



**Univ.-Prof. Dr. Nicolas Raschauer**

Institut für Staatsrecht und  
Politische Wissenschaften

Abteilung für Öffentliches Unternehmensrecht

Institut für Umweltrecht

Tel.: +43 732 2468-8454 (Sekr)

Fax: +43 732 2468-28457

stapol@jku.at

Fachverband der Finanzdienstleister  
zHd sg Herrn Gf  
Mag. Philipp Bohrn  
Wiedner Hauptstraße 63  
1040 Wien

Linz, 19. März 2012

**Betreff: Rechtsgutachtliche Stellungnahme zu „VKI Leaks“**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Sie haben mich mit einer Beurteilung der aktuellen öffentlichen, an „Insider“ oder ehemalige Mitarbeiter von Finanzdienstleistungsunternehmen gerichteten „Aufforderung“ des VKI zur Informationsweitergabe beauftragt und ersucht, dazu aus der Perspektive des WAG 2007 und des DSG 2000 Stellung zu beziehen. Ich erstatte nachfolgendes Gutachten.

Mit besten Empfehlungen,

Nicolas Raschauer mp

## I.) Ausgangssachverhalt

Der **Verein für Konsumenteninformation** mit Sitz in 1060 Wien (in weiterer Folge VKI) ist ein im zentralen Vereinsregister unter der Nummer 389759993 registrierter Verein im Sinne des VerG 2002.

Nach eigenen Angaben<sup>1</sup> hat sich der VKI (Bereich Recht) auf das Verbraucherrecht in Österreich und in der EU spezialisiert. Er führt Musterprozesse und Verbandsklagen, dokumentiert Rechtsnormen und Gerichtsurteile, informiert über die neuesten Entwicklungen und gibt wertvolle Tipps für den Verbraucheralltag.<sup>2</sup>

Als Hauptaufgaben gibt der VKI an:

- *„Musterprozesse: Wir führen im Auftrag des BMSG (Sektion Konsumentenschutz) in Einzelfällen Musterprozesse. Dabei geht es um typische Verbraucherprobleme (z.B. Reisebeschwerden, Probleme mit Banken, Maklerbeschwerden, ...). Wir versuchen dadurch Defizite aufzuzeigen und zu beheben und auf diese Weise das Verbraucherrecht weiterzuentwickeln. In manchen Fällen organisieren wir auch Sammelklagen.*
- *Marktkontrolle: Wir kontrollieren im Auftrag des BMSG (Sektion Konsumentenschutz) Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) auf unfaire Vertragsklauseln und bekämpfen gesetz- oder sittenwidrige Klauseln mit Abmahnungen und Verbandsklagen. Ebenso gehen wir gegen irreführende Werbung und gegen Verstöße gegen EU-Richtlinien zum Verbraucherschutz vor.*
- *Gerichtsurteile: Wir sammeln die Rechtsprechung zum Verbraucherrecht (KRES) und informieren rasch und kompetent über wichtige Neuigkeiten zum Verbraucherrecht in Österreich und der EU (VRInfo). Rechtsinformation: Wir stellen zu den wesentlichen Fragen rechtliche Informationen (VRInfo, Frankfurter Liste) zur Verfügung und leisten Hilfe zur Selbsthilfe (Musterbriefe).*
- *Begutachtung: Bei der Begutachtung von Gesetzen vertreten wir die Interessen der Verbraucher“.*<sup>3</sup>

Der VKI hat vor kurzem die trefflich betitelt Aktion „**VKI Leaks**“ ins Leben gerufen (vgl [www.verbraucherrecht.at](http://www.verbraucherrecht.at)). „Insider“ oder sonstige aktive und ehemalige Mitarbeiter von Finanzdienstleistungsunternehmen werden nach dem Vorbild der Plattform „Wikileaks“ aufgefordert, Informationen über ihren aktiven oder ehemaligen Arbeitgeber, Mitarbeiter, über betriebliche Interna (insb Handlungsvorgaben), und dgl an den Verein zu übermitteln. Auf die angesprochene Aktion ist auch in den Printmedien „hingewiesen“ worden.<sup>4</sup>

Auf [www.verbraucherrecht.at](http://www.verbraucherrecht.at) findet sich in diesem Zusammenhang folgender Hinweis: „Wir [VKI, Anm] bieten die Möglichkeit für Insider, Whistleblower und Tipp-Geber, uns Informationen

---

<sup>1</sup> Siehe [www.verbraucherrecht.at](http://www.verbraucherrecht.at), „Über uns“; abgerufen am 4. 3. 2012.

<sup>2</sup> Vgl in diesem Zusammenhang die ähnlich formulierten Statuten des Vereins, die auf [www.konsument.at](http://www.konsument.at) im Downloadbereich abrufbar sind (idF der 49. Mitgliederversammlung, 7. 4. 2006).

<sup>3</sup> Vgl in diesem Zusammenhang die ähnlich formulierten Statuten des Vereins, die auf [www.konsument.at](http://www.konsument.at) im Downloadbereich abrufbar sind (idF der 49. Mitgliederversammlung, 7. 4. 2006).

<sup>4</sup> Siehe zB den Artikel „Verbraucherschutz sucht Insider“ in den SN vom 28. 2. 2012.

*anonym zukommen zu lassen. Ab sofort bieten wir Ihnen die Möglichkeit, uns Informationen einfach und diskret zu übermitteln. Wir können Ihnen in diesem Zusammenhang absolute Diskretion zusichern. Wir sind insbesondere an Insider-Informationen aus dem Investment-Bereich interessiert“.* Als Kontaktadressen werden die Postanschrift des Vereins „Unsere Kontaktadresse: Verein für Konsumenteninformation, Bereich Recht, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien“ sowie die Mailadresse „[security@vki.at](mailto:security@vki.at)“ angegeben.

Zwecks weiterer Beurteilung dieser Vorgangsweise wurden mir folgende Fragen gestellt, auf die nachfolgend eingegangen wird.

## II.) Vorbemerkung

Der **Auftrag des VKI** liegt im Schutz der Rechte von Verbrauchern. In diesem Zusammenhang führt der Verein im Auftrag des BMSG Prozesse gegen Unternehmer im Sinne des KSchG (vgl zB § 29 Abs 1 KSchG). Eine effektive Aufgabenerfüllung, daher auch eine aussichtsreiche Prozessführung im Interesse der Verbraucher, bedingt die umfassende Einholung und Kenntnis einschlägiger Informationen (zB Handlungsvorgaben und Organisationsstruktur eines Prozessgegners). Hinzuweisen ist ferner auf die Kenntnis über die Arbeitsweise und Organisation vertraglich gebundener Vertriebspartner, zwischen Auftraggeber und Dienstleister bestehende Handlungsanleitungen und Protokolle, Schulungsunterlagen und dgl.

Der Versuch des VKI, diese Informationen zu ermitteln und im Hinblick auf anstehende oder laufende „Sammelklagen“ zu verwerten, steht mit seiner Aufgabe grundsätzlich in Einklang. Immerhin soll der Verein gem § 2 Abs 3 seiner Statuten zwecks Erfüllung seiner Aufgaben (§ 2 Abs 2 der Statuten) folgende Tätigkeiten durchführen (...):

- c) Rechtsberatung, Intervention und Schlichtungstätigkeit;*
- d) Vertretung der Verbraucherinteressen und Aufzeigen von konsumentenrelevanten Fehlentwicklungen in nationalen, europäischen und internationalen Gremien;*
- g) Marktbeobachtung, Analyse und Evaluierung konsumentenrelevanter Entwicklungen;*
- h) Abmahnungen und Klagen (...)*“.

Die Erfüllung der in Rede stehenden Aufgaben soll daher unter alternativem Einsatz der angesprochenen Mittel erfolgen. Freilich sind Vereine dabei an die zwingenden **Vorgaben** (Grenzen) **der Rechtsordnung gebunden**. Anders formuliert ist es Vereinen bei sonstiger aufsichtsbehördlicher Sanktion untersagt, gesetzwidrige Mittel zur Erfüllung ihrer Aufgaben einzusetzen. Dies ergibt sich unzweideutig aus § 29 Abs 1 VerG, BGBl I 2002/66, der sub titulo „Behördliche Auflösung“ anordnet: *„Jeder Verein kann unbeschadet des Falls nach § 2 Abs. 3 bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, mit Bescheid aufgelöst werden, wenn er gegen Strafgesetze verstößt, seinen statutenmäßigen Wirkungsbereich überschreitet oder überhaupt den Bedingungen seines rechtlichen Bestands nicht mehr entspricht“.* Die in § 29 VerG verwendete Wortfolge „Strafgesetze“ bezieht sich im Übrigen nicht nur auf gerichtliche Straftatbestände, sondern auch auf solche des Verwaltungsrechts.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Anschaulich etwa VfSlg 19.078/2010.

Dies ist bei der nachfolgenden Interpretation der geltenden Rechtslage mitzubedenken.

---

### III.) Fragekatalog

a) *Inwieweit stellt die VKI-Aktion eine Aufforderung zu gesetzwidrigem Verhalten dar, zumal etwa § 7 WAG 2007 die vom VKI angesprochenen „Insider“ – sofern es sich dabei um für Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Finanzdienstleister) tätige /tätig gewesene Personen handelt – zur Verschwiegenheit verpflichtet?*

Zunächst ist auf den **sachlichen** und **persönlichen Anwendungsbereich** des **§ 7 Abs 1 WAG 2007** einzugehen. Konzessionierte Wertpapierfirmen, Wertpapierdienstleistungsunternehmen und die für sie tätigen Personen unterliegen ex lege einer beruflichen Verschwiegenheitspflicht (**Berufsgeheimnis**). Die Verschwiegenheitspflicht trifft nicht nur

- die Geschäftsleitung und aktive sowie ausgeschiedene Arbeitnehmer der angesprochenen Unternehmen, sondern auch
- „Outsourcing-Dienstleister“ sowie deren Mitarbeiter (§ 25 WAG 2007),
- vertraglich gebundene Vermittler (§ 28 WAG 2007) und deren Arbeitnehmer und
- Finanzdienstleistungsassistenten samt Mitarbeitern (§ 2 Abs 1 Z 15 WAG 2007).<sup>6</sup> (Das sind allesamt die zuvor angesprochenen „**Insider**“, auf die der VKI abzielt).

Vom **sachlichen Anwendungsbereich** her gesehen umfasst der Geheimnisschutz des § 7 Abs 1 WAG 2007 Geheimnisse, die Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen *ausschließlich* aus Wertpapiergeschäften im Sinne des § 1 Abs 1 Z 7 lit b bis f BWG oder Wertpapierdienstleistungen im Sinne des § 3 Abs 2 WAG 2007 ihrer Kunden erfahren haben. Daten, die das Unternehmen anlässlich anderer als der definierten Geschäfte seiner Kunden erfährt, unterliegen ebenso wenig der Verschwiegenheitspflicht wie Informationen, die ein Finanzdienstleister *auch* im Zusammenhang mit einem anderen als den definierten Geschäften erlangt (arg: „ausschließlich“).<sup>7</sup> Hat daher eine Wertpapierfirma oder ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen Kenntnisse über private Verhältnisse des Kunden nicht bloß aufgrund eines mit dem Kunden getätigten Wertpapiergeschäftes erlangt, sondern auch infolge einer anderen Geschäftsbeziehung (zB einer nicht dem § 7 unterliegenden Anlageberatung), so sind diese Informationen nicht von der Verschwiegenheitsverpflichtung erfasst.

Wenn § 7 Geheimnisse nur dann erfasst, wenn jene dem Finanzdienstleister „ausschließlich aufgrund der Geschäftsverbindung mit dem Kunden“ anvertraut oder zugänglich gemacht wurden, setzt dies – anders als etwa nach § 38 Abs 1 BWG – voraus, dass zum Zeitpunkt des Anvertrauens der Informationen ein Vertrag zwischen Finanzdienstleister und Kunden bestand bzw dass ein Geschäft mit dem Kunden zustande gekommen ist.

---

<sup>6</sup> ZB *Zahradnik* in Gruber/N. Raschauer (Hrsg), WAG 2007 (2010) § 7 Rz 2; N. Raschauer in Gruber/Raschauer (Hrsg), WAG 2007 (2010) § 94 Rz 20.

<sup>7</sup> Treffend *Zahradnik*, § 7 Rz 3.

Die Verschwiegenheitspflicht des § 7 wird bereits dann verletzt, wenn eine geheim zu haltende Tatsache an Personen weitergegeben wird, die mit einer Geschäftsangelegenheit des Kunden in keiner Weise vertraut oder verbunden sind, ungeachtet dessen, ob es sich um einen Mitarbeiter eines Finanzdienstleisters handelt oder einen außenstehenden Dritten.

Die **Verpflichtung zur Wahrung der Verschwiegenheitspflicht gilt zeitlich unbeschränkt**. Sie besteht daher auch nach der Beendigung der Geschäftsverbindung mit dem Kunden weiter. Auch durch den Tod des Kunden oder den Untergang einer juristischen Person erlischt die Verschwiegenheitspflicht grundsätzlich nicht. Ebenso dürfen für eine Wertpapierfirma oder ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen tätige Personen, selbst wenn diese den Dienstgeber wechseln, Kundengeheimnisse, welche sie im Rahmen ihrer früheren Tätigkeit erfahren haben, nicht preisgeben. Deren Verpflichtung gilt – solange der Kunde die Pflicht nicht aufhebt – bis zu ihrem Tod (gesetzliche Auskunftspflichten bleiben hier ausgeklammert).

Die rechtswidrige Verletzung der Geheimhaltungspflicht durch Personen, die zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, ist einerseits (im Falle der Offenbarung geheimer Tatsachen) nach **§§ 7, 94 Abs 3 WAG 2007 gerichtlich strafbar** (soweit die dort statuierten besonderen Voraussetzungen erfüllt sind: insb muss der Täter geheime Tatsachen offenbaren, dh einem Dritten, der selbst nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, zugänglich machen und dabei mit erweitertem Vorsatz handeln, durch diese Aktion einem Dritten einen Nachteil zuzufügen). Andererseits kann die rechtswidrige und schuldhaftige Verletzung der Verschwiegenheitspflicht Schadenersatzansprüche des Kunden nach sich ziehen, die gegen den Finanzdienstleister gerichtet sind.<sup>8</sup>

In diesem Zusammenhang ist ferner zu beachten, dass unter Umständen auch Dritte, die beispielsweise Mitarbeiter eines Finanzdienstleisters aktiv und gezielt auffordern, geheime Tatsachen zu offenbaren, gem **§§ 12 Abs 1 StGB, 94 Abs 3 WAG 2007** gerichtlich zu bestrafen sein können, soweit der Täter mit der für das jeweilige Delikt geforderten Vorsatzform handelt. Diesbezüglich genügt es (ungeachtet des gem § 94 Abs 3 WAG 2007 geforderten erweiterten [Schädigungs- oder Bereicherungs]Vorsatzes<sup>9</sup>), wenn sich der Bestimmungsvorsatz des Bestimmungstäters auf eine ausreichend individualisierte Tat bezieht, die aber noch nicht in allen Einzelheiten feststehen muss. Der Vorsatz des Bestimmenden muss jedoch auf die **Tatbildverwirklichung**, somit auf die Vollendung der Tat (hier Bestimmung von „Insidern“ zur Offenbarung von geheimen Tatsachen und damit Bruch der Verschwiegenheit) gerichtet sein.<sup>10</sup> Der Adressat der Bestimmung braucht für den Bestimmenden – im Zeitpunkt der Bestimmung – nicht von der Person her festzustehen. Für die Strafbarkeit reicht es ferner aus, wenn ein unbestimmter Personenkreis zur Begehung einer bestimmten strafbaren Handlung aufgefordert wird.<sup>11</sup>

Ferner sei darauf hingewiesen, dass schon der **Bestimmungsversuch**, dh der erfolglose Versuch, „Insider“ zur Offenbarung von geheimen Tatsachen zu bewegen, gem §§ 12 Abs 1, 15 Abs 1 StGB iVm § 94 Abs 3 WAG 2007 strafbar sein kann. Eine misslungene Bestimmung liegt etwa

---

<sup>8</sup> Vgl noch unten Pkt C., FN 21 ff.

<sup>9</sup> Die Bereicherung oder Schädigung muss nicht tatsächlich eintreten.

<sup>10</sup> *Fabrizy*, WK StGB<sup>2</sup> § 12 Rz 66 f.

<sup>11</sup> *Fabrizy*, WK StGB<sup>2</sup> § 12 Rz 52 mwN.

dann vor, wenn es dem Bestimmenden nicht gelungen ist, im zu Bestimmenden den Willen zur Tat zu erzeugen. Von erfolgloser Bestimmung spricht man, wenn der Bestimmende beim zu Bestimmenden zwar den Tatentschluss erweckt hat, es aber aus anderen Gründen nicht einmal zum Versuch der angemessenen Tat kommt.<sup>12</sup>

Vor diesem Hintergrund sind nun die Aktionen des VKI zu interpretieren. Bei näherer Auslegung sowohl des Webauftritts des VKI auf [www.verbraucherrecht.at](http://www.verbraucherrecht.at) als auch des in den SN am 28. 2. 2012 veröffentlichten Artikels wird deutlich, dass der VKI „Insider“, mithin Personen, die gem § 7 Abs 1 WAG 2007 zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, zur Verletzung ihrer gesetzlich statuierten Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses anstiften will.

Der VKI ruft nämlich öffentlich dazu auf, Informationen über Interna der Finanzdienstleistungsbranche zu offenbaren. Gerade zu diesem Zweck wurde die Aktion VKI-Leaks auf der Homepage [www.verbraucherrecht.at](http://www.verbraucherrecht.at) ins Leben gerufen. Seit Kurzem können „Aussteiger“ oder sonstige Insider den Verbraucherschützern vertrauliche Informationen über vermeintliche „unsaubere Praktiken“ bekannt geben, die im Marketing oder im Kundengespräch ausgespart bleiben. (SN 28. 2. 2012).

Diese an sich geheimen Tatsachen sollen, nachdem sie offenbart wurden, in laufenden Zivilverfahren zu Gunsten von Verbrauchern und zu Lasten der Finanzdienstleistungsunternehmen verwendet werden. Es ist nicht ausgeschlossen, dass es sich um Geheimnisse handelt, die Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen ausschließlich aus Wertpapiergeschäften im Sinne des § 1 Abs 1 Z 7 lit b bis f BWG oder Wertpapierdienstleistungen im Sinne des § 3 Abs 2 WAG 2007 ihrer Kunden erfahren haben.

Es kann selbst bei neutraler Interpretation der Fakten nicht bezweifelt werden, dass dem VKI diese Problematik nicht bewusst ist. Wie sonst sollten Formulierungen wie „*Denn die vertraulich einlangenden Infos werden vertraulich behandelt*“ (SN 28. 2. 2012) oder „*Ab sofort bieten wir Ihnen die Möglichkeit, uns Informationen einfach und diskret zu übermitteln. Wir können Ihnen in diesem Zusammenhang absolute Diskretion zusichern*“ ([www.verbraucherrecht.at](http://www.verbraucherrecht.at), 7. 3. 2012) gewertet werden wenn nicht als eine zumindest **versuchte Bestimmung zur Offenbarung geheimer Tatsachen** (§§ 15, 12 StGB iVm § 94 Abs 3 WAG 2007).<sup>13</sup>

Dass VKI zumindest implizit mit Schädigungsvorsatz iSd § 94 Abs 3 WAG 2007 handelt, kann nicht ausgeschlossen werden.<sup>14</sup> Der VKI nimmt es bewusst in Kauf, wenn Personen, die zur Geheimhaltung verpflichtet sind, also auch (ehemalige oder aktive) Mitarbeiter von Finanzdienstleistungsunternehmen, geheime Tatsachen offenbaren und dadurch ihre Verschwiegenheits-

---

<sup>12</sup> *Fabrizy*, WK StGB<sup>2</sup> § 12 Rz 72 ff, 78.

<sup>13</sup> Dass sich die erwähnten Veröffentlichungen des VKI „nur“ an einen unbestimmten (aber bestimmbar) Personenkreis richten, ist im Hinblick auf die mögliche Strafbarkeit der außenvertretungsbefugten Vereinsorgane unerheblich.

<sup>14</sup> Das straflose Vorbereitungsstadium ist bereits überwunden, da die hier relevanten Veröffentlichungen bereits einer größeren Öffentlichkeit, also nicht nur Kunden, sondern auch sog „Insidern“ zugänglich gemacht wurden.



pflicht verletzen. Dadurch werden aber auch rechtlich anerkannte Interessen von Kunden – und damit auch solche konzessionierter Finanzdienstleister – verletzt. Es ist daher im Ergebnis nicht ausgeschlossen, dass die angesprochene Vorgangsweise des VKI die Voraussetzungen der §§ 12, 15 StGB iVm § 94 Abs 3 WAG 2007 erfüllt. Frage a) ist daher dahingehend zu beantworten, dass VKI Leaks – bezogen auf die zuvor angesprochenen Personen – jedenfalls eine strafrechtlich relevante Aufforderung zu gesetzwidrigem Verhalten im Sinne der zitierten Normen des StGB und des WAG darstellt.

---

b) *Stellt die VKI-Aktion einen der Ausnahmetatbestände des § 7 WAG 2007 dar, der die gesetzliche Verschwiegenheitsverpflichtung entfallen lässt?*

Diese Frage ist mit „**nein**“ zu beantworten. § 7 Abs 1 WAG 2007 normierte vier gleichrangige Durchbrechungstatbestände, in denen die gesetzliche Verschwiegenheitspflicht (das gesetzliche Berufsgeheimnis) iSd § 7 Abs 1 WAG 2007, das Finanzdienstleistungsunternehmen und ihre Mitarbeiter – sowie gezeigt auch Vertrags- und Vertriebspartner – bindet, nicht gilt.

- (i) Bestehen spezialgesetzlicher Auskunftspflichten;
- (ii) Schriftliche Zustimmung des Kunden zur Offenbarung des Geheimnisses;
- (iii) Klärung von Rechtsangelegenheiten aus dem Verhältnis zwischen Wertpapierfirmen oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Kunden (...soweit erforderlich).

Ferner ist – der Vollständigkeit halber – auf § 7 Abs 3 WAG 2007 hinzuweisen, wonach die Verschwiegenheitspflicht auch gegenüber den Abgabenbehörden des Bundes im Zusammenhang mit eingeleiteten Strafverfahren wegen Finanzvergehen durchbrochen ist. Auf diesen Aspekt ist an dieser Stelle jedoch nicht näher einzugehen, zumal er nicht beurteilungserheblich ist.

Ad (i): Die Verschwiegenheitspflicht gem § 7 Abs 1 WAG 2007 entfällt, wenn ihr eine gesetzliche Auskunftspflicht entgegensteht. Im Gegensatz zu § 38 Abs 2 BWG enthält § 7 keine taxative Aufzählung der gesetzlichen Auskunftspflichten, die das Berufsgeheimnis durchbrechen. Daraus folgt, dass jede gesetzliche Auskunftspflicht die Verschwiegenheitspflicht aufhebt. So ist insbesondere an die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Zeugenaussage vor Gerichten und Verwaltungsbehörden zu erinnern. Aber auch gesetzliche Auskunftspflichten nach Art des § 91 Abs 3 WAG 2007 sind in diesem Zusammenhang anzuführen.<sup>15</sup>

Eine vergleichbare in Gesetzesrang stehende Auskunftspflicht zu Gunsten des VKI besteht nicht. Zwar wird nicht übersehen, dass Unternehmen in verschiedenen Konstellationen verpflichtet sind, dem Verein Entwürfe für AGB, die Absicht einer Prämienänderung oder sonstige Unterlagen zu übermitteln (vgl zB § 73 Abs 2 GewO, § 178g VersVG, § 3 PreistransparenzV Treibstoffe 2011). Es steht jedoch ersichtlich keine Regelung in Kraft, die ehemalige oder aktive Mitarbeiter eines Finanzdienstleistungsunternehmens bei sonstiger Sanktion verpflichten würde, zwecks Effektuierung eines anhängigen Zivilprozesses – auf Aufforderung – Informationen dem VKI

---

<sup>15</sup> Zahradnik § 7 Rz 7; ferner Brandl/Wolfbauer, Finanzdienstleistungen nach dem FMAG (2001) 63.

bekannt zu geben. Insoweit ist die Verschwiegenheitspflicht der angesprochenen Personen nach wie vor aufrecht.

Ad (ii): Die Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses des § 7 Abs 1 WAG 2007 wird ferner dann durchbrochen, wenn der **Kunde der Offenbarung des Geheimnisses schriftlich**, etwa in AGB, **zustimmt**. Die Zustimmung wirkt pro futuro. Eine ausdrückliche Erklärung ist gesetzlich nicht gefordert.<sup>16</sup> Die Verschwiegenheitspflicht wird nur dann aufgehoben, wenn in einer schriftlichen Urkunde der wesentliche und beurteilungsrelevante Inhalt niedergelegt ist und die Urkunde eigenhändig unterschrieben (oder das elektronische Dokument sicher elektronisch signiert) wird.<sup>17</sup>

Es ist vorsichtig formuliert zweifelhaft, dass bis dato überhaupt ein Kunde der Offenbarung des Geheimnisses zugestimmt hat, geschweige denn, ob er bei Kenntnis des beurteilungserheblichen Sachverhalts einer Entbindung schriftlich zugestimmt hätte. Daher besteht auch insoweit kein allgemeiner Grund, der eine Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht generell für alle bisher relevanten Fälle rechtfertigen könnte (Einzelfallausnahmen sind möglich, sind aber hier auszuklammern<sup>18</sup>).

Ad (iii) Der dritte Tatbestand „**Klärung von Rechtsangelegenheiten**“ bereitet aus Sicht der Praxis die meisten Auslegungsprobleme. Der Durchbrechungstatbestand bezieht sich auf das unmittelbare vertragliche Verhältnis zwischen Rechtsträger (§ 15 WAG) und Kunden. Die Offenbarung von Kundengeheimnissen ist dann zulässig, wenn diese zur Klärung von Rechtsangelegenheiten zwischen diesen Vertragspartnern erforderlich sind und setzt insoweit einen Einzelrechtsstreit zwischen den Vertragspartnern voraus. Die Erforderlichkeit einer Offenbarung in dieser Hinsicht ist nach den dem Finanzdienstleistungsunternehmen im Zeitpunkt der Offenbarung bekannten Umständen aus objektiver Sicht zu beurteilen.<sup>19</sup> Entsprechend dem Wortlaut des § 7 Abs 1 WAG 2007 ist eine Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht allerdings nur dann zulässig, wenn Geheimnisse zur Klärung oder **Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen gegenüber dem Kunden** preisgegeben werden, nicht jedoch, wenn derartige Ansprüche gegenüber anderen Personen verfolgt werden sollen.<sup>20</sup> Dasselbe gilt für jene Fälle, in denen eine dritte Person – etwa der VKI – in Vertretung einzelner Verbraucher Ansprüche gegen einen Finanzdienstleister gerichtlich betreibt. Zu diesem Zweck wäre, sollen im Prozess Informationen eingeholt oder Details der Vertragsbeziehung offenbart werden, eine schriftliche Zustimmung des Kunden einzuholen.

---

c) *Inwieweit stellt die VKI-Aktion eine Aufforderung zu vertragswidrigem Verhalten/zum Vertragsbruch dar, zumal die vom VKI angesprochenen „Insider“ – sofern es sich dabei um für Wertpa-*

---

<sup>16</sup> Brandl/Wolfbauer, Finanzdienstleistungen 63 f.

<sup>17</sup> Apathy/Koch in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> (2006) Rz 2/70.

<sup>18</sup> Es müsste nämlich in jedem Einzelfall nachgewiesen werden, dass der Kunde der Durchbrechung des Geheimnisses schriftlich zugestimmt hat.

<sup>19</sup> Zahradnik, § 7 Rz 11; Apathy/Koch, Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> Rz 2/126.



*pierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Finanzdienstleister) tätige /tätig gewesene Personen handelt – gegenüber ihren Vertragspartnern regelmäßig vertraglich verpflichtet sind, gesetzliche Verschwiegenheitsbestimmungen einzuhalten sowie Geschäftsgeheimnisse nicht offen zu legen?*

Vorwegzuschicken ist, dass unter „**Insidern**“, auf die die gegenständliche VKI-Aktion abzielt, sowohl aktive und ehemalige Mitarbeiter (Arbeitnehmer) eines konzessionierten Finanzdienstleisters verstanden werden, als auch sog „Finanzdienstleistungsassistenten“ (§ 2 Abs 1 Z 15 WAG 2007) bzw vertraglich gebundene Vermittler (§ 1 Z 20, § 28 WAG 2007).<sup>21</sup> Aber auch Mitarbeiter eines sog „Outsourcing-Dienstleisters“ können uU unter den Begriff des „Insiders“ fallen.

Sowohl (aktive bzw ehemalige) Arbeitnehmer eines Finanzdienstleistungsunternehmens als auch selbständig tätige vertraglich gebundene Finanzdienstleister (also Finanzdienstleistungsassistenten; vertraglich gebunden Vermittler) und deren (aktive/ehemalige) Mitarbeiter sind regelmäßig – etwa in **Arbeitsverträgen** oder **Vertriebsvereinbarungen** (bzw Outsourcingvereinbarungen iSd § 25 WAG 2007) – ex contractu zur **Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht** (§ 7 Abs 1 WAG 2007) angehalten. Vergleichbares ergibt sich auch aus **§ 15 Abs 2 DSG 2000**, wonach Arbeitgeber und Dienstleister ihre Mitarbeiter vertraglich zur **Einhaltung des Datengeheimnisses** zu verpflichten und auf Sanktionen im Falle eines Pflichtenverstößes hinzuweisen haben (dazu unten d.).

Bereits zuvor wurde darauf verwiesen, dass das Berufsgeheimnis iSd § 7 Abs 1 WAG 2007 nicht nur für Finanzdienstleistungsunternehmen gilt, sondern nach hA auch für Outsourcing-Dienstleister, Finanzdienstleistungsassistenten und vertraglich gebundene Vermittler sowie deren Arbeitnehmer.<sup>22</sup> So sind auch in sog „Outsourcing-Vereinbarungen“ (§ 25 WAG 2007) Klauseln der Art aufzunehmen, dass der Dienstleister alle vertraulichen Informationen, die den Rechtsträger (Auftraggeber) und seine Kunden betreffen, zu schützen hat (vgl Anlage 1 Z 10 zu § 25 WAG 2007 2007).<sup>23</sup>

Verstöße der genannten Personen (insb der vertraglich gebundenen Vermittler, Finanzdienstleister sowie der eigenen Mitarbeiter) gegen die Geheimhaltungspflicht sind dem Finanzdienstleistungsunternehmen als Auftraggeber funktionell zuzurechnen (vgl zB § 25 Abs 2 WAG 2007 2007; § 2 Abs 1 Z 15 WAG 2007, § 1313a ABGB).

Das Bundesrecht bedroht Verstöße gegen das Berufsgeheimnis einerseits mit qualifizierten Strafsanktionen (s oben a.). In Rechtsprechung und Lehre ist zusätzlich anerkannt, dass die wis-

---

<sup>20</sup> *Zahradnik* führt etwa treffend aus, dass die Verschwiegenheitspflicht zum Beispiel nicht zur Geltendmachung von Provisionsansprüchen gegenüber einem Emittenten oder einem Kreditinstitut durchbrochen werden darf.

<sup>21</sup> Zur organisatorischen „Verflechtung“ zwischen Finanzdienstleistungsunternehmen und Vertriebspartnern grundlegend *Winternitz/Steinmair*, ZFR 2008, 164.

<sup>22</sup> *Zahradnik*, § 7 Rz 2. EBRV 143 BlgNR 23. GP 10; *Winternitz/Aigner*, WAG 2007 (2007) 17.

<sup>23</sup> Vgl auch *Harrer*, § 25 Rz 45 in Gruber/N. Raschauer (Hrsg), WAG 2007 (2010).

sentliche Aufforderung zum Vertragsbruch durch Dritte unter bestimmten (hier nicht zu beurteilenden) Voraussetzungen die **Schadensersatzpflicht des „Anstifters“** begründen kann. So kann etwa – bei einem sog „Doppelkauf“ – der erste Käufer vom Zweitkäufer Schadensersatz verlangen, wenn jener wissentlich den Verkäufer zum Vertragsbruch verleitet hat.<sup>24</sup> Gleiches hat der OGH hinsichtlich der wissentlichen Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte anerkannt.<sup>25</sup> In allen diesen Konstellationen ist aber entscheidend, dass die **Verleitung zum Vertragsbruch wissentlich**<sup>26</sup> oder bewusst<sup>27</sup> erfolgte.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die zuvor erwähnten Veröffentlichungen des VKI, ist evident, dass das Verhalten des VKI als zumindest **bewusste Aufforderung zum Vertragsbruch** und damit als Aufforderung zur Verletzung der vertraglich geregelten Pflicht zur Wahrung des Berufs- bzw Datengeheimnisses zu werten ist.

Mag man bei isolierter Betrachtung des auf [www.verbraucherrecht.at](http://www.verbraucherrecht.at) unter der Überschrift „VKI Leaks“ geschalteten Artikels „VKI Leaks“<sup>28</sup> noch Zweifel haben, ob darin schon eine bewusste Aufforderung zum Vertragsbruch gesehen werden kann, wird die Richtigkeit dieser Auffassung dadurch bestätigt, wenn man in Kombination dazu den Artikel „Verbraucherschutz sucht Insider“ studiert, der am 28. 2. 2012 in den SN publiziert wurde. Darin führt der Verfasser *G. Stoiber* wörtlich aus: *„Konsumentenschützer starten VKI-Leaks: Geheiminfos über Finanzdienstleister Die vielen Skandale und Beschwerden um Finanzdienstleistungsunternehmen haben nun dazu geführt, dass der Verein für Konsumenteninformation (VKI) öffentlich dazu aufruft, Informationen über Interna dieser Branche zu bekommen. Dazu wurde VKI-Leaks auf der Homepage verbraucherrecht.at ins Leben gerufen. Seit Kurzem können Aussteiger oder sonstige Insider den Verbraucherschützern vertrauliche Informationen über unsaubere Praktiken liefern, die im Marketing oder im Kundengespräch ausgespart bleiben. (...)*

*In den vielen Musterverfahren, die gegen unseriöse Finanzberater liefen, komme nur schleppend ans Licht, welche ‚Tücken und Lücken‘ es bei einzelnen Finanzprodukten und deren Vermarktung gebe, erklärt der VKI. Daher werde nun angeboten, brisante Informationen auf sichere, anonyme und für die Hinweisgeber gefahrlose Weise zu übermitteln. ‚Hätte man vieles früher gewusst, dann hätten wir auch präventiv tätig werden können‘, betont Kolba. (...).*

*Hinweisgeber haben mehrere Möglichkeiten, den VKI anonym zu informieren. Neben einem sicheren Onlineformular gibt es die E-Mail-Adresse [security@vki.at](mailto:security@vki.at), an die auch Dokumente geschickt*

---

<sup>24</sup> *Apathy*, § 1061 Rz 2 in KBB, ABGB<sup>3</sup> (2010).

<sup>25</sup> SZ 49/46; JBl 1987, 318; vgl *Apathy*, § 1079 Rz 2 in KBB, ABGB<sup>3</sup>.

<sup>26</sup> SZ 55/170; näher *Koziol*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967) 159 ff. Wissentlich meint nach Duden (2011) in vollem Bewusstsein der negativen Auswirkung.

<sup>27</sup> OGH 6 Ob 174/00g, ÖBA 2001, 910 mAnm *Karollus*. Vgl auch *Bollenberger/Bydlinski*, § 859 Rz 16 f in KBB, ABGB<sup>3</sup>. Bewusst meint nach Duden (2011) absichtlich, gewollt, willentlich.

<sup>28</sup> Zwecks Vollständigkeit sei der einleitende Wortlaut des Artikels wiedergeben; die relevante Passage ist hervorgehoben: *„Sichere Informations-Übermittlung an den VKI; Wir bieten die Möglichkeit für Insider, Whistleblower und Tipp-Geber uns Informationen anonym zukommen zu lassen. Ab sofort bieten wir Ihnen die Möglichkeit, uns Informationen einfach und diskret zu übermitteln. Wir können Ihnen in diesem Zusammenhang absolute Diskretion zusichern. Wir sind insbesondere an Insider-Informationen aus dem Investment-Bereich interessiert.“*

werden können. (...)“.

Bei näherer Auslegung des Artikels gewinnt man die Auffassung, dass der VKI durch die Aktion „VKI Leaks“ bewusst Personen im Verantwortungsbereich von Finanzdienstleistungsunternehmen (Mitarbeiter; vertraglich gebundene Finanzdienstleister etc) auffordert, Informationen über Praktiken, Organisationsabläufe und Kunden weiterzugeben. Angesprochen sind Personen, die ex lege und/oder vertraglich zur Einhaltung des Berufs- und Datengeheimnisses verpflichtet wurden. Diese Personen sollen ihre Geheimhaltungspflicht brechen, damit der VKI in den laufenden Zivilverfahren Informationen zu Gunsten der von ihm vertretenen Kläger einsetzen kann.

Es kann selbst bei neutraler Interpretation der Fakten nicht bezweifelt werden, dass dem VKI diese Problematik nicht bewusst ist. Wie sonst sollten Formulierungen wie „Denn die vertraulich einlangenden Infos werden vertraulich behandelt“ (SN 28. 2. 2012) oder „Ab sofort bieten wir Ihnen die Möglichkeit, uns Informationen einfach und diskret zu übermitteln. Wir können Ihnen in diesem Zusammenhang absolute Diskretion zusichern“ ([www.verbraucherrecht.at](http://www.verbraucherrecht.at), 7. 3. 2012) gewertet werden wenn nicht als eine „bewusste Anstiftung“ (Einladung) zum Geheimnisverrat und damit als Aufforderung zum Vertragsbruch. VKI-Leaks, das unzweideutig VKI zuzurechnen ist, kann als Aktion qualifiziert werden, die aus zivilrechtlicher Perspektive eine **wissentliche Aufforderung zum Vertragsbruch** darstellt. Sie ist in ihren Ausformungen und Auswirkungen mit den im Schrifttum und in der höchstgerichtlichen Judikatur dokumentierten Fallkonstellationen durchaus vergleichbar.

---

d) *Inwieweit stellt die VKI-Aktion auch eine Aufforderung zum Verstoß gegen Bestimmungen des Datenschutzes dar, zumal Daten betreffend Dritter (Unternehmen wie auch Kunden/Anleger) durch „Insider“ – sofern es sich dabei um für Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Finanzdienstleister) tätige /tätig gewesene Personen handelt – offen gelegt werden und dies daher insbesondere einen Verstoß gegen das Datengeheimnis darstellt/darstellen kann?*

Das hier interessierende **Datengeheimnis** ist in § 15 DSG 2000 verankert. Die zitierte Bestimmung lautet:

„[Verpflichtung zur Geheimhaltung] (1) Auftraggeber, Dienstleister und ihre Mitarbeiter – das sind Arbeitnehmer (Dienstnehmer) und Personen in einem arbeitnehmerähnlichen (dienstnehmerähnlichen) Verhältnis – haben Daten aus Datenanwendungen, die ihnen ausschließlich auf Grund ihrer berufsmäßigen Beschäftigung anvertraut wurden oder zugänglich geworden sind, unbeschadet sonstiger gesetzlicher Verschwiegenheitspflichten, geheim zu halten, soweit kein rechtlich zulässiger Grund für eine Übermittlung der anvertrauten oder zugänglich gewordenen Daten besteht (Datengeheimnis).

[Vertragliche Verpflichtung]

(2) Mitarbeiter dürfen Daten nur auf Grund einer ausdrücklichen Anordnung ihres Arbeitgebers (Dienstgebers) übermitteln. Auftraggeber und Dienstleister haben, sofern eine solche Verpflichtung ihrer Mitarbeiter nicht schon kraft Gesetzes besteht, diese vertraglich zu verpflichten, daß sie Daten aus Datenanwendungen nur auf Grund von Anordnungen übermitteln und das Datengeheimnis auch nach Beendigung des Arbeits(Dienst)verhältnisses zum Auftraggeber oder Dienstleister einhalten werden.

[Interne Regelung der Übermittlungsbefugnisse]

(3) Auftraggeber und Dienstleister dürfen Anordnungen zur Übermittlung von Daten nur erteilen, wenn dies nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zulässig ist. Sie haben die von der Anordnung betroffenen

*Mitarbeiter über die für sie geltenden Übermittlungsanordnungen und über die Folgen einer Verletzung des Datengeheimnisses zu belehren.“*

Das in § 15 Abs 1 DSG 2000 ausgestaltete **Datengeheimnis** erfasst – vom **persönlichen Anwendungsbereich** her interpretiert – alle jene Personen, denen berufsmäßig Daten anvertraut wurden oder zugänglich gemacht worden sind. Angesprochen sind daher alle aktiven oder ehemaligen Beschäftigten eines Auftraggebers.<sup>29</sup> **Auftraggeber** ist im gegenständlichen Zusammenhang jeder konzessionierte Finanzdienstleister mit Sitz im Inland, der die alleinige Entscheidung über die Ermittlung und Verarbeitung personenbezogener Daten sowie den Einsatz einer automationsunterstützten Verarbeitung(stechnik) im Betrieb trifft, dh, ihm ist der Einsatz von EDV zur Ermittlung und Verarbeitung von Daten zuzurechnen. Der „Auftraggeber“ bleibt nach den Grundsätzen des DSG 2000 immer „Herr der Daten“ und ist für die Einhaltung der einschlägigen datenschutzrechtlichen Regelungen verantwortlich.<sup>30</sup>

Ferner werden durch § 15 Abs 1 DSG 2000 aber auch **Dienstleister** (§ 4 Z 5) eines Auftraggebers und die **Mitarbeiter des Dienstleisters** erfasst. Angesprochen sind etwa selbständige Finanzdienstleistungsassistenten oder vertraglich gebundene Vermittler (§ 2 Abs 1 Z 15 WAG 2007, § 28 WAG 2007), die nach den Vorgaben des Auftraggebers Finanzprodukte vermitteln<sup>31</sup> und in diesem Zusammenhang personenbezogene Daten verarbeiten und übermitteln.<sup>32</sup>

Der **sachliche Anwendungsbereich des Datengeheimnisses** des § 15 DSG 2000 erfasst personenbezogene Daten, also etwa den Namen von Kunden (weitere zB Geburtsdatum, Adresse, Geschlecht), ihr Einkommen, ihr Vermögen, ihren Leumund, ihre Lebensgewohnheiten, den Umsatz von Unternehmen, deren Gewinn, deren Beschäftigtenzahl, aber auch Werturteile (zB Aussage zur Bonität eines Kunden: „ist ein schlechter Zahler“).<sup>33</sup> § 15 Abs 1 zielt darauf ab, die gesetzwidrige (nicht legitimierte) Veröffentlichung dieser Daten zu verhindern.

Der Schutz des Datengeheimnisses greift nur dann, wenn die Identität des Betroffenen<sup>34</sup> (also etwa eines Kunden) zumindest mit vernünftigen Mitteln bestimmbar ist (zB Name, Geburtsdatum, Adresse, Aktenzeichen, Kontonummer) und beispielsweise mit Hilfe eines den Mitarbeitern bekannten Codes jederzeit entschlüsselt werden kann. In diesem Zusammenhang ist es irrelevant, auf welcher Art von Datenträger – ob magnetische (wie zB Diskette, Harddisk, Magnetband uA) oder nicht-magnetische (wie zB Papier, Film, CD-ROM uA) – personenbezogene Daten gespeichert bzw festgehalten werden.<sup>35</sup>

---

<sup>29</sup> Erfasst werden selbstverständlich auch Auftraggeber des privaten Bereichs (§ 5 DSG 2000).

<sup>30</sup> Angesprochen sind dieselben Informationen, die dem Finanzdienstleister aus der Durchführung von Wertpapierdienstleistungen bekannt geworden sind.

<sup>31</sup> Das ist als „Herstellung eines ihnen aufgetragenen Werkes“ zu qualifizieren.

<sup>32</sup> Sieht man die angesprochene Personengruppe nicht als Dienstleister, sind sie zumindest Auftraggeber iSd § 4 Z 4 DSG 2000 und unterliegen jedenfalls dem Datengeheimnis.

<sup>33</sup> *Dohr et al*, DSG (12. EL 2011) § 4 Anm 2.

<sup>34</sup> Unter „Betroffener“ wird iSd DSG diejenige natürliche oder juristische Person, eingetragene Personengesellschaft oder sonstige Personengemeinschaft verstanden, deren Daten verwendet (§ 4 Z 8) werden. Erfasst werden daher regelmäßig Kunden eines Finanzdienstleisters.

<sup>35</sup> *Dohr et al*, DSG (12. EL 2011) § 4 Anm 2.

Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass alle aktiven und ausgeschiedenen Mitarbeiter eines Auftraggebers bzw eines Dienstleisters zur Verschwiegenheit (bis zu ihrem Tod) verpflichtet sind. Gem § 15 Abs 2 DSG 2000 hat ein Auftraggeber – daher etwa ein konzessioniertes Finanzdienstleistungsunternehmen – bzw ein Dienstleister „seine“ Mitarbeiter vertraglich zur Einhaltung der Geheimhaltungspflicht zu verpflichten und sie über die Konsequenzen eines Geheimnisbruchs zu belehren.

Aus § 15 Abs 2 und 3 DSG 2000 ergibt sich – bezogen auf die Perspektive der Mitarbeiter – un-  
zweideutig, dass eine **Aufhebung des Datengeheimnisses** – dh „ihrer“ Verschwiegenheitspflicht – nur in einer Konstellation zulässig und möglich ist:<sup>36</sup> Der Arbeitgeber (dh das Leitungsorgan des Auftraggebers bzw des Dienstleisters) hat eine ausdrückliche an die jeweiligen Mitarbeiter gerichtete Anordnung zu erlassen, dass Daten gegebenenfalls offenbart und übermittelt werden dürfen. § 15 Abs 3 DSG 2000 zieht in diesem Zusammenhang eine ausdrückliche Schranke ein: Anordnungen der angesprochenen Art dürfen nur dann erteilt werden, „*wenn dies nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zulässig ist*“. Gemeint sind daher die Durchbrechungstatbestände der §§ 8 und 9 DSG 2000, die ungeachtet sonstiger spezialgesetzlicher Auskunftspflichten (zB § 7 Abs 1 WAG 2007 iVm § 8 Abs 1 Z 1 DSG 2000) einen Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz legitimieren. Zu denken ist etwa an die Einwilligung des Betroffenen (§ 8 Abs 1 Z 2 DSG 2000) oder an überwiegende Interessen Dritter (§ 8 Abs 1 Z 4 DSG 2000). Die Kenntnis des VKI über bestimmte Daten eines Finanzdienstleistungsunternehmens stellt jedoch eindeutig kein derart „überwiegendes Interesse“ dar, das den privaten Interessen der Kunden auf Geheimhaltung (iS einer Güterabwägung) vorzugehen hat.

Wer Daten vorsätzlich in Verletzung des Datengeheimnisses (§ 15) übermittelt oder vorsätzlich für andere [gesetzlich nicht zulässige] Zwecke verwendet, ist gem **§ 52 Abs 1 Z 2 DSG 2000 strafbar**, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Die in Rede stehende Verwaltungsübertretung ist von der zuständigen BVB (§ 52 Abs 5) mit Geldstrafe von bis zu 25.000 Euro zu ahnden. **Bereits der Versuch ist strafbar** (§§ 52 Abs 3 DSG 2000, 8 VStG).<sup>37</sup>

In diesem Zusammenhang ist auf **§ 7 VStG** hinzuweisen, der – seit 1925 unverändert – Anstiftung und Beihilfe auch im Verwaltungsstrafrecht allgemein für strafbar erklärt (VfAB 360 BlgNR 2. GP); eine neuerliche spezialgesetzliche Anordnung der Strafbarkeit der Bestimmungstat (etwa im WAG 2007 oder im DSG 2000) ist nicht gefordert. Der Anstifter unterliegt dann der auf die Verwaltungsübertretung gesetzten Strafe, wenn er es vorsätzlich veranlasst, dass ein anderer die Verwaltungsübertretung ausführt, mag auch der unmittelbare Täter nicht strafbar sein. Daher ist es so, dass grds jedes tatbestandsmäßige und rechtswidrige Verhalten, das als Anstiftung

---

<sup>36</sup> Ausgeklammert wird hier die Einwilligung des Grundrechtsträgers (Betroffenen, § 8 Abs 1 Z 2 DSG 2000).

<sup>37</sup> *Dohr et al*, DSG (12. EL 2011) § 15 Anm 15 weisen ferner darauf hin, dass sich Mitarbeiter, die gegen das Datengeheimnis verstoßen, darüber hinaus schadenersatzpflichtig machen. Verstöße gegen § 15 DSG 2000 können ferner arbeitsrechtliche Konsequenzen (bis hin zur Entlassung) nach sich ziehen.



oder Beitrag im Sinne des Gesagten qualifiziert werden kann, eine strafbare Verwaltungsübertretung iSd § 7 VStG darstellt. Daher begeht jede Person eine Verwaltungsübertretung, die vorsätzlich einen Dritten zur Tatausführung bestimmt. Das VStG selbst schafft solcherart (in Kombination mit den Straftatbeständen der Materiegesetze) eigene Deliktstatbestände, die – im Falle ihrer rechtswidrigen Verwirklichung – als Anknüpfungspunkt für eine Beteiligungshaftung dienen können.<sup>38</sup> Die Beteiligungshaftung besteht ab jenem Zeitpunkt, in dem der unmittelbare Täter in das Versuchsstadium eingetreten ist (VwGH 1. 2. 1989, 88/01/0143). Bestimmungstäter ist idZ jeder, der einen anderen dazu bestimmt, die Verwaltungsübertretung auszuführen, wobei es nach hA unerheblich ist, ob dies unmittelbar oder im Wege weiterer Bestimmungstäter geschieht (sog „Kettenbestimmung“).<sup>39</sup>

**Bestimmungstäter** ist daher jeder, der vorsätzlich veranlasst, dass ein anderer eine Verwaltungsübertretung begeht, also bei ihm den Tatentschluss zur Begehung eines tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Verhaltens weckt bzw dafür ursächlich wird, dass sich dieser andere zu ihrer Ausführung entschließt. Die Bestimmungshandlung muss daher für das Verhalten des unmittelbaren Täters kausal werden (VwGH 25. 11. 1983, 83/02/0085). Eine Bestimmung kann insb erfolgen durch Bitten, Befehlen, Anheimstellen, Überreden, **Auffordern**, Bedrängen, Beschenken, Bestechen, Loben, Versprechen, Drohung oder Ausübung sonstigen Druckes, Täuschung, Überredung uä. UU können auch andere zum Teil sehr **subtile Formen der Einflussnahme** auf einen anderen (etwa durch Pressartikel) die Annahme von Bestimmungstäterschaft nahe legen.<sup>40</sup>

Nicht erforderlich ist, dass der Bestimmte schuldhaft (einschließlich vorsätzlich) handelt oder der Bestimmungstäter beim Bestimmten einen Tatvorsatz wecken will. Der Bestimmungstäter muss zur Ausführung einer individuell bestimmten, wenn auch (noch) nicht notwendig in allen Einzelheiten, insb hinsichtlich Zeit und Ort feststehenden, strafbedrohten Handlung verleiten. Unerheblich ist, ob sich die Aufforderung zur Begehung einer bestimmten Verwaltungsübertretung an bestimmte Personen oder an einen unbestimmten, aber bestimmbar Personenkreis richtet.<sup>41</sup>

Der Bestimmungstäter muss jedenfalls vorsätzlich handeln, wobei sich sein Vorsatz (es genügt *dolus eventualis* [VwGH 25. 11. 1983 83/02/0085]) auf die Vollendung der Tat durch den unmittelbaren Täter beziehen muss. Erfasst wird dabei auch die Veranlassung des Versuchs einer mit Strafe bedrohten Handlung.

Vor dem Hintergrund des Gesagten ist Frage d.) wie folgt zu beantworten: Die nach außen vertretungsbefugten Organe des VKI (§ 9 Abs 1 VStG) machen sich durch Veröffentlichungen wie in den SN vom 28. 2. 2012 bzw auf [www.verbraucherrecht.at](http://www.verbraucherrecht.at) gem §§ 7 VStG, 52 Abs 1 Z 2 VStG verwaltungsrechtlich strafbar, zumal ehemalige und aktive Mitarbeiter von Finanzdienstleis-

---

<sup>38</sup> VwGH 1. 2. 1989, 88/01/0143; *Hauer/Leukauf*, Handbuch des Verwaltungsverfahrens<sup>6</sup> (2009) 1272; *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>4</sup> (2009) Rz 700.

<sup>39</sup> *Wessely*, § 7 VStG Rz 3 in N. Raschauer/Wessely (Hrsg), VStG (2010).

<sup>40</sup> *Wessely*, § 7 VStG Rz 6.

<sup>41</sup> ZB OGH JUS 1998/6/2486.



tungsunternehmen („Insider“) vorsätzlich aufgefordert werden, personenbezogene – dem Datengeheimnis unterliegende – Daten preiszugeben und an den VKI zu übermitteln. Anders formuliert werden Mitarbeiter von Finanzunternehmen aufgefordert, das in § 15 Abs 1 DSGVO 2000 positiviert Datengeheimnis zu verletzen. Dass sich die erwähnten Veröffentlichungen des VKI „nur“ an einen unbestimmten (aber bestimmbaren) Personenkreis richten, ist im Hinblick auf die mögliche Strafbarkeit der außenvertretungsbefugten Vereinsorgane unerheblich. Aus den dem VKI zuzurechnenden Veröffentlichungen geht unzweideutig hervor, dass bestimmte Personen (nämlich Mitarbeiter von Finanzdienstleistungsunternehmen oder deren Dienstleister) zu einem verwaltungsstrafrechtlich relevanten Verhalten aufgefordert werden sollen. Die dadurch möglicherweise verursachte Verletzung des Datengeheimnisses ist jedoch weder durch eine spezialgesetzliche Auskunftspflicht (vgl § 15 Abs 1 und 2 DSGVO 2000), noch durch sonstige überwiegende Interessen Dritter (insb solcher der Anleger bzw des VKI, vgl § 8 Abs 1 Z 4 DSGVO 2000) gerechtfertigt. Dass die von Finanzdienstleistern als Auftraggebern des privaten Bereichs und deren Dienstleistern verarbeiteten Daten ihrer Kunden dem qualifizierten Schutz des § 15 Abs 1 DSGVO 2000 unterliegen und es ehemaligen und aktiven Mitarbeitern der genannten Unternehmen grundsätzlich untersagt ist, den Geheimnisschutz durch Veröffentlichungen zu torpedieren, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Sollte es nicht zur unmittelbaren Tatausführung kommen, etwa weil sich die sog „Insider“ nicht bestimmen ließen, ist davon auszugehen, dass auch der bloße Bestimmungsversuch (§§ 7, 8 VStG iVm § 52 Abs 3 DSGVO 2000) strafbar ist. Vgl dazu oben a.). Die dortigen Ausführungen sind hier sinngemäß vertretbar.

Ferner sei abschließend darauf verwiesen, dass die Datenverwendung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht auch nach § 51 DSGVO 2000 gerichtlich strafbar ist und bereits bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 12, 15 StGB gerichtlich strafbar sein kann (Bestimmungsversuch). Siehe dazu oben Punkt a.)

#### **Zusammenfassung der Ergebnisse:**

a) Die VKI-Aktion „VKI-Leaks“ stellt eine strafrechtlich relevante Aufforderung zu gesetzwidrigem Verhalten dar, da Mitarbeiter aus der Finanzdienstleistungsbranche zum Bruch ihrer Verschwiegenheitspflicht bestimmt werden sollen. Dieses Verhalten könnte gem §§ 15, 12 StGB iVm § 94 Abs 3 WAG 2007 gerichtlich strafbar sein (Bestimmungsversuch).

b) Die VKI-Aktion „VKI-Leaks“ kann unter keinen der gesetzlich geregelten Ausnahmetatbestände des § 7 WAG subsumiert werden, sodass die gesetzliche Verschwiegenheitsverpflichtung nicht entfällt.

c) Die VKI-Aktion „VKI-Leaks“ stellt eine zivilrechtlich relevante Aufforderung zu vertragswidrigem Verhalten/zum Vertragsbruch dar, da Mitarbeiter aus der Finanzdienstleistungsbranche zum Bruch ihrer Verschwiegenheitspflicht angestiftet werden sollen. Dieses Verhalten könnte nach herrschender Ansicht schadenersatzrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

d) Die VKI-Aktion „VKI Leaks“ stellt eine gesetzwidrige Anstiftung zum Verstoß gegen Bestimmungen des DSGVO 2000, insb des gesetzlich statuierten Datengeheimnisses (§ 15 Abs 1 DSGVO

2000) dar, zumal Daten betreffend Dritter (Unternehmen wie auch Kunden/Anleger) durch „Insider“ – sofern es sich dabei um für Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Finanzdienstleister) tätige /tätig gewesene Personen handelt – offen gelegt werden könnten. Dieser potentielle Verstoß gegen §§ 7 VStG, 52 DSG 2000 kann verwaltungsbehördlich strafbar sein (auf § 51 DSG 2000 sei ergänzend hingewiesen). Sollte sich kein „Insider“ bestimmen lassen, kommt es daher nicht zur Tatausführung, ist die Frage eines strafbaren Bestimmungsversuchs zu prüfen (§§ 7, 8 VStG iVm § 52 Abs 3 DSG 2000).

Nicolas Raschauer mp