivilprozess, ZZZ 1956, 321.

Pollak Rudolf, System des österreichischen Zivilprozessrechtes mit Einschluss des Exekutionsrechtes, Wien 1930.

Potacs Michael, Wissenschaftsfreiheit und Grundrecht auf Datenschutz, ZfV 1986/1, 6.

Raab Herwig/Winter Arthur, Maßnahmen nach dem österreichischen Datenschutzgesetz, Leitfaden für die Praxis, Wien 1980.

Ratz Eckart, Beweisverbote und deren Garantien durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen, Teil 1 und Teil 2, RZ 2005, 74 und 106.

Rauscher Thomas/ Wax Peter/Wenzel Joachim (Hrsg.), Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Auflage, München 2008.

Rechberger Walter H. (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, 2. und 3. Auflage, Wien 2000.

Rechberger Walter H., Zur Amtswegigkeit, Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit, in: Grundlegende Neuerungen des Außerstreitverfahrens, Dokumentation einer Tagung der Gesellschaft zum Studium und zur Erneuerung der

Struktur der Rechtsordnung, *Kralik Winfried/Walter Robert (Hrsg.)*, Band IV, Wien 1986.

Rechberger Walter H./Simotta Daphne Ariane, Exekutionsverfahren, Wien 1992.

Rechberger Walter H./Simotta Daphne-Ariane, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechtes-Erkenntnisverfahren, 3. und 7. Auflage, Wien 2009.

Regierungsvorlage 89 der Beilagen XXIV GP.

Regierungsvorlage betreffend das Datenschutzgesetz, RV 1613 BlgNR, XX GP.

Regierungsvorlage betreffend die ZVN 2004, RV 613 BlgNR, XXII GP.

Reindl Peter, Grundlegende Erneuerung des Außerstreitverfahrens, in: Grundlegende Neuerungen im Außerstreitverfahren, Dokumentation einer Tagung der Gesellschaft zum Studium und zur Erneuerung der Struktur der Rechtsordnung, *Kralik Winfried/Walter Robert (Hrsg.)*, Band IV, Wien 1986.

Rittner Christian/Rittner Natascha, Unerlaubte DNA – Gutachten zur Feststellung der Abstammung – eine rechtliche Grauzone, NJW 2002, 1. Halbband, 1745.

Röhsner Georg, Aufkündigungsverfahren und Zivilprozess. (Die Verwendung personenbezogener Daten im Zivilprozess), immolex 2000, 349.

Rosenmayr-Klemenz Claudia, Zum Schutz manuell verarbeiteter Daten durch das DSG 2000, ecolex 2001, 639.

Rummel Peter (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Wien 2000.

Sailer Hansjörg, Gerichtlicher Datenschutz bei elektronischer Einsicht in Geschäftsbehalte des Exekutionsverfahrens, Zak 2007 Heft 18, 343.

Schima Hans, Gedanken zur Ausgestaltung des Verfahrens außer Streitsachen, Festschrift Heinrich Demelius, Wien 1973.

Schmoller Kurt, Beweise die hypothetisch nicht existieren. Beweisverwertungsverbote im geltenden und künftigen Strafprozess, JPR 2002, 251.

Schmoller Kurt, Beweisverwertungsverbote im Diskussionsentwurf zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, RZ 2000, 154.

Schmoller Kurt, Erzwungene selbstbelastende Aussagen im Strafprozess, JBI 1992, 69.

Schmoller Kurt, Heimliche Tonbandaufnahmen als Beweismittel im Strafprozess?, JBI 1994, 153.

Schwaighofer Christoph, Gerichtsöffentlichkeit und Außerstreitverfahren, in: Grundlegende Neuerungen im Außerstreitverfahren, Dokumentation einer Tagung der Gesellschaft zum Studium und zur Erneuerung der Struktur der Rechtsordnung, *Kralik Winfried/Walter Robert (Hrsg.)*, Wien 1986.

Schwimann Michael, ABGB Praxiskommentar, 3. Auflage, Wien 2005.

Siebert Wolfgang, Zur allgemeinen Problematik des Persönlichkeitsrechtes, NJW 1958 2. Halbband, 1369.

Siegert Karl, Die außergerichtliche Tonbandaufnahme und ihre Verwertung im Zivilprozess, NJW 1957 1. Halbband, 689.

Sima Katja, Die Zivilverfahrensnovelle 2004. Die wichtigsten Neuerungen im Überblick, JAP 2004/2005/36.

Simotta Daphne-Ariane, Überlegungen zu Öffentlichkeit im Zivilprozess, in: *Ballon Oskar J. (Hrsg.)*, FS Franz Matscher, Wien 1993.

Simotta Daphne-Ariane, Einige Probleme des Datenschutzes im Zivilverfahrensrecht (Teil I und Teil II), ÖJZ 1993, 793 und 838.

Soche Peter, Auf dem Weg zum totalitären Staat?, ZVR 1978, 171.

Souhadra Josef, Amtshilfe an Gerichte, SozSi 1990, 428.

Souhadra Josef, Amtshilfe Online und Datenschutz, SozSi 2000, 286.

Souhadra Josef, Datenschutzpraxis in der Sozialversicherung, SozSi 1985, 365.

Souhadra Josef, Sozialversicherungsauskünfte im Exekutionsverfahren, Erläuterungen zu § 294 a EO und § 31 Abs 3 Z 15 ASVG, SozSi 1987, 124.

Souhadra-Kirchmayer Eva, Das Datenschutzgesetz 2000, SozSi 2000, 938.

Souhadra-Kirchmayer Eva, Der Vorschlag einer allgemeinen EG-Datenschutzrichtlinie und seine Auswirkungen auf das österreichische DSG, JBI 1995,147.

Spendel Günter, Beweisverbote im Strafprozess, NJW 1966, 1. Halbband, 1102.

Spending Anton, Zivilverfahren und Datenschutz - Eine erste Orientierung zu den §§ 83 bis 85 GOG, in Vorarlberger Tage 2005, Wien/Graz 2006, 135.

Sperl Hans, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege, Wien 1928.

Stadler Astrid, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess, NJW 1989, 1202.

Stein Friedrich/Jonas Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Tübingen 2008.

Stellungnahme des Datenschutzrates zur Zivilverfahrens-Novelle 2004, GZ 817.269/0003-DSR/2004.

Störmer Rainer, Beweiserhebung, Ablehnung von Beweisanträgen und Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess, JuS 1994, 238 und 334.

Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Geheimnisschutz Datenschutz Informationsschutz, Wien 2008.

Stummvoll Heinrich, Das neue Außerstreitverfahren ab 2005, Wien 2004.

Tichy Gunther/Peissl Walter, Beeinträchtigung der Privatsphäre in der Informationsgesellschaft, in: *Österreichische Juristenkommission (Hrsg.)*, Grundrechte in der Informationsgesellschaft, Wien 2001, 22.

Völkl Evelyn/Völkl Wolfgang, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung 2001-2004, ÖJZ 2006/18.

Wachtel Jakob, Erläuterungen zur Civilprozeß-Ordnung vom 1.8.1895, BGBl Nr 113 und den einschlägigen Gesetzen, Wien 1897.

Walter Robert, Verfassung und Gerichtsbarkeit, Wien 1960.

Walter Robert/Mayer Heinz, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 9. Auflage, Wien 2000.

Walther Anton, Zur Abgrenzung von Urkundenbeweis, Beweis durch Auskunftssachen und Augenschein im österreichischen Zivilprozessrecht, RZ 1993, 47.

Weiss Ernst M./Knyrim Rainer, Datenschutz in der Justiz, die neuen datenschutzrechtlichen Bestimmungen in ZPO und GOG, ecolex 2006, 74.

Werner Olaf, Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, NJW 1988, 993.

Wieczorek Bernhard, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Berlin 1957.

Wisleitner Bernhard, Die Akteneinsicht des Verpflichteten bei der Fahrnisexekution vor Beginn des Vollzuges, RZ 1991, 274.

Wöfl Bernd, Sphärentheorie und Vorbehalt des Gesetzes, NVwZ 2002, 49.

Wolfslast Gabriele, Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnungen – Besprechung des BGH Urteils vom 9.4.1986 – 3 StR 551/85, NStZ1987, 103

Zangl Sylvia, Das neue Außerstreitverfahren, Verfahren erster Instanz, ÖJZ 2005/7.

Zeiss Walter, Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, ZZP 1976, 377.

Zipf Heinz, Empfiehlt es sich, die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Strafverfahrens neu zu gestalten, insbesondere zur Verbesserung der Rechtsstellung des Beschuldigten weitere nicht-öffentliche Verfahrensgänge zu entwickeln?, Gutachten C für den 54. Deutsche Juristentag, München 1982.

Österreichische Judikatur

OGH 29.1.2008, 1 Ob 172/07m

OGH 27.9.2001, 6 Ob 190/01 m

OGH 20.6.2000, 3 Ob 131/00 m

OGH 19.10.1999, 4 Ob 247/99 y

OGH 9.12.1975, 12 Os 143/75

OLG 7.8.2009, 16 R 129/09 x

V ANHANG

1 Zusammenfassung

Zu Beginn der Arbeit werden die Entwicklung des Datenschutzes sowie die wichtigsten Regelungen des Datenschutzgesetzes, insbesondere die Grundsätze einer zulässigen Datenanwendung, erläutert. Anschließend folgt eine Darstellung des Datenschutzes im Bereich der Gerichtsbarkeit. Die Rechtsprechung muss, um ihre Aufgabe erfüllen zu können, personenbezogene Daten verwenden und greift dadurch in das Grundrecht auf Datenschutz des Betroffenen ein. Die Geltung des Grundrechtes auf Datenschutz steht somit in einem natürlichen Spannungsverhältnis zu den Aufgaben der Gerichte berechtigten Ansprüchen zum Durchbruch zu verhelfen. Im Zuge der Zivilverfahrensnovelle 2004 wurden die §§ 83 ff GOG geschaffen, in denen Rechtsbehelfe zur Durchsetzung der im DSG 2000 normierten Rechte des Betroffenen „in Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit“ vorgesehen sind. Diese Regelungen im GOG werden in der Arbeit dargestellt.

In der Folge werden zivilverfahrens- und prozessrechtliche Situationen aufgezeigt, in denen auf unterschiedliche Weise personenbezogene Daten übermittelt werden, wodurch im Besonderen eine Gefahr der Verletzung des Grundrechtes auf Datenschutz gegeben ist. Diskutiert wird beispielsweise die Öffentlichkeit des Verfahrens, die Akteneinsicht, die Bestimmung des § 294 a EO, die Aktenbeschaffung, die Strafregisterauskunft und die Problematik des Datenschutzes im Zuge eines Aufkündigungsverfahrens.

Als nächster großer Themenkreis wird die Diskussion um Beweisverwertungsverbote im Zivilprozess dargestellt. Zunächst wird die deutsche Lehre und Rechtsprechung erläutert, weil diese die österreichische Diskussion maßgeblich beeinflusst hat. Die Frage der Verwertbarkeit von fehlerhaft erhobenen Beweisen ist in Deutschland bisher nicht restlos geklärt -die Verwertung derartiger Daten ist „nicht grundsätzlich unzulässig.“ Der dBVerG hat sich mit einer Grundsatzentscheidung zur Problematik heimlicher Tonbandaufnahmen und deren Verwertung im gerichtlichen Verfahren geäußert. Das Recht eines jeden Menschen auf freie Entfaltung seiner

Persönlichkeit schließe auch das Recht am eigenen Wort mit ein. Jeder Mensch habe das Recht selbst zu entscheiden, ob sein Wort auf einen Tonträger aufgenommen und damit möglicherweise einem Dritten zugänglich gemacht werden soll.

Auch in der österreichischen Zivilprozessordnung findet sich keine allgemeine Regelung über Beweisverwertungsverbote. Im Zivilrecht hat sich – im Gegensatz zum Verwaltungsrecht – bisher keine einheitliche Meinung zu diesem Thema herausgebildet. In der Lehre wurde dieser Problembereich, im Vergleich zu Deutschland, bisher eher stiefmütterlich behandelt. Die unterschiedlichen Standpunkte der österreichischen Lehre und Rechtsprechung werden in der Arbeit ausführlich dargestellt. Da die österreichische Rechtsprechung, die sich nicht mit der rechtswidrigen Verwertung von Tonbandaufnahmen sondern mit anderen Beweismitteln auseinandersetzt, bisher eher spärlich ist, wird überdies kurz ausgeführt, wie es sich mit der Verwertung anderer rechtswidrig erlangter Beweismittel, wie beispielsweise Photographien, Urkunden, Tagebüchern oder Briefen, verhält.

Im abschließenden Kapitel der Arbeit werden sämtliche wesentlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, die bisher zum Thema der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel vorliegen, dargestellt.

