



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Schramm als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek, Dr. Nowotny sowie die Hofrätin Dr. Faber als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei C*****, vertreten durch Rechtsanwälte Müller.Schubert & Partner OG in Salzburg, gegen die beklagte Partei Dipl.-Ing. (FH) M*****, vertreten durch Mag. Franz J. Teufl, Rechtsanwalt in Salzburg, als Verfahrenshelfer, wegen Unterlassung (Streitwert 10.800 EUR) und Beseitigung (Streitwert 10.800 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 19. April 2018, GZ 3 R 40/18z-30, mit dem das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 24. Jänner 2018, GZ 14 Cg 55/17a-26, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen, die in Punkt 2. der Entscheidung des Erstgerichts bestätigt werden und die in Punkt 3. des Erstgerichts als unbekämpft in Rechtskraft erwachsen sind, werden in Punkt 1. des Erstgerichts dahin abgeändert, dass das Begehren, der Beklagte sei gegenüber der Klägerin schuldig, es ab sofort zu unterlassen, die in der Beilage ./A bzw im höchstpersönlichen E-Mail-Verkehr der Klägerin mit F***** im Zeitraum Februar 2010 bis August 2010, den schriftlichen Aufzeichnungen der Klägerin vom Juni 2010, im Chat-Protokoll der Klägerin mit M***** vom Oktober 2010 sowie im E-Mail-Verkehr der Klägerin mit W***** vom November 2010 enthaltenen personenbezogenen sensiblen Daten der Klägerin, das sind Daten der Klägerin über ihre

rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse und philosophische Überzeugung, Gesundheit und Sexualleben, zu vervielfältigen und/oder weiterzugeben und zu verbreiten, abgewiesen wird.

Der Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit 696,55 EUR an Barauslagen bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die Parteien haben die ihnen in allen drei Instanzen entstandenen Kosten ihrer anwaltlichen Vertretung selbst zu tragen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Parteien, deren Ehe am 24. 1. 2012 einvernehmlich geschieden wurde, haben zwei gemeinsame Kinder. Beim Bezirksgericht Oberndorf behängt ein Pflugschaftsverfahren betreffend diese Kinder. In diesem Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren beauftragte das Pflugschaftsgericht im September/Okttober 2015 eine Sachverständige mit der Erstellung eines Familiengutachtens zu den Fragen, ob aus Sachverständigensicht das Wohl der Kinder bei deren hauptsächlicher Betreuung im Haushalt der Mutter (Klägerin) oder des Vaters (Beklagter) besser gewährleistet sei, welche Kontaktrechtsregelung zum nicht hauptsächlich betreuenden Elternteil dem Wohl der Kinder am besten entspreche und ob objektivierbare Hinweise bestünden, dass die Kinder Opfer eines sexuellen Missbrauchs waren oder dass im Haushalt der Klägerin ein nicht kindgerechter Umgang mit dem Thema Sexualität geübt wird.

Als die Sachverständige im November 2015 mit der Befundaufnahme begann, übergab ihr der Beklagte einen Ordner mit E-Mail-Verkehr der Klägerin mit F***** aus dem

Zeitraum Februar bis August 2010, schriftlichen Aufzeichnungen der Klägerin vom Juni 2010, Chat-Protokollen der Klägerin mit M***** vom Oktober 2010 und E-Mail-Verkehr der Klägerin mit W***** vom November 2010. Der E-Mail-Verkehr mit F***** enthielt Angaben über die Gesundheit der Klägerin, ihr Sexualleben, Empfängnisverhütung, ihre Gefühlswelt, Eheprobleme, Paartherapie und Psychotherapie. In ihren Aufzeichnungen vom 18. bis 20. Juni 2010 sprach die Klägerin vor allem über ihre Gefühlswelt, aber auch über ihre Gesundheit und ihr Sexualleben. In den Chat-Protokollen mit M***** fanden sich ebenfalls Angaben zur Gesundheit der Klägerin, zu möglichen und tatsächlich durchgeführten Behandlungen und über ihr Sexualleben. Die E-Mail-Korrespondenz mit W***** enthielt neben umfangreichen Angaben der Klägerin zu ihrem Sexualleben, ihrer Gesundheit, stattgehabten Krankheiten und Therapien auch Schilderungen über ihre Kindheit und Jugendzeit.

Die Sachverständige, die diese Unterlagen dem Beklagten bereits nach einer Woche retourniert hatte, gelangte in ihrem am 19. 1. 2016 überreichten Gutachten zum Ergebnis, dass eine hauptsächliche Betreuung der Minderjährigen im Haushalt des Beklagten das Wohl der Kinder besser gewährleiste als ein Hauptaufenthaltort in der Obhut der Klägerin. Gleichzeitig empfahl die Sachverständige angesichts der völlig gewandelten Einstellungen und Verhaltensweisen des Beklagten gegenüber der Klägerin eine systemische Psychotherapie für die persönliche Konfliktverarbeitung des Beklagten und für seine Änderungsbereitschaft auch bezüglich seiner Bindungsloyalität und Kooperation mit der Klägerin. Substantielle und objektivierbare Hinweise für einen sexuellen Missbrauch der Kinder wurden von der

Sachverständigen ebenso verneint wie Anhaltspunkte für einen im Haushalt der Mutter nicht kindgerechten Umgang mit dem Thema Sexualität.

Dieses Gutachten wurde nach einer schriftlichen Ergänzung vom 13. 3. 2016 in einer knapp sieben Stunden dauernden Tagsatzung am 16. 3. 2016, an der die Parteien mit ihren Rechtsvertretern teilnahmen, mit der Sachverständigen erörtert. Dabei zeigte die Sachverständige auf, dass es in der Zwischenzeit zu einer das Kindeswohl gefährdenden Entwicklung gekommen sei und nach zeitweilig vereitelten Kontaktrechten zwischen den Kindern und der Klägerin beginnende Entfremdungssymptome deutlich würden. Sie erläuterte auch, warum die Durchführung eines MMPI-2-Tests bei der Klägerin nicht möglich gewesen sei. Sie stellte auch klar, dass sie aufgrund der vom Beklagten geäußerten Verdachtsmomente, es liege bei der Klägerin eine psychiatrische Erkrankung vor, bei der Klägerin psychiatrisch-klinische Verfahren angewandt habe, um dem Beklagten zeigen zu können, dass seine Verdachtsmomente unberechtigt seien.

In der Folge vereitelte der Beklagte durch einseitige Maßnahmen das Kontaktrecht der Mutter, woraufhin der Kinder- und Jugendhilfeträger die Obsorge für die Kinder wegen Gefahr im Verzug übernahm, welche Maßnahme das Pflschaftsgericht mit Beschluss vom 19. 4. 2017 für vorläufig zulässig erklärte; gleichzeitig lehnte das Pflschaftsgericht die sofortige Rückführung des Sohnes in den väterlichen Haushalt ab. In der Begründung dieses Beschlusses wurde die Einholung eines ergänzenden familienpsychologischen Sachverständigengutachtens zur Frage angekündigt, inwieweit das Wohl der Kinder in Hinkunft besser durch einen Verbleib im Haushalt der Klägerin oder des Beklagten gefördert werden könne.

Auf diesen Beschluss reagierte der Beklagte mit einem Ablehnungsantrag gegen den Pflegschaftsrichter und am 8. 5. 2017 mit einem Ablehnungsgesuch gegen die Sachverständige, der er im Zusammenhang mit ihren Untersuchungen und Befundaufnahmen vor dem schriftlichen Gutachten und der Gutachtenserörterung vom 16. 3. 2016 sowie im Gutachten selbst Verstöße gegen die Standesregeln der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs, ein Naheverhältnis zur Klägerin und deren Familie, eine Verharmlosung der einschlägigen Vergangenheit der Klägerin, eine Verharmlosung von nicht kindgerechtem Umgang mit der Sexualität, eine Bagatellisierung von Gewalt und offensichtliche Unkenntnis des P.A.S.-Syndroms (Parental alienation syndrom) vorwarf. Diesem Ablehnungsgesuch gegen die Sachverständige schloss der Beklagte als Beilagen den E-Mail-Verkehr der Klägerin mit F***** im Zeitraum Februar bis August 2010, die schriftlichen Aufzeichnungen der Klägerin vom Juni 2010, einen HIV-Test der Klägerin vom September 2010, die Chat-Protokolle zwischen der Klägerin und M***** vom Oktober 2010 und den E-Mail-Verkehr der Klägerin mit W***** vom November 2010 an.

Die Sachverständige nahm zu diesen Vorwürfen am 3. 9. 2017 ausführlich Stellung und verneinte jegliche Voreingenommenheit sowie Befangenheit ihrerseits. Die angeschlossenen Unterlagen erwähnte sie mit keinem Wort. Mit Beschluss vom 25. 9. 2017 wies das Pflegschaftsgericht den Ablehnungsantrag wegen Verspätung ab und hielt fest, dass es dem Beklagten nicht gelungen sei, in seinen Ausführungen auch nur den geringsten Zweifel an der Objektivität und Unvoreingenommenheit der Sachverständigen zu erwecken. Auch in diesem Beschluss finden die Anhänge zum Ablehnungsantrag keine Erwähnung.

Den Ablehnungsantrag des Beklagten gegen den Pflschaftsrichter wies das Landesgericht Salzburg mit Beschluss vom 5. 7. 2017 als unbegründet zurück.

Der E-Mail-Verkehr der Klägerin mit F***** und W*****, ihre Aufzeichnungen vom Juni 2010 und die Chat-Protokolle zwischen der Klägerin und M***** waren auf der Festplatte eines PC gespeichert gewesen, der nach der Scheidung der Ehe der Streitteile vereinbarungsgemäß dem Beklagten überlassen worden war. Diesen PC hatte die Klägerin in die Ehe eingebracht, der Beklagte hatte der Klägerin darauf einen E-Mail-Account installiert und auch für sich selbst einen eigenen Account eingerichtet; die beiden Accounts waren nicht mit Passwort gesichert gewesen. Allerdings hatte die Klägerin im Sommer 2011 herausgefunden, dass der Beklagte auf seinem Firmen-Laptop den privaten E-Mail-Verkehr der Klägerin gespeichert hatte, was Anlass für einen Streit zwischen den Parteien gewesen war und dazu geführt hatte, dass sich die Klägerin eine neue E-Mail-Adresse zulegte.

Als der Beklagte im Jahr 2012 oder 2013 alle Daten von dem ihm überlassenen PC auf seinen neu angeschafften privaten Laptop überspielt hatte, war er auf den E-Mail-Verkehr, die Chat-Protokolle und die privaten Aufzeichnungen der Klägerin gestoßen und hatte sich Kenntnis von deren Inhalt verschafft, ohne die Klägerin zu informieren.

Darüber hinaus hatte eine externe USB-Festplatte existiert, die die Klägerin bis Anfang Jänner 2014 in Händen gehabt hatte, um dort gespeicherte Fotos auf ihren Laptop herunterzuladen. Anlässlich der Rückstellung dieser Festplatte an den Beklagten hatte die Klägerin diesen ersucht, die Daten, und zwar ihre privaten Bilder, zu löschen, was ihr der Beklagte mit E-Mail vom 10. 1. 2014 auch zugesagt hatte.

Die **Klägerin** begehrt, soweit dies noch revisionsgegenständlich ist (ein Schadenersatzbegehren über 2.000 EUR wurde bereits vom Erstgericht rechtskräftig abgewiesen), vom Beklagten nach Klageseinschränkung (ON 23) die Unterlassung der Vervielfältigung und/oder Weitergabe sowie der Verbreitung von ihren im E-Mail-Verkehr mit F***** (Februar bis August 2010) und W***** (November 2010), in ihren schriftlichen Aufzeichnungen vom Juni 2010 und den Chat-Protokollen mit M***** (Oktober 2010) enthaltenen personenbezogenen, sensiblen Daten, also Daten über ihre rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse und philosophische Überzeugung, Gesundheit und ihr Sexualleben, sowie die Löschung dieser Daten und die Vernichtung bereits angefertigter Ausdrucke; die Klägerin bezieht sich dabei auf die Beilage ./A (ein Ablehnungsgesuch des Beklagten vom 8. 5. 2017 im Pflegschaftsverfahren betreffend die beiden Kinder). Der Beklagte habe diese Daten, die er nicht rechtmäßig ermittelt gehabt habe, einem größeren Personenkreis ohne Notwendigkeit, weil im Pflegschaftsverfahren nicht mehr verfahrensrelevant, zugänglich gemacht und dadurch gegen die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes 2000 sowie des Urheberrechtsgesetzes verstoßen und darüber hinaus in ihre Persönlichkeitsrechte eingegriffen.

Der **Beklagte** trat dem mit der Begründung entgegen, die Vorlage der Unterlagen sei im Sinn des Wohles der beiden minderjährigen Kinder unbedingt notwendig gewesen, enthielten die Unterlagen doch Hinweise auf Drogenkonsum, Neigung zu exzessivem Verhalten und eine psychische Erkrankung im Sinn einer Borderline-Störung. Im Übrigen sei er rechtmäßig in den Besitz der Daten gelangt, habe er doch die auf dem PC versteckt gespeicherten Daten

bloß zufällig entdeckt.

Die **Vorinstanzen** gaben dem Klagebegehren insoweit übereinstimmend Folge, das Berufungsgericht sprach darüber hinaus mit Urteil vom 19. 4. 2018 aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR übersteigt und dass die ordentliche Revision zulässig ist; es fehle Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, unter welchen Voraussetzungen in einem Pflegschaftsverfahren von einem Elternteil sensible Daten über den anderen Elternteil vorgebracht beziehungsweise als Ausdruck vorgelegt werden dürfen, wenn er diese Daten auf einem von beiden Elternteilen genutzten Datenträger entdeckte. In der Sache selbst stützten sich die Vorinstanzen noch auf die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes 2000, wobei das Berufungsgericht die Auffassung vertrat, die Wahrung der körperlichen und seelischen Integrität der Kinder im Sinn des § 138 Ziffer 6, 7, 8 und 10 des ABGB und deren verfassungsrechtlich geschützten Wohls könnten zwar als lebenswichtiges Interesse im Sinn des Ausnahmetatbestands des § 9 Z 8 DSG 2000 angesehen werden; darauf habe sich der Beklagte aber im Verfahren erster Instanz nicht berufen.

Die **ordentliche Revision** ist zulässig; sie ist auch berechtigt.

1. Nach Art 99 Abs 2 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO) gilt diese Verordnung ab dem 25. 5. 2018. Für Österreich bestimmt § 69 Abs 4 DSG idF des Datenschutz-Anpassungsgesetzes 2018 (BGBl I 2018/120), dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes (am 25. 5. 2018; § 70 Absatz 1 leg cit)

bei der Datenschutzbehörde oder bei den ordentlichen Gerichten zum Datenschutzgesetz 2000 anhängige Verfahren nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der DSGVO fortzuführen sind, mit der Maßgabe, dass die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte aufrecht bleibt. Sowohl die DSGVO als auch das Datenschutzgesetz idF des Datenschutz-Anpassungsgesetzes 2018 sind somit im Revisionsverfahren bereits beachtlich, auch wenn die Vorinstanzen noch auf der Grundlage des Datenschutzgesetzes 2000 entschieden haben.

2.1. Die DSGVO gilt gemäß ihrem Art 2 Abs 1 für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.

§ 4 Abs 1 DSG ordnet an, dass die DSGVO und das DSG für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten gelten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.

Zur „Verarbeitung“ zählen nach der Legaldefinition des Art 4 Z 2 DSGVO auch die Speicherung, Verwendung, Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung. Ob diese Vorgänge mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren erfolgen, ist nach der Legaldefinition unerheblich.

Eine automatisierte Verarbeitung liegt immer dann vor, wenn Datenverarbeitungsanlagen zum Einsatz kommen, wobei unerheblich ist, ob die Dateien in irgendeiner Weise strukturiert abgespeichert sind (*Kühling/Raab* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSG² [2018] Art 2 DS-GVO Rz 16; *Schaffland/Holthaus* in *Schaffland/Wiltfang*, DS-GVO/

BDSG [2017] Art 2 DS-GVO Rz 2 [eine automatisierte Datenverarbeitung liegt vor, soweit der Einsatz der Datenverarbeitungsanlage zur Zugänglichkeit der Daten und zur Auswertung des Datenbestands beiträgt, wobei allerdings die rein manuelle Auswertung automatisch aufgezeichneter Daten diese Voraussetzung nicht erfüllt]). Damit führt jede Benutzung von Computer, Internet oder E-Mail zur Anwendbarkeit der Verordnung, sobald personenbezogene Daten involviert sind (*Ernst in Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG² [2018] Art 2 DS-GVO Rz 5; *Zerdick in Ehmann/Selmayr*, DS-GVO [2017] Art 2 Rz 3 [der weite Begriff des Art 2 Abs 1 DSGVO dürfte sämtliche heute gebräuchlichen rechnergestützten Verarbeitungen personenbezogener Daten erfassen]; vgl auch *Kühling/Raab in Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSG² [2018] Art 2 DS-GVO Rz 12, 15).

2.2. Art 4 Z 1 DSGVO definiert den Begriff „personenbezogene Daten“ als alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person („betroffene Person“) beziehen. Der mit „Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten“ überschriebene Art 9 DSGVO untersagt in seinem Abs 1 die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person. Diese besonderen Kategorien werden in Erwägungsgrund 10 der DSGVO als „sensible Daten“ bezeichnet. Über die in § 4 Z 2 DSG 2000 aufgelisteten sensiblen Daten hinaus erfasst Art 9 DSGVO auch Daten zur sexuellen Orientierung, genetische

Daten und die Verarbeitung biometrischer Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person. Die Ausnahmen von dem Verarbeitungsverbot legt Art 9 Abs 2 DSGVO fest. Zu den Ausnahmen zählt die Verarbeitung, die zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen oder bei Handlungen der Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit erforderlich ist.

Bei der besonderen Kategorie der „Gesundheitsdaten“ handelt es sich um personenbezogene Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen Person, einschließlich der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen (Art 4 Z 15 DSGVO). Der Begriff der „Gesundheitsdaten“ ist weit auszulegen (*Ernst in Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG² Art 4 DS-GVO Rz 109; vgl auch *Klabunde in Ehmann/Selmayr*, DS-GVO Art 4 Rz 43), was sich etwa daran zeigt, dass bereits die Information, dass sich eine bestimmte Person den Fuß verletzt hat und partiell krankgeschrieben ist, als besonders geschützt angesehen wurde (EuGH 6. 11. 2003, C-101/01 [*Lindqvist/Schweden*] EU:C:2003:596). Erfasst sind alle Angaben, die unmittelbar die physischen oder psychischen Zustände und Charakterisierungen eines Menschen betreffen. Dies schließt das Verhalten gegenüber Mitmenschen ein. Umfasst sind beispielsweise Zustandsbeschreibungen, Befunde, Ereignisse, Erkrankungen sowie Angaben über Alkohol-, Medikamenten- und Drogengebrauch beziehungsweise -missbrauch. Erfasst sind sowohl aktuelle als auch auf die Vergangenheit bezogene Angaben, unabhängig davon, ob sie noch aktuell sind (*Ernst in Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG² Art 4 DS-GVO Rz 108). Es ist ein Verständnis im weitestmöglichen Sinn geboten, bei dem die Herkunft der Daten keine Rolle spielt (*Klabunde in*

Ehmann/Selmayr, DS-GVO Art 4 Rz 43).

2.3. Die im vorliegenden Fall vom Beklagten dem PflEGschaftsgericht vorgelegten Daten (Gesundheit der Klägerin, ihr Sexualleben, Empfängnisverhütung, ihre Gefühlswelt, Eheprobleme und Therapien), die auf einem PC gespeichert waren, sind von Art 9 DSGVO erfasste „sensible Daten“.

3. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen und dem Vorbringen der Klägerin im Verfahren erster Instanz (selbst die Revisionsbeantwortung erwähnt nichts Abweichendes) geht es nur um die Frage der Verwendung dieser Daten ausschließlich im PflEGschaftsverfahren betreffend die beiden Kinder der Parteien. Darauf, dass der Beklagte diese Daten in sonstigem Zusammenhang verwendet hätte oder beabsichtigen würde, dies zu tun, hat sich die Klägerin zu keinem Zeitpunkt gestützt; es finden sich hiefür auch keine Anhaltspunkte im Akt. Damit ist aber das allgemeine Begehren der Klägerin, der Beklagte habe die Vervielfältigung, Weitergabe und Verbreitung der gegenständlichen Daten zu unterlassen, verfehlt. Voraussetzung einer „vorbeugenden Unterlassungsklage“ ist nämlich die konkrete Besorgnis einer drohenden Rechtsverletzung (RIS-Justiz RS0010479). Die bloße Drohung einer Rechtsverletzung rechtfertigt zwar (nur) unter besonderen Umständen die vorbeugende Unterlassungsklage, wenn nämlich ein dringendes Rechtsschutzbedürfnis des Bedrohten dies verlangt (RIS-Justiz RS0009357 [T13]); eine vorbeugende Unterlassungsklage ist dann gerechtfertigt, wenn das Zuwiderhandeln unmittelbar drohend bevorsteht, also Erstbegehungsgefahr besteht. Der Kläger muss aber diesfalls die tatsächlichen Umstände, die eine ernstlich drohende und unmittelbar bevorstehende Gefahr erstmaliger Begehung begründen, im Einzelnen darlegen und im Bestreitungsfall

beweisen. Die bloße theoretische Möglichkeit der Begehung genügt nicht (RIS-Justiz RS0009357 [T19]).

4. Auch soweit das Unterlassungsbegehren der Klägerin (ausschließlich) darauf abzielt, die Verwendung dieser Daten als Beweismittel im Pflegschaftsverfahren durch den Beklagten zu verhindern, ist die Klage nicht berechtigt:

4.1. Der Oberste Gerichtshof hat bereits klargestellt, dass aus dem Privatrecht kein Anspruch darauf abgeleitet werden kann, dass jemand den Rechtsweg gar nicht beschreitet oder sonst den Staat zu Hilfe ruft (4 Ob 2103/96k). Darauf stützt sich die Klägerin auch nicht.

4.2. Die hier maßgebliche Frage, ob die Zulässigkeit der Verwertung als Beweismittel ausschließlich von den jeweils zuständigen Behörden zu prüfen ist oder ob insoweit ein Unterlassungsanspruch bestehen kann, hat der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 4 Ob 160/11z (ErwGr 2.8.; jusIT 2012/24 [*Thiele*] = MR 2012, 65 [*Thiele*] = *ecolex* 2012/183 [*Barnhouse*]) zwar ausdrücklich offen gelassen. Mit *G. Kodek* (Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren [Teil II], ÖJZ 2001, 334) scheidet aber jedenfalls ein privatrechtlicher Herausgabeanspruch im Hinblick auf die Befugnis des Gerichts, Beweismittel bis zur Erledigung des Verfahrens zurückzuhalten, aus öffentlich-rechtlichen Gründen, was umso mehr für einen Unterlassungsanspruch zu gelten hat, wenn – wie hier – die Beweismittel bereits im Verfahren vorgelegt wurden; der möglicherweise gegenteiligen, nicht näher begründeten Auffassung der Entscheidung 3 Ob 131/00m vermag sich der erkennende Senat nicht anzuschließen.

Es fehlt insoweit bereits an der Wiederholungsgefahr. Der Senat hat erst jüngst klargestellt, dass – wenngleich ein Gesetzesverstoß in der Regel die

Wiederholungsgefahr indiziert – sich diese Indizwirkung doch nur auf in der Ingerenz des beklagten Eingreifers liegende Umstände beziehen könne (6 Ob 139/18m); eine (neuerliche) Vorlage der inkriminierten Daten im Pflschaftsverfahren betreffend die Kinder der Parteien (und nur darum geht es hier) kommt aber ohnehin nicht in Betracht. Damit muss aber das Unterlassungsbegehren der Klägerin, soweit es auf datenschutzrechtliche Ansprüche gestützt wurde, scheitern.

Soweit in den Entscheidungen 6 Ob 6/06k, 6 Ob 231/16p (jusIT 2017/54 [*Thiele*]) oder 6 Ob 16/18y (jusIT 2018, 164 [*Thiele*]) ausgeführt wurde, neben Unterlassungsansprüchen stünden bei bereits erfolgtem Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen auch Beseitigungsansprüche zu, so ging es in diesen Verfahren nicht (wie hier) um die Frage der konkreten Verwendung von Beweismitteln in einem bestimmten Zivilverfahren; in der Entscheidung 6 Ob 16/18y wurde nebenbei klargestellt, dass die (dort zu beurteilende) private Videoüberwachung nicht durch die angestrebte Erlangung von Beweismitteln in einem Zivilrechtsstreit gerechtfertigt sei, für die Verwertbarkeit von Aufnahmen einer privaten Videoüberwachung als Beweismittel in einem Zivilprozess daraus jedoch nichts abzuleiten sei (ErwGr 10.2, 12.).

5. Die Klägerin hat ihre Unterlassungsansprüche im Verfahren erster Instanz auch auf § 77 UrhG gestützt, wonach Briefe, Tagebücher und ähnliche vertrauliche Aufzeichnungen weder öffentlich vorgelesen noch auf eine andere Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, verbreitet werden dürfen, wenn dadurch berechnigte Interessen des Verfassers verletzt würden.

5.1. Da es im vorliegenden Fall neben den im Gesetz bereits ausdrücklich genannten Inhalten von Tagebüchern um E-Mail-Verkehr und Chatprotokolle geht, die

wertungsmäßig den in § 77 UrhG genannten „Briefen“ gleichzuhalten sind (*A. Kodek in Kucsko/Handig, urheber.recht*² [2017] § 77 UrhG Rz 7 mit weiteren Nachweisen aus der Literatur), und nicht bezweifelt werden kann, dass diese Aufzeichnungen nach den Intentionen der Klägerin vertraulich waren, sind sie grundsätzlich von § 77 UrhG geschützt. „Vertrauliche Aufzeichnungen“ im Sinn des § 77 Abs 1 UrhG sind Aufzeichnungen und Mitteilungen, die nach der Intention des Verfassers nicht an die Öffentlichkeit gelangen bzw nur einem bestimmten Empfängerkreis zugänglich sein sollen (RIS-Justiz RS0126874); ob eine Aufzeichnung oder Mitteilung „vertraulich“ ist, ist dabei einzig anhand der Intention des Verfassers oder Mitteilenden zu beurteilen (RIS-Justiz RS0126874 [T2]).

5.2. § 77 UrhG verbietet die Verbreitung vertraulicher Aufzeichnungen auf eine Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Der Begriff der „Öffentlichkeit“ ist dabei weit auszulegen. Die Frage, ob bereits die Vorlage der Aufzeichnungen mit dem Ablehnungsantrag gegen die Sachverständige im Pflschaftsverfahren der Kinder der Parteien den Begriff der „Öffentlichkeit“ erfüllt, muss dabei nicht abschließend beantwortet werden, weil dem Begehren der Klägerin jedenfalls § 77 Abs 6 iVm § 41 UrhG entgegensteht. Demnach kann sich der Verfasser (wie auch der Empfänger) eines Briefes nicht erfolgreich dagegen zur Wehr setzen, dass dieser in einem Gerichtsverfahren zu Beweis Zwecken vorgelegt wird (9 ObA 269/93; *A. Kodek aaO § 77 UrhG Rz 32*); dies gilt selbst dann, wenn der Beweisführer den Brief rechtswidrig erlangt hat (*G. Kodek, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess* [1987] 191; *A. Kodek aaO § 77 UrhG Rz 32*). § 41 UrhG privilegiert nicht die Nutzung durch eine bestimmte Person, sondern eine bestimmte sachliche

Verwendung „ad rem“, nämlich unter anderem zu Zwecken eines Gerichtsverfahrens, wie insbesondere die Vorlage eines Briefes zu einem Gerichtsakt durch eine der Verfahrensparteien (vgl. *Thiele* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 41 UrhG Rz 4, 10, 13, 28).

5.3. Urheberrechtliche Ansprüche der Klägerin nach § 77 Abs 6 iVm § 41 UrhG bestehen daher nicht.

6. Die Revisionsbeantwortung der Klägerin enthält auch Ausführungen zu §§ 16 und 1328a ABGB. Im Verfahren erster Instanz hat sie sich allerdings auf § 16 ABGB ausschließlich (siehe insbesondere AS 151) hinsichtlich der Höhe des von ihr geltend gemachten – zwischenzeitig rechtskräftig abgewiesenen – Schmerzensgeldbegehrens und auf § 1328a ABGB gar nicht gestützt.

7. Nach Art 17 Abs 1 lit a DSGVO und § 45 Abs 2 Z 1 DSG hat der Verantwortliche personenbezogene Daten unverzüglich zu löschen, wenn die personenbezogenen Daten für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig sind.

7.1. Dieser Löschungsanspruch kann – unabhängig von der Übergangsbestimmung des § 69 Abs 4 DSG – auch im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden (*Leupold/Schrems* in *DatKomm* [2018] Art 79 Rz 9, 31; *Diregger*, *Handbuch Datenschutzrecht* [2018] 907 ff; *Martini* in *Paal/Pauly*, *DS-GVO BDSG²* [2018] Art 79 DS-GVO Rz 16 f). Nach Art 79 Abs 1 DSGVO hat jede betroffene Person unbeschadet eines verfügbaren verwaltungsrechtlichen oder außergerichtlichen Rechtsbehelfs einschließlich des Rechts auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde gemäß Art 77 DSGVO das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf, wenn sie der Ansicht ist, dass die ihr aufgrund dieser Verordnung zustehenden Rechte infolge einer nicht im Einklang mit dieser Verordnung

stehenden Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten verletzt wurden. Dem steht § 29 Abs 1 DSG, der sich auf Schadenersatzansprüche bezieht, nicht entgegen; diese Bestimmung bezieht sich auf Art 82 DSGVO, der wiederum als Ergänzung zum nationalen Schadenersatzrecht, als eine Art *lex specialis* eines datenschutzrechtlichen Schadenersatzrechts zu sehen ist (*Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl*, DSG [2018] § 29 Anm 1 unter Hinweis auf *Grabenwarter/Graf/Ritschl*, Neuerungen im europäischen Datenschutzrecht für Unternehmen [2017] 72; vgl auch *Leupold/Schrems* aaO Rz 30).

7.2. Entgegen der vom Beklagten im Revisionsverfahren unter Hinweis auf Art 2 Abs 2 lit c DSGVO vertretenen Auffassung lässt sich der von der Klägerin geltend gemachte Löschungsanspruch auf die Bestimmungen der DSGVO stützen:

7.2.1. Bereits die Richtlinie RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 11. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr vom 24. 10. 1995 (DSRL) nahm die Verwendung von Daten für persönliche oder familiäre Tätigkeiten von ihrem Geltungsbereich aus (Art 3 Abs 2 der DSRL). Das Datenschutzgesetz 2000 wiederum bestimmte, dass derartige Datenanwendungen nicht meldepflichtig waren (§ 17 Abs 2 DSG 2000), weiters sah § 45 DSG 2000 vor, dass natürliche Personen Daten für ausschließlich persönliche oder familiäre Tätigkeiten verarbeiten durften, wenn sie ihnen vom Betroffenen selbst mitgeteilt worden oder ihnen sonst rechtmäßigerweise, insbesondere in Übereinstimmung mit § 7 Abs 2 DSG 2000 zugekommen waren. Die Datenschutzrichtlinie grenzte damit bereits die persönlichen

oder familiären Tätigkeiten von beruflichen oder gewerblichen Funktionen ab und nahm beispielsweise die mit Freunden und Bekannten geführte Korrespondenz von ihrem Anwendungsbereich aus (*Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie [1997] Art 3 Rz 7 f). Es sollte eine inhaltliche Abgrenzung der Sphäre privater Lebensführung von beruflichen Tätigkeiten vorgenommen werden (*Ennöckl*, Der Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Datenverarbeitung [2014] 328).

7.2.2. Art 2 Absatz 2 lit c DSGVO hat die Ausnahmeregelung des Art 3 Abs 2 DSRL für den privaten Bereich im Wesentlichen unverändert übernommen („household exemption“ [*Feiler/Forgó*, EU-DSGVO {2016} Art 2 Rz 7]). Gemäß Erwägungsgrund 18 der DSGVO soll sie Datenverarbeitungen ohne Bezug zu einer beruflichen oder wirtschaftlichen Tätigkeit erfassen wie beispielsweise das Führen eines Schriftverkehrs, das Führen von Anschriftenverzeichnissen oder die Nutzung sozialer Netze und Online-Tätigkeiten im Rahmen persönlicher oder familiärer Tätigkeiten. Nach *Dammann/Simitis* (EG-Datenschutzrichtlinie Art 3 Rz 8) gehören dazu auch Verzeichnisse von Telefonnummern und Geburtstagen von Verwandten, Freunden und Bekannten, aber auch der Umgang mit Daten im Rahmen des persönlichen Konsums und der Freizeit, also etwa die Korrespondenz mit Versandhäusern, die persönliche Kontoführung einschließlich der im privaten Rahmen anfallenden Rechnungen etwa im Zusammenhang mit der Wohnung oder dem (privaten) Personenkraftwagen, oder die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit einem persönlichen Hobby (Daten von Tauschpartnern und/oder Vereinen). Mit der Ausnahmebestimmung wird ein Bereich persönlicher Lebensführung von der beruflichen und geschäftlichen Sphäre abgegrenzt; entscheidend ist, dass der

Datenumgang im privaten Aktionskreis stattfindet, in welchem Fall es dann auch keine Rolle spielt, wie intensiv die Belange von Betroffenen berührt werden oder ob sensible Daten betroffen sind (*Dammann in Simitis*, BDSG⁶ [2006] § 1 Rz 149; vgl auch *Ernst in Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG² [2018] Art 2 DS-GVO Rz 18). Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass die Regeln der DSGVO auf größere Organisationen zugeschnitten sind und nicht auch auf Privatpersonen angewendet werden sollen; die Datenverarbeitung zu privaten Zwecken ist damit allerdings keineswegs rechtsfrei gestellt, sondern dem allgemeinen Ehr- und Persönlichkeitsschutz überwiesen (v. *Lewinski in Eßer/Kramer/v. Lewinski*, DSGVO BDSG⁶ [2018] § 1 BDSG Rz 11; ähnlich *Dammann* aaO, wonach sich bei intensiven Rechtseingriffen Abwehrrechte aus dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch ergeben könnten). Daten auf Heimcomputern und die Teilnahme an Sozialen Netzwerken sollen dabei typischerweise privat sein (v. *Lewinski* aaO Rz 14). Der privilegierte familiäre Rahmen wird auch nicht überschritten, wenn beispielsweise die in einem Haushalt zusammenlebenden Familienmitglieder unter Nutzung desselben PC eine Adressdatei gemeinsam pflegen und/oder nutzen (*Dammann in Simitis*, BDSG⁶ § 1 Rz 153).

7.2.3. Als Ausnahmenorm ist Art 2 Abs 2 lit c DSGVO grundsätzlich restriktiv auszulegen (*Dammann in Simitis*, BDSG⁶ § 1 Rz 148; *Ernst in Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG² Art 2 DS-GVO Rz 21). Eine persönliche oder familiäre Tätigkeit ist öffentlichkeitsfeindlich, weshalb etwa das Online-Stellen von eigentlich privaten Familien-Stammbäumen oder von personenbezogenen Informationen über andere Personen, seien sie verwandt oder befreundet, von der Ausnahme nicht erfasst ist. Jegliche öffentlich online zugängliche Daten sind nicht privilegiert; öffentlich sichtbare

Datensammlungen unterfallen stets den Regelungen der DSGVO und sind nicht aufgrund der household exemption ausgenommen (*Ernst* aaO; *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO Art 2 Rz 7; vgl auch EuGH 6. 11. 2003, C-101/01 [*Lindqvist/Schweden*] EU:C:2003:596). In diesem Sinne hat auch der EuGH ausgeführt, eine Verarbeitung personenbezogener Daten falle nur dann unter die Ausnahme, wenn sie in der ausschließlich persönlichen oder familiären Sphäre desjenigen vorgenommen wird, der die Daten verarbeitet, sodass beispielsweise eine an einem Einfamilienhaus angebrachte Videokamera dann nicht mehr unter die Ausnahme fällt, wenn sie auch den öffentlichen Raum überwacht (EuGH 11. 12. 2014, C-212/13 [*František Ryneš/Úřad pro ochranu osobních údajů*] EU:C:2014:2428 = PinG 2015, 56 [*Müller-Peltzer*]).

Auch die Nutzung einer persönlichen Datensammlung für andere Zwecke lässt den privaten Zweck entfallen, ebenso wenig ist der Informationsaustausch innerhalb einer Organisation (Verein, Gemeinde, Interessengruppe) rein persönlich (*Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie Art 3 Rz 7). Jegliche den persönlich-familiären Bereich überschreitende Nutzung führt zur Unanwendbarkeit der Ausnahme des Art 2 Abs 2 lit c DSGVO (*Ernst* in *Paal/Pauly* aaO Rz 19; *Dammann* in *Simitis*, BDSG⁶ § 1 Rz 150). Wenn die Privatsphäre verlassen wird – ob zu einer kommerziellen oder nicht kommerziellen Tätigkeit – gilt das Gesetz (*Schaffland/Holthaus* in *Schaffland/Wiltfang*, DS-GVO/BDSG Art 2 DS-GVO Rz 23).

7.3. Im vorliegenden Fall hat der Beklagte dadurch, dass er Daten der Klägerin sowohl der Sachverständigen als auch dem PflEGschaftsgericht zur Verfügung stellte, den persönlich-familiären Bereich überschritten, sodass er sich nicht mehr auf den

Ausnahmetatbestand des Art 2 Absatz 2 lit c DSGVO berufen kann.

Aus Art 79 Abs 1 DSGVO ergibt sich somit die gerichtliche Zuständigkeit für den von der Klägerin geltend gemachten Löschungsanspruch nach Art 17 Abs 1 lit a DSGVO und § 45 Abs 2 Z 1 DSG.

7.4. Der Beklagte hat die personenbezogenen Daten der Klägerin in Form von Ausdrucken dem Pflschaftsgericht übermittelt, um im Obsorge- und Kontaktrechtsstreit seine Kinder betreffend gegenüber der Klägerin (allenfalls) erfolgreich sein zu können. Damit hat sich aber ihr Zweck erfüllt; das Pflschaftsgericht war bzw ist damit in die Lage versetzt, diese Daten seiner Entscheidung zugrunde zu legen (oder auch nicht). Gründe für eine weitere Aufbewahrung der Daten durch den Beklagten vermochte dieser nicht zu nennen, womit die Voraussetzungen von Art 17 Abs 1 lit a DSGVO und § 45 Abs 2 Z 1 DSG erfüllt sind. Der Beklagte hat die Daten zu löschen und die hergestellten Ausdrucke zu vernichten.

7.5. Die Vorinstanzen haben den Beklagten – durchaus im Sinn von Art 17 Abs 1 lit a DSGVO und § 45 Abs 2 Z 1 DSG – zur unverzüglichen (wogegen sich der Beklagten im Revisionsverfahren auch nicht wehrt) Löschung bzw Vernichtung verpflichtet. Dies gilt jedenfalls für die von ihm gespeicherten Daten und die sich in seiner Verfügungsmacht befindlichen Ausdrucke. Die beim Pflschaftsgericht befindlichen Ausdrucke der Daten hat er unverzüglich nach deren (allfälliger) Rückstellung durch das Pflschaftsgericht zu vernichten.

8. Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster Instanz gründet sich auf § 43 Abs 1, § 50 Abs 1 ZPO; die Parteien waren als in etwa gleichem Ausmaß obsiegend anzusehen. Da beide Parteien Kostenersatz

beansprucht haben, hat ein Ausspruch gemäß § 70 Satz 2 ZPO nicht zu erfolgen; über eine allfällige (teilweise) Einhebung der angefallenen Pauschalgebühren ist gemäß § 20 GGG im Verwaltungsweg zu erkennen (1 Ob 6/18s).

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 20. Dezember 2018
Dr. S c h r a m m
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: