

# Tonbandaufnahmen von Telefongesprächen mit einem Finanzdienstleister und ihre Folgen

Ernst Brandl

**Kunden von Finanzdienstleistern versuchen regelmäßig, die durch ihre Fehlinvestition entstandenen Verluste gerichtlich geltend zu machen. Kernpunkt dieser Prozesse ist regelmäßig die Frage, welche Informationen der Finanzdienstleister dem Kunden erteilt hat. Da in diesen Fällen fast immer Aussage gegen Aussage steht, sind Aufzeichnungen von (Telefon-)Gesprächen oft wirkungsvollstes Mittel um nachzuweisen, daß der Finanzdienstleister lege artis beraten hat. Der Aufsatz zeigt die Grenzen der Zulässigkeit dieser Maßnahme auf.**

Stichwörter: Finanzdienstleistungen, Beweismittel, Telefon, Aufzeichnungen, Privatsphäre, Beweisverwertungsverbot, Tonbandaufnahmen, Vermögensschaden, Zustimmung, Beratungsfehler, Beratung, Strafrecht, Zivilrecht.  
JEL-Classification: G 20, K 12, K 13, K 14.

Customers of financial service providers regularly try to assert in court losses they have incurred as a result of misdirected investments of these service providers. These lawsuits regularly concentrate on clarifying which information the financial service provider has provided to the customers. Since it will be almost always a matter of one person's word against the other, records of (phone) conversations often turn out to be the most efficient instruments to prove that the financial service provider has provided lege artis advice. The article shows limits to the recording of conversation between financial services providers and their customers.

## 1. Problemstellung

In Zeiten des schlechten Börseklimas beschreiten Kunden von Finanzdienstleistern regelmäßig den Weg zu Gericht, um ihre Verluste im Schadenersatzprozeß auf den Berater bzw Vermittler mit dem Argument, er habe schlecht beraten, zu überwälzen. Selbst dann, wenn der Finanzdienstleister die Wohlverhaltensregeln des Wertpapieraufsichtsgesetzes

(WAG) [1] eingehalten hat, führen Kunden immer wieder ins Treffen, daß die *schriftliche Dokumentation des Beratungsgesprächs* im Beratungsprotokoll den tatsächlichen *Ablauf des Beratungsgesprächs nicht ordnungsgemäß wiedergebe*; meist wird argumentiert, daß der Finanzdienstleister es unterlassen habe, auf bestimmte Risiken hinzuweisen oder bei seiner Empfehlung die Interessen der Anleger ausreichend zu berücksichtigen. Auch dann, wenn sich der Dienstleister auf eine gesetzeskonforme Dokumentation stützen kann, gibt es im Prozeß immer wieder Situationen, in denen er sich wünscht, sein Gespräch mit dem Anleger wäre auf Tonband aufgezeichnet worden. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es *ohne die Zustimmung* und *ohne das Wissen des Kunden zulässig* ist, *Telefongespräche aufzuzeichnen* und die Aufzeichnungen im Prozeß *als Beweismittel zu verwerten*.

## 2. Tonbandaufnahmen von Telefongesprächen und deren Verwendung

### 2.1. Strafrechtlicher Aspekt von Tonbandaufnahmen

Auf der Suche nach einschlägigen Bestimmungen fällt zunächst § 120 Abs 2 StGB ins Auge. Danach ist es *verboten*, Tonbandaufnahmen nichtöffentlicher Äußerungen einer Person einem *Dritten zugänglich* zu machen oder sie zu *veröffentlichen*. Dritter ist jeder, für den die Äußerung nicht bestimmt ist. Das bedeutet, daß es aus der Sicht des Strafrechts zulässig ist, ein Gespräch aufzunehmen, es aber verboten ist, es zu verwerten. Dies folgt auch aus einem Umkehrschluß des Tatbestandes des § 120 Abs 1 StGB, der es verbietet, ein Tonaufnahmegerät zu benutzen, um sich oder einem anderen Unbefugten von einer nicht öffentlichen und nicht zu seiner Kenntnisnahme bestimmten Äußerung eines anderen Kenntnis zu verschaffen.

[1] §§ 11–18 WAG.

[2] Siehe die EB zur RV des Strafrechtsänderungsgesetzes 1965, 650 BlgNR X. GP, 11, abgedruckt in *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>3</sup>, Rz 8 zu § 120 StGB.

[3] *Aicher* in Rummel I<sup>3</sup>, Rz 22 zu § 16.

[4] OGH in JBl 1993, 338 gegen Aufzeichnung von geschäftlichen Gesprächen, ebenso OGH 20. 6. 2000, 3 Ob 131/00m; aA *Nowotny*, RdW 1989, 214.



Photo: privat

RA Dr. Ernst Brandl, LL.M (U of C), M.B.A. (Harvard) ist Partner der Brandl & Talos Rechtsanwälte Kommanditpartnerschaft; e-mail: Brandl@btp.at

Denn nach dieser Strafvorschrift ist das Aufnehmen der Äußerung durch jemanden, *für den sie bestimmt ist*, strafrechtlich nicht verboten, und zwar auch dann nicht, wenn es geschieht, um die Äußerung zur Kenntnisnahme für einen Dritten festzuhalten, für den sie nicht bestimmt ist; denn das Fixieren der Äußerung eines anderen ohne dessen Einverständnis auf einem Aufnahmegerät ist, solange die auf Indiskretion des Täters gerichtete Absicht nicht verwirklicht wird, straflose Vorbereitungshandlung [2].

### 2.2. Zivilrechtlicher Aspekt

Aus zivilrechtlicher Sicht ergibt sich aus § 16 ABGB, daß es *rechtswidrig* ist, jede Art von Gesprächen, damit auch Telefongespräche, heimlich aufzunehmen [3]; dies unabhängig davon, in welcher Form die Aufnahmen verwendet werden sollen [4]. Begründet wird dies damit, daß eine heimliche Aufnahme den Interessen des Sprechenden widerstreitet, werden doch in aller Regel (auch) flüchtige und unüberlegte Worte

aufgenommen, die mißbräuchlich verwendet werden könnten. Darüber hinaus zerstören diese Aufnahmen die Vertraulichkeit des Gesprächs – es geht hier also vor allem um die *Wahrung der Geheimsphäre*.

Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn das Persönlichkeitsrecht des Sprechers überhaupt nicht berührt wird. Dies ist der Fall bei telefonischen geschäftlichen Mitteilungen, Durchsagen oder Bestellungen, bei denen der *Inhalt* des Gespräches im *Vordergrund* steht und nicht die sprechende Person; hier ist der Sprecher durch die Fixierung seiner Worte nicht gestört [5]. Das Beratungsgespräch zwischen Kunden und Finanzdienstleister ist meist jedoch zu persönlich und die Aufnahme des ganzen Gesprächs somit rechtswidrig, weil in aller Regel die individuelle vermögensrechtliche Sphäre des Kunden erörtert wird. Durch diese Informationen lassen sich Rückschlüsse auf die Lebensplanung, Bedürfnisse und vor allem Vorhaben (zB Geschäftsgründung) des Kunden ziehen.

### 2.3. Beweisverwertungsverbot

Ein *Verbot*, rechtswidrig erlangte Beweismittel zu verwerten, *gibt es weder im Zivilverfahren noch im Strafverfahren*. Nach einer Entscheidung des OGH [6] kann man ein *rechtswidrig erlangtes* Beweismittel in einem zivilgerichtlichen Verfahren verwerten, wenn dies aufgrund einer Notsituation geboten ist. Es kann daher argumentiert werden, daß dann, wenn für eine Prozeßpartei eine Tonbandaufnahme das einzige wirksame Mittel ist, um zu beweisen, daß der Prozeßgegner die Unwahrheit sagt, ein Tonband als Beweismittel angenommen werden kann [7].

Auch im *Strafprozeß* ist das Verwenden eines rechtswidrig erlangten Tonbandes nicht ausdrücklich geregelt [8]. Der OGH hat aber bereits eine geheime Tonbandaufnahme als Beweis unter Verweis darauf akzeptiert, daß es kein aus-

drückliches Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Beweismittel gibt [9].

### 2.4. Strafrechtliche Folgen der Verwertung im Zivilprozeß

Verwertet eine Prozeßpartei im Rahmen eines *Zivilprozesses* eine „geheim aufgenommene“ Tonbandaufnahme durch Vorlage als Beweismittel, so verwirklicht sie den Tatbestand des § 120 Abs 2 StGB, weil sie die Aufnahme „einem Dritten“ (hier: dem Gericht und der Öffentlichkeit) zugänglich macht [10].

Die Vorlage der Tonbandaufnahme ist aber nur dann rechtswidrig, wenn nicht ein Rechtfertigungsgrund, wie etwa eine Notwehr- oder Notstandssituation, vorliegt [11]. In dem Fall, daß der Beweiswert der anderen im Verfahren aufgenommenen Beweise offenbar sehr dürftig ist, die Tonbandaufnahme das einzige wirksame Verteidigungsmittel ist und ein Prozeßbetrugsversuch des Gegners des Beweisführers nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, befindet sich der Finanzdienstleister in einer Notwehrsituation [12]. Ein Prozeßbetrugsversuch ist in diesem Zusammenhang schon dann anzunehmen, wenn die gegenbeteiligte Partei eine unbegründete Klage durchzusetzen versucht [13]. Für die Annahme einer Notstandssituation reicht wiederum nicht schon das allgemeine Interesse einer Partei aus, über ein besonders beweiskräftiges Beweismittel zu verfügen. Der Finanzdienstleister müßte in diesem Fall beweisen, daß sein Interesse, einen finanziellen Nachteil zu vermeiden, höherwertig ist, als die verletzte Privatsphäre des Beeinträchtigten [14].

Die Weiter- und Wiedergabe der Tonbandaufzeichnung in einem Prozeß ist also nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt, wobei eine bloß defensive Verwendung der Mitschnitte für zulässig erachtet wird. Der Finanzdienstleister wird beweisen müssen, daß die Verwertung der Tonbänder das einzig wirksame Verteidigungsmittel ist [15].

## 3. Weitere Folgen aus der Verwertung von rechtswidrig erlangten Tonbandaufnahmen

Unabhängig von der Gefahr, strafrechtlich verfolgt zu werden, ist der Finanzdienstleister auch aus zivilrechtlicher Sicht einerseits mit *dem Anspruch des Kunden auf Beseitigung (Löschung) und die Unterlassung von weiteren Aufnahmen konfrontiert* [16]. Der Kunde könnte den Finanzdienstleister um sein Beweismittel bringen, indem er auf der Löschung der rechtswidrig erlangten Tonbandaufnahmen beharrt. Darüber hinaus gibt es auch noch die Möglichkeit, *Schadenersatz* für jene Schäden zu verlangen, die aus der rechtswidrigen Verwertung der Aufzeichnung entstanden sind. Es ist nun also zu klären, wie der Finanzdienstleister das Beweismittel „Tonbandaufnahme“ rettet, wenn der Kunde – berechtigterweise – seinen Löschungsanspruch vorbringt und ob er unter Umständen verpflichtet ist, das im Prozeß durch die Aufnahme Gerettete über den Weg „Schadenersatz“ wieder herauszugeben.

### 3.1. Anspruch des Kunden auf Löschung der Tonbandaufnahmen

Der Löschungsanspruch des Kunden ergibt sich sowohl aus § 16 ABGB als auch aus § 27 DSGVO. Demnach hat der Kunde das Recht, *unrichtige Daten* löschen zu lassen. Zu den unrichtigen Daten werden ebenfalls jene Daten gezählt, deren Verarbeitung rechtlich unzulässig ist.

§ 16 ABGB gewährt schon bei Gefahr der – rechtswidrigen – Verletzung eines Persönlichkeitsrechts, das in diesem Fall auf das Recht am gesprochenen Wort gestützt wird, einen *verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch*. Ist der Eingriff schon erfolgt, so hat der Verletzte – wiederum verschuldensunabhängig und sogar unabhängig von der Rechtswidrigkeit des Eingriffes (!) – einen *Beseitigungsanspruch* [17]. Dieser ist nicht

[5] *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup>, 13: „Der Zusammenhang mit der sprechenden Person muß weitgehend gelöst erscheinen.“

[6] OGH 19. 10. 1999, JBl 2000, 458.

[7] Auch der EGMR, ÖJZ 2001, 654 ist davon abgegangen, das Recht auf ein faires Verfahren (Art 6 MRK) verletzt zu sehen, wenn das einzige aussagekräftige Beweismittel rechtswidrig ist. Anders der EGMR in ÖJZ 1989/1 MRK.

[8] Die Bestimmungen des § 149c Abs 3 und Abs 7 StPO sind auf Fälle der privaten Tonbandaufnahmen nicht anwendbar – der Schutzzweck der Normen liegt im Schutz von Bürgern vor unzulässigen Angriffen des Staates in die Privatsphäre (OGH 27. 9. 2001, 6 Ob 190/01m).

[9] OGH 2. 7. 1992, 15 Os 3/92; aA aber etwa *Frieberger*, Beweisverbote 1997, 204 f;

demnach bezwecken die §§ 121–124 StGB geradezu den Schutz von Geheimnissen, was wiederum den Zweck habe, den Geheimnisherrn vor nachteiligen Folgen zu schützen; eine strafrechtlich relevante Weitergabe von Tonbändern, auf denen sich Geheimnisse befinden, führe daher zu einem Beweisverwertungsverbot im Verwaltungsverfahren.

[10] VwGH 91/10/0130, JBl 1994, 196; aA *Kodek*, ÖJZ 2001, 334.

[11] Eine Notwehrsituation hat zwar strengere und enger gefaßte Voraussetzungen als die Notstandssituation, doch bringt der Nachweis einer Notwehrsituation den Vorteil mit sich, daß die dem Notstand zugrundeliegenden Prinzipien der Güterabwägung und ultima ratio normalerweise entfallen. Siehe dazu auch *Fuchs*, Strafrecht AT I<sup>5</sup>, 131 ff.

[12] OGH 19. 10. 1999, 4 Ob 247/99y; OGH 27. 9. 2001, 6 Ob 190/01m.

[13] *Lewisch* in Wiener Kom StGB<sup>2</sup> § 120 Rz 29.

[14] Siehe hierzu auch *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>3</sup>, Rz 16 zu § 120 StGB; OGH 27. 9. 2001, 6 Ob 190/01m; aA *Kodek* ÖJZ 2001, 334, der sich gegen eine Interessenabwägung ausspricht.

[15] Angemerkt sei, daß *Lewisch* im Wiener Kom StGB<sup>2</sup> § 120 Rz 27 einräumt, daß Fragen zu diesem Themenbereich in Lehre und Judikatur noch nicht abschließend gelöst wurden.

[16] Dazu gehört nicht der Anspruch auf Herausgabe des Tonbandes; siehe OGH 27. 9. 2001, 6 Ob 190/01.

[17] *Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>12</sup>, 284 f; OGH in SZ 67/173; RdA 1996, 50.

auf den Ausgleich des verursachten Nachteils gerichtet, sondern nur auf das Rückgängigmachen bzw Vernichten der „Datenaufnahme“. Die Rsp unterläßt allerdings eine genauere Unterscheidung der Voraussetzungen von Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch in Hinblick auf die Verletzung von Persönlichkeitsrechten, indem sie annimmt, daß der Beseitigungsanspruch „begrifflich im Unterlassungsanspruch enthalten ist“ [18].

Ebenso sieht § 27 DSG einen eigenen *Löschungsanspruch* für Daten vor, die gegen die Bestimmungen des DSG verarbeitet wurden. Es besteht hinsichtlich des Löschungsanspruches eine Anspruchsgrundlagenkonkurrenz für die Löschung der Daten, da sich der Betroffene auf den Beseitigungsanspruch des § 16 ABGB wie auch auf den Löschungsanspruch des § 27 DSG berufen kann.

Folgt man *Schmoller* [19], so ist eine Verwertung von Tonbandaufnahmen dann für unzulässig anzusehen, wenn der Belauschte einen zivilrechtlichen Anspruch auf Vernichtung bzw Löschung des Tonbandes hat.

Dennoch muß der Finanzdienstleister nicht die Hoffnung auf die Möglichkeit der Verwertung seines einzigen Beweises aufgeben. Selbst dann nämlich, wenn dem Belauschten grundsätzlich ein Vernichtungsanspruch zusteht, kann dieser gegenüber höherwertigen Interessen zurücktreten. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein den Vernichtungsanspruch überwiegendes privates *Interesse an der Erhaltung der rechtswidrigen Aufnahme* besteht [20].

Hier muß eine Interessenabwägung vorgenommen werden. Der beklagte Finanzdienstleister kann somit gegen den Löschungsanspruch des Kunden Beweisnotstand ins Treffen führen, der durch eine Güter- und Interessenabwägung nachgewiesen werden muß. Die Interessenabwägung läßt sich in diesem Fall aus § 1 Abs 2 iVm § 8 DSG ableiten. Dabei sind 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 Tonbandaufzeichnung durchsetzen will, sowie

die subjektiven Interessen der beiden Parteien gegenüberzustellen [21].

### 3.2. Schadenersatzansprüche gem § 33 DSG

Der Kunde hat einen Schadenersatzanspruch, wenn ihm aus der rechtswidrigen Aufzeichnung bzw der Verwertung von rechtswidrig erlangten Tonbandaufnahmen ein Schaden entstanden sein sollte. Selbst dann also, wenn eine Löschungsklage nicht erfolgreich war, und die rechtswidrig erlangten Tonbandaufnahmen als Beweis im Verfahren zugelassen werden, könnte der Kläger – zumindest die ihm aus dem Verfahren resultierenden Anwaltskosten und etwaige andere Auslagen – auf den Finanzdienstleister überwälzen.

Gemäß § 33 Abs 1 Satz 1 DSG steht nämlich dem Betroffenen nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts (§§ 1293 ff ABGB) gegen den Auftraggeber oder gegen den Dienstleister ein Schadenersatzanspruch zu, wenn die Daten schuldhaft entgegen den Bestimmungen des DSG 2000 verwendet wurden. Dazu gehört gemäß § 4 Z 8 DSG sowohl die Verarbeitung als auch die Übermittlung. Das Vorlegen von Tonbandaufnahmen in einem Gerichtsverfahren kann unter den Begriff „Übermittlung“ subsumiert werden (§ 4 Z 12 DSG).

Im folgenden muß nun zwischen Vermögensschaden und immateriellem Schaden unterschieden werden, da letzterer nur äußerst begrenzt ersatzfähig ist. Nach den Regeln des bürgerlichen Rechts gebührt Schadenersatz für beide Arten von Schäden dann, wenn das Verhalten des Beklagten einerseits kausal für den entstandenen Schaden und darüber hinaus rechtswidrig war; weiters muß den Beklagten ein Verschulden am eingetretenen Schaden treffen.

Im Falle von Anwaltskosten handelt es sich allerdings um einen bloßen Vermögensschaden, da die Kosten ohne Eingriff in absolut geschützte Rechtsgüter entstehen. Liegt ein Vertragsverhältnis vor – was bei dem Finanzdienstleister und seinem Kunden der Fall sein wird – so wird auch der bloße *Vermögensschaden* ersetzt [22]. Sollte kein Vertrags-

verhältnis vorliegen, so kann dennoch der bloße Vermögensschaden ersetzt werden, da die Bestimmungen des DSG – im Einzelfall – als Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB angesehen werden können.

Die Ersatzfähigkeit eines eventuell entstandenen immateriellen Schadens ist in Lehre und Rechtsprechung strittig [23]. Nach dem Entwurf einer geplanten Regierungsvorlage [24] soll der § 1328a in das ABGB eingefügt werden und dadurch eine Entschädigung auch für die erlittene persönliche Beeinträchtigung gewährt werden. Damit wäre diese Frage für den Bereich der Privatsphäre in Zukunft gesetzlich geregelt. Der OGH vertritt jedenfalls die Ansicht, daß ein ideeller Schaden nur in den im Gesetz ausdrücklich angeordneten Fällen zu ersetzen sei [25]. Gemäß § 33 Abs 1 Satz 2 DSG gebührt allerdings bei Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs sehr wohl eine Entschädigung für die erlittene Kränkung. § 18 Abs 2 Z 1 bis 3 DSG dient hier als Abgrenzungskriterium: Sensible, strafrechtlich relevante Daten und jene, die zur Auskunftserteilung über die Kreditwürdigkeit dienen, zählen zu den besonders schützenswerten Informationen. Nicht zu diesem Bereich aber zählen die Vermögensverhältnisse und ähnliche Angelegenheiten, die das Geschäfts- und Berufsleben betreffen [26].

Da nicht anzunehmen ist, daß in einem Beratungsgespräch mit einem Finanzdienstleister „sensible Daten“ iSd § 18 Z 1 DSG preisgegeben werden (dazu zählen gem § 4 Z 2 DSG Daten über rassische Herkunft, Gesundheit, Sexualleben etc), wird von einer näheren Erläuterung des Ersatzes für immaterielle Schäden abgesehen.

Die Tatsache, daß die Tonbandaufnahmen in gesetzwidriger Weise erlangt wurden, begründet die Voraussetzung der *Rechtswidrigkeit* für Schadenersatzansprüche. Auch der Kausalzusammenhang, also die Ursächlichkeit zwischen Schaden und Verhalten des Schädigers, wird meist unproblematisch sein. Je nach der Schwere des Verschuldens (leichte bzw grobe Fahrlässigkeit) gebührt dem Geschädigten der Ersatz des positiven

[18] BGH NJW 1988, 1016; OGH 3 Ob 131/00m.

[19] *Schmoller*, Unverwertbares Beweismaterial 197 ff.

[20] So auch OGH 2. 7. 1992, 15 Os 3/92-8, für das Strafverfahren, wobei der Grundsatz durchaus auf das Zivilverfahren anwendbar ist.

[21] OGH 27. 9. 2001, 6 Ob 190/01m.

[22] *Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>12</sup>, 295 ff.

[23] Bejahend *Bydlinski* in JBl 1965, 179 f, 182, 240, 247, der die Worte „Tilgung der

erlittenen Beleidigung“ in § 1323 ABGB für seine Lösung nimmt und darin eine Anordnung zum Ersatz des ideellen Schadens sieht, da gesetzliche Bestimmungen nicht so zu interpretieren sind, daß sie sinnlos werden. Da der Gesetzgeber den Ersatz des ideellen Schadens in den §§ 1328 und 1330 besonders ausschloß, zeige, daß auch dieser diese Auslegung für möglich hielt. Außerdem schütze der Gesetzgeber ideelle Güter bei Vermögensbeeinträchtigungen in § 1331 ABGB, woraus man schließen könne, daß bei einer direkten Beeinträchtigung diese Güter

auch geschützt sein müßten. Allerdings könne nicht jeder „reine ideelle Schaden“ bzw „bloße Seelenschmerz“ ersetzt werden; ihm folgend zB *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 11/6 ff; ablehnend *Randa*, Die Schadenersatzpflicht nach österreichischem Recht<sup>3</sup> (1913), 199 ff.

[24] 212 BlgNR 22.GP, 32 – Zivilrechts-Änderungsgesetz 2004 – ZivRÄG 2004.

[25] OGH in JBl 1952, 465; Evbl 1962/161.

[26] *Dohr / Pollirer / Weiss*, Datenschutzrecht<sup>2</sup>, 227.

Schadens bzw sogar zusätzlich noch des entgangenen Gewinns.

Um einem Schadenersatzanspruch zu entgehen, könnte sich der Beklagte auch hier wieder auf die unter 2.4. erörterten „Ausnahmesituationen“ wie Notwehr (§ 19 ABGB) oder rechtfertigenden Notstand (§ 1306a ABGB) berufen. Diese „Ausnahmesituationen“ stellen Rechtfertigungsgründe dar, die, wenn ihr Nachweis gelingt, die Rechtswidrigkeit beseitigen und den Täter straflos ausgehen lassen. Somit gilt auch hier: Wenn es dem Finanzdienstleister gelingt, Notwehr oder Notstand nachzuweisen, der eine Verwertung der Aufnahmen rechtfertigt, entgeht er auch einem eventuellen Schadenersatzanspruch des Kunden.

#### 4. Vorschläge zur Vermeidung von Prozeßrisiken

Der Vorteil des bisher erörterten Vorgehens ist, daß der Finanzdienstleister dann, wenn der Nachweis des Beweisnotstandes einmal gelingt, in weiterer Folge von allen Konsequenzen, die sich aus der Rechtswidrigkeit der Tonbandaufnahmen ergeben, befreit ist. Alle angeführten Konsequenzen lassen sich durch den erfolgreichen Nachweis eines Beweisnotstandes abwenden. Dennoch birgt das Vertrauen einzig und alleine darauf, daß der Nachweis des Beweisnotstandes gelingt, *erhebliche Risiken* in sich. Um solche Risiken zu vermeiden, empfehlen sich nachfolgende Strategien.

##### 4.1. Transkription der Tonbandaufnahme bzw mündliche Wiedergabe des Gesprächs

Der Finanzdienstleister, der im Besitz eines von ihm durch Tonband aufgenommenen Gesprächs mit dem jeweiligen Kunden ist, könnte dieses Tonband in eine schriftliche Urkunde transkribieren und im Wege des *Urkundenbeweises* als Beweismittel [27] vorlegen oder den Inhalt der Aufnahme im Rahmen der Einvernahme des Beraters von diesem wiedergeben lassen. Weder durch das Aufnehmen (siehe 2.1.), noch durch das Übertragen in Schriftform [28], noch durch das Vorlegen des übertragenen Protokolls [29] oder die mündliche Wiedergabe besteht ein Risiko, strafrechtlich verfolgt oder daran gehindert zu werden, das Tonband in einem Gerichtsverfahren zu verwerten.

Je nach Beweislage im jeweiligen Verfahren könnte sodann auch der Verfahrensgegner (Kunde) durch den Finanzdienstleister zur *Einwilligung in das Abspielen des Tonbandes* aufgefordert werden. Sofern der Kunde in weiterer Folge die Einwilligung verweigern sollte, ist dies durch das Gericht im Rahmen der

freien Beweiswürdigung ins Kalkül zu ziehen. Auch wenn diese Vorgangsweise gewisse Prozeßrisiken im Rahmen der Beweiswürdigung eines Zivilverfahrens in sich birgt, so wären dadurch doch sämtliche Risiken eines etwaigen Beweisverwertungsverbotes oder strafrechtliche Risiken im Zusammenhang mit der Weitergabe des Tonbandes ausgeschlossen.

##### 4.2. Zustimmung des Kunden

Eine weitere Möglichkeit, strafrechtlichen Sanktionen und Beweisverwertungsverböten aus dem Weg zu gehen, ist, *vor* dem Gespräch dem Kunden mitzuteilen, daß dieses aufgezeichnet wird. Durch eine Ansage vor Beginn des Gesprächs kann der Kunde somit entscheiden, ob er das Gespräch führen will – wissend, daß es aufgezeichnet wird – oder nicht. Gleichzeitig müßte in einer solchen Ansage eine gleichwertige Möglichkeit der Kundenberatung (etwa persönlich) angeboten werden.

Die Entscheidung, welche der dargelegten Vorgangsweisen eingeschlagen werden sollte, kann jedenfalls im Laufe eines Verfahrens immer noch getroffen werden (eventuell damit verbundene Kostenfolgen durch eine verspätete Beweismittelvorlage wären jedoch in concreto ins Kalkül zu ziehen).

#### 5. Zusammenfassung

1. Die bloße Aufnahme von Telefongesprächen ist dann rechtswidrig (§ 16 ABGB), wenn die Geheimsphäre einer Person verletzt wird. Dies wird bei Beratungsgesprächen mit einem Finanzdienstleister regelmäßig der Fall sein, da es sich dabei nicht um bloße Anordnungen oder Bestellungen, sondern um die individuelle Vermögenssphäre des Kunden handelt. Der Kunde kann die Löschung solcher Aufnahmen jederzeit verlangen.
2. Die Vorlage der Tonbänder in einem Gerichtsverfahren ist zwar rechtswidrig, kann jedoch durch Notwehr bzw Notstand gerechtfertigt sein.
3. Es gibt keine Beweisverwertungsverbote im Zivilprozeß; der Finanzdienstleister wird daher auf Tonband gespeicherte Aufzeichnungen über Gespräche mit dem Kunden vorlegen können. Das Gericht hat sie im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu beurteilen.
4. Dem Betroffenen steht ein Lösungsanspruch zu, der noch während des Verfahrens erhoben werden kann. Der Lösungsanspruch kann jedoch durch eine Güter- und Interessenabwägung abgewendet werden.
5. Auch der Ersatz des Schadens, der durch die unerlaubte Verwendung seiner

Daten entstanden ist, kann durch den Einwand der Notwehr oder des Notstands vermieden werden.

6. Um das Risiko, strafrechtliche und zivilrechtliche Konsequenzen tragen zu müssen, zu vermeiden, empfiehlt es sich, die Tonbandaufnahme in die Schriftform zu übertragen und als Urkunde vorzulegen, oder die Zustimmung des Kunden vor dem aufzeichnenden Telefonat mit dem Finanzdienstleister einzuholen. ♦

#### Literaturverzeichnis

*Bydlinski*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 173.

*Dohr / Pollirer / Weiss*, Datenschutzrecht<sup>2</sup>, 227 (2003).

*Foregger / Fabrizio*, Strafgesetzbuch StGB<sup>8</sup> (2002).

*Frieberger*, Beweisverbote im Verwaltungsverfahren (1997) 204.

*Fuchs*, Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I<sup>5</sup>.

*Kodek*, Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren – Zugleich ein Beitrag zur Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel, ÖJZ 2001, 334.

*Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> (1984).

*Koziol / Welser*, Grundriß des Bürgerlichen Rechts I<sup>2</sup> (2002), II<sup>12</sup> (2001).

*Leukauf / Steininger*, Kommentar zum StGB<sup>3</sup> (1992).

*Lewisch* in Höpfel / Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>2</sup> (2001).

*Nowotny*, Ist das Aufzeichnen eines geschäftlichen Telefonats verboten?, RdW 1989, 214.

*Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I<sup>3</sup> (2000), II<sup>3</sup> (2002).

*Schmoller*, Unverwertbares Beweismaterial im Strafprozeß, in: Strafprozeß- und Vollzugsreform, Schriftenreihe des BMfJ Nr 45, 190 (1989).

[27] Die Transkription dient dabei insbesondere der größeren Genauigkeit im Vergleich zu einer „ungestützten“ Aussage.

[28] *Leukauf / Steininger*, StGB<sup>3</sup>, Rz 10 zu § 120 StGB.

[29] Das ist jedenfalls straffrei: siehe *Foregger / Fabrizio*, StGB<sup>8</sup>, 373.

## Leopold-Franzens-Universität Innsbruck

### 18. WORKSHOP

### AUSTRIAN WORKING GROUP ON BANKING & FINANCE

18. und 19. Juni 2004, Innsbruck

### First CALL for PAPERS

Der Workshop findet am Freitag, dem 18. Juni 2004, nachmittags, und am Samstag, dem 19. Juni 2004, vormittags, an der **Leopold-Franzens-Universität Innsbruck** statt. Bezüglich der Themen ist keine Einschränkung vorgesehen.

*Papers* oder *Extended Abstracts* (ca. zwei Seiten) können bis **spätestens 30. April 2004** bei o. Univ.-Prof. Dr. M. Bank, CFA, Leopold-Franzens-Universität Innsbruck, Institut für betriebliche Finanzwirtschaft, Hypo Tirol Stiftungsprofessur für Banking & Finance, A-6020 Innsbruck, Universitätsstraße 15, oder e-mail: [ibf-banking@uibk.ac.at](mailto:ibf-banking@uibk.ac.at) eingereicht werden.

Um den angestrebten Workshop-Charakter der Veranstaltung zu fördern, können *Papers* durch einen *Discussant* besprochen werden. Jene Teilnehmer, die eine solche Vorgangsweise wünschen, werden gebeten, ihr Manuskript bis **16. April 2004** einzureichen.

---

#### AUSTRIAN WORKING GROUP ON BANKING AND FINANCE

- Ziele:** Schaffen eines österreichweiten Diskussionsforums für theoretische und empirische Forschungsarbeiten auf dem Gebiet des Bankwesens und der Finanzwirtschaft. Förderung der Zusammenarbeit innerhalb der Hochschulen und der Zusammenarbeit mit der Praxis.
- Teilnehmer:** Angesprochen sind sowohl der wissenschaftliche Nachwuchs an allen österreichischen Universitäten und verwandten Institutionen der Forschung als auch Praktiker in Kreditinstituten und Finanzabteilungen von Unternehmen.
- Schwerpunkte:** (Auswahl) Arbitrage Pricing – Capital Market Theory – Capital Requirements of Financial Intermediaries – Commercial Banking – Contingent Claims Analysis – Corporate Finance – Financial Innovations – Financial Markets Research – International Banking and Finance – Investment Banking – Options and Futures – Performance Measurement – Portfolio Management – Risk Management – Security Analysis.