

DATENSCHUTZ

KONKRET

Recht | Projekte | Lösungen

Chefredaktion: Rainer Knyrim

Information und Transparenz

Auskunftsanspruch über die Logik einer Datenverarbeitung

Andreas Zavadil

Information & Transparenz (Teil 1)

Ursula Illibauer

Strafrechtliche Folgen eines Missbrauchs
des Auskunftsrechts (Teil 2)

Célia Chausse und Georg Kudrna

Der jö Bonus Club ist kein Pricing-Tool,
sondern ein Kundenbindungsprogramm

Interview mit Ulrike Kittinger, Geschäftsführerin Ö-Bonus Club

Datenschutzsertifikate in greifbarer Nähe?

Gerald Trieb und Maximilian Kröpfl

Sommerrodeln und Datenschutz

Martin Knoll

Checkliste Homeoffice und COVID-19

Hans-Jürgen Pollirer

Strafrechtliche Folgen eines Missbrauchs des Auskunftsrechts (Teil 2)

Auskunftsrecht; Missbrauch; Strafrecht; widerrechtliches Verschaffen; Täuschung; Amtsmissbrauch; Amtsgeheimnis. Der erste Teil des Beitrags erörterte die Frage, ob jemand, der ein Auskunftsbegehren gegenüber Verantwortlichen im privaten Sektor stellt und sich dabei als jemand anderer ausgibt, strafrechtlich belangt werden kann. Der vorliegende zweite Teil widmet sich jenen Fällen, in denen der Verantwortliche dem üblichen Bereich¹ angehört.

1. Einleitung

Während ein Missbrauch des Auskunftsrechts im privaten Sektor, wie im ersten Teil dieses Beitrags erörtert (Dako 2019/57), bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen va durch die Straftatbestände der Datenverarbeitung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht (§ 63 DSGVO) sowie der Täuschung (§ 108 StGB) sanktioniert wird, kommen im üblichen Bereich weitere Straftatbestände – insb der Missbrauch der Amtsgewalt (Amtsmissbrauch, § 302 StGB) sowie die Verletzung von Amtsgeheimnissen (§ 310 StGB) – in Frage.

2. Missbrauch der Amtsgewalt (§ 302 StGB)

Die zentrale Strafbestimmung zur Sicherung ordnungsgemäßer Hoheitsverwaltung und Gerichtsbarkeit ist der Straftatbestand des Amtsmissbrauchs (§ 302 StGB).² Einen solchen begeht ein Beamter³, der mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbands, einer Gemeinde oder einer anderen Person des üblichen Rechts als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich missbraucht. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale dieser Strafnorm lassen teilweise einen **großen Interpretationsspielraum** zu und es bestehen oftmals unterschiedliche Ansichten.⁴ Dies zeigt sich anhand von Beispielen iZm Verletzungen des Grundrechts auf Datenschutz eindrucksvoll.

2.1 Hoheitsverwaltung

§ 302 StGB kommt nur dann zur Anwendung, wenn ein Beamter „in Vollziehung der Gesetze“ handelt. Entsprechend kann nur ein Fehlverhalten im Rahmen von Hoheitsverwaltung oder Gerichtsbarkeit durch § 302 StGB sanktioniert werden.⁵ Wann je-

doch exakt ein Beamter „in Vollziehung der Gesetze“ handelt, ist strittig.⁶

Ein Beamter verarbeitet Daten wohl jedenfalls **in Vollziehung der Gesetze**, wenn die entsprechende Datenverwendung iZm hoheitlichen Tätigkeiten steht. Dies wird bei Datenverwendungen im Bereich der Sicherheitsverwaltung (zB EKIS, Strafregister) sowie der Landesverteidigung und Sozialversicherung immer der Fall sein. Datenverwendungen, welche (ausschließlich) im Bereich der **Privatwirtschaftsverwaltung** genützt werden – wie bspw Datenanwendungen im Rahmen von Straenbautatigkeiten –, stellen hingegen keine Hoheitsverwaltung dar, sodass es sich bei einer solchen Datenverarbeitung um keine Vollziehung der Gesetze handelt.⁷

In der Lit wird teilweise die Ansicht vertreten, dass viele oder gar sämtliche Datenverarbeitungen im üblichen Bereich keinesfalls nach § 302 StGB strafbar wären, da es sich dabei um keine Hoheitsverwaltung handle.⁸ Der OGH hingegen sanktioniert die Weitergabe von personenbezogenen Daten (auch wenn es sich dabei um kein Amtsgeheimnis handelt) sowie auch sogar das bloße unbefugte Abrufen von Daten aus einer amtlichen Datei sehr wohl nach § 302 StGB. Nach Ansicht des OGH gehöre bspw die EKIS-Abfrage zum kriminalpolizeilichen Aufgabenbereich und stelle damit eine Hoheitsverwaltung dar.⁹

2.2 Amtsgeschäfte eines Beamten

Als unmittelbarer Täter des § 302 StGB kommt ausschließlich ein Beamter in Frage. Ein Beamter iSd StGB ist, wer bestellt ist, im Namen einer Körperschaft des üblichen Rechts¹⁰ Rechtshandlungen vorzunehmen, oder wer sonst mit Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung betraut ist.¹¹ Den Beamten obliegende Amtsgeschäfte (nur solche kommen für einen

Amtsmissbrauch in Frage) sind alle **Verrichtungen**, die zur unmittelbaren **Erfüllung der Vollziehungsaufgaben** eines Rechtsträgers dienen, also zum eigentlichen Gegenstand des jeweiligen Amtsbetriebs gehören und für die Erreichung der amtspezifischen Vollziehungsziele relevant sind.¹² Unter dem Begriff „Amtsgeschäfte“ sind auch **faktische Verrichtungen** zu verstehen, sofern diese einer Rechtshandlung annähernd gleichwertig sind.¹³

Beispiele

- Die Abfrage in einer für die Erfüllung dienstlicher Aufgaben eingerichteten Datenbank ist ein Amtsgeschäfte.¹⁴
- Gleiches gilt für die Einholung von Auskunftem aus der Zulassungsevidenz¹⁵ durch eine im Meldeamt beschäftigte Gemeindebedienstete.¹⁶
- Auch eine Übermittlung von Daten im Rahmen der Akteneinsicht sowie im Rahmen der Amtshilfe stellen Amtsgeschäfte dar.¹⁷

Nach Ansicht *Pradlers* stellt eine Weitergabe von personenbezogenen Daten an eine Privatperson eine Auskunftserteilung iSd AuskunftspflichtG¹⁸ dar. Jede Beantwor-

¹ Zur Abgrenzung siehe zB Gerhartl, Besonderheiten des üblichen Bereichs, in Knyrim (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2016) 361. ² Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 302 Rz 1 (Stand 1. 11. 2019, rdb). ³ Zum Beamtenbegriff § 74 Abs 1 Z 4 StGB; siehe auch Pkt 2.2. ⁴ Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 302 Rz 2f. ⁵ Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 302 Rz 54. ⁶ Zu den unterschiedlichen Ansichten siehe Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 302 Rz 54 mwN. ⁷ Pradler, Datenmissbrauch in der üblichen Verwaltung (2001) 89 mwN. ⁸ So va Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 310 Rz 39 (Stand 1. 5. 2010, rdb); Pradler, Datenmissbrauch 114. ⁹ OGH 18. 4. 1996, 15 Os 20/96. ¹⁰ Ausgenommen einer Kirche oder Religionsgesellschaft. ¹¹ § 74 Abs 1 Z 4 StGB. ¹² EvBl 1978/136. ¹³ OGH 3. 4. 2012, 14 Os 138/11t; Fabrizy, StGB¹² § 302 Rz 8. ¹⁴ OGH 26. 11. 2013, 17 Os 17/13y. ¹⁵ § 47 KFG. ¹⁶ OGH 29. 1. 2008, 11 Os 103/06s; Fabrizy, StGB¹² § 302 Rz 9. ¹⁷ Pradler, Datenmissbrauch 86. ¹⁸ BG vom 15. 5. 1987 über die Auskunftspflicht der Verwaltung des Bundes und eine Änderung des BundesministerienG 1986 (Auskunftspflichtgesetz) BGBl 1987/287 idGF betreffend die Bundesverwaltung; nichts anderes hat für die Landesverwaltung zu gelten, wo entsprechende Landesgesetze bestehen (zB Wiener Auskunftspflichtgesetz LGBl 1999/29 idGF).

tung einer Anfrage durch einen Beamten könne als Auskunftserteilung gedeutet werden. Durch § 1 AuskunftspflichtG werde eine Auskunftserteilung durch ein Organ iSd dem Staat zugerechnet und der jeweilige Organwahrer nimmt dabei die Befugnis wahr, im Namen der jeweiligen Körperschaft des öffentlichen Rechts als deren Organ Amtsgeschäfte vorzunehmen.¹⁹

Es wird sohin wohl immer dann, wenn ein **Auskunftsbegehren an eine Körperschaft des öffentlichen Rechts** (allenfalls bereits an einen konkreten Beamten) gestellt wird und dieses beantwortet wird, ein **Amtsgeschäft iSd § 302 StGB** vorliegen.

2.3 Befugnismissbrauch

Die Tathandlung besteht darin, dass der Beamte seine Befugnis, Amtsgeschäfte vorzunehmen, mit Schädigungsvorsatz wissentlich missbraucht. Missbrauch bedeutet **vorsätzlichen Fehlgebrauch**.²⁰

Beispiel

- Die Erteilung einer Auskunft über verarbeitete personenbezogene Daten ohne rechtliche Grundlage ist jedenfalls rechtswidrig und stellt einen solchen Fehlgebrauch dar. Eine Weitergabe der Daten an einen Unbefugten ist nicht erforderlich. Der Befugnismissbrauch liegt bereits in der rechtswidrigen Beschaffung der Daten.²¹

Auf subjektiver Tatseite bedarf es **Wissentlichkeit** betreffend den Befugnismissbrauch. Es ist daher nicht ausreichend, wenn es der Täter lediglich für möglich hält, dass er gesetzwidrig handelt.²²

2.4 Vorsatz auf Schädigung an konkreten Rechten

Für die Verwirklichung des Tatbestands des Amtsmisbrauchs ist es weiters erforderlich, dass der Täter einen überschießenden **Schädigungsvorsatz** hat. Der Täter muss den Vorsatz haben, durch die Tat einen anderen an seinen Rechten zu schädigen. Die Schädigung muss sich dabei auf ein konkretes Recht eines anderen beziehen.²³

Bertel vertritt die Ansicht, dass ein **Verstoß gegen den Datenschutz** für den Schädigungsvorsatz nicht genüge.²⁴ Die Beeinträchtigung „bloß“ des Rechts auf Datenschutz reiche für einen Schaden iSd § 302 StGB nicht aus, da das Recht auf Datenschutz „nur“ im Recht des Betroffenen auf

Geheimhaltung bestünde.²⁵ UE gibt es keinerlei Gründe, weshalb ein unzulässiger Eingriff in das sogar verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrecht auf Datenschutz keine Schädigung an Rechten iSd § 302 StGB darstellen soll. Auch die Rsp bejaht einen Schädigungsvorsatz an konkreten Rechten iSd § 302 StGB, wenn der Täter (zumindest Eventual-)Vorsatz hat, die betroffene Person in ihrem Grundrecht auf Datenschutz zu beeinträchtigen.²⁶ Durch eine unbegründete und daher rechtswidrige Abfrage wird der Betroffene in seinem Recht auf Datenschutz geschädigt.²⁷ Sohin erscheint ein entsprechender Schädigungsvorsatz iSd § 302 StGB im Falle eines rechtswidrigen Auskunftsbegehrens jedenfalls möglich.

Ist ein Verstoß gegen den Datenschutz ein Schaden iSd § 302 StGB?

Eine **Weitergabe der Daten** an einen Unbefugten ist für die Verwirklichung des Tatbestands des Amtsmisbrauchs nach der jüngeren Rsp gar nicht mehr erforderlich.²⁸

Beispiel

- So kann schon durch die missbräuchliche Abfrage „zum Eigengebrauch“ ohne dienstliche Notwendigkeit ein Amtsmisbrauch verwirklicht werden, wenn ein **Schädigungsvorsatz insoweit vorliegt, als dem Täter bewusst ist, das Recht auf Datenschutz des Betroffenen zu beeinträchtigen**.²⁹

Der Befugnismissbrauch liegt bereits in der rechtswidrigen Beschaffung der Daten und der Schädigungsvorsatz in dem Bewusstsein, dass die Beschaffung rechtswidrig ist.³⁰

2.5 Die auskunftsbegehrende Person als Bestimmungstäter

Ein Nichtbeamter kann einen Missbrauch der Amtsgewalt (nur) als Bestimmung- oder Beitragstäter begehen.³¹ Wenn jemand unter Täuschung falscher Tatsachen (insb. indem er sich als eine andere Person ausgibt) ein Auskunftsbegehren stellt, kommt Bestimmungstäterschaft in Frage. Er muss dabei selbst alle Voraussetzungen der subjektiven Tatseite erfüllen.³² Entsprechend muss er mit dem Vorsatz handeln, dass durch den Befugnismissbrauch des Beamten jemand anderer an dessen Rechten geschädigt

wird. Für den Schädigungsvorsatz ist Eventualvorsatz ausreichend; das bedeutet, dass der rechtswidrig Auskunftsbegehrende eine Verletzung der betroffenen Person im Grundrecht auf Datenschutz ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet.

Der Bestimmungstäter muss weiters wissen, dass der Beamte, an welchen er das Auskunftsbegehren stellt, nicht befugt ist, die Auskunft ihm gegenüber zu erteilen. Dies wird in Fällen eines rechtswidrigen Auskunftsbegehrens im Regelfall zu bejahen sein.³³

3. Verletzung von Amtsgeheimnissen (§ 310 StGB)

Weiters wäre noch denkbar, dass bei einem Missbrauch des Auskunftsrechts im öffentlichen Bereich der Tatbestand der Verletzung von Amtsgeheimnissen (§ 310 StGB) verwirklicht werden könnte. Diesen Tatbestand erfüllt ein Beamter³⁴, der ein ihm ausschließlich kraft seines Amtes anvertrautes oder zugänglich gewordenes Geheimnis offenbart oder verwertet, dessen Offenbarung oder Verwertung geeignet ist, ein öffentliches oder ein berechtigtes privates Interesse zu verletzen. § 310 StGB ist ausdrücklich **subsidiär** und kommt nicht zur Anwendung, wenn die Tat nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist.³⁵

In der jüngeren Rsp des OGH findet § 310 StGB immer wieder Anwendung.³⁶

Beispiele

- Ein Staatsanwalt, der Dritten offenbart, er führe gegen jemanden ein Ermittlungsverfahren,³⁷
- ein Bürgermeister, der ein amtliches Schreiben mit Hinweisen auf Verurteilungen anderer veröffentlicht;³⁸

¹⁹ Pradler, Datenmissbrauch 86. ²⁰ OGH 7. 10. 2013, 17 Os 9/13x; Fabrizy, StGB¹² § 302 Rz 14. ²¹ Vgl hierzu kritisch Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 310 Rz 43. ²² Fabrizy, StGB¹² § 302 Rz 14. ²³ Fabrizy, StGB¹² § 302 Rz 17. ²⁴ Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 310 Rz 45. ²⁵ Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 310 Rz 46. ²⁶ OGH 23. 4. 1998, 12 Os 182/97; 18. 4. 1996, 15 Os 20/96; OGH 21. 4. 1999, 13 Os 46/99 AnwBl 1999/7600 (Brand); Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 310 Rz 42. ²⁷ OGH 23. 4. 1998, 12 Os 182/97; Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 302 Rz 80. ²⁸ Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 310 Rz 43. ²⁹ OGH 30. 1. 2001, 14 Os 114/00. ³⁰ Vgl hierzu kritisch Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 310 Rz 43. ³¹ § 12 zweiter oder dritter Fall StGB; Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 302 Rz 179. ³² Pradler, Datenmissbrauch 153. ³³ Die Anforderungen der subjektiven Tatseite sind sohin bei den jeweils relevanten Delikten für den öffentlichen und privaten Sektor unterschiedlich, vgl für den privaten Sektor den ersten Teil dieses Beitrags, Dako 2019, 107. ³⁴ Oder ehemaliger Beamter. ³⁵ Der Straftatbestand der Verletzung des Amtsgeheimnisses ist mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bedroht. Die Strafdrohung beim Missbrauch der Amtsgewalt gem § 302 StGB ist eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bzw. in qualifizierten Fällen sogar von einem bis zu zehn Jahren. ³⁶ Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 310 Rz 41. ³⁷ In concreto (damals): er habe gegen jemanden die Einleitung der Voruntersuchung beantragt, OGH 15. 9. 1998, 11 Os 67/98. ³⁸ OGH 28. 7. 1992, 11 Os 47/92.

- ein Gemeindebediensteter im städtischen Wasserwerk, der die Namen von Mitbewerbern an eine Baugesellschaft weitergibt³⁹

Personenbezogene Daten fallen unter den Geheimnisbegriff des § 310 StGB.⁴⁰ Daher war die unerlaubte Weitergabe von Strafregisterdaten bis zum Inkrafttreten des Datenschutzgesetzes nach § 310 StGB strafbar.⁴¹ Seit Einführung des DSG ist wegen der Schädigung im Grundrecht auf Datenschutz (wegen der ausdrücklichen Subsidiarität des § 310 StGB) ausschließlich § 302 StGB verwirklicht.⁴² Interessanterweise ist nach Ansicht des OGH bei Offenbarung der Tatsache, dass eine bestimmte Person im Strafregister nicht gespeichert ist, § 310 StGB erfüllt.⁴³ Eine **Negativauskunft** aufgrund eines Auskunftsbegehrens könnte sohin einen Verrat von Amtsgeheimnissen gem § 310 StGB darstellen. Dies kommt jedoch wohl nur für den Beamten, der die Negativauskunft erstattet, in Frage. Jene Person, die rechtswidrig ein Auskunftsbegehren stellt, wird zu diesem Zeitpunkt nämlich niemals wissen können, ob personenbezogene Daten vom Verantwortlichen, gegenüber welchem das Auskunftsbegehren gestellt wird, verarbeitet werden oder nicht. Die rechtswidrig auskunftsbegehrende Person wird sohin im Regelfall eine Bestimmung zum Amtsmissbrauch gem § 12 2. Fall, § 302 StGB verwirklichen. Raum für eine Verletzung des Amtsgeheimnisses gem § 310 StGB bleibt daher nur sehr eingeschränkt: Entweder es fehlt der auskunftsbegehrenden Person an der vollständigen subjektiven Tatseite⁴⁴ (bzw es mangelt an einem sonstigen Tatbestandsmerkmal des § 302 StGB⁴⁵) oder beim Beamten, welcher das Auskunftsbegehren mit einer Negativmeldung beantwortet, kommt § 310 StGB in Frage.

4. Datenverarbeitung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht (§ 63 DSG) und Täuschung (§ 108 StGB)

Auch im öffentlichen Bereich könnten bei einem Missbrauch des Auskunftsrechts die Straftatbestände der Datenverarbeitung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht (§ 63 DSG) sowie der Täuschung (§ 108 StGB) Anwendung finden. Denkbar wäre eine Anwendbarkeit dieser Delikte immer dann, wenn es an einem (oder mehreren) der Tatbestandsmerkmale des § 302 StGB und § 310 StGB mangelt. Dies wäre bspw dann der Fall, wenn das Auskunftsbegehren nicht gegenüber einem Beamten iSd § 74 Abs 1 Z 4 StGB gestellt wird (oder die rechtswidrig auskunftsbegehrende Person nicht einmal Eventualvorsatz hat, dass es sich dabei um einen Beamten oder eine Körperschaft öffentlichen Rechts handelt). Freilich müssten auch in diesem Fall die jeweiligen weiteren Voraussetzungen erfüllt sein.⁴⁶

5. Ergebnis

Im Ergebnis zieht – genauso wie im privaten Sektor – auch im öffentlichen Sektor ein Missbrauch des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts uU strafrechtliche Folgen

mit sich. Während im privaten Sektor die Straftatbestände der Datenverarbeitung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht (§ 63 DSG) sowie der Täuschung (§ 108 StGB) Anwendung finden, ist es im öffentlichen Bereich in erster Linie der Straftatbestand des Amtsmissbrauchs (§ 302 StGB), welcher hier – bei der auskunftsbegehrenden Person als Bestimmungstäter – Anwendung findet. In einigen wenigen Konstellationen (und subsidiär zu § 302 StGB) könnte auch der Straftatbestand der Verletzung eines Amtsgeheimnisses (§ 310 StGB) erfüllt sein.

Es kann sohin nur das wiederholt werden, was bereits beim ersten Teil unsere Schlussfolgerung war: Von mangelndem strafrechtlichen Schutz vor „Datendiebstahl“⁴⁷ kann uE keine Rede sein.

Dako 2020/36

³⁹ OGH 22. 5. 2001, 14 Os 142/00. ⁴⁰ EvBl 1994/164; Fabrizy, StGB¹² § 310 Rz 5. ⁴¹ SS 52/35. ⁴² EvBl 1985/147. ⁴³ SS 63/13. ⁴⁴ Vgl Pkt 2.4; was wohl eher selten der Fall sein wird. ⁴⁵ Siehe aber auch sogleich Pkt 4. ⁴⁶ Siehe hierzu den 1. Teil dieses Beitrags, Dako 2019, 107. ⁴⁷ So Salimi, Zahnloses Cyberstrafrecht? Eine Analyse der gerichtlichen Straftatbestände zum Datenschutz und Geheimnisschutz, ÖJZ 2012, 1002.

Zum Thema

Über die Autorin und den Autor

Mag.^a Célia Chausse ist Fachkoordinatorin der Sektion EU und internationale Marktstrategien im Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort und als solche auch für Datenschutz zuständig.

E-Mail: Celia.Chausse@BMDW.gv.at

Mag. Georg Kudrna ist Rechtsanwaltsanwärter bei Rohregger Rechtsanwalts GmbH. Zu seinen Schwerpunkten zählen Wirtschafts- und Cyberstrafrecht.

E-Mail: georg.kudrna@rwk.at

Hinweis

Teil 1 des Beitrags ist in der Dako Heft 5/2019 (Dako 2019/57) erschienen.



VEREINIGUNG
ÖSTERREICHISCHER
UNTERNEHMENSJURISTEN

Unabhängig,
branchenübergreifend,
einzigartig.

Näheres über die Ziele der VUJ unter
www.vereinigung-unternehmensjuristen.at

„In Zeiten verstärkter Fokussierung auf Bereiche wie Aufsicht, Betrugs- und Korruptionsbekämpfung, Compliance sowie Risikomanagement ist es notwendig, den Stellenwert der UnternehmensjuristInnen als Geschäftsermöglicher und Teil des Managements zu steigern.“

MAG. SUSANNE HOCHWARTER,
Gründerin von lawyers & more

Jetzt Mitglied werden und mitgestalten!