jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2001/9/27 6Ob190/01m

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 27.09.2001

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayr als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer, Dr. Huber, Dr. Prückner und Dr. Schenk als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Dr. Karl B*****, und 2. Ulrike B*****, beide vertreten durch Saxinger Chalupsky Weber & Partner, Rechtsanwälte GmbH in Linz, gegen die beklagte Partei Alfons M*****, vertreten durch Dr. Raimund Hora, Rechtsanwalt in Wien, wegen Herausgabe (hilfsweise Löschung) einer Tonbandaufnahme und Unterlassung (Gesamtstreitwert 500.000 S), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 22. Mai 2001, GZ 16 R 108/00w-21, womit über die Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 28. August 2000, GZ 26 Cg 26/99f-17, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei hat den klagenden Parteien die mit 26.553,78 S (darin 4.425,63 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Erstkläger ist der Bruder der Ehegattin des Beklagten. Die Zweitklägerin ist die Gattin des Erstklägers. Die Kläger führen mehrmals jährlich Telefongespräche mit der Ehegattin des Beklagten. Der Beklagte ließ die Telefongespräche seiner Gattin mit Hilfe eines Tonbandes abhören. Es wurden ein Gespräch des Erstklägers mit seiner Schwester und in der Woche nach Ostern 1996 ein Telefongespräch der Zweitklägerin mit der Gattin des Beklagten aufgezeichnet. Zwischen dem Beklagten und seiner Gattin ist ein Scheidungsverfahren anhängig. Dort legte der Beklagte maschinengeschriebene Mitschriften der von ihm aufgenommenen Telefongespräche als Beweismittel vor. Er steht auf dem Standpunkt, dass er nicht anders die Eheverfehlung seiner Gattin beweisen könne, die darin bestehe, dass sie ihn als unheilbar geisteskrank bezeichnet habe. Die Kläger sind nicht bereit, dem Abspielen der Tonbänder im Gerichtsverfahren zuzustimmen. Ein gegen den Beklagten gemäß § 120 StGB eingeleitetes Strafverfahren wurde eingestellt. Ein gegen die Zweitklägerin geführtes Strafverfahren wegen falscher Beweisaussage gemäß § 288 Abs 2 StGB (die Zweitklägerin hatte bei ihrer Aussage den Vorwurf einer unheilbaren Geisteskrankheit des Beklagten bestritten) endete mit einem Freispruch.Der Erstkläger ist der Bruder der Ehegattin des Beklagten. Die Zweitklägerin ist die Gattin des Erstklägers. Die Kläger führen mehrmals jährlich Telefongespräche mit der Ehegattin des Beklagten. Der Beklagte ließ die Telefongespräche seiner Gattin mit Hilfe eines Tonbandes abhören. Es wurden ein Gespräch des Erstklägers mit seiner Schwester und in der Woche nach Ostern 1996 ein Telefongespräch der Zweitklägerin mit der Gattin des Beklagten aufgezeichnet. Zwischen dem Beklagten und seiner Gattin ist ein Scheidungsverfahren anhängig.

Dort legte der Beklagte maschinengeschriebene Mitschriften der von ihm aufgenommenen Telefongespräche als Beweismittel vor. Er steht auf dem Standpunkt, dass er nicht anders die Eheverfehlung seiner Gattin beweisen könne, die darin bestehe, dass sie ihn als unheilbar geisteskrank bezeichnet habe. Die Kläger sind nicht bereit, dem Abspielen der Tonbänder im Gerichtsverfahren zuzustimmen. Ein gegen den Beklagten gemäß Paragraph 120, StGB eingeleitetes Strafverfahren wurde eingestellt. Ein gegen die Zweitklägerin geführtes Strafverfahren wegen falscher Beweisaussage gemäß Paragraph 288, Absatz 2, StGB (die Zweitklägerin hatte bei ihrer Aussage den Vorwurf einer unheilbaren Geisteskrankheit des Beklagten bestritten) endete mit einem Freispruch.

Mit der am 16. 3. 1999 beim Erstgericht eingelangten Klage begehren die Kläger, den Beklagten für schuldig zu erkennen, sämtliche Tonbänder über heimlich abgehörte Telefongespräche herauszugeben, hilfsweise, die Tonbandaufzeichnungen zu löschen oder zu vernichten. Sie begehren ferner 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 Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Er habe nicht die Absicht gehabt, den Inhalt der Tonaufzeichnungen jemandem zugänglich zu machen, mit Ausnahme des mit der Ehescheidung befassten Gerichtes. Da bei seinen Geschäftspartnern Gerüchte über seine angebliche unheilbare Geisteskrankheit aufgetaucht seien, sei es notwendig gewesen, festzustellen, ob die Ehegattin Urheberin dieser Behauptungen gewesen sei. Der Beklagte habe in Notwehr und auf Grund einer Notstandssituation die Tonbandaufzeichnungen hergestellt. Die Übertragung der Aufzeichnungen sei von einer zur Verschwiegenheit verpflichteten Mitarbeiterin des Beklagten durchgeführt worden. Die Scheidungsverhandlung sei nicht öffentlich, sodass dritte Personen vom Inhalt der Tonbänder keine Kenntnis erlangen könnten. Da im Zuge des Scheidungsverfahrens die gegen ihn aufgestellten unwahren Behauptungen über eine unheilbare Geisteskrankheit aufrecht geblieben seien und die Zweitklägerin den untauglichen Versuch unternommen habe, ihre Behauptungen zu relativieren, benötige der Beklagte das Beweismittel. Da es um seine berufliche Integrität gehe, habe er die Zweitklägerin gemäß § 1330 ABGB klageweise in Anspruch nehmen müssen.Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Er habe nicht die Absicht gehabt, den Inhalt der Tonaufzeichnungen jemandem zugänglich zu machen, mit Ausnahme des mit der Ehescheidung befassten Gerichtes. Da bei seinen Geschäftspartnern Gerüchte über seine angebliche unheilbare Geisteskrankheit aufgetaucht seien, sei es notwendig gewesen, festzustellen, ob die Ehegattin Urheberin dieser Behauptungen gewesen sei. Der Beklagte habe in Notwehr und auf Grund einer Notstandssituation die Tonbandaufzeichnungen hergestellt. Die Übertragung der Aufzeichnungen sei von einer zur Verschwiegenheit verpflichteten Mitarbeiterin des Beklagten durchgeführt worden. Die Scheidungsverhandlung sei nicht öffentlich, sodass dritte Personen vom Inhalt der Tonbänder keine Kenntnis erlangen könnten. Da im Zuge des Scheidungsverfahrens die gegen ihn aufgestellten unwahren Behauptungen über eine unheilbare Geisteskrankheit aufrecht geblieben seien und die Zweitklägerin den untauglichen Versuch unternommen habe, ihre Behauptungen zu relativieren, benötige der Beklagte das Beweismittel. Da es um seine berufliche Integrität gehe, habe er die Zweitklägerin gemäß Paragraph 1330, ABGB klageweise in Anspruch nehmen müssen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren hinsichtlich des Herausgabeanspruches ab und gab im Übrigen dem Klagebegehren statt. Es verpflichtete den Beklagten, die aufgenommenen Telefongespräche der Kläger zu löschen oder zu vernichten sowie zu den weiters beantragten Unterlassungen. Von seinen Feststellungen sind über den schon wiedergegebenen Sachverhalt hinaus noch folgende hervorzuheben:

Es könne nicht festgestellt werden, dass der Beklagte keine Möglichkeit habe, weitere Gespräche der Kläger mit seiner Gattin abzuhören und aufzuzeichnen. Motiv des Beklagten für die Aufzeichnungen sei es gewesen, den Urheber des Gerüchtes festzustellen, er leide an einer unheilbaren Geisteskrankheit. Dieses Gerücht sei eine Gefahr für den Geschäftsbetrieb des Beklagten als Immobiliensachverständiger und Hausverwalter. Unmittelbarer Grund für die Vorlage der Tonbandmitschriften im Zuge des Scheidungsverfahrens sei es gewesen, dass die Kläger über den Inhalt ihrer Telefonate unrichtig ausgesagt hätten.

Das Erstgericht führte in rechtlicher Hinsicht aus, dass das heimliche Abhören und Festhalten von Telefongesprächen ein Verstoß gegen das Recht auf Achtung der Geheimsphäre und damit eine Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes

im Sinne des § 16 ABGB darstellten. Das Interesse eines Ehegatten an Informationen, die für das Scheidungsverfahren wesentlich sein könnten, überwiege nicht das Interesse des Ehepartners an der Geheimhaltung. Wenn auch der Oberste Gerichtshof in mehreren Entscheidungen ausgeführt habe, dass die bloße Wiedergabe des Inhalts einer Tonaufnahme durch Veröffentlichung einer schriftlichen Übertragung noch nicht das Tatbild des § 120 Abs 2 StGB erfülle, so sei es dabei stets um Tonbandaufnahmen von Gesprächen zwischen zwei Prozessparteien gegangen, von denen eine in Beweisnotstand geraten wäre. Hier gehe es aber um die Verwendung von Aufzeichnungen im Scheidungsverfahren des Beklagten zu dem Zweck, die Glaubwürdigkeit der dort als Zeugen vernommenen Kläger zu erschüttern. Dieses Interesse des Beklagten überwiege nicht das Interesse der Kläger auf Achtung ihres absoluten Persönlichkeitsrechts. Die Kläger hätten zwar keinen Herausgabeanspruch, wohl aber einen Löschungsanspruch. Der Beklagte könne im Scheidungsverfahren die von ihm vorgelegten Tonbänder zurücknehmen, jedenfalls darüber verfügen und sie daher auch löschen. Der Beklagte sei auch verpflichtet, die Tonbandaufnahmen anderen Personen nicht vorzuspielen oder zu überlassen. Schließlich sei auch der Unterlassungsanspruch für die Zukunft berechtigt, keine Telefongespräche der Kläger abzuhören und aufzuzeichnen.Das Erstgericht führte in rechtlicher Hinsicht aus, dass das heimliche Abhören und Festhalten von Telefongesprächen ein Verstoß gegen das Recht auf Achtung der Geheimsphäre und damit eine Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes im Sinne des Paragraph 16, ABGB darstellten. Das Interesse eines Ehegatten an Informationen, die für das Scheidungsverfahren wesentlich sein könnten, überwiege nicht das Interesse des Ehepartners an der Geheimhaltung. Wenn auch der Oberste Gerichtshof in mehreren Entscheidungen ausgeführt habe, dass die bloße Wiedergabe des Inhalts einer Tonaufnahme durch Veröffentlichung einer schriftlichen Übertragung noch nicht das Tatbild des Paragraph 120, Absatz 2, StGB erfülle, so sei es dabei stets um Tonbandaufnahmen von Gesprächen zwischen zwei Prozessparteien gegangen, von denen eine in Beweisnotstand geraten wäre. Hier gehe es aber um die Verwendung von Aufzeichnungen im Scheidungsverfahren des Beklagten zu dem Zweck, die Glaubwürdigkeit der dort als Zeugen vernommenen Kläger zu erschüttern. Dieses Interesse des Beklagten überwiege nicht das Interesse der Kläger auf Achtung ihres absoluten Persönlichkeitsrechts. Die Kläger hätten zwar keinen Herausgabeanspruch, wohl aber einen Löschungsanspruch. Der Beklagte könne im Scheidungsverfahren die von ihm vorgelegten Tonbänder zurücknehmen, jedenfalls darüber verfügen und sie daher auch löschen. Der Beklagte sei auch verpflichtet, die Tonbandaufnahmen anderen Personen nicht vorzuspielen oder zu überlassen. Schließlich sei auch der Unterlassungsanspruch für die Zukunft berechtigt, keine Telefongespräche der Kläger abzuhören und aufzuzeichnen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten nicht Folge. Es bejahte ebenfalls den aus§ 16 ABGB abgeleiteten Anspruch der Kläger auf Achtung ihres Privatbereiches. Bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten bestehe ein verschuldensunabhängiger Unterlassungsanspruch, der auch einen Beseitigungsanspruch umfasse. Die Aufnahme fremder Telefongespräche sei immer dann rechtswidrig, wenn nicht auf Grund einer Interessenabwägung in besonderen Ausnahmefällen ein Rechtfertigungsgrund, wie etwa eine Notwehr- oder Notstandssituation vorliege. Der Oberste Gerichtshof habe schon ausgeführt, dass das Interesse eines Ehegatten an der Verwertung missbräuchlich erlangter Tonbandaufzeichnungen im Scheidungsverfahren nicht das Interesse des Ehepartners an der Geheimhaltung überwiege. Nach dem Vorbringen des Beklagten im Verfahren erster Instanz gehe es nicht um die Verwertung der Tonbandaufzeichnungen in einem zwischen den Streitteilen anhängigen Verfahren, in dem der Beklagte in einen Beweisnotstand geraten könnte, sondern um die Verwendung der Aufzeichnungen im Scheidungsverfahren. Dieses Interesse des Beklagten überwiege nicht das Interesse der Kläger auf Achtung ihrer Geheimsphäre. Damit seien alle Beweisanträge des Beklagten zum Thema seines Scheidungsverfahrens nicht relevant. Der Beklagte könne über die von ihm vorgelegten Tonbänder (im Sinne einer Löschung) verfügen. Mit den Straftatbeständen nach §§ 293 und 295 StGB habe dies nichts zu tun. Der Unterlassungsanspruch sei im Hinblick auf eine evidente Wiederholungsgefahr berechtigt. Der Beklagte wolle die widerrechtlich hergestellten Tonbandaufnahmen im Scheidungsverfahren verwenden. Die Frage, ob die rechtswidrig erlangten Aufzeichnungen im Zivilverfahren verwertet werden dürften, sei hier nicht zu beantworten, weil es um die der Verwertung vorgelagerte Frage der Vernichtung der widerrechtlich vorgenommenen Tonbandaufnahmen gehe. Auf das zwischen dem Beklagten und der Zweitklägerin anhängige Verfahren wegen Rufschädigung nach § 1330 ABGB beziehe sich der Beklagte in seiner Berufung nicht mehr. Aus diesem Verfahren könne der Beklagte keine nachträgliche Rechtfertigung für die Tonbandaufnahmen ableiten.Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten nicht Folge. Es bejahte ebenfalls den aus Paragraph 16, ABGB abgeleiteten Anspruch der Kläger auf Achtung ihres Privatbereiches. Bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten bestehe ein verschuldensunabhängiger Unterlassungsanspruch, der auch einen Beseitigungsanspruch umfasse. Die

Aufnahme fremder Telefongespräche sei immer dann rechtswidrig, wenn nicht auf Grund einer Interessenabwägung in besonderen Ausnahmefällen ein Rechtfertigungsgrund, wie etwa eine Notwehr- oder Notstandssituation vorliege. Der Oberste Gerichtshof habe schon ausgeführt, dass das Interesse eines Ehegatten an der Verwertung missbräuchlich erlangter Tonbandaufzeichnungen im Scheidungsverfahren nicht das Interesse des Ehepartners an der Geheimhaltung überwiege. Nach dem Vorbringen des Beklagten im Verfahren erster Instanz gehe es nicht um die Verwertung der Tonbandaufzeichnungen in einem zwischen den Streitteilen anhängigen Verfahren, in dem der Beklagte in einen Beweisnotstand geraten könnte, sondern um die Verwendung der Aufzeichnungen im Scheidungsverfahren. Dieses Interesse des Beklagten überwiege nicht das Interesse der Kläger auf Achtung ihrer Geheimsphäre. Damit seien alle Beweisanträge des Beklagten zum Thema seines Scheidungsverfahrens nicht relevant. Der Beklagte könne über die von ihm vorgelegten Tonbänder (im Sinne einer Löschung) verfügen. Mit den Straftatbeständen nach Paragraphen 293 und 295 StGB habe dies nichts zu tun. Der Unterlassungsanspruch sei im Hinblick auf eine evidente Wiederholungsgefahr berechtigt. Der Beklagte wolle die widerrechtlich hergestellten Tonbandaufnahmen im Scheidungsverfahren verwenden. Die Frage, ob die rechtswidrig erlangten Aufzeichnungen im Zivilverfahren verwertet werden dürften, sei hier nicht zu beantworten, weil es um die der Verwertung vorgelagerte Frage der Vernichtung der widerrechtlich vorgenommenen Tonbandaufnahmen gehe. Auf das zwischen dem Beklagten und der Zweitklägerin anhängige Verfahren wegen Rufschädigung nach Paragraph 1330, ABGB beziehe sich der Beklagte in seiner Berufung nicht mehr. Aus diesem Verfahren könne der Beklagte keine nachträgliche Rechtfertigung für die Tonbandaufnahmen ableiten.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision mangels erheblicher Rechtsfragen nicht zulässig sei.

Mit seiner außerordentlichen Revision beantragt der Beklagte die Abänderung dahin, dass die Klagebegehren abgewiesen werden, hilfsweise die Aufhebung zur Verfahrensergänzung.

Mit der ihnen freigestellten Revisionsbeantwortung beantragen die Kläger die Zurückweisung der Revision, hilfsweise, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Berufungsgerichtes zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

Vorauszuschicken ist, dass sich der Beklagte auch im Revisionsverfahren nicht auf einen Beweisnotstand in seinem gegen die Zweitklägerin geführten Ehrenbeleidigungsprozess beruft, sodass hinsichtlich beider Kläger davon auszugehen ist, dass der vom Beklagten geltend gemachte Beweisnotstand nicht gegenüber einem Prozessgegner geltend gemacht wird.

In der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes (BGHZ 27, 284) und des deutschen Bundesverfassungsgerichts (NJW 1973, 891) wird schon seit langem ein Recht am gesprochenen Wort bejaht, das einen Schutz gegen die heimliche Aufnahme von Gesprächen gewährt. Der Oberste Gerichtshof hat sich dieser Ansicht angeschlossen und eine ohne Zustimmung des Gesprächspartners durchgeführte heimliche Tonbandaufnahme als rechtswidrigen Eingriff in ein aus dem § 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 (9 ObA 215/92 = SZ 65/134). Die Kläger haben daher grundsätzlich einen Unterlassungsanspruch, der auch den Beseitigungsanspruch, also den Anspruch auf Löschung der heimlichen Tonbandaufnahme umfasst (BGH NJW 1988, 1016; 3 Ob 131/00m). Die Tonbandaufnahme ist ein vom Beklagten im anhängigen Scheidungsprozess schon beantragtes und vorgelegtes Beweismittel. Er erhebt gegen den Unterlassungsanspruch der Kläger den Einwand des Beweisnotstandes. Ob er mit diesem Einwand durchdringen kann, hängt auch von der Zulässigkeit der Verwertung des rechtswidrig erlangten Beweismittels, also davon ab, ob trotz fehlender gesetzlicher Vorschriften der ZPO ein Beweismittelverbot anzunehmen ist. Auch in der deutschen ZPO fehlt eine ausdrückliche Vorschrift, sodass vergleichend auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung eingegangen werden kann. Das Thema ist aber auch unter Einbeziehung des materiellen und formellen Strafrechtes, der Normen der MRK und der Judikatur des EGMR dazu zu behandeln.In der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes (BGHZ 27, 284) und des deutschen Bundesverfassungsgerichts (NJW 1973, 891) wird schon seit langem ein Recht am gesprochenen Wort bejaht, das einen Schutz gegen die heimliche Aufnahme von Gesprächen gewährt. Der Oberste Gerichtshof hat sich dieser Ansicht angeschlossen und eine ohne Zustimmung des Gesprächspartners durchgeführte

heimliche Tonbandaufnahme als rechtswidrigen Eingriff in ein aus dem Paragraph 16, ABGB abzuleitendes Persönlichkeitsrecht qualifiziert, auch wenn die Aufnahme allein noch nicht den Straftatbestand des Paragraph 120, Absatz 2, StGB herstellt, der die Weitergabe des Gesprächsinhaltes verlangt (9 ObA 215/92 = SZ 65/134). Die Kläger haben daher grundsätzlich einen Unterlassungsanspruch, der auch den Beseitigungsanspruch, also den Anspruch auf Löschung der heimlichen Tonbandaufnahme umfasst (BGH NJW 1988, 1016; 3 Ob 131/00m). Die Tonbandaufnahme ist ein vom Beklagten im anhängigen Scheidungsprozess schon beantragtes und vorgelegtes Beweismittel. Er erhebt gegen den Unterlassungsanspruch der Kläger den Einwand des Beweisnotstandes. Ob er mit diesem Einwand durchdringen kann, hängt auch von der Zulässigkeit der Verwertung des rechtswidrig erlangten Beweismittels, also davon ab, ob trotz fehlender gesetzlicher Vorschriften der ZPO ein Beweismittelverbot anzunehmen ist. Auch in der deutschen ZPO fehlt eine ausdrückliche Vorschrift, sodass vergleichend auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung eingegangen werden kann. Das Thema ist aber auch unter Einbeziehung des materiellen und formellen Strafrechtes, der Normen der MRK und der Judikatur des EGMR dazu zu behandeln.

Im österreichischen Schrifttum ist die jüngst von Georg E. Kodek in ÖJZ 2001, 281 bis 298 und 334 bis 345 unter dem Titel "Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren" veröffentlichte, eingehende Untersuchung hervorzuheben, mit der ein früher veröffentlichter Beitrag ("Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess", Manz 1987) weiterentwickelt wird. Der Autor gelangt in seiner Zusammenfassung zu folgendem Ergebnis: Tonbandaufnahmen seien im Zivilverfahren grundsätzlich uneingeschränkt verwertbar. Vor allem aus den Bestimmungen über die Vorlagepflicht bei Urkunden und Augenscheinsgegenständen ergebe sich, dass der Schutzzweck von bei der Beweiserlangung übertretenen materiellen Vorschriften nicht in den Prozess reiche. Vielmehr träfen den Beweisgegner weitgehende prozessuale, in Sonderkonstellationen auch materielle Mitwirkungspflichten. Die in der Wiedergabe der Aufnahme liegende Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw des Rechts am Wort sei zusätzlich auch durch die § 41 UrhG zu entnehmenden Wertung gedeckt. Das Abspielen von Tonbandaufnahmen zu Beweiszwecken falle nicht unter § 120 Abs 2 StGB. Die Verwendung eines Tonbands zu Beweiszwecken könne auch nicht durch selbständige Klage verhindert werden.Im österreichischen Schrifttum ist die jüngst von Georg E. Kodek in ÖJZ 2001, 281 bis 298 und 334 bis 345 unter dem Titel "Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren" veröffentlichte, eingehende Untersuchung hervorzuheben, mit der ein früher veröffentlichter Beitrag ("Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess", Manz 1987) weiterentwickelt wird. Der Autor gelangt in seiner Zusammenfassung zu folgendem Ergebnis: Tonbandaufnahmen seien im Zivilverfahren grundsätzlich uneingeschränkt verwertbar. Vor allem aus den Bestimmungen über die Vorlagepflicht bei Urkunden und Augenscheinsgegenständen ergebe sich, dass der Schutzzweck von bei der Beweiserlangung übertretenen materiellen Vorschriften nicht in den Prozess reiche. Vielmehr träfen den Beweisgegner weitgehende prozessuale, in Sonderkonstellationen auch materielle Mitwirkungspflichten. Die in der Wiedergabe der Aufnahme liegende Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw des Rechts am Wort sei zusätzlich auch durch die Paragraph 41, UrhG zu entnehmenden Wertung gedeckt. Das Abspielen von Tonbandaufnahmen zu Beweiszwecken falle nicht unter Paragraph 120, Absatz 2, StGB. Die Verwendung eines Tonbands zu Beweiszwecken könne auch nicht durch selbständige Klage verhindert werden.

Aus der prozessualen Wahrheitspflicht ergebe sich das Recht der Partei auf Beweis. Nach der Judikatur des EGMR richte sich die Verwertbarkeit von Beweismitteln nach innerstaatlichem Recht. Für die Frage der Verwertbarkeit sei streng zwischen Beweiserlangung, Beweisaufnahme und Beweisverwertung zu trennen (Trennungsgrundsatz). Aus der materiellen Rechtswidrigkeit der Beweiserlangung könne nicht automatisch auf die Unverwertbarkeit des Beweismittels geschlossen werden. Die ZPO knüpfe an das außerprozessuale Verhalten der Parteien keine Konsequenzen. Aus den Bestimmungen über die Urkundenvorlage (§ 303 ff ZPO) ergebe sich eine prozessuale Mitwirkungspflicht. Der Pflicht zur Vorlage von Beweismitteln stehe ein materielles Recht (an der Auskunftssache) nicht entgegen. Auch das Recht am eigenen Wort schließe die Wiedergabe der Tonaufzeichnungen im Beweisverfahren als Sonderfall der Verbreitung nicht aus, insbesondere weil das Interesse des Sprechenden am eigenen "verdinglichten" Wort kein absolutes und jedenfalls kein höherrangiges Interesse begründe als dasjenige des Beweisführers. Bei der Aufnahme des Beweises liege jedenfalls der Rechtfertigungsgrund des überwiegenden Interesses (am Funktionieren der Rechtspflege) vor. Bei der Abwehr eines Prozessbetrugsversuchs des Gegners bestehe eine Notwehrsituation, wenn das Beweismittel zur Durchsetzung der Wahrheit nötig sei. Dies könne aber zwangsläufig erst nach der Beweisaufnahme beurteilt werden.Aus der prozessualen Wahrheitspflicht ergebe sich das Recht der Partei auf Beweis. Nach der Judikatur des EGMR richte sich die Verwertbarkeit von Beweismitteln nach innerstaatlichem Recht. Für die

Frage der Verwertbarkeit sei streng zwischen Beweiserlangung, Beweisaufnahme und Beweisverwertung zu trennen (Trennungsgrundsatz). Aus der materiellen Rechtswidrigkeit der Beweiserlangung könne nicht automatisch auf die Unverwertbarkeit des Beweismittels geschlossen werden. Die ZPO knüpfe an das außerprozessuale Verhalten der Parteien keine Konsequenzen. Aus den Bestimmungen über die Urkundenvorlage (Paragraph 303, ff ZPO) ergebe sich eine prozessuale Mitwirkungspflicht. Der Pflicht zur Vorlage von Beweismitteln stehe ein materielles Recht (an der Auskunftssache) nicht entgegen. Auch das Recht am eigenen Wort schließe die Wiedergabe der Tonaufzeichnungen im Beweisverfahren als Sonderfall der Verbreitung nicht aus, insbesondere weil das Interesse des Sprechenden am eigenen "verdinglichten" Wort kein absolutes und jedenfalls kein höherrangiges Interesse begründe als dasjenige des Beweisführers. Bei der Aufnahme des Beweises liege jedenfalls der Rechtfertigungsgrund des überwiegenden Interesses (am Funktionieren der Rechtspflege) vor. Bei der Abwehr eines Prozessbetrugsversuchs des Gegners bestehe eine Notwehrsituation, wenn das Beweismittel zur Durchsetzung der Wahrheit nötig sei. Dies könne aber zwangsläufig erst nach der Beweisaufnahme beurteilt werden.

Fasching (ZPR2 Rz 936) lehrt, dass nur eine strafgesetzwidrige Erlangung des Beweismittels zu einem Beweismittelverbot führe, wenn damit der "Kernbereich der verfassungsmäßig geschützten Grund- oder Freiheitsrechte" verletzt worden sei und führt dazu die körperliche Verletzung oder Nötigung an. Ansonsten könne das strafgesetzwidrig erlangte Beweismittel vom Zivilrichter aufgenommen und gemäß § 272 ZPO frei gewürdigt werden. Der Schutzzweck der Strafnorm sei nicht auf die Beschränkung der gerichtlichen Wahrheitsforschung gerichtet.Fasching (ZPR2 Rz 936) lehrt, dass nur eine strafgesetzwidrige Erlangung des Beweismittels zu einem Beweismittelverbot führe, wenn damit der "Kernbereich der verfassungsmäßig geschützten Grund- oder Freiheitsrechte" verletzt worden sei und führt dazu die körperliche Verletzung oder Nötigung an. Ansonsten könne das strafgesetzwidrig erlangte Beweismittel vom Zivilrichter aufgenommen und gemäß Paragraph 272, ZPO frei gewürdigt werden. Der Schutzzweck der Strafnorm sei nicht auf die Beschränkung der gerichtlichen Wahrheitsforschung gerichtet.

Rechberger (in Rechberger ZPO2 Rz 24 vor § 266) lehnt Beweisverwertungsverbote als Konsequenz eines Beweismittelverbotes grundsätzlich ab, weil es dem österreichischen Rechtsempfinden fremd sei, wesentliche Beweisergebnisse zu negieren. Zur vorgelagerten Frage, ob es ein Beweismittelverbot (Beweisaufnahmeverbot) wegen der rechtswidrigen Erlangung des Beweismittels gebe, verweist er auf die Ausführungen Faschings und befürwortet nur dann ein Beweisaufnahmeverbot, wenn das Gericht durch die Beweisaufnahme selbst in verfassungsrechtlich geschützte Rechte eingreife. Die Beweisaufnahme begründe dann Nichtigkeit.Rechberger (in Rechberger ZPO2 Rz 24 vor Paragraph 266,) lehnt Beweisverwertungsverbote als Konsequenz eines Beweismittelverbotes grundsätzlich ab, weil es dem österreichischen Rechtsempfinden fremd sei, wesentliche Beweisergebnisse zu negieren. Zur vorgelagerten Frage, ob es ein Beweismittelverbot (Beweisaufnahmeverbot) wegen der rechtswidrigen Erlangung des Beweismittels gebe, verweist er auf die Ausführungen Faschings und befürwortet nur dann ein Beweisaufnahmeverbot, wenn das Gericht durch die Beweisaufnahme selbst in verfassungsrechtlich geschützte Rechte eingreife. Die Beweisaufnahme begründe dann Nichtigkeit.

Auch die deutsche ZPO enthält kein ausdrückliches Verbot der Verwertung solcher Beweismittel, die eine Partei auf rechtswidrige Weise erlangt hat (Leipold in Stein/Jonas ZPO21 Rz 56 zu § 284). In der deutschen Lehre (und teilweise auch in der deutschen Judikatur) wurden drei denkmögliche Auffassungen vertreten: Rechtswidrig erlangte Beweismittel sind im Prozess jedenfalls (immer) verwertbar; solche Beweismittel sind prozessual immer unzulässig und können nicht verwertet werden; nach der dritten vermittelnden Auffassung, die als herrschend bezeichnet wird, kann ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel im Zivilprozess unter gewissen Voraussetzungen (die in der Lehre wiederum strittig sind) verwertet werden (Prütting in Münchener Kommentar Rz 63 zu § 284 mwN). Die vermittelnden Lehrmeinungen, die die beiden Extrempositionen ablehnen, stellen auf den Sinn und den Zweck der bei der Beweiserlangung verletzten Norm ab. Bei Eingriffen in die Intimsphäre, also in ein Persönlichkeitsrecht, mache der Schutzzweck der verletzten Norm (§ 201d StGB) die Verwertung unzulässig, darunter fielen rechtswidrig hergestellte Tonbandaufnahmen (Leipold aaO Rz 58; Prütting aaO Rz 64 jeweils mwN). In besonderen Ausnahmefällen könne die rechtswidrige Beweiserlangung aber gerechtfertigt sein, wenn bei einer Güter- und Interessenabwägung der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen zu bejahen sei (Prütting aaO Rz 66).Auch die deutsche ZPO enthält kein ausdrückliches Verbot der Verwertung solcher Beweismittel, die eine Partei auf rechtswidrige Weise erlangt hat (Leipold in Stein/Jonas ZPO21 Rz 56 zu Paragraph 284,). In der deutschen Lehre (und

teilweise auch in der deutschen Judikatur) wurden drei denkmögliche Auffassungen vertreten: Rechtswidrig erlangte Beweismittel sind im Prozess jedenfalls (immer) verwertbar; solche Beweismittel sind prozessual immer unzulässig und können nicht verwertet werden; nach der dritten vermittelnden Auffassung, die als herrschend bezeichnet wird, kann ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel im Zivilprozess unter gewissen Voraussetzungen (die in der Lehre wiederum strittig sind) verwertet werden (Prütting in Münchener Kommentar Rz 63 zu Paragraph 284, mwN). Die vermittelnden Lehrmeinungen, die die beiden Extrempositionen ablehnen, stellen auf den Sinn und den Zweck der bei der Beweiserlangung verletzten Norm ab. Bei Eingriffen in die Intimsphäre, also in ein Persönlichkeitsrecht, mache der Schutzzweck der verletzten Norm (Paragraph 201 d, StGB) die Verwertung unzulässig, darunter fielen rechtswidrig hergestellte Tonbandaufnahmen (Leipold aaO Rz 58; Prütting aaO Rz 64 jeweils mwN). In besonderen Ausnahmefällen könne die rechtswidrige Beweiserlangung aber gerechtfertigt sein, wenn bei einer Güter- und Interessenabwägung der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen zu bejahen sei (Prütting aaO Rz 66).

Nach der bereits oben zitierten Judikatur des deutschen Bundesverfassungsgerichtes gehört das Recht am gesprochenen Wort zum verfassungsgerichtlich geschützten unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung. Grundsätzlich verletze im Strafverfahren die Verwertung eines heimlich aufgezeichneten Telefongesprächs diesen Bereich. Anderes könne nur bei zwingenden und überwiegenden Interessen der Allgemeinheit gelten, hinter denen das schutzwürdige Interesse des Beschuldigten an der Nichtverwertung der Tonbandaufnahme zurücktreten müsse.

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 Abspielung des Tonbandes hindere ein Zivilgericht, ohne Einwilligung des Betroffenen dieses Beweismittel zu verwerten. Das Gericht dürfe sich wegen der Strafbestimmung des § 201 StGB nicht zum Werkzeug der strafbaren Handlung des Beweisführers machen. Der Schutz des gesprochenen Wortes sei aber 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. Reine Beweisinteressen des Beweisführers reichten aber nicht aus, das Beweismittel zuzulassen (NJW 1982, 277).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 Abspielung des Tonbandes hindere ein Zivilgericht, ohne Einwilligung des Betroffenen dieses Beweismittel zu verwerten. Das Gericht dürfe sich wegen der Strafbestimmung des Paragraph 201, StGB nicht zum Werkzeug der strafbaren Handlung des Beweisführers machen. Der Schutz des gesprochenen Wortes sei aber 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. Reine Beweisinteressen des Beweisführers reichten aber nicht aus, das Beweismittel zuzulassen (NJW 1982, 277).

In der Entscheidung des BGH NJW 1988, 1016 ging es um die Berechtigung einer Klage auf Löschung eines heimlich mitgeschnittenen Telefongesprächs. Durch eine Beweiserhebung werde der bei der Erlangung des Beweismittels verwirklichte Grundrechtsverstoß perpetuiert. Deshalb sei die Verwertung der Aufnahme als Beweismittel grundsätzlich ausgeschlossen. Dem Verletzten könne nicht aus prozessualen Gründen das Recht an der Beseitigung der Störung bis zu dem Zeitpunkt verweigert werden, zu dem ein schon befasstes oder noch zu befassendes Gericht über die Zulässigkeit des Beweismittels abspreche. Der Beklagte könne sich zur Rechtfertigung seiner Verletzungshandlung auf Notwehr oder eine notwehrähnliche Lage, einen Beweisnotstand, aber auch allgemein auf eine Güter- und Interessenabwägung berufen. Bei letzterer sei aber zu beachten, dass dem allgemeinen Beweisinteresse jeder Prozesspartei kein Vorrang vor dem einen hohen Stellenwert aufweisenden Persönlichkeitsrecht zukomme. Diese Grundsätze wendet der BGH auch bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Beweisaussagen sogenannter "Lauschzeugen" an (NJW 1994, 2289).

Nach der österreichischen Rechtsprechung ist ein rechtmäßig abgehörtes und aufgenommenes Telefongespräch (§ 149a StPO) ein im Zivilprozess verwertbares Beweismittel (SZ 69/14). Ob dies auch für rechtswidrig heimlich aufgenommene Tonbandaufnahmen gilt, hatte erstmalig der 4. Senat zu prüfen (4 Ob 247/99y = JBl 2000, 458). Der auf Zahlung Geklagte hatte sich zum Beweis seines Vorbringens neben anderen Beweismitteln auf die Tonbandaufnahme berufen. Der Oberste Gerichtshof bejahte die Zulässigkeit des Beweismittels: Der Beweiswert der anderen schon aufgenommenen Beweise sei "offenbar sehr dürftig", ein Prozessbetrugsversuch des Gegners des Beweisführers könne "nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden". In diesem Fall befände sich der Beklagte in einer

"Notwehrsituation", weil ihm mangels glaubwürdiger Zeugen das einzige wirksame Verteidigungsmittel genommen würde. Diese Entscheidungsbegründung wurde in dem Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 20. 6. 2000, 3 Ob 131/00m (mit dem eine Revision mangels erheblicher Rechtsfragen zurückgewiesen wurde) dahin interpretiert, dass eine Tonbandaufnahme "nach entsprechender Interessenabwägung nur in besonderen Ausnahmefällen (Notwehr, Notstand, Verfolgung überragender berechtigter Interessen) in einem Rechtsstreit verwendet werden darf". Der 3. Senat billigte in seinen weiteren Ausführungen die Begründung des Berufungsgerichtes zur Nichtzulassung des Beweismittels, weil dem Beweisführer eine Zeugin zur Verfügung stand und sprach noch aus, dass der Unterlassungsanspruch des in seinem Persönlichkeitsrecht verletzten Klägers einen Beseitigungsanspruch umfasse.Nach der österreichischen Rechtsprechung ist ein rechtmäßig abgehörtes und aufgenommenes Telefongespräch (Paragraph 149 a, StPO) ein im Zivilprozess verwertbares Beweismittel (SZ 69/14). Ob dies auch für rechtswidrig heimlich aufgenommene Tonbandaufnahmen gilt, hatte erstmalig der 4. Senat zu prüfen (4 Ob 247/99y = JBl 2000, 458). Der auf Zahlung Geklagte hatte sich zum Beweis seines Vorbringens neben anderen Beweismitteln auf die Tonbandaufnahme berufen. Der Oberste Gerichtshof bejahte die Zulässigkeit des Beweismittels: Der Beweiswert der anderen schon aufgenommenen Beweise sei "offenbar sehr dürftig", ein Prozessbetrugsversuch des Gegners des Beweisführers könne "nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden". In diesem Fall befände sich der Beklagte in einer "Notwehrsituation", weil ihm mangels glaubwürdiger Zeugen das einzige wirksame Verteidigungsmittel genommen würde. Diese Entscheidungsbegründung wurde in dem Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 20. 6. 2000, 3 Ob 131/00m (mit dem eine Revision mangels erheblicher Rechtsfragen zurückgewiesen wurde) dahin interpretiert, dass eine Tonbandaufnahme "nach entsprechender Interessenabwägung nur in besonderen Ausnahmefällen (Notwehr, Notstand, Verfolgung überragender berechtigter Interessen) in einem Rechtsstreit verwendet werden darf". Der 3. Senat billigte in seinen weiteren Ausführungen die Begründung des Berufungsgerichtes zur Nichtzulassung des Beweismittels, weil dem Beweisführer eine Zeugin zur Verfügung stand und sprach noch aus, dass der Unterlassungsanspruch des in seinem Persönlichkeitsrecht verletzten Klägers einen Beseitigungsanspruch umfasse.

Der Verwaltungsgerichtshof geht trotz des im § 46 AVG zum Ausdruck kommenden Grundsatzes über die Unbeschränktheit von Beweismitteln wegen der Strafbestimmung des § 120 Abs 2 StGB davon aus, dass im Verwaltungsverfahren eine rechtswidrig erlangte Tonaufnahme vor der Verwaltungsbehörde nur bei Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zu Beweiszwecken verwendet werden dürfe. Das Interesse an der Beweisführung müsse das Interesse am Schutz privater Äußerungen überwiegen. Ansonsten müsse die Zustimmung des Sprechenden vorliegen (JBl 1994, 196).Der Verwaltungsgerichtshof geht trotz des im Paragraph 46, AVG zum Ausdruck kommenden Grundsatzes über die Unbeschränktheit von Beweismitteln wegen der Strafbestimmung des Paragraph 120, Absatz 2, StGB davon aus, dass im Verwaltungsverfahren eine rechtswidrig erlangte Tonaufnahme vor der Verwaltungsbehörde nur bei Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zu Beweiszwecken verwendet werden dürfe. Das Interesse an der Beweisführung müsse das Interesse am Schutz privater Äußerungen überwiegen. Ansonsten müsse die Zustimmung des Sprechenden vorliegen (JBl 1994, 196).

Eine einschlägige Entscheidung des Obersten Gerichtshofs in Strafsachen ist die in JBl 1976, 656 veröffentlichte Entscheidung 12 Os 143/75. Ein Mann wurde des Missbrauchs von Tonaufnahmegeräten nach§ 120 Abs 1 StGB für schuldig erkannt, weil er Telefongespräche seiner Frau, deren Ehebruch er vermutete, heimlich abhörte und aufnahm. Der Oberste Gerichthsof verneinte eine entschuldigende Notstandssituation nach § 10 Abs 1 StGB. Das Interesse an Information und Verwertung der Tatsachen im Scheidungsverfahren hätte das Interesse des Ehepartners an Geheimhaltung nicht überwogen. (Die von Koberger, Grenzenloser Schutz der Privatsphäre vor Tonbandgeräten?, ÖJZ 1990, 330, dazu geäußerte Kritik richtete sich nur gegen das Ergebnis der Interessenabwägung und die Verneinung eines Rechtsirrtums des Verurteilten, nicht aber gegen die Vornahme einer Interessenabwägung.)Eine einschlägige Entscheidung des Obersten Gerichtshofs in Strafsachen ist die in JBl 1976, 656 veröffentlichte Entscheidung 12 Os 143/75. Ein Mann wurde des Missbrauchs von Tonaufnahmegeräten nach Paragraph 120, Absatz eins, StGB für schuldig erkannt, weil er Telefongespräche seiner Frau, deren Ehebruch er vermutete, heimlich abhörte und aufnahm. Der Oberste Gerichthsof verneinte eine entschuldigende Notstandssituation nach Paragraph 10, Absatz eins, StGB. Das Interesse an Information und Verwertung der Tatsachen im Scheidungsverfahren hätte das Interesse des Ehepartners an Geheimhaltung nicht überwogen. (Die von Koberger, Grenzenloser Schutz der Privatsphäre vor Tonbandgeräten?, ÖJZ 1990, 330, dazu geäußerte Kritik richtete sich nur gegen das Ergebnis der Interessenabwägung und die Verneinung eines Rechtsirrtums des Verurteilten, nicht aber gegen die Vornahme einer Interessenabwägung.)

Nach der Rechtsprechung des EGMR enthält die MRK keine generellen Regeln über die Zulässigkeit von Beweismitteln. Eine nach nationalem Recht zulässige Verwertbarkeit einer rechtswidrig erlangten Tonbandaufnahme als Beweismittel sei grundsätzlich nicht ausgeschlossen, wenn die Aufnahme von einem Privatmann ohne Einverständnis des Betroffenen gemacht wurde. Das im Art 6 der Konvention garantierte Recht auf ein faires Verfahren werde nur dann verletzt, wenn die Verurteilung ausschließlich auf dem rechtswidrig erlangten Beweismittel beruhe (EGMR vom 12. 7. 1988, Fall Schenk, EuGRZ 1988, 390). Nach einem jüngst ergangenen Urteil hält der EGMR 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 (EGMR vom 12. 5. 2000, Fall Khan, ÖJZ 2001, 654).Nach der Rechtsprechung des EGMR enthält die MRK keine generellen Regeln über die Zulässigkeit von Beweismitteln. Eine nach nationalem Recht zulässige Verwertbarkeit einer rechtswidrig erlangten Tonbandaufnahme als Beweismittel sei grundsätzlich nicht ausgeschlossen, wenn die Aufnahme von einem Privatmann ohne Einverständnis des Betroffenen gemacht wurde. Das im Artikel 6, der Konvention garantierte Recht auf ein faires Verfahren werde nur dann verletzt, wenn die Verurteilung ausschließlich auf dem rechtswidrig erlangten Beweismittel beruhe (EGMR vom 12. 7. 1988, Fall Schenk, EuGRZ 1988, 390). Nach einem jüngst ergangenen Urteil hält der EGMR 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 (EGMR vom 12. 5. 2000, Fall Khan, ÖJZ 2001, 654).

Unter Bedachtnahme auf die zwangsläufig nur kursorisch wiedergegebenen vielfältigen Meinungen zum gestellten Thema ist zur Revision des Beklagten folgendes auszuführen:

Auszugehen ist 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. Der Revisionswerber hält nach wie vor daran fest, dass er die rufschädigenden Äußerungen seiner Frau, über die er von Geschäftspartnern erfahren habe, nicht anders beweisbar erfahren hätte können als durch Abhören der Telefongespräche. Dieser Ansicht ist schon nach den Parteibehauptungen des Beklagten nicht zu folgen, hatte er doch durchaus die Möglichkeit, seine Geschäftspartner über die Herkunft der Gerüchte über seinen Geisteszustand zu befragen und unmittelbare Zeugen (Gesprächspartner seiner Frau) auszuforschen. Notwehr ist die Abwehr eines gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden Angriffs auf eigene Rechtsgüter im erforderlichen Ausmaß (§ 3 StGB), Notstand (§ 1306a ABGB) die Abwehr einer solchen Gefahr durch Eingriff in die Rechtsgüter eines unbeteiligten Dritten. Die Gesprächspartner der Frau des Beklagten waren solche Dritte. Die Notstandshandlung ist nur dann nicht rechtswidrig, wenn die Interessen des Täters jene des Geschädigten überwiegen (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II11 286). Mit dem bloßen Beweisinteresse kann der Beklagte eine Notstandssituation gegenüber den Klägern nicht rechtfertigen. Zu diesem Punkt ist den Erwägungen des BGH in der zitierten Entscheidung NJW 1988, 1016 zuzustimmen.Auszugehen ist 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. Der Revisionswerber hält nach wie vor daran fest, dass er die rufschädigenden Äußerungen seiner Frau, über die er von Geschäftspartnern erfahren habe, nicht anders beweisbar erfahren hätte können als durch Abhören der Telefongespräche. Dieser Ansicht ist schon nach den Parteibehauptungen des Beklagten nicht zu folgen, hatte er doch durchaus die Möglichkeit, seine Geschäftspartner über die Herkunft der Gerüchte über seinen Geisteszustand zu befragen und unmittelbare Zeugen (Gesprächspartner seiner Frau) auszuforschen. Notwehr ist die Abwehr eines gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden Angriffs auf eigene Rechtsgüter im erforderlichen Ausmaß (Paragraph 3, StGB), Notstand (Paragraph 1306 a, ABGB) die Abwehr einer solchen Gefahr durch Eingriff in die Rechtsgüter eines unbeteiligten Dritten. Die Gesprächspartner der Frau des Beklagten waren solche Dritte. Die Notstandshandlung ist nur dann nicht rechtswidrig, wenn die Interessen des Täters jene des Geschädigten überwiegen (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II11 286). Mit dem bloßen Beweisinteresse kann der Beklagte eine Notstandssituation gegenüber den Klägern nicht rechtfertigen. Zu diesem Punkt ist den Erwägungen des BGH in der zitierten Entscheidung NJW 1988, 1016 zuzustimmen.

Der Auffassung Georg E. Kodeks über eine grundsätzlich uneingeschränkte Verwertbarkeit von rechtswidrig erlangten Tonaufnahmen als Beweismittel im Zivilprozess ist zumindest im vorliegenden Fall nicht zu folgen, wo dem Beklagten als Beweisführer nicht der Abgehörte als Prozessgegner gegenübersteht, von dem die oben zitierte Entscheidung des 4. Senats (JBl 2000, 458) geradezu einen Prozessbetrugsversuch vermutete und daher schon vor Abschluss einer zu

Lasten des Beweisführers ausgehenden Beweiswürdigung der anderen Beweismittel eine Güterabwägung zu Gunsten des Beweisführers vornahm, sodass dort die Frage offen bleiben konnte, ob überhaupt eine Güterabwägung Voraussetzung für die Zulässigkeit des Beweismittels ist. Mit der Mitwirkungspflicht des Prozessgegners und der Urkundenvorlagepflicht kann die Zulässigkeit des Beweismittels im Unterlassungsprozess von Dritten nicht begründet werden. Es trifft sie zwar eine Wahrheitspflicht hinsichtlich ihrer Aussagen als Zeugen, in Bezug auf Urkunden und Auskunftssachen aber nur eine beschränkte Mitwirkungspflicht (§§ 308 und 318 ZPO). Die vom Beklagten hergestellten Tonbandaufzeichnungen sind keine zwischen ihm und den Klägern gemeinschaftliche Auskunftssachen. Das Recht am eigenen Wort steht nur den Klägern zu. Der Beklagte kann das "verdinglichte" Wort nur mit Zustimmung der Kläger verwenden. Der bloße Besitz am Tonband verschafft ihm noch keine Verfügungsberechtigung. In diesem Fall verbleibt aus der Begründung Kodeks für die Zulässigkeit des Beweismittels nur der allgemeine Prozesszweck der Wahrheitsfindung oder das allgemeine Interesse an einer ordnungsgemäßen Rechtspflege in Verbindung mit der Trennungsthese, dass die rechtswidrige Erlangung des Beweismittels auf die Beweisaufnahme und Beweisverwertung nicht durchschlage. Dies bedeutete aber die Anerkennung eines im Gesetz nicht geregelten Rechtfertigungsgrundes ohne jede Güterabwägung, im Ergebnis also zumindest eine Hemmung der Ansprüche der Kläger aus der Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts. Die Kläger hätten weiterhin die dem objektiven Tatbild des § 120 Abs 2 StGB entsprechende Weitergabe zu dulden, also - wie es der BGH ausführt - die Perpetuierung der rechtswidrigen Handlung des Abhörenden. Jedenfalls im Unterlassungs- und Beseitigungsprozess Dritter ist nach Auffassung des Senates in Übereinstimmung mit der deutschen Judikatur und des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes vor der Bejahung der Zulässigkeit des Beweismittels eine Güter- und Interessenabwägung vorzunehmen.Der Auffassung Georg E. Kodeks über eine grundsätzlich uneingeschränkte Verwertbarkeit von rechtswidrig erlangten Tonaufnahmen als Beweismittel im Zivilprozess ist zumindest im vorliegenden Fall nicht zu folgen, wo dem Beklagten als Beweisführer nicht der Abgehörte als Prozessgegner gegenübersteht, von dem die oben zitierte Entscheidung des 4. Senats (JBl 2000, 458) geradezu einen Prozessbetrugsversuch vermutete und daher schon vor Abschluss einer zu Lasten des Beweisführers ausgehenden Beweiswürdigung der anderen Beweismittel eine Güterabwägung zu Gunsten des Beweisführers vornahm, sodass dort die Frage offen bleiben konnte, ob überhaupt eine Güterabwägung Voraussetzung für die Zulässigkeit des Beweismittels ist. Mit der Mitwirkungspflicht des Prozessgegners und der Urkundenvorlagepflicht kann die Zulässigkeit des Beweismittels im Unterlassungsprozess von Dritten nicht begründet werden. Es trifft sie zwar eine Wahrheitspflicht hinsichtlich ihrer Aussagen als Zeugen, in Bezug auf Urkunden und Auskunftssachen aber nur eine beschränkte Mitwirkungspflicht (Paragraphen 308 und 318 ZPO). Die vom Beklagten hergestellten Tonbandaufzeichnungen sind keine zwischen ihm und den Klägern gemeinschaftliche Auskunftssachen. Das Recht am eigenen Wort steht nur den Klägern zu. Der Beklagte kann das "verdinglichte" Wort nur mit Zustimmung der Kläger verwenden. Der bloße Besitz am Tonband verschafft ihm noch keine Verfügungsberechtigung. In diesem Fall verbleibt aus der Begründung Kodeks für die Zulässigkeit des Beweismittels nur der allgemeine Prozesszweck der Wahrheitsfindung oder das allgemeine Interesse an einer ordnungsgemäßen Rechtspflege in Verbindung mit der Trennungsthese, dass die rechtswidrige Erlangung des Beweismittels auf die Beweisaufnahme und Beweisverwertung nicht durchschlage. Dies bedeutete aber die Anerkennung eines im Gesetz nicht geregelten Rechtfertigungsgrundes ohne jede Güterabwägung, im Ergebnis also zumindest eine Hemmung der Ansprüche der Kläger aus der Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts. Die Kläger hätten weiterhin die dem objektiven Tatbild des Paragraph 120, Absatz 2, StGB entsprechende Weitergabe zu dulden, also - wie es der BGH ausführt - die Perpetuierung der rechtswidrigen Handlung des Abhörenden. Jedenfalls im Unterlassungs- und Beseitigungsprozess Dritter ist nach Auffassung des Senates in Übereinstimmung mit der deutschen Judikatur und des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes vor der Bejahung der Zulässigkeit des Beweismittels eine Güter- und Interessenabwägung vorzunehmen.

Der Güterabwägung vorgelagert ist die Frage, wann, wie und von wem ein die Zulassung des Beweismittels rechtfertigender Sachverhalt zu beweisen ist und welchen Einfluss die Strafnorm des § 120 StGB auf diese Entscheidung im Zivilverfahren hat. Einwandfrei geklärt ist ein rechtfertigender Sachverhalt letztlich erst dann, wenn alle zur Verfügung stehenden Beweismittel bekannt sind. Wenn der 4. Senat zur Ansicht gelangte, schon die bloße Möglichkeit, dass das Tonband das einzig wirksame Veteidigungsmittel sein könnte, reiche aus, das Beweismittel zuzulassen, so ist dies lediglich eine Aussage über das Beweismaß. Im Drittprozess, in dem dem verletzten Kläger kein Betrugsversuch unterstellt werden kann, muss das Gericht im Rahmen seiner Güterabwägung die Beweisnotstandssituation erheben. Hier geht es nicht an, die Kläger mit dem Beweis zu belasten, dass der Beklagte das Beweismittel gar nicht benötige oder dass sein Prozessziel und der zu Grunde liegende materielle Anspruch nicht

höherwertig seien als der auf § 16 ABGB gestützte Unterlassungsanspruch auf Schutz der grundsätzlich unantastbaren Privatsphäre vor rechtswidrigen Eingriffen. Die Behauptungs- und Beweislast trifft vielmehr den Beklagten schon nach den allgemeinen Beweislastregeln, dass jede Partei das Vorliegen der Voraussetzungen der für sie günstigen Rechtsnormen zu beweisen hat und im Regelfall eine Partei nicht mit dem Beweis des Nichteintritts von Tatsachen zu belasten ist (dazu Rechberger aaO Rz 11 vor § 266 ZPO mwN).Der Güterabwägung vorgelagert ist die Frage, wann, wie und von wem ein die Zulassung des Beweismittels rechtfertigender Sachverhalt zu beweisen ist und welchen Einfluss die Strafnorm des Paragraph 120, StGB auf diese Entscheidung im Zivilverfahren hat. Einwandfrei geklärt ist ein rechtfertigender Sachverhalt letztlich erst dann, wenn alle zur Verfügung stehenden Beweismittel bekannt sind. Wenn der 4. Senat zur Ansicht gelangte, schon die bloße Möglichkeit, dass das Tonband das einzig wirksame Veteidigungsmittel sein könnte, reiche aus, das Beweismittel zuzulassen, so ist dies lediglich eine Aussage über das Beweismaß. Im Drittprozess, in dem dem verletzten Kläger kein Betrugsversuch unterstellt werden kann, muss das Gericht im Rahmen seiner Güterabwägung die Beweisnotstandssituation erheben. Hier geht es nicht an, die Kläger mit dem Beweis zu belasten, dass der Beklagte das Beweismittel gar nicht benötige oder dass sein Prozessziel und der zu Grunde liegende materielle Anspruch nicht höherwertig seien als der auf Paragraph 16, ABGB gestützte Unterlassungsanspruch auf Schutz der grundsätzlich unantastbaren Privatsphäre vor rechtswidrigen Eingriffen. Die Behauptungs- und Beweislast trifft vielmehr den Beklagten schon nach den allgemeinen Beweislastregeln, dass jede Partei das Vorliegen der Voraussetzungen der für sie günstigen Rechtsnormen zu beweisen hat und im Regelfall eine Partei nicht mit dem Beweis des Nichteintritts von Tatsachen zu belasten ist (dazu Rechberger aaO Rz 11 vor Paragraph 266, ZPO mwN).

Die Güterabwägung besteht im Vergleich der allgemeinen besonderen Wertigkeit der betroffenen Güter. Der Verletzung der Privatsphäre, deren Schutz nicht nur aus der allgemeinen Bestimmung des § 16 ABGB, sondern auch aus den Bestimmungen der MRK (Art 8) abzuleiten ist, muss der Anspruch gegenübergestellt werden, den der Abhörende mit Hilfe des rechtswidrig erlangten Beweismittels durchsetzen will. Schon diese Gegenüberstellung kann unter Umständen prozessbeendend sein, wenn das Tonband etwa nur zur Durchsetzung von sogenannten Bagatellansprüchen dienen soll, sodass es auf die weitere Prüfung der widerstreitenden subjektiven Interessen gar nicht mehr ankäme. Die Interessenabwägung wird aber dann eine Rolle spielen, wenn der vom Beweisführer verfolgte Anspruch nach dem allgemeinen Stellenwert dem verletzten Rechtsgut gleichwertig ist, etwa weil der Abhörende ebenfalls ein verfassungsrechtlich geschütztes Recht durchsetzen will. In diesem Sinn argumentiert der Beklagte dahin, dass sein familienrechtlicher Anspruch im Scheidungsverfahren ein gleichwertiger wäre. Das Überwiegen der eigenen Interessen hat im Unterlassungsprozess aber jedenfalls der Beklagte zu beweisen.Die Güterabwägung besteht im Vergleich der allgemeinen besonderen Wertigkeit der betroffenen Güter. Der Verletzung der Privatsphäre, deren Schutz nicht nur aus der allgemeinen Bestimmung des Paragraph 16, ABGB, sondern auch aus den Bestimmungen der MRK (Artikel 8,) abzuleiten ist, muss der Anspruch gegenübergestellt werden, den der Abhörende mit Hilfe des rechtswidrig erlangten Beweismittels durchsetzen will. Schon diese Gegenüberstellung kann unter Umständen prozessbeendend sein, wenn das Tonband etwa nur zur Durchsetzung von sogenannten Bagatellansprüchen dienen soll, sodass es auf die weitere Prüfung der widerstreitenden subjektiven Interessen gar nicht mehr ankäme. Die Interessenabwägung wird aber dann eine Rolle spielen, wenn der vom Beweisführer verfolgte Anspruch nach dem allgemeinen Stellenwert dem verletzten Rechtsgut gleichwertig ist, etwa weil der Abhörende ebenfalls ein verfassungsrechtlich geschütztes Recht durchsetzen will. In diesem Sinn argumentiert der Beklagte dahin, dass sein familienrechtlicher Anspruch im Scheidungsverfahren ein gleichwertiger wäre. Das Überwiegen der eigenen Interessen hat im Unterlassungsprozess aber jedenfalls der Beklagte zu beweisen.

Zur Begründung der Unzulässigkeit des Beweismittels wurde auch vorgebracht, dass mit der Beweisaufnahme das Strafgesetz verletzt werde (§ 120 Abs 2 StGB; § 201d StGB) und dass dies nicht nur durch den Beweisführer, sondern auch durch den Prozessrichter geschehen könne, der sich nicht zum Werkzeug eines Delikts machen dürfe. In diesem Sinne ist wohl auch die Entscheidungsbegründung des VwGH zu verstehen, dass Beweisnotstände bei der Durchsetzung nicht besonders ins Gewicht fallender Ansprüche in der Regel nach § 120 StGB relevante Verhaltensweisen nicht rechtfertigen könnten. Die Ansicht, dass der Richter selbst durch die Zulassung des Beweises, die Beweisaufnahme und die Beweisverwertung den Deliktstatbestand erfülle, führte im Ergebnis dazu, dass er das Vorliegen der Rechtfertigungsgründe der Notwehr oder des Notstandes nur dann straffrei prüfen dürfte, wenn seine Entscheidung sachlich richtig und von den Rechtsmittelinstanzen gebilligt wird. Dass damit das Funktionieren der Rechtspflege in Frage gestellt wäre, liegt auf der Hand. In diesem Punkt ist Kodek im Sinne des Trennungsgrundsatzes

zuzustimmen. Die angeführten Rechtfertigungsgründe sind im Gesetz normiert und völlig anerkannte Rechtsinstitute, wie dies im Übrigen auch für den sogenannten übergesetzlichen Notstand zutrifft. § 120 Abs 2 StGB ist kein taugliches Argument gegen die Zulassung des Beweismittels. Ergebnis dieser Überlegungen ist es daher, dass der Prozessrichter auch mit einer falschen Entscheidung (unrichtigen Bejahung eines Beweisnotstandes) nicht an einem Delikt des Beweisführers beteiligt ist. Der Prozessrichter ist vielmehr im Rahmen der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Beweismittels frei. Auch der Beweisführer selbst wird mit seinem Beweisantrag noch nicht den Tatbestand des Strafrechts verwirklichen und sich gegen einen allfälligen Deliktsvorwurf auf verschiedene entschuldigende oder rechtfertigende Umstände berufen können (etwa Putativnotstand, Rechtfertigungsgrund des Funktionierens der Rechtspflege oder Rechtsirrtum).Zur Begründung der Unzulässigkeit des Beweismittels wurde auch vorgebracht, dass mit der Beweisaufnahme das Strafgesetz verletzt werde (Paragraph 120, Absatz 2, StGB; Paragraph 201 d, StGB) und dass dies nicht nur durch den Beweisführer, sondern auch durch den Prozessrichter geschehen könne, der sich nicht zum Werkzeug eines Delikts machen dürfe. In diesem Sinne ist wohl auch die Entscheidungsbegründung des VwGH zu verstehen, dass Beweisnotstände bei der Durchsetzung nicht besonders ins Gewicht fallender Ansprüche in der Regel nach Paragraph 120, StGB relevante Verhaltensweisen nicht rechtfertigen könnten. Die Ansicht, dass der Richter selbst durch die Zulassung des Beweises, die Beweisaufnahme und die Beweisverwertung den Deliktstatbestand erfülle, führte im Ergebnis dazu, dass er das Vorliegen der Rechtfertigungsgründe der Notwehr oder des Notstandes nur dann straffrei prüfen dürfte, wenn seine Entscheidung sachlich richtig und von den Rechtsmittelinstanzen gebilligt wird. Dass damit das Funktionieren der Rechtspflege in Frage gestellt wäre, liegt auf der Hand. In diesem Punkt ist Kodek im Sinne des Trennungsgrundsatzes zuzustimmen. Die angeführten Rechtfertigungsgründe sind im Gesetz normiert und völlig anerkannte Rechtsinstitute, wie dies im Übrigen auch für den sogenannten übergesetzlichen Notstand zutrifft. Paragraph 120, Absatz 2, StGB ist kein taugliches Argument gegen die Zulassung des Beweismittels. Ergebnis dieser Überlegungen ist es daher, dass der Prozessrichter auch mit einer falschen Entscheidung (unrichtigen Bejahung eines Beweisnotstandes) nicht an einem Delikt des Beweisführers beteiligt ist. Der

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at