

Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Verschwiegenheit in sozialen Berufen

Dr. iur. Sandra Wehinger

2. überarbeitete Auflage 3/2008

Onlineversionen:

**www.vorarlberg-sozialarbeit.at
www.fhv.at/edu/bac/sab/links/
www.ifs.at**

Herausgeber:

**Vorarlberger Berufsverband Diplomierter SozialarbeiterInnen
und
IfS - Institut für Sozialdienste gemeinnützige GmbH**

**Rechte und Pflichten
im Zusammenhang mit Verschwiegenheit in
sozialen Berufen**

2. überarbeitete Auflage 3/2008

Institut für Sozialdienste

Dr. Sandra Wehinger

Stand: März 2008

Inhaltsverzeichnis¹

1. Grundsätzliches zur Verschwiegenheit	6
1.1. Definitionen	6
1.2. Schutz der Vertrauensbeziehung in der psychosozialen Arbeit	11
2. Allgemeine gesetzliche Grundlagen und Verpflichtungen	14
2.1. Das Datenschutzgesetz	14
2.2. Vertragliche Verpflichtung zur Verschwiegenheit.....	20
2.3. Jedermann betreffende Anzeigepflicht.....	22
2.4. Besondere Pflicht zu Handeln (Garantenstellung)	27
3. Schutz der Verschwiegenheitspflicht	30
3.1. Prozessualer Schutz der Verschwiegenheit im Zivilrecht	30
3.1.1. Vernehmungsverbot für Mediatoren und Beamte (§ 320 Z 3, 4 ZPO).....	32
3.1.2. Aussageverweigerungsrecht (§ 321 Abs 1 Z 2, 3 ZPO).....	34
§ 321 Abs 1 Z 2 ZPO: Aussageverweigerungsrecht bei einem unmittelbaren vermögensrechtlichen Nachteil	35
§ 321 Abs 1 Z 3 ZPO: Aussageverweigerungsrecht bei einer staatlich anerkannten Pflicht zur Verschwiegenheit	36
3.2. Prozessualer Schutz der Verschwiegenheit im Strafrecht	37
3.2.1. Vernehmungsverbot für Staatsbeamte.....	37
3.2.2. Aussagebefreiung (§ 156 StPO)	39
3.2.3. Aussageverweigerung (§ 157 StPO)	40
3.2.4. Zeugnispflichten	44
4. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht.....	45
4.1. Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht.....	45
4.2. Notstand.....	49
4.3. Verteidigungsfreiheit	52
4.4. Honorarstreitigkeiten	53
4.5. Schadenersatzforderungen.....	53
5. Berufsspezifische Besonderheiten	53
5.1. Psychologen und Psychotherapeuten	53
5.2. Mediatoren.....	58

¹ Sämtliche personen- und funktionsbezogenen Bezeichnungen sind geschlechtsneutral zu verstehen

5.3.	Sozialarbeiter	59
5.4.	Sachwalter, Patientenanwälte, Bewohnervertreter	63
5.5.	Berater einer anerkannten Schuldenberatungsstelle	66
5.6.	Ärzte	68
5.7.	Beamte	76
5.7.1.	Mitarbeiter der Jugendwohlfahrt u.a.	80
5.7.2.	Bewährungshelfer	84
	Anhang	87
	Vorgangsweise im Umgang mit dem Schutz der Vertrauensbeziehung (Handhabung im IfS)	87
	Literaturverzeichnis	90

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
a.F.	alte Fassung
AHG	Amtshaftungsgesetz
ÄrzteG	Ärztegesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMJ	Bundesministerium für Justiz
bspw.	beispielsweise
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DSG	Datenschutzgesetz
DSK	Datenschutzkommission
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
etc.	ecetera
ff	folgende
GuKG	Gesundheits- und Krankenpflegegesetz
HebG	Hebammengesetz
HeimaufG	Heimaufenthaltsgesetz
hL	herrschende Lehre
iaR	in aller Regel
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
insb.	insbesondere
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz
KAKuG	Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz
mE	meines Erachtens
MMHmG	Medizinischer Masseur- und Heilmasseurgesetz
OBDS	Österr. Bundesverband diplomierter SozialarbeiterInnen
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht

PG	Psychologengesetz
PthG	Psychotherapiegesetz
Rspr	Rechtsprechung
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RV	Regierungsvorlage
SanG	Sanitätergesetz
SMG	Suchtmittelgesetz
sog.	sogenannten
StGB	Strafgesetzbuch
StPÄG	Strafprozessänderungsgesetz
StPO	Strafprozessordnung
u.a.	unter anderem
UbG	Unterbringungsgesetz
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
VSPBG	Vereinsfachwarter-, Patientenanzwalts- und Bewohnervertretergesetz
Z	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
ZivMediatG	Zivilrechtsmediationsgesetz
ZPO	Zivilprozessordnung

1. Grundsätzliches zur Verschwiegenheit²

1.1. Definitionen

Die Verschwiegenheit

Unter **Verschwiegenheitspflicht** versteht man die Pflicht des Geheimnisträgers³, alles vom Geheimnisherrn (in weiterer Folge Klient)⁴ Anvertraute oder dem Geheimnisträger sonst in Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit bekannt Gewordene dann nicht an Dritte⁵ mitzuteilen, wenn erkennbar ist, dass die Weitergabe die Interessen des Geheimnisträgers verletzen würde (Zenz, Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit bestimmter Berufsgruppen im Verhältnis zur Zeugnisablegung im Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren, JRP 2005, 230 ff; vgl. Schelling, Schweigerecht – Schweigepflicht, 1990). Dabei sind mit „**anvertraut**“ bewusst mitgeteilte Tatsachen, mit „**bekannt geworden**“ die vom Geheimnisträger auf sonstige Weise in Erfahrung gebrachten Tatsachen gemeint. Die Weitergabe von Geheimnissen⁶ würde insbesondere dann die Interessen des Klienten verletzen, wenn sie ohne Zustimmung erfolgen würde (Zenz, 2005). Der **Verschwiegenheitspflicht unterliegen** daher insb. die Tatsache der Beratung selbst, das Thema und die Ergebnisse der Beratung sowie jedwede sonstige, dem Geheimnisträger unter dem Mantel der Verschwiegenheit mitgeteilte Tatsache, selbst wenn sie nicht direkt mit dem Thema der Beratung zu tun hat, sondern persönliche, gesellschaftliche, psychosoziale oder gesundheitliche Umstände des Klienten und/oder naher Angehöriger betreffen (vgl. Stolzlechner, Überlegungen zur ärztlichen Verschwiegenheits-, Anzeige- und Meldepflicht, RdM 2000, 67 ff).

² Sämtliche personen- und funktionsbezogenen Bezeichnungen sind geschlechtsneutral zu verstehen

³ Geheimnisträger sind bspw. Mitarbeiter psychosozialer Einrichtungen, Psychotherapeuten, Sozialarbeiter etc.

⁴ Geheimnisherr sind bspw. Klienten, Patienten etc.

⁵ Dritte sind bspw. Verwandte des Klienten, Medien, Personen im öffentlichen Dienst (Polizei, Gericht etc.)

⁶ Geheimnisse sind Informationen, die keinem größeren Personenkreis bekannt sind. BROCKHAUS: Ein Geheimnis ist etwas, das eine Person oder ein bestimmter Personenkreis bewusst vor anderen verborgen hält.

Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit beinhaltet überdies die **Pflicht** zu technischen und organisatorischen Vorkehrungen, die verhindern, dass vertrauliche Inhalte auch nur zufällig Außenstehenden bekannt werden. So sind – um einfache Beispiele zu nennen – Beratungs- und Warteräume zu trennen, um eine Wahrnehmung des Gespräches außerhalb des Beratungsraumes zu verhindern. Problematisch können Aufnahmeeinrichtungen sein, die in den Warteraum integriert bzw. räumlich nicht geschlossen abgetrennt sind. Erwähnt die Sekretärin bei Telefongesprächen Namen von Klienten etc., so gibt sie damit Tatsachen preis, die der Verschwiegenheitspflicht unterliegen, aber infolge fehlender räumlicher Trennung von wartenden Klienten wahrgenommen werden können (vgl. *Stolzlechner*, 2000).

Auf die Rechtsgrundlagen, welche die Verschwiegenheit begründen, wird an anderer Stelle ausführlicher eingegangen. Es sei hier lediglich festgehalten, dass es sich bei der sog. „**staatlich anerkannten Pflicht zur Verschwiegenheit**“ um eine gesetzlich angeordnete Verschwiegenheit handelt, die einen besonderen prozessualen Schutz begründet (vgl. *Zenz*, 2005). Darunter sind etwa die Berufsvorschriften (ausdrückliche Normierung der Verschwiegenheitspflicht für Psychotherapeuten, Psychologen, etc.) zu verstehen.

Der Umfang der Verschwiegenheit

Die Verschwiegenheitspflicht **gilt** sowohl für gegenwärtige als auch für frühere Vertrauensverhältnisse, womit die Geltungsdauer keiner zeitlichen Beschränkung unterworfen ist (*Zenz*, 2005; vgl. auch *Arnold*, Einschränkungen des Berufsgeheimnisses – Ausnahmen vom Geheimnisschutz, ÖJZ 1982, 1 ff).

Des Weiteren werden sog. **Drittgeheimnisse** von der Verschwiegenheitspflicht umfasst. Ein solches liegt vor, wenn Klient und Geheimnisherr nicht ident sind, etwa wenn ein Ehemann einer Klientin deren Berater anvertraut, an einer bestimmten Krankheit zu leiden. Um diesem Dritten gegenüber nicht an die Verschwiegenheit gebunden zu sein, ist eine Information zu Beginn des Gespräches erforderlich, dass die entsprechende Verpflichtung nur gegenüber der Klientin, nicht aber ihm gegenüber gelte. Vertraut sich der Dritte trotz dieser Aufklärung dem Berater an, ist dieser nicht zur Verschwiegenheit über die anvertrauten Informationen verpflichtet.

Der Personenkreis

Die Schweigepflicht besteht in der Regel gegenüber allen Personen (**Dritten**) und umfasst Informationen, die sie bis dato **nicht wissen** (bspw. Anfrage des nicht wissenden Ehemannes in der FrauennotWohnung, ob die Ehefrau vorübergehend dort untergekommen ist).

Die Verschwiegenheitspflicht besteht allgemein, somit grundsätzlich uneingeschränkt gegenüber jedweder Person oder Einrichtung außerhalb des Klienten, also z.B. gegenüber Ehepartnern, sonstigen Familienangehörigen, staatlichen Dienststellen oder anderen Sozialeinrichtungen (vgl. *Stolzlechner*, 2000). Eine Verletzung und somit ein **Bruch** der Verschwiegenheit würde demnach vorliegen, wenn der Berater auf Anfrage des interessierten, aber nicht wissenden Ehemannes die Information weitergibt, dass seine Ehefrau eine Scheidungsberatung in Anspruch nimmt.

Bei einer Betreuung durch ein **Team**, geht man von der stillschweigenden Einwilligung des Klienten aus, die Daten in jenem Ausmaß innerhalb des Teams (bzw. der Beratungsstelle) weiterzugeben, als sie zur Aufgabenerfüllung notwendig sind (*Dvorak*, Schweigepflicht – Zeugnisentschlagung – Anzeigepflicht – Berichtspflicht in der Jugendwohlfahrt 1995). Als Beispiel kann die Weitergabe von Informationen an eine Urlaubsvertreterin genannt werden.

In den verschiedenen **Berufsvorschriften**⁷ wird normiert, dass die Verschwiegenheitspflicht nicht nur für die Berufsvertreter gilt, sondern auch für deren Beschäftigte. Geht man vom Zweck dieser Normierungen aus, nämlich eine Umgehung der Verschwiegenheitspflicht durch die Befragung von Beschäftigten zu verhindern, wird man den Begriff weit auslegen müssen. Unter **Beschäftigten** seien somit alle Personen zu verstehen, die vom Berufsgeheimnisträger (Sozialarbeiter, Therapeut, Psychologe usw.) in welcher Weise auch immer zur Ausübung seiner Tätigkeit herangezogen würden. Unter Umständen könnten auch Computertechniker aufgrund des mit der Wartung und Reparatur verbundenen unmittelbaren Zugangs zu geheimen Informationen, wenn Letzterer unvermeidbar ist, als Beschäftigte angesehen werden. Um als Beschäftigter zu gelten, wird

⁷ Gelten jedenfalls als staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflichten, auf diese wird aber im späteren Verlauf noch näher eingegangen.

aber ein inhaltlicher Zusammenhang mit der Tätigkeit gefordert, womit Raumpfleger, Fensterputzer, Mechaniker etc. nicht im genannten Sinn als „Beschäftigte“ verstanden werden können.

Liegen die Voraussetzungen für eine Beschäftigung vor, ist es in weiterer Folge unbeachtlich, ob der Beschäftigte extern oder intern, dauerhaft oder vorübergehend tätig wird (vgl. Zenz, 2005). Beispielhaft als Beschäftigte, die vom Berufsgeheimnisträger zur Ausübung seiner Tätigkeit herangezogen werden, können etwa Sekretärinnen, Zivildienstler oder Dolmetscher (vgl. Arnold, 1982) erwähnt werden. Das bereits Ausgeführte muss meines Erachtens ebenso für Praktikanten gelten.

Verschwiegenheitspflicht gegenüber Minderjährigen⁸

Es ist mE davon auszugehen, dass der Berater gegenüber dem **einsichts-** und **urteilsfähigen** Minderjährigen ebenso an die Verschwiegenheit gebunden ist, wie gegenüber einem Erwachsenen.

Minderjährige sind Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, wobei zwischen mündigen (14. Lebensjahr vollendet, aber noch nicht das 18.) und unmündigen Minderjährigen (Minderjährige, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben) zu differenzieren ist.

Analog § 146c ABGB (Einwilligung in medizinische Behandlungen) wird auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen abzustellen sein (vgl. *Stabentheiner*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ 2003, § 146 d ABGB, Rz 2). Vom Vorliegen der **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** ist dann auszugehen, wenn der Betroffene Grund und Bedeutung der Beratung/Therapie einsehen **und** nach dieser Einsicht seinen Willen bestimmen kann. Auf eine Geschäftsfähigkeit kommt es nicht an, weil die Einwilligung vom Abschluss eines Therapie- bzw. Beratungsvertrages streng zu trennen ist (vgl. *Stabentheiner*, 2003, § 146 d ABGB, Rz 10).

⁸ Vgl. Bundesministerium für Gesundheit und Frauen, Information für klinische Psychologinnen und klinische Psychologen sowie für Gesundheitspsychologinnen und Gesundheitspsychologen über die Einholung der Einwilligung in der Kinder- und Jugendpsychologie

Das ehemalige BMGF führt in einer Information für klinische Psychologinnen und klinische Psychologen sowie für Gesundheitspsychologinnen und Gesundheitspsychologen über die Einholung der Einwilligung in der Kinder- und Jugendpsychiatrie aus, dass bei der **Beurteilung** der Einsichts- und Urteilsfähigkeit Alter, Reife, Gesundheitszustand und Persönlichkeit auf Seiten des Minderjährigen eine Rolle spielen. Neben den Persönlichkeitsfaktoren (Alter, intellektueller, psychisch-emotionaler und sozialer Reife) ist die Einsichts- und Urteilsfähigkeit aber auch daran zu messen, aus welcher gesundheitlichen Ausgangslage über welche Behandlungsmaßnahme zu entscheiden ist, also von der Schwere des Eingriffs, den Folgen und Risiken einerseits der Durchführung und andererseits der Unterlassung der Behandlung und den möglichen Alternativen (vgl. *Stabentheiner*, 2003, § 146 d ABGB, Rz 3). Analog dieser Vorgangsweise muss der Therapeut bzw. Berater die Folgen, ob er sich an die gegenüber dem Klienten zugesicherte Verschwiegenheit hält, in die Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit miteinbeziehen. Die Beurteilung selbst obliegt grundsätzlich immer dem behandelnden klinischen Psychologen oder dem behandelnden Gesundheitspsychologen und hat aufgrund aller in Betrachtung einzubeziehender Umstände einzelfallbezogen zu erfolgen.

Entsprechendes wird mE – wie bereits erwähnt – auch für Berater im Rahmen eines Beratungsvertrages bzw. für Therapeuten im Rahmen eines Therapievertrages gelten. Es gilt an dieser Stelle auch der Grundsatz festzuhalten, dass das Ergebnis der Einschätzung und deren Gründe zwecks besserer Nachvollziehbarkeit **dokumentiert** werden sollten.

Zusammenfassend kann als Grundsatz festgehalten werden, dass bei einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen immer die **Zustimmung** desselben einzuholen ist. Bei mündigen Minderjährigen wird das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Zweifel vermutet (analoge Anwendung des § 146c Abs 1 ABGB). Entsprechend diesen Ausführungen ist der Berater/Therapeut auch an die Verschwiegenheit gegenüber dem gesetzlichen Vertreter im Bereich der Pflege und Erziehung gebunden, wenn der Minderjährige einsichts- und urteilsfähig ist und den Berater/Therapeut von derselben nicht entbindet. Abhängig vom Grad der Entwicklung, wird die Verschwiegenheitspflicht mE im Einzelfall auch bei Kindern begründet werden können. Bei der Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit wird zum Einen ein strenges Maß anzulegen sein und zum Anderen in die Entscheidung auch das **Kindeswohl** mit einfließen müssen. Treten bei einem mündigen

Minderjährigen Zweifel an der Einsichts- und Urteilsfähigkeit auf, können die Eltern einen gerichtlichen Ausspruch nach § 154 b ABGB beantragen bzw. kann der Berater/Therapeut einen solchen Ausspruch anregen (*Stabentheiner, 2003, § 146 d ABGB, Rz 4*).

Ergänzend sei an dieser Stelle auf die in § 13 Abs 4 PG bzw. § 14 Abs 4 PthG (siehe Kapitel 5.1.) normierte Verpflichtung verwiesen, wonach dem Behandelten oder seinem gesetzlichen Vertreter alle Auskünfte über die Behandlung, insb. über Art, Umfang und Entgelt zu erteilen sind. In diesem Fall besteht demnach eine **gesetzliche Ausnahme** von der Verschwiegenheitspflicht.

1.2. Schutz der Vertrauensbeziehung in der psychosozialen Arbeit

Für die soziale Arbeit bzw. Therapie ist das Vertrauen, das der Beratung oder Hilfe suchende Klient demjenigen entgegenbringt, dem er sich anvertraut, von zentraler Bedeutung (*Dvorak, 1994*). In vielen Fällen wenden sich psychisch belastete, hilfsbedürftige oder in einem Konflikt stehende Personen nur unter der Voraussetzung an eine Beratungs- oder Betreuungsstelle, dass ihre Angaben diskret behandelt werden (*Dvorak, 1998*). Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit dient somit dem **Schutz** der persönlichen Geheimnisphäre des betroffenen Klienten. Dieser soll nicht in die Zwangslage versetzt werden, Hilfe und Rat deshalb nicht in Anspruch nehmen zu können, weil ansonsten die Gefahr bestünde, dass ein ihm bedeutsames Geheimnis verraten würde (vgl. *Zenz, 2005*). Neben dem Schutz des Klienten sollen durch die Verschwiegenheitspflicht aber auch die **beruflichen Interessen** der einzelnen Berufsgruppen geschützt werden. Ärzte, Psychologen, Psychotherapeuten, Sozialarbeiter etc. sind nur dann in der Lage, ihren Beruf erfolgreich auszuüben, wenn ihnen ihre Klienten vollständige und uneingeschränkte Informationen liefern und sich ihnen rückhaltlos anvertrauen. Um das für eine effektive Zusammenarbeit erforderliche Vertrauensverhältnis zu erreichen, müssen diese Berufsstände selbst ein existentielles Interesse an der ihnen durch das Gesetz auferlegten Verpflichtung zur Verschwiegenheit haben (*Zenz, 2005*). Ein derartiges Vertrauensverhältnis wird vor allem bei öffentlichen Beratungsstellen sowie im Bereich der Sozialarbeit öffentlicher Stellen und der Pädagogik von Bedeutung sein, wo Inanspruchnahme, Betreuung und Beratungserfolg davon

abhängen können, dass die anvertrauten Umstände vertraulich behandelt und nicht zum Gegenstand einer Anzeige gemacht werden. Es geht dabei nicht bloß um die Wahrung schon bestehender Vertrauensverhältnisse, sondern auch um die glaubwürdige Zusicherung der Vertraulichkeit gegenüber hilfsbedürftigen Personen, um diesen Personenkreis auch in Zukunft zur Inanspruchnahme von Hilfe und Rat zu ermutigen (*Dvorak, 1994*).

An die Verschwiegenheitspflicht sind, insb. in einem **gerichtlichen Verfahren**, meines Erachtens sehr hohe Maßstäbe anzulegen, sodass – trotz Entbindung seitens des Klienten – ausschließlich in begründeten Ausnahmefällen (eine organisationsinterne Regelung zur Interessensabwägung wird unbedingt erforderlich sein)⁹ davon abgewichen werden darf. Es können in diesem Zusammenhang mehrere Gründe angeführt werden:

Zum Einen besteht die Gefahr, dass Klienten beginnen, eine Beratung bzw. Therapie für ihren eigenen Vorteil zu nutzen und zu **instrumentalisieren**, beruft sich der jeweilige Berater nicht grundsätzlich auf die Verschwiegenheit. Wenn der Klient weiß, dass es aufgrund der Offenlegung eines Therapiegeheimnisses für ihn unmittelbare (negative oder positive) Konsequenzen hat, wird er in weiterer Folge bewusst oder unbewusst seine Offenheit einschränken. Der Berater/Therapeut kann auf das Verschwiegene keinen gezielten Einfluss haben. Wenn Offenheit in der Beratung/Therapie als Voraussetzung für gezielte Interventionen gesehen wird, muss der Berater/Therapeut, um des Therapieziels willen die Verschwiegenheit ernst nehmen (vgl. *Frottier & Frühwald, Sei standhaft, duldsam und verschwiegen. Ein Beitrag zur Verschwiegenheitspflicht in der forensischen Psychiatrie 1998, 87*).

Zum Anderen können die Klienten in den wenigsten Fällen die **Konsequenzen** einer Aussage einschätzen, insb. wenn Bereiche im Verfahren thematisiert werden, die für den Klienten weniger günstig sind. Es sollte nicht vergessen werden, dass nur der Berater/Therapeut abschätzen kann, ob eine Offenlegung der Therapieinhalte dem Klienten schaden könnte, diese ja nicht die objektive Wahrheit, sondern die subjektive Wahrnehmung des Beraters/Therapeuten zum Inhalt hat (vgl. *Frottier & Frühwald, 1998, 89*).

⁹ Vgl. Anhang – Organisationsinterner Ablauf am Beispiel des Institut für Sozialdienste

Auch wenn eine aussagewillige Partei grundsätzlich die Beantwortung einzelner Fragen verweigern darf (OGH 13 Os 69/88), wird sie dieses Recht in der Praxis in den wenigsten Fällen wahrnehmen können. Entscheidet ein Geheimnisträger aber nach dem Günstigkeitsprinzip, ob er von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht, so wird das in der Regel auch von den Gerichten entsprechend gesehen. Sagt ein Berater/Therapeut bspw. immer nur dann aus, wenn es für seinen Klienten von Vorteil ist, kann das Gericht seine Schlüsse ziehen, wenn er sich in einem anderen Fall auf sein Aussageverweigerungsrecht beruft. Obwohl nach der Rechtsprechung die Tatsache einer Aussageverweigerung keinen Beweisumstand begründen kann (Rechtssatz: OGH 15 Os 122/88), wird man in der Praxis von einer gewissen Aussagekraft ausgehen können, insb. wenn das Verhalten der jeweiligen Geheimnisträger derart „**durchschaubar**“ ist.

Zu Guter letzt schließt sich hier der Kreis wieder, da die glaubwürdige Zusicherung der Vertraulichkeit gegenüber hilfsbedürftigen Personen Voraussetzung ist, Betroffene in der Zukunft zur Inanspruchnahme von Rat und Hilfe zu ermutigen. Gibt es keine klare Haltung bezüglich der Verschwiegenheitspflicht, so wird sich der Klient im Zweifelsfall nicht darauf verlassen und die vielleicht notwendige Hilfestellung nicht annehmen können. Bei einem vorschnellen Bruch der Verschwiegenheit (und als solcher wird auch die negative Konsequenz einer Aussage trotz Entbindung in der Regel subjektiv gewertet werden) kann das Vertrauen in eine ganze Einrichtung und die dort tätigen Mitarbeiter verloren gehen (vgl. *Dvorak*, 1998). Aus diesen Gründen ist es umso wichtiger - besonders in Gerichtsverfahren - mit der Verschwiegenheit sorgfältig umzugehen.

Unabhängig von dem bisher Ausgeführten bleibt selbstverständlich das Notstandsrecht bei **Gefahr im Verzug** bestehen, auf welches aber an anderer Stelle ausführlicher eingegangen wird.

2. Allgemeine gesetzliche Grundlagen und Verpflichtungen

2.1. *Das Datenschutzgesetz*

Artikel 1 (Verfassungsbestimmung)

Grundrecht auf Datenschutz

§ 1. (1) **Jedermann** hat, insbesondere auch im Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens, **Anspruch auf Geheimhaltung** der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Das Bestehen eines solchen Interesses ist ausgeschlossen, wenn Daten infolge ihrer allgemeinen Verfügbarkeit oder wegen ihrer mangelnden Rückführbarkeit auf den Betroffenen einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind.

(2) Soweit die Verwendung von personenbezogenen Daten nicht im **lebenswichtigen Interesse** des Betroffenen oder **mit seiner Zustimmung** erfolgt, sind **Beschränkungen** des Anspruches auf Geheimhaltung **nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig**, und zwar bei Eingriffen einer staatlichen Behörde nur auf Grund von Gesetzen, die aus den in Art. 8 Abs 2 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), BGBl. Nr. 210/1958, genannten Gründen notwendig sind. Derartige Gesetze dürfen die Verwendung von Daten, die ihrer Art nach besonders schutzwürdig sind, nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorsehen und müssen gleichzeitig angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen festlegen. Auch im Falle zulässiger Beschränkungen darf der Eingriff in das Grundrecht jeweils nur in der gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden.

(3) Jedermann hat, soweit ihn betreffende personenbezogene Daten zur automationsunterstützten Verarbeitung oder zur Verarbeitung in manuell, d.h. ohne Automationsunterstützung geführten Daten bestimmt sind, nach Maßgabe gesetzlicher Bestimmungen

1. das **Recht auf Auskunft** darüber, wer welche Daten über ihn verarbeitet, woher die Daten stammen, und wozu sie verwendet werden, insbesondere auch, an wen sie übermittelt werden;

2. das **Recht auf Richtigstellung** unrichtiger Daten und das **Recht auf Löschung** unzulässigerweise verarbeiteter Daten.

(4) Beschränkungen der Rechte nach Abs. 3 sind nur unter den in Abs. 2 genannten Voraussetzungen zulässig.

(5) Gegen Rechtsträger, die in Formen des Privatrechts eingerichtet sind, ist, soweit sie nicht in Vollziehung der Gesetze tätig werden, das Grundrecht auf Datenschutz mit Ausnahme des Rechts auf Auskunft auf dem **Zivilrechtsweg** geltend zu machen. In allen übrigen Fällen ist die **Datenschutzkommission** zur Entscheidung zuständig, es sei denn, dass Akte der Gesetzgebung oder der Gerichtsbarkeit betroffen sind.

Grundsätzliches

Das **Grundrecht auf Datenschutz** bewirkt einen Anspruch auf Geheimhaltung personenbezogener Daten¹⁰. Darunter ist – entsprechend den amtlichen Erläuterungen - der Schutz des Betroffenen¹¹ vor Ermittlung seiner Daten und deren Weitergabe zu verstehen (vgl. *Kleinbauer*, Datenschutzgesetz. Gesetzestext. Materialien. Judikatur, 2007). Im Unterschied zum DSG 1978 erfasst das DSG 2000 nicht nur auf einem Datenträger festgehaltene Daten. Damit werden auch Daten geschützt, von denen jemand nur gesprächsweise Kenntnis erlangt (vgl. *Lukas*, Schadenersatz bei Verletzung der Privatsphäre, RZ 2004, 33 ff). Mit § 1 DSG 2000 wird ein verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht eingeräumt, das aufgrund seiner unmittelbaren **Drittwirkung** auch im Bereich privatrechtlicher Beziehungen Geltung hat. An dieser Stelle erwähnt werden muss aber, dass nach der Rspr der Datenschutzkommission der Anspruch auf **Schadenersatz** nicht zu den aus dem Grundrecht auf Datenschutz gemäß § 1 Abs 1 DSG 2000 ableitbaren Ansprüchen gehört (DSK 5. April 2002: Schadenersatz).

Beschränkungen

Die Verwendung personenbezogener Daten ist gemäß § 1 Abs 2 DSG 2000 bei lebenswichtigen Interessen des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung¹² zulässig. **Beschränkungen** des Anspruchs auf Geheimhaltung sind aber auch zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig, wobei hier zwischen einer

¹⁰ Angaben über Betroffene, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist (siehe § 4 Z 1 DSG 2000): Geburtsdatum (DSK 23. März 2001, Definition Daten, 2001), Telefonnummern (DSK 9. August 2006, Definition Daten, 2006), Namen, Staatsangehörigkeit, Familienstand, Adresse, Sozialversicherungsnummer, Angaben über Kenntnisse oder Fähigkeiten eines Menschen, Religionsbekenntnis, Vermögen, Werturteile und Vermutungen, wenn sie einen Personenbezug aufweisen (Drobesch & Grosinger, 2000, 117)

¹¹ Jede vom Auftraggeber (siehe § 4 Z 4 DSG 2000) verschiedene natürliche oder juristische Person oder Personengemeinschaft, deren Daten (siehe § 4 Z 8 DSG 2000) verwendet werden

¹² § 4 Z 14 DSG 2000: die gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt.

Beschränkung durch eine staatliche Behörde¹³ und jener durch einen Privaten unterschieden wird. Will eine staatliche Behörde einen Eingriff zugunsten der Interessen anderer vornehmen, bedarf es hierzu einer gesetzlichen Ermächtigung und zwar auch dann, wenn Eingriffe staatlicher Behörden den „Schutz der Rechte und Freiheiten“ privater Rechtssubjekte zum Ziel haben (vgl. *Drobesch & Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz 2000, 94). Bedingung für eine solche ist, dass die Maßnahme den Anforderungen des Art 8 Abs 2 EMRK¹⁴ entspricht.

Bei Beschränkungen durch Private enthält § 1 Abs 2 DSG 2000 keine näheren Parameter dafür, unter welchen Voraussetzungen ein berechtigtes Informationsinteresse anderer vorliegt, das die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen überwiegt. Diesbezüglich werden nach *Lukas* die einfachgesetzlichen Ausführungsbestimmungen zum Grundrecht auf Datenschutz in §§ 7 und 9 DSG 2000 heranzuziehen sein (vgl. *Lukas*, 2004). § 7 DSG 2000 enthält die generelle Regel für die Beurteilung der **Zulässigkeit** einer konkreten Datenverwendung, u.a. werden die Berechtigung des Auftraggebers und die Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen der Betroffenen normiert. Im Hinblick auf – zulässige – Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz wird in Abs 3 der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** nochmals ausdrücklich festgeschrieben (*Kleinbauer*, 2007, 55).

Um die praktische Anwendung des DSG zu erleichtern, werden in § 8 Abs 3 DSG 2000 einige der wichtigsten Fälle¹⁵ angeführt, in welchen durch die Datenverwendung keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen verletzt werden, weil es sich

¹³ § 5 Abs 2 DSG 2000: (2) Auftraggeber des öffentlichen Bereichs sind alle Auftraggeber,

1. die in Formen des öffentlichen Rechts eingerichtet sind, insbesondere auch als Organ einer Gebietskörperschaft, oder
2. soweit sie trotz ihrer Einrichtung in Formen des Privatrechts in Vollziehung der Gesetze tätig sind

¹⁴ Artikel 8 Abs 2 EMRK: Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

¹⁵ Ermächtigung oder Verpflichtung zur Verwendung, Zustimmung, lebenswichtige Interessen des Betroffenen, überwiegende berechtigte Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten. Das sind u.a. zur Wahrung lebenswichtiger Interessen eines Dritten erforderlich, Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung zwischen Auftraggeber und Betroffener, Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen

eben um zulässige Eingriffe iSd § 1 Abs 2 DSG 2000 handelt (vgl. *Kleinbauer*, 2007, 58). Um das Beschriebene besser nachvollziehen zu können, werden zwei Entscheidungen der Datenschutzkommission angeführt:

Im Sinne einer Interessensabwägung, wie sie im DSG 2000 festgelegt ist, war die vom Amtsarzt der Führerscheinbehörde mitgeteilten Bedenken bezüglich der Sehkraft des Betroffenen gerechtfertigt. Nach der Entscheidung der Datenschutzkommission stelle das Lenken von Kraftfahrzeugen eine an sich gefährliche Tätigkeit dar, für die der Gesetzgeber nicht ohne Grund den Nachweis gesundheitlicher Eignung fordere. Durch Teilnahme einer körperlich un- oder mindertauglichen Person am Straßenverkehr als Lenker eines Kraftfahrzeugs werde eine Gefahr hervorgerufen, die das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Betroffenen bedrohe. Damit sei die Situation gegeben, in der **lebenswichtige Interessen des Betroffenen** selbst die Übermittlung von Daten an die zuständige Führerscheinbehörde zulässig machten, um den noch nicht völlig klargestellten Sachverhalt zumindest einer Überprüfung unterziehen zu können (DSK 5. April 2002: Lebenswichtige Interessen des Betroffenen).

Nach Ansicht der Datenschutzkommission handelt es sich bei der für die **Honorarforderung** und Abrechnung notwendigen Datenerhebung- und verwendung seitens des Arztes ebenfalls um eine rechtmäßige Verwendung der Daten (DSK 25. Juni 2004: Honorar).

Was die zulässige Datenverwendung von **sensiblen Daten**¹⁶ betrifft, so gelten gemäß § 9 DSG 2000 strengere Anforderungen. Der Grund für die besondere Regelungen liege in der Gefahr ihrer diskriminierenden Verwendung. Für die Beurteilung, ob sensible Daten vorliegen, kommt es nur darauf an, ob diese unter eine der unten angeführten Datenkategorien des § 4 Z 2 DSG 2000 gezählt werden können, nicht jedoch, ob der konkrete Informationsgehalt ein Diskriminierungsrisiko nahelege (vgl. *Drobesch & Grosinger*, 2000, 118). Entsprechend § 9 DSG 2000 werden schutzwürdige **Geheimhaltungsinteressen** bei der Verwendung sensibler Daten nur dann **nicht verletzt**, wenn

¹⁶ § 4 Z 2 DSG 2000: Daten natürlicher Personen über ihre rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse oder philosophische Überzeugung, Gesundheit oder ihr Sexualleben

1. der Betroffene die Daten offenkundig **selbst öffentlich** gemacht hat
2. die Daten in **nur indirekt personenbezogener Form** verwendet oder
3. sich die **Ermächtigung** oder **Verpflichtung** zur Verwendung aus **gesetzlichen Vorschriften** ergibt, soweit diese der Wahrung eines wichtigen öffentlichen Interesses dienen, oder
4. ...
5. ...
6. der Betroffene seine **Zustimmung** zur Verwendung der Daten **ausdrücklich erteilt** hat, wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt, oder
7. die Verarbeitung oder Übermittlung zur Wahrung **lebenswichtiger Interessen des Betroffenen** notwendig ist und seine Zustimmung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann oder
8. die Verwendung der Daten zur Wahrung **lebenswichtiger Interessen eines anderen** notwendig ist oder
9. die Verwendung zur **Geltendmachung**, Ausübung oder Verteidigung von **Rechtsansprüchen** des Auftraggebers vor einer Behörde notwendig ist und die Daten rechtmäßig übermittelt wurden oder
10. ...
11. ...
12. die Daten zum Zweck der **Gesundheitsvorsorge**, der medizinischen Diagnostik, der Gesundheitsversorgung oder –behandlung oder für die Verwaltung von Gesundheitsdiensten erforderlich ist, und die Verwendung dieser Daten durch **ärztliches Personal** oder **sonstige Personen** erfolgt, die einer **entsprechenden Geheimhaltungspflicht** unterliegen.

Bei den Daten Betroffener, die sich einer Therapie einer Suchtkrankheit unterziehen oder unterzogen haben, handelt es sich nach der Meinung der Datenschutzkommission um sensible Daten gemäß § 4 Z 2 DSG 2000, da sie zu den Daten „der Gesundheit einer natürlichen Person“ gezählt werden können (DSK 16. Dezember 2005: Sensible Daten). Aber auch sie dürfen in den oben genannten Fällen nach dem DSG 2000 weitergegeben werden.

Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz

Von einem **Eingriff** in das Grundrecht auf Datenschutz ist dann auszugehen, wenn die Ermittlung von personenbezogenen Daten für den angegebenen Zweck sachlich nicht geeignet ist. In diesem Fall liegt keine Rechtfertigung iSd DSG vor, weshalb die Ermittlung keinesfalls verhältnismäßig und damit rechtlich zulässig ist (DSK 16. November 2004: Eingriff in das Grundrecht).

Recht auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung

Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht bezieht sich nach der Rspr nur auf Daten, die in strukturierten Datensammlungen - nämlich automationsunterstützten Datenanwendungen oder manuellen Dateien - enthalten oder zur Verarbeitung in solchen bestimmt sind. Die subjektiven Rechte gemäß der Verfassungsbestimmung von § 1 Abs 3 DSG 2000 wären, wie e contrario¹⁷ zu schließen sei, auf andere Formen der Daten- bzw. Informationssammlung nicht anwendbar, was insb. für Papierakten gelte. Das DSG 2000 verleihe also kein subjektives, vor der Datenschutzkommission geltend zu machendes Recht auf Akteneinsicht (vgl. DSK 4. Juni 2002: Auskunftsrecht). Diesbezüglich verneint die Datenschutzkommission in ständiger Spruchpraxis auch das Recht auf Löschung oder Richtigstellung von Daten, die nicht in einer automationsunterstützt geführten Datenanwendung oder in manuellen Dateien¹⁸ verarbeitet sind (DSK 16. Dezember 2005: Recht auf Löschung und Richtigstellung).

Geltendmachung des Grundrechts auf Datenschutz

In § 1 Abs 5 DSG 2000 wird festgelegt, dass die in § 1 Abs 3 DSG 2000 normierten Rechte gegen Rechtsträger, die in Formen des Privatrechts eingerichtet sind – mit Ausnahme des Rechtes auf Auskunft – auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen sind. D.h. der Betroffene muss sich, um sein Recht auf Richtigstellung unrichtiger Daten bzw. sein Recht auf Löschung unzulässigerweise verarbeiteter Daten durchzusetzen, an die ordentlichen Gerichten wenden. In derselben Bestimmung wird aber ausdrücklich angeordnet, dass die sog. Auskunftsbeschwerden an die Datenschutzkommission auch gegen „in Formen des privaten Rechts eingerichtete Rechtsträger“ zulässig sind (DSK 13. Februar 2001: Auskunftsrecht gegenüber privatrechtlich eingerichteter Institution).

Grundsätzlich kommt es bei der Abgrenzung zum „**Rechtsträger des Privatrechts**“ auf die organisatorischen Merkmale des datenanwendenden Rechtsträgers an. Datenanwendungen des Privatrechtsträgers sind jedenfalls dem öffentlichen Bereich zuzurechnen, wenn diese hoheitlich („in Vollziehung der Gesetze“) tätig werden, etwa infolge einer „Beleihung“ (*Drobesch & Grosinger*, 2000, 102). In diesem Fall hat der

¹⁷ im Umkehrschluss

¹⁸ Daten müssen nach bestimmten Kriterien zugänglich sein, d.h. es bestehen vereinfachte Möglichkeiten der inhaltlichen Erschließung, bspw. durch alphabetische oder chronologische Sortierung, VwGH vom 21. Oktober 2004, 2004/06/0086

Betroffene – ebenso wie im Fall eines öffentlichen Rechtsträgers - sein Recht bei der Datenschutzkommission geltend zu machen. Das Institut für Sozialdienste gemeinnützige GmbH sowie die Lebenshilfe Vorarlberg Verein können beispielsweise zu den Rechtsträgern des Privatrechts gezählt werden, da sie nicht hoheitlich tätig werden und in den Formen des Privatrechts eingerichtet sind. Anderes gilt in diesem Sinne für die bei der Bezirkshauptmannschaft angesiedelte Jugendwohlfahrt, wenn sie etwa im Rahmen der Bewilligung bzw. Beaufsichtigung von Pflegeverhältnissen tätig wird, da sie hier hoheitlich und somit in Vollziehung der Gesetze handelt. Es wird immer im Einzelfall unter Berücksichtigung der Form der Einrichtung und der ausgeübten Tätigkeit zu beurteilen sein, ob es sich um einen Rechtsträger des öffentlichen oder privaten Rechts handelt. Zum **Bereich des öffentlichen Rechts** gehören allgemein alle Vorgänge, an denen ein mit Hoheitsgewalt ausgestattetes Rechtssubjekt in Ausübung dieser Hoheitsgewalt teilnimmt¹⁹, während sich im Privatrecht die einzelnen Rechtssubjekte grundsätzlich gleichgeordnet ohne prinzipielle Über- oder Unterordnung zueinander stehen²⁰ (Barta, Zivilrecht. Online. <http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/online-lehre>, 2004).

2.2. *Vertragliche Verpflichtung zur Verschwiegenheit*

Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit ist eine **nebenvertragliche Pflicht** bei einem Therapie- oder Beratungsvertrag.

Schutzpflichten, worunter auch die Verschwiegenheitspflicht subsumiert werden kann, entspringen dem Gedanken, dass vertragliche Pflichten nicht buchstäblich, sondern dem Geist und Sinn nach zu erfüllen sind. Vom Vertragspartner werde ein entsprechendes Maß an Aufmerksamkeit, Überlegung und Rücksichtnahme - kurz Sorgfalt - nicht nur bei der Erbringung der Hauptleistung verlangt, sondern auch bei jedem weiteren Verhalten, das mit der Durchführung des Vertragsverhältnisses in einem mehr oder minder engen Zusammenhang steht (vgl. *Attlmayr*, Die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB bei der Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten 1994, 5).

Demnach begründet bereits ein unverbindliches Erstgespräch die Pflicht zur Verschwiegenheit (vgl. *Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹⁰ 2001, 14 ff). Die

¹⁹ Zwangsanhaltung iSd UbG in der Psychiatrie.

²⁰ Psychotherapie: Therapeut und Klient

vorvertraglichen Pflichten sind den Vertragspflichten ähnlich, richten sich aber niemals auf die Erfüllung des Vertrages selbst (bspw. die Durchführung einer Therapie). Es bestehen bloß Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten, die jenen nach Vertragsabschluss entsprechen. Sie sollen den Vertragspartner und dessen Rechtsgüter, die durch den Kontakt einer Gefährdung ausgesetzt sind, gegen Verletzungen absichern. Die schuldhaftige Verletzung vorvertraglicher Pflichten bezeichnet man als **culpa in contrahendo** (Verschulden beim Vertragsabschluss), die den pflichtwidrig handelnden Teil ersatzpflichtig macht (*Welser*, 2001, 15).

Neben den allgemeinen Berufsvorschriften (bspw. PthG, PG u.a.) sehen viele **Dienstverträge** in beratenden und therapeutischen Berufsfeldern die ausdrückliche Verpflichtung des Dienstnehmers zur Verschwiegenheit über alle im Kontext der Beratung bzw. Therapie bekannt werdenden Umstände vor. Nach *Grünberger* ist es prinzipiell zulässig, die gesetzliche Verschwiegenheitspflicht des Dienstnehmers durch einen Dienstvertrag zu erweitern. Allgemein kann die arbeitsrechtliche Verschwiegenheitspflicht unter die aus einem Arbeitsverhältnis ableitbaren Treuepflichten subsumiert werden, worunter heute immer ein äußeres Verhalten verstanden werde (*Grünberger*, Die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers: Grundlagen, Interessen und Perspektiven des arbeitsrechtlichen Geheimnisschutzes 2000, 61). Gegenstand sei jeweils eine Handlung oder Unterlassung des Dienstnehmers, die von einem gewissenhaften und loyalen Dienstnehmer verlangt werden könne. Der Dienstnehmer könne schuldrechtlich haftbar gemacht werden, wenn sein äußeres Verhalten dokumentiere, dass seine Handlungen gegen das verstoßen, was er dem Dienstgeber nach dem Grundsatz von Treu und Glauben schulde. Dienstliche Korrektheit sei notwendig, um die auf Dauer angelegte Nahebeziehung zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer nicht unerträglich zu machen und dem Dienstgeber die Ausübung seiner Organisationsgewalt gegenüber anderen Dienstnehmern praktisch nicht zu verunmöglichen (vgl. *Grünberger*, 2000, 85). Ein Dienstnehmer, der entgegen der im Dienstvertrag normierten Verpflichtung zur Verschwiegenheit diese, ohne die vom Dienstgeber vorgesehenen Leitlinien und Instanzen zu beachten, bricht, verletzt somit seine Treuepflicht und setzt damit unter Umständen einen Entlassungstatbestand. Das Dienstverhältnis impliziert eine gesteigerte Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen des Vertragspartners: In dieser besonderen Konstellation heißt das auch die Anerkennung und Akzeptanz des hohen Stellenwertes der

Verschwiegenheit in diesen Berufen. Illoyalität liegt auch dann vor, wenn der Dienstnehmer Handlungen vornimmt, die zwar an sich nicht deliktisch sind, aber auf mangelnder Identifikation mit den Interessen des Dienstgebers oder einer ungerechtfertigten Bevorzugung eigener Interessen beruhen (*Grünberger*, 2000, 85).

2.3. *Jedermann treffende Anzeigepflicht*

§ 286 StGB

Unterlassung der Verhinderung einer mit Strafe bedrohten Handlung

- (1) Wer es mit dem **Vorsatz**, dass **vorsätzlich eine mit Strafe bedrohte Handlung** begangen werde, **unterlässt**, ihre **unmittelbar bevorstehende** oder schon begonnene Ausführung zu **verhindern** oder in den Fällen, in denen eine Benachrichtigung die Verhinderung ermöglicht, der Behörde (§ 151 Abs 3) oder dem Bedrohten mitzuteilen, ist, wenn die strafbare Handlung zumindest versucht worden und mit einer ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen. Die Strafe darf jedoch nach Art und Maß nicht strenger sein, als sie das Gesetz für die nicht verhinderte Tat androht.
- (2) Der Täter ist nach Abs 1 **nicht zu bestrafen**, wenn er
 1. die Verhinderung oder Benachrichtigung nicht leicht und ohne **sich** oder einen **Angehörigen** der Gefahr eines beträchtlichen Nachteils auszusetzen, bewirken konnte,
 2. von der mit Strafe bedrohten Handlung ausschließlich durch eine Mitteilung Kenntnis erhalten hat, die ihm in seiner Eigenschaft als **Seelsorger** anvertraut worden ist oder
 3. durch die Verhinderung oder Benachrichtigung eine andere **rechtlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht** verletzen würde und die aus der Verletzung dieser Pflicht drohenden Folgen schwerer gewogen hätten als die nachteiligen Folgen aus der Unterlassung der Verhinderung oder Bekanntmachung.

Grundsätzliches

§ 286 StGB statuiert eine **jedermann treffende Handlungspflicht**, wenn die Ausführung einer mit Strafe bedrohten Handlung unmittelbar bevorsteht oder bereits begonnen hat. Im

Gegensatz dazu ist ein **Garant**²¹ aufgrund einer ihn im Besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung gemäß § 2 StGB²² dazu verhalten, die Beeinträchtigung eines fremden Rechtsgutes zu verhindern, da er sich andernfalls als Beitragstäter durch Unterlassen zu dem betreffenden Delikt strafbar macht. Duldet etwa eine Mutter im Wissen, dass sich der Vater an der minderjährigen Tochter vergeht, den sexuellen Missbrauch ohne etwas dagegen zu unternehmen, kann sie u.U. als Beitragstäterin für denselben verantwortlich gemacht werden (vgl. *Triffterer/Rosband/Hinterhofer*, § 286 StGB, Ziffer 5 ff; OGH, RS0108869 ad Garantenstellung der Eltern). Ähnliches gilt für einen Arzt bzw. Berater, wenn dieser erkennen würde, dass ein Patient infolge einer psychischen Störung aus eigenem nicht in der Lage ist, für ihn selbst grob gesundheitsschädliche oder gar tödliche Verhaltensweisen zu vermeiden und er eine solche Schädigung dadurch verhindern könnte, indem er z.B. Angehörige des Patienten über dessen Zustand informiert. In einem solchen Fall ist der Arzt bzw. Berater nicht nur zu einer solchen Mitteilung berechtigt, sondern aufgrund seiner Garantenstellung als behandelnder Arzt bzw. Berater dazu verpflichtet, weil ihm ansonsten mitunter eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Gesundheitsschädigung oder gar Tötung durch Unterlassen (§§ 2, 80 bzw. 88 StGB) droht (vgl. *Schmoller*, Zur Reichweite der Verschwiegenheitspflicht von Ärzten, Psychologen und Psychotherapeuten beim Verdacht des sexuellen Mißbrauchs, 1996).

Die **Verwirklichung des § 286 StGB** setze voraus, dass der Täter mit einer Situation konfrontiert wird, in der die Ausführung einer vorsätzlichen mit Strafe bedrohten Handlung durch einen anderen unmittelbar bevorsteht oder schon begonnen hat (vgl. *Triffterer/Rosband/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch⁶ 2001, § 286 StGB, Ziffer 9). Nach der Lehre steht die Ausführung einer derartigen Handlung unmittelbar bevor, wenn das Verhalten des Täters unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles aus der Sicht eines außenstehenden Dritten keinen Zweifel daran lässt, dass er seinen Tatplan unverzüglich oder doch innerhalb kürzester Zeit zu realisieren beginnen werde. Dieser Beurteilung ist ein ex-ante-Maßstab zugrundezulegen, womit auf

²¹ Eltern für ihre Kinder, Arzt für seine Patienten, Kindergartentante für ihre Kindergartengruppe etc.

²² „Bedroht das Gesetz die Herbeiführung eines Erfolges mit Strafe, so ist auch strafbar, wer es unterlässt, ihn abzuwenden, obwohl er zufolge einer ihn im besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung dazu verhalten ist und die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein Tun gleichzuhalten ist.“

den Eindruck eines objektiven Dritten in der Unterlassungssituation abzustellen ist (vgl. *Triffterer/Rosband/Hinterhofer*, § 286 StGB, Ziffer 12). Im Hinblick darauf sei deshalb davon auszugehen, dass § 286 StGB nur die unterlassene Verhinderung einer zumindest tatbildmäßigen Verhaltensweise erfasst. Nach der Verwirklichung des Tatbilds, d.h. nach der Vollendung der Tat geplante bzw. begonnene „Folgehandlungen“ müssen daher grundsätzlich nicht mehr verhindert werden, weil diese keine mit Strafe bedrohten Handlungen darstellen und die tatbestandsmäßige Unterlassungssituation des § 286 StGB damit nicht erfüllt sei (vgl. *Hinterhofer*, Zum Anwendungsbereich des § 286 StGB, ÖJZ 1995, 495 ff).

Dauerdelikte, demnach Delikte, die über einen gewissen Zeitraum fortgesetzt werden, bilden eine Ausnahme. Als klassisches Beispiel kann die Freiheitsentziehung im Sinne des § 99 StGB angeführt werden. Die Freiheitsentziehung ist zwar mit dem erstmaligen Vorliegen der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale vollendet²³, der Tatbestand wird jedoch vom Täter in jedem Zeitpunkt bis zur – tatsächlichen – Beendigung²⁴ dauernd erneut verwirklicht. Für die Strafbarkeit gemäß § 286 StGB heißt das wiederum, dass bei diesen Delikten eine **Verhinderungspflicht** bis zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustand besteht, weil bis zu diesem Zeitpunkt ein tatbildmäßiges Verhalten dauernd erneut gesetzt wird. Etwas anderes gilt für Delikte, bei denen der Täter den Vorsatz hat, die Tat auch in der Zukunft zu begehen, die aber bei Vorliegen aller objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale vollendet sind. In diesen Fällen wird für die Beurteilung der Strafbarkeit gemäß § 286 StGB auf die Tatvollendung abgestellt, nicht aber auf die Beendigung des Vorhabens, bspw. weiterhin einen sexuellen Missbrauch zu begehen (vgl. *Hinterhofer*, 1995).

Verpflichtung

Um der gebotenen Handlungspflicht gerecht zu werden, genügt es, **objektiv geeignete Maßnahmen** zu setzen, um die strafbare Handlung zu verhindern. Zu den zur Verhinderung der Straftat erforderlichen Aktivitäten könne nach der Rspr auch die Einwirkung auf den Willen des Täters gehören, unabhängig davon, ob die Ausführung der

²³ Vorsatz, jemanden gegen seinen Willen festzuhalten, und Umsetzung dieses Vorsatzes, indem man jemanden in einen Raum einsperrt.

²⁴ Aufhebung der widerrechtlichen Beschränkung

Straftat tatsächlich abgewendet werden konnte. Ob die betreffende Verhaltensweise objektiv geeignet war, die Tat zu verhindern, ist wiederum ex-ante aus der Sicht eines objektiven Dritten in der Situation des Handlungspflichtigen zu beurteilen (vgl. *Triffterer/Rosband/Hinterhofer*, § 286 StGB, Ziffer 20 - 21).

Die Benachrichtigung der Behörde oder des Bedrohten kann gemäß § 286 Abs 1 StGB die Strafbarkeit ausschließen: Voraussetzung ist allerdings, dass es durch die Mitteilung wenigstens ermöglicht wird, die drohende Straftat zu vereiteln, d.h. die Benachrichtigung rechtzeitig erfolgt. „Bedrohte“ iSd Bestimmung sind Personen, gegen die sich die fremde Straftat richtet. Fehlt dem Bedrohten die Einsichts- oder Urteilsfähigkeit, z.B. weil er unmündig oder geistig behindert ist²⁵, habe die Benachrichtigung gegenüber seinem gesetzlichen Vertreter zu erfolgen (vgl. *Triffterer/Rosband/Hinterhofer*, § 286 StGB, Ziffer 22 - 27).

Strafbarkeit

Voraussetzung für eine Strafbarkeit gemäß § 286 StGB ist, dass der Täter zumindest einen bedingten Vorsatz hatte. Er muss es folglich zumindest ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden, dass die Ausführung einer mit Strafe bedrohten Handlung unmittelbar bevorsteht oder schon begonnen hat. Wer z.B. einen Mord nicht verhindere, müsse zur Kenntnis genommen und sich zumindest damit abgefunden haben, dass ein anderer vorsätzlich getötet werden soll. Da es sich beim vorsätzlichen Handeln eines anderen um ein normatives Tatbildmerkmal handle, reiche es aus, wenn der Unterlassende jene tatsächlichen Elemente in ihrem sozialen Bedeutungsgehalt richtig erfasst habe, welche die bevorstehende strafbare Handlung als eine vorsätzliche Straftat erscheinen ließen (vgl. *Triffterer/Rosband/Hinterhofer*, § 286 StGB, Ziffer 30). Es muss dem Täter also bewusst sein, dass die Ausführung einer Straftat unmittelbar bevorsteht und er nichts objektiv Geeignetes zur Verhinderung derselben unternimmt, obwohl er zur Vornahme einer der gebotenen Verhaltensweisen in der Lage wäre. Setzt der Täter objektiv ungeeignete Aktivitäten, um die fremde Straftat abzuwenden, die er jedoch irrtümlich für ausreichend hält, befindet er sich in einem **Tatbildirrtum**, der den Vorsatz und damit

²⁵ Allerdings ist auch in diesen Fällen eine genaue Beurteilung vorzunehmen, ob der Unmündige oder geistig Behinderte einsichts- und urteilsfähig ist.

insgesamt eine Strafbarkeit aus § 286 StGB entfallen lässt (*Triffterer/Rosband/Hinterhofer*, § 286 StGB, Ziffer 32).

Rechtfertigungsgründe

Entschuldigt ist zum einen, wer die Verhinderung einer fremden Straftat nicht leicht bewirken konnte. Dabei kommt es jedoch nicht auf ein subjektives Empfinden des Täters an, sondern darauf, ob die Verhinderung objektiv - aus Sicht eines mit den rechtlich geschützten Werten angemessen verbundenen Menschen - in der Situation des Täters leicht möglich gewesen wäre. Es bleibt letztlich auch immer zu differenzieren: Gegebenenfalls mag zwar die unmittelbare Verhinderung nicht leicht, die mittelbare Verhinderung durch Benachrichtigung der Behörde – etwa durch telefonische Information der Polizei – hingegen sehr wohl leicht möglich sein (vgl. *Steininger*, §§ 274 – 287 StGB, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² 2000, § 286 StGB Ziffer 19).

Nach § 286 Abs 2 Z 3 StGB kann der Unterlassende **straflos** werden, wenn er durch die Verhinderung oder Mitteilung der fremden Straftat eine andere **rechtlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht** verletzen würde. Darunter sind jedenfalls die Bestimmungen des § 14 PG, des § 15 PthG, des § 2 Abs 1 Z 8 Familienberatungsförderungsgesetz u.a. zu verstehen. Ein Rechtfertigungsgrund nach dieser Bestimmung liegt allerdings nur dann vor, wenn die vorgenommene Interessensabwägung ergibt, dass die Nachteile, die aus der Verletzung der rechtlich anerkannten Geheimhaltungspflicht drohen, schwerer wiegen als jene, welche die Unterlassung der Verhinderung bzw. Anzeige der mit Strafe bedrohten Handlung nach sich zieht. Bei drohenden Straftaten gegen Leib, Leben oder Freiheit würden die Folgen mangelnder Verschwiegenheit in aller Regel aber nicht schwerer wiegen. Ein Arzt etwa, der von einer bevorstehenden schweren Gewalttat erfahre, die einer seiner Patienten auszuüben gedenke, und diese nicht verhindere oder anzeige, sei nicht durch § 286 Abs 2 Z 3 StGB gerechtfertigt; denn die Nachteile aus der Nichtverhinderung der Tat würden schwerer wiegen als diejenigen aus der Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses (vgl. *Triffterer/Rosband/Hinterhofer*, § 286 StGB, Ziffer 47).

2.4. Besondere Pflicht zu Handeln (Garantenstellung)

§ 2 StGB bedroht die Unterlassung der Erfolgsabwendung nur dann mit Strafe, wenn der Täter „zufolge einer ihn im besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung dazu verhalten ist“ (**Garantenpflicht**), den Erfolg abzuwenden (*Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I.⁴, 2000, 321). Im StGB selbst ist eine Definition, wann diese Pflicht im Konkreten besteht, nicht enthalten. Es findet sich lediglich ein allgemeiner Verweis auf die „Rechtsordnung“.

Dem Gesetz würden sich aber folgende **Merkmale der Garantenpflicht** entnehmen lassen (*Fuchs*, 2000, 321-322):

- Es muss eine **Rechtspflicht** sein; bloße moralische oder sittliche Pflichten genügen nicht;
- Sie muss den **Täter** im besonderen **treffen**, also auf einen verhältnismäßig kleinen Kreis von Handlungspflichtigen beschränkt sein. Allgemeine Pflichten, die jedermann treffen, genügen nicht.

Dementsprechend sind die Handlungspflichten nach § 95 StGB (Unterlassung der Hilfeleistung) oder nach § 286 StGB sowie die Pflicht nach § 4 StVO (Pflichten bei einem Verkehrsunfall) allgemeiner Natur und begründen eben keine Garantenpflicht.

- Es genügt jedoch eine Verpflichtung durch die Rechtsordnung. Da keine gesetzliche Pflicht verlangt ist, kommen auch Pflichten in Betracht, die nicht ausdrücklich im Gesetz genannt sind, sondern sich aus Rechtsanalogie oder **Gewohnheitsrecht** ergeben.
- Immer aber kann Garant nur sein, wenn eine spezifisch **erfolgsbezogene** Pflicht trifft (bspw. Eltern trifft die Aufsichtspflicht gegenüber ihren Kindern, ebenso Tagesmutter im Rahmen ihrer Betreuung etc.)

Grundsätzlich kann die Garantenstellung durch **Gesetz** (§ 137 Abs 2 ABGB: Eltern und Kinder haben einander beizustehen), durch **Vertrag** oder durch ein **gefahrenbegründendes Vorverhalten** entstehen. Zu beachten ist aber, dass der Umstand, ob letztlich tatsächlich eine Garantenstellung, demnach eine besondere Handlungspflicht, vorliegt, nur durch Auslegung ermittelt werden kann. Zur näheren Präzisierung der Garantenpflichten müsse man fragen, aus welchen Gründen manche Personen stärker in

Pflicht genommen würden als die Allgemeinheit: Ihre Unterlassung der Erfolgsabwendung zieht die gleiche Strafe nach sich wie die Herbeiführung des Erfolgs durch aktives Tun (vgl. *Fuchs*, 2000, 322).

Obhutsgaranten²⁶

Bei dieser Gruppe besteht die rechtliche Verpflichtung einer Person, sich um (einzelne oder alle) Rechtsgüter bestimmter Personen zu kümmern und diese Rechtsgüter umfassend gegen alle Gefahren – unabhängig wovon sie ausgehen – zu schützen und zu verteidigen. So sind Eltern ihren minderjährigen Kindern (§§ 137, 144, 146 ABGB) und Ehegatten einander (§§ 40, 90 ABGB) umfassend zum Beistand verpflichtet. Erstere Verpflichtung beinhaltet bspw. die Pflicht der Mutter gegenüber ihrem Kind, selbst bei einer Entziehung oder Einschränkung der elterlichen Rechte und Pflichten (§ 176 ABGB), gegen am unmündigen Kind unternommene Unzuchtshandlungen einzuschreiten (Vgl. OGH, RS0108869).

Eine entsprechende gesetzliche Bestimmung kann aber nicht nur gesetzlich vorgesehen, sondern auch durch die einvernehmliche Übernahme einer Schutzfunktion begründet sein. Der **Umfang** der Garantenpflicht richtet sich in diesen Fällen danach, welche Schutzaufgaben tatsächlich übernommen wurden: So hat ein Bademeister die Schutzpflicht hinsichtlich der Badegäste und der von Wasser ausgehenden Gefahren übernommen, die Mitarbeiterin einer Kinderbetreuungseinrichtung die Schutzpflicht hinsichtlich der in der Betreuung befindlichen Kinder vor den Gefahren, welche im Rahmen der Betreuung auftreten können. Als Grundsatz ist festzuhalten, dass die Garantenstellung erst mit der tatsächlichen Übernahme der Schutzaufgabe beginnt, nicht schon mit der bloßen Zusage. So wird die Familienhelferin erst Garant, wenn sie ihren Dienst tatsächlich antritt. Die Familienhelferin, welche entgegen ihrer Zusage nicht pünktlich erscheint, hat keine Garantenstellung gegenüber den Kindern. Anderes gilt nur in jenem Fall, in dem die bloße Zusage, die Schutzaufgabe zu übernehmen, im Hinblick darauf abgegeben wurde, dass andere Schutzpflichtige im Vertrauen auf die Zusage auf weitere Schutzvorkehrungen verzichten. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Nachbarin den Eltern verspricht, gleich herüber zu kommen, sich um das Baby zu kümmern und die Eltern deshalb das Haus

²⁶ An dieser Stelle sei erwähnt, dass zu den Obhutsgaranten auch Organe gegenüber juristischen Personen gezählt werden können: So sind Geschäftsführer, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder verpflichtet, die Vermögensinteressen ihrer Gesellschaft umfassend zu wahren.

verlassen. Hier hat die Nachbarin schon ab dem Augenblick Garantenstellung, in dem die Eltern aufgrund ihrer Zusage das Haus verlassen.

In diesem Zusammenhang ist konkretisierend festzuhalten, dass die tatsächliche Übernahme der Schutzfunktion, die den Schützling in eine Lage bringt, in der er faktisch der Hilfe bedarf, auch eine Garantenstellung begründet, wenn sich das der Übernahme zugrunde liegende Rechtsgeschäft als mangelhaft erweist. Grundsätzlich haben Ärzte zwar nur dann eine Garantenstellung gegenüber jenen Patienten, deren Behandlung sie übernommen haben bzw. diese im Zuge eines Not- oder Bereitschaftsdienstes durchführen. Eine begonnene Notoperation ist jedenfalls auch dann zu Ende zu führen, wenn letztlich kein Behandlungsvertrag abgeschlossen wurde (vgl. *Fuchs*, 2000, 322-324).

Überwachungsgaranten

Grundsätzlich kommt jedem Menschen das Recht zu, seinen Herrschaftsbereich – ohne Einmischen eines Dritten – zu organisieren. Aus diesem Grundsatz wird die Pflicht abgeleitet, seinen Herrschaftsbereich so zu organisieren, dass sich aus ihm keine Gefahren für Dritte ergeben. Ergeben sich solche, so ist der Begründer der Gefahr infolge seiner Garantenstellung verpflichtet, Schaden abzuwenden bzw. zu minimieren. Als Beispiel sei an dieser Stelle angeführt, dass der Lenker eines Fahrzeuges für die Unfallbeteiligten auch dann verantwortlich ist, wenn er den Unfall nicht verschuldet hat (vgl. *Fuchs*, 2000, 324-325).

Gleichwertigkeitsklausel

Neben der Garantenstellung muss die Voraussetzung, dass die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein **Tun gleichzuhalten** ist, bejaht werden können (vgl. *Fuchs*, 2000, 326).

Vorsatzdelikt

Es gilt der Grundsatz, dass sich der **Vorsatz** bei einem vorsätzlichen Unterlassungsdelikt auf alle Elemente des Tatbildes bezieht. D.h. um § 206 StGB durch Unterlassung verwirklichen zu können, ist Voraussetzung, dass es sich beim Opfer um eine minderjährige Person handelt, mit der der Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung vorgenommen wird und der Unterlassende

diesen Umstand zumindest in Kauf nimmt. Gegenstand des Vorsatzes ist in weiterer Folge auch das „Unterlassen“ selbst, d.h. es muss dem Täter bewusst sein, dass eine pflichtbegründende Situation vorliegt, er handeln müsste und trotzdem den Entschluss fasst, die geforderte Handlung nicht vorzunehmen (vgl. *Fuchs*, 2000, 327 ff). Wird nichts ausdrückliches angeordnet, so genügt der „bedingte“ Vorsatz, wonach es für ein vorsätzliches Handeln ausreicht, dass der Täter die Vewirklichung eines Sachverhaltes, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht, ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet. D.h. strafbar macht sich die Mutter, die erkennt, dass ihre Tochter sexuell mißbraucht wird und sie trotz ihrer Verpflichtung als Mutter nicht handelt. Eine Kenntnis der entsprechenden Bestimmung im Strafgesetzbuch ist für eine „Vorwerfbarkeit“ bzw. Schuld nicht von Bedeutung. Für die **Strafbarkeit** reicht das aktuelle Unrechtsbewusstsein, somit das Wissen, dass das Verhalten einer Rechtsnorm widerspricht (vgl. *Fuchs*, 2000, 177).

Fahrlässigkeitsdelikt

Festzuhalten ist, dass unter den Voraussetzungen des § 2 StGB auch Fahrlässigkeitsdelikte durch Unterlassung begangen werden können. Hat der Unterlassende objektiv Garantenstellung, so wird er gleichwohl nur bestraft, wenn diese auch von seiner Sorgfaltswidrigkeit umfasst ist, er also das Vorliegen der ihn im besonderen treffenden Verpflichtung zur Erfolgsabwendung erkannt hat oder es ihm bei gehöriger Sorgfalt erkennbar war (*Fuchs*, 2000, 328).

3. Schutz der Verschwiegenheitspflicht

3.1. *Prozessualer Schutz der Verschwiegenheit im Zivilrecht*

Zeugen sind natürliche Personen, die über von ihnen gemachte Wahrnehmungen von Tatsachen vor Gericht aussagen. Alle Personen, die sich innerhalb von Österreich aufhalten, trifft die öffentlich-rechtliche **Zeugnispflicht**, worunter die Pflicht

- vor Gericht zu erscheinen (**Erscheinenspflicht**, §§ 328, 333 ff ZPO)
- vor Gericht auszusagen (**Aussagepflicht**, § 321 ZPO) sowie

- die Aussage durch einen Eid zu bekräftigen (**Eidespflicht**, § 337 ZPO) verstanden wird.

Zeugenaussagen dürfen nur mündlich abgelegt werden, da schriftliche Zeugenaussagen sowohl dem Grundsatz der Unmittelbarkeit als auch dem Gebot der Mündlichkeit widersprechen (vgl. *Fasching & Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3. Band 2004, §§ 320 ff ZPO, Ziffer 1 - 8). Eine Befragung zu der Aussage widersprechenden oder diese bestätigenden schriftlichen Erklärungen im Rahmen der mündlichen Aussage ist in manchen Fällen aber geradezu geboten, weil gemäß § 327 ZPO alle Umstände, welche auf die Unbefangenheit des Zeugen und die Glaubwürdigkeit seiner Aussage von Einfluss sind, nach freier Überzeugung sorgfältig zu würdigen sind. Eine derartige Verwertung schriftlicher Angaben, die für sich betrachtet keine Zeugenaussagen darstellen, relativiert keineswegs die Gebote der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit, sondern ist durchaus iSd Grundsatzes der freien Beweiswürdigung (*Fasching & Konecny*, 2004, §§ 320 ff ZPO, Ziffer 10).

Gemäß § 323 ZPO hat ein Zeuge, welcher die **Aussage** ganz oder über einzelne Fragen **verweigern** will, die Gründe der Weigerung mündlich oder schriftlich vor bzw. bei der Tagsatzung selbst anzugeben. Wenn ein Widerspruch erfolgt, hat er die dargelegten Gründe glaubhaft zu machen. Aber auch wenn ein Zeuge bereits vor der zu seiner Vernehmung bestimmten Verhandlung Aussageverweigerungsgründe geltend macht, enthebt ihn dies nicht von der Pflicht, zur Verhandlung zu erscheinen (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, § 324 ZPO, Ziffer 1). Bleibt der Zeuge entgegen dieser Pflicht von der Tagsatzung aus, sind hinsichtlich seiner Berechtigung zur Aussageverweigerung schriftliche Erklärungen oder zu gerichtlichem Protokoll erklärte Angaben zu berücksichtigen. Hält das Gericht auf Grund dieser Angaben die Aussageverweigerung jedoch nicht für berechtigt, treffen den Zeugen sämtliche nachteiligen Folgen (*Fasching & Konecny*, 2004, § 324 ZPO, Ziffer 5).

Entsprechend § 325 ZPO kann der Zeuge auf dem Wege der zur Erzwingung einer Handlung zulässigen Exekution von Amts wegen durch Geldstrafe oder durch Haft zur **Aussage verhalten** werden, wenn

- 1.) das Zeugnis ohne Angabe von Gründen verweigert,

2.) der Zeuge auf seiner Weigerung beharrt, nachdem dieselbe als nicht gerechtfertigt erkannt worden ist oder

3.) die Ablegung des geforderten Zeugeneides verweigert.

In allen Fällen ungerechtfertigter Weigerung haftet der Zeuge gemäß § 326 Abs 2 ZPO beiden Parteien für den ihnen durch die Vereitelung oder Verzögerung der Beweisführung verursachten Schaden. Voraussetzung ist allerdings, dass dem Zeugen die unberechtigte Aussageverweigerung subjektiv vorwerfbar ist. Könnte sich der Zeuge im Einzelfall darauf berufen, dass seine Ansicht, zur Aussageverweigerung berechtigt gewesen zu sein, auf einer mit guten Gründen vertretbaren Rechtsansicht beruhe, sei ihm die Aussageverweigerung subjektiv nicht vorwerfbar, weshalb eine Verpflichtung zum Schadenersatz (Kostenersatz) nicht in Betracht komme. Dabei sei die Verhängung einer Beugestrafe für sich noch kein Indiz dafür, dass die Ansicht des Zeugen nicht mit guten Gründen vertretbar wäre, weil der Zeuge ja erst diese Entscheidung anfechten könne (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, § 326 ZPO, Ziffer 2).

3.1.1. Vernehmungsverbot für Mediatoren und Beamte (§ 320 Z 3, 4 ZPO)

Unzulässigkeit und Verweigerung des Zeugnisses

§ 320 ZPO

Als Zeugen dürfen nicht vernommen werden:

1. Personen, welche zur Mitteilung ihrer **Wahrnehmung unfähig** sind, oder welche zur Zeit, auf welche sich ihre Aussage beziehen soll, zur Wahrnehmung der zu beweisenden Tatsachen unfähig waren;
2. **Geistliche** in Ansehung dessen, was ihnen in der Beichte oder sonst unter dem Siegel geistlicher Amtsverschwiegenheit anvertraut wurde;
3. **Staatsbeamte**, wenn sie durch ihre Aussage das ihnen obliegende Amtsgeheimnis verletzen würden, insofern sie der Pflicht zur Geheimhaltung nicht durch ihre Vorgesetzten entbunden sind;
4. **eingetragene Mediatoren** nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz, BGBl. I Nr. 29/2003, in Ansehung dessen, was ihnen im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurde.

Die mit § 320 ZPO normierten Beweisaufnahmeverbote sind vom Gericht von Amts wegen zu beachten (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, §§ 320 ZPO, Ziffer 2).

§ 320 Z 3 ZPO: Vernehmungsverbot für Staatsbeamte

Unter **Staatsbeamten** sind alle mit Aufgaben der Bundes-, Landes- und Gemeindeverwaltung betrauten Organe zu verstehen, gleichgültig ob diese in der Hoheits- oder Privatwirtschaftsverwaltung tätig sind. In diesem Zusammenhang ist immer auf die Funktion des Betroffenen abzustellen. Die Verschwiegenheitsverpflichtung hat ihre Grundlage in mehreren gesetzlichen Bestimmungen, wobei der Grundsatz in Art 20 Abs 3 B-VG festgelegt wird. Demnach ist ein Beamter zur Verschwiegenheit über alle ihm aus seinen amtlichen Tätigkeiten bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet, deren Geheimhaltung im Interesse einer Gebietskörperschaft oder der Parteien geboten ist oder deren Geheimhaltung ausdrücklich aufgetragen ist.

Ausgenommen von der Verschwiegenheitspflicht ist allerdings, was gemäß § 78 StPO²⁷ der Anzeigepflicht unterliegt.

Der Beamte kann schließlich durch seinen Vorgesetzten von der ihm obliegenden Verschwiegenheitspflicht entbunden werden. Die **Entbindung** erfolgt gegebenenfalls durch Bescheid, an welchen das Gericht gebunden ist (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, § 320 ZPO, Ziffer 6 - 8). Zu erwähnen ist, dass die Amtsverschwiegenheit neben dem Geheimhaltungsinteresse einzelner Rechtssubjekte auch noch zusätzlich und insb. dem Geheimhaltungsinteresse des Staates entspricht (vgl. *Schelling*, 1990, 2).

§ 320 Z 4 ZPO: Vernehmungsverbot für Mediatoren

Auch die Einvernahme von Mediatoren nach dem ZivMediatG ist nicht schlechthin unzulässig, sondern nur in Ansehung dessen, was ihnen im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurde. Die Rolle eines Mediators besteht darin – im Unterschied zu jener eines Richters – die Streitparteien bei der Identifikation ihrer Positionen, der Entwicklung gemeinsamer und unterschiedlicher Interessen sowie der Untersuchung und Bewertung von Lösungsalternativen zu unterstützen. Ziel eines Mediationsverfahrens sei stets eine Konfliktlösung, aus der beide Parteien als Gewinner hervorgehen würden (vgl. *Roth & Markowetz*, Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen – Ein Überblick über die neuen Bestimmungen, JBl 2004, 296 ff). Weil

²⁷ Vgl. Kapitel 4.: Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

die konstruktive Atmosphäre einer Mediation durch deren absolute Vertraulichkeit entscheidend gefördert wird, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit einer **Entbindung** eines Mediators von der Verschwiegenheitspflicht bewusst **nicht vorgesehen**: Das Vertrauen des Medianden darauf, dass seine Äußerungen in der Mediation ihm in einem späteren Gerichtsverfahren nicht zum Nachteil gereichen könnten, sei wesentlich für seine Bereitschaft, sich dem Mediator und dem Gegenüber zu öffnen, und somit auch für das Funktionieren der Mediation. Deshalb müsse sichergestellt werden, dass Mediatoren unter keinen Umständen in einem Zivilprozess zum Mediationsgeschehen befragt werden könnten (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, § 320 ZPO, Ziffer 9).

3.1.2. Aussageverweigerungsrecht (§ 321 Abs 1 Z 2, 3 ZPO)

§ 321 ZPO

(1) Die **Aussage** darf von einem Zeugen **verweigert** werden:

1. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen, seinem Ehegatten oder einer Person, mit welcher der Zeuge in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum zweiten Grade verwandt oder verschwägert, oder mit welcher er durch Adoption verbunden ist, ferner seinen Pflegeeltern und Pflegekindern, sowie der mit der Obsorge für ihn betrauten Person, seinem Sachwalter oder seinem Pflegebefohlenen zur **Schande** gereichen oder die Gefahr **strafgerichtlicher Verfolgung** zuziehen würde;
2. *über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer der in Z 1 bezeichneten Personen einen **unmittelbaren vermögensrechtlichen Nachteil** zuziehen würde;*
3. *in Bezug auf Tatsachen, über welche der Zeuge nicht würde aussagen können, ohne eine ihm **obliegende staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit** zu verletzen, insofern er hievon nicht gültig entbunden wurde;*
4. in Ansehung desjenigen, was dem Zeugen in seiner Eigenschaft als **Rechtsanwalt** von seiner Partei anvertraut wurde;
- 4.a in Ansehung dessen, was dem Zeugen in seiner Eigenschaft als **Funktionär** oder Arbeitnehmer einer gesetzlichen Interessenvertretung oder freiwilligen kollektivvertragsfähigen Berufsvereinigung von seiner Partei in einer Arbeits- oder Sozialrechtssache anvertraut wurde;
5. über Fragen, welche der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein **Kunst- oder Geschäftsgeheimnis** zu offenbaren;
6. über die Frage, wie der Zeuge sein **Wahlrecht** oder Stimmrecht ausgeübt hat, wenn dessen Ausübung gesetzlich für geheim erklärt ist.

- (2) Die Aussagen kann in den unter Z 1 und 2 angegebenen Fällen mit Rücksicht auf daselbst bezeichneten Angehörigen auch dann verweigert werden, wenn das eheliche Verhältnis, welches die Angehörigkeit begründet, nicht mehr besteht.

Entsprechend dieser Bestimmung kann ein Zeuge bei Vorliegen eines in § 321 ZPO geregelten **Aussageverweigerungsgrundes** die Beantwortung einzelner Fragen verweigern. Wenn man bedenkt, dass das Aussageverweigerungsrecht den Zeugen vor einer Falschaussage bewahren und somit auch dem Schutz der Wahrheitsfindung in der Rechtspflege dienen soll, ist eine auf den inneren Zweck der Aussageverweigerungsgründe Bedacht nehmende (behutsame) teleologische Interpretation zulässig. Dies trete etwa im Fall der § 321 Abs 1 Z 1 und 2 ZPO vor dem Hintergrund der Entscheidung LGZ Wien 40 R 427/00s deutlich zu Tage: Gerade bei der Aussage Minderjähriger in ihre Eltern betreffenden Verfahren wären familiär begründete Gewissenskonflikte denkbar, in denen weder ein Fall der Schande, der drohenden strafgerichtlichen Verfolgung oder eines unmittelbaren Vermögensnachteils drohe, deren Gewicht aber diesen Umständen durchwegs gleichzuhalten sei. Auch die in § 321 ZPO nicht genannte Bedrohung des Zeugen könne bei Hinzutreten entsprechender Umstände, die eine Notstandslage begründen, die Aussageverweigerung rechtfertigen (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, § 321 ZPO, Ziffer 2).

Im Gegensatz zu den **Zeugnisunfähigkeitsgründen** des § 320 ZPO sind die **Aussageverweigerungsgründe** des § 321 ZPO nicht von Amts wegen zu beachten, sondern vom Zeugen **geltend** zu machen. Dieser ist lediglich vor seiner Befragung über die ihm zustehenden Verweigerungsrechte zu belehren. Er hat aber in weiterer Folge selbst zu entscheiden, ob er davon Gebrauch macht. Werden von einem Zeugen Aussageverweigerungsgründe geltend gemacht, so hat das Gericht mit Beschluss darüber zu entscheiden, ob diese zu Recht bestehen (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, § 321 ZPO, Ziffer 3 - 5).

§ 321 Abs 1 Z 2 ZPO: Aussageverweigerungsrecht bei einem unmittelbaren vermögensrechtlichen Nachteil

Um von einem solchen ausgehen zu können, muss der **Schaden** dem Zeugen (oder einer geschützten Person) unmittelbar drohen, ein bereits eingetretener Nachteil genügt nicht. Nach dem Gesetzeswortlaut müsse der vermögensrechtliche Nachteil durch die Aussage

selbst eintreten. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Schaden nicht etwa durch den Verlust des Prozesses oder etwaigen Regressforderungen aus diesem begründet werden kann. Kein Schaden in diesem Sinne sei die aufgrund des Bruches einer auf privatrechtlicher Vereinbarung (Vertrag) basierenden Verschwiegenheitspflicht zu bezahlenden Pönale, soweit die Verschwiegenheitspflicht nicht ohnedies nach § 321 Abs 1 Z 3, 4 und 4a ZPO geschützt sei. Letzteres gelte etwa für Arbeitnehmer, die durch die Verletzung der ihnen obliegenden Verschwiegenheitspflicht regelmäßig einen Entlassungsgrund setzen bzw. die Voraussetzungen für eine Pönalezahlung schaffen würden. Da die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers während des aufrechten Dienstverhältnisses von § 321 Abs 1 Z 3 ZPO erfasst sei, erscheine es allerdings vertretbar, in diesem Fall auch den Grund der (bloß) privatrechtlich vereinbarten Fortwirkung eintretenden Schaden einer Pönalezahlung Z 2 zu unterstellen (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, § 321 ZPO, Z 13). Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass das Aussageverweigerungsrecht – soweit von einer staatlich anerkannten Pflicht zur Verschwiegenheit iSd Z 3 ausgegangen werden kann – nicht nur auf § 321 Abs 1 Z 3 ZPO, sondern zusätzlich auch auf § 321 Abs 1 Z 2 ZPO gestützt werden kann. Demnach wird der Therapeut/Berater zur Aussageverweigerung gemäß § 321 Abs 1 Z 3 ZPO berechtigt sein, wenn die Verschwiegenheitspflicht im Dienstvertrag festgelegt wurde, vom Dienstgeber aber keine Entbindung stattfindet; dies auch im Falle einer Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht durch den Klienten. Der Zeuge würde in einem solchen Fall durch die Beantwortung einen vermögensrechtlichen Nachteil erleiden, da er damit gegen seine Verpflichtung aus dem Dienstvertrag handeln und somit einen Entlassungstatbestand setzen würde.

§ 321 Abs 1 Z 3 ZPO: Aussageverweigerungsrecht bei einer staatlich anerkannten Pflicht zur Verschwiegenheit

§ 321 Abs 1 Z 3 ZPO regelt das Aussageverweigerungsrecht bei staatlich anerkannten, d.h. durch eine generell-abstrakte Norm verankerten Verschwiegenheitspflichten²⁸. Im Grundsatz beruhe die Regelung darauf, dass die Ausübung bestimmter, zumeist freier Berufe faktisch unmöglich wäre, wenn die solche Dienste in Anspruch nehmenden

²⁸ Die aus den Bestimmungen des ABGB allgemein erfließende allgemeine Verschwiegenheitspflicht fällt nicht unter § 321 Abs 1 Z 3 ZPO (bspw. nebenvertragliche Verpflichtung, Treuepflicht gegenüber Arbeitgeber etc.).

Personen nicht darauf vertrauen könnten, dass dem Gegenüber erteilte Informationen vertraulich blieben. Dieses Vertrauen sei nämlich Voraussetzung dafür, dass ohne Hintergedanken und Berechnung sämtliche Informationen preisgegeben werden könnten, was für eine sinnvolle und kunstgerechte Ausübung dieser Berufe erforderlich sei (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, § 321 ZPO, Ziffer 16).

Von einer **staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht** ist u.a. bei Psychologen, Psychotherapeuten, Gewerbetreibenden, die zur Ausübung des Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung berechtigt sind sowie deren Arbeitnehmern, Hausgehilfen und Hausangestellten auszugehen (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, § 321 ZPO, Ziffer 21 ff). Die Rspr und Lehre geht bei allen Fällen staatlich anerkannter Verschwiegenheitspflichten²⁹ von der Möglichkeit einer Entbindung durch den Klienten aus. Diesbezüglich bestehe bei Vorliegen einer Entbindungserklärung kein Anlass, an der diesbezüglichen Geschäftsfähigkeit der geschützten Person zu zweifeln. So rechtfertige demnach auch die Einschätzung des Geheimnisträgers, die Aussage werde dem Geschützten schaden, keine Aussageverweigerung (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, § 321 ZPO, Ziffer 31). Dieser Rechtsauffassung ist mE nicht ohne Weiteres zu folgen; aus welchen Gründen wird aber an anderer Stelle nochmals diskutiert.

3.2. *Prozessualer Schutz der Verschwiegenheit im Strafrecht*

3.2.1. Vernehmungsverbot für Staatsbeamte

§ 155 Abs 1 StPO

- (1) Als **Zeugen** dürfen bei sonstiger Nichtigkeit ihrer Aussage **nicht vernommen** werden:
1. ...
 2. **Beamte** (§ 74 Abs 1 Z 4 bis 4c StGB) über Umstände, die der Amtsverschwiegenheit unterliegen, soweit sie nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbunden wurden.
 3. ...

²⁹ zu berücksichtigen sind aber die in § 320 ZPO bzw. § 155 StPO angeführten Besonderheiten

4. ...

- (2) Eine **Verpflichtung** zur Verschwiegenheit nach Abs 1 Z 2 besteht jedenfalls **nicht**, soweit der Zeuge im Dienste der Strafrechtspflege Wahrnehmungen zum Gegenstand des Verfahrens gemacht hat oder **Anzeigepflicht** (§ 78) besteht.

Festzuhalten ist, dass sich die Vorschrift nach der Rspr ausschließlich auf österreichische Staatsbeamte bezieht (Rechtssatz: Beamteneigenschaft iSd § 151 Abs 1 Z 2 StPO a.F., 2001).

Unter einem **Amtsgeheimnis** sind u.a. alle Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist, zu verstehen. Da der Staat in unterschiedlichen Zusammenhängen auch sensible private Daten verarbeite und verwende, sei er auch verpflichtet, diese zu schützen. In diesem Zusammenhang ist anzuführen, dass Umstände, die ein Beamter als Organ im Dienst der Strafjustiz wahrgenommen hat und Vorgänge, die der Anzeigepflicht nach § 78 unterliegen, prinzipiell **nicht** dem Amtsgeheimnis unterstellt sind (vgl. *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren. Leitfaden zum Strafprozessreformgesetz 2005, Rz 637). Zu beachten ist wiederum, dass die Identität einer Person, die der Kriminalpolizei unter der Zusage der Wahrung ihrer Anonymität Informationen zur Aufklärung einer Straftat zukommen ließ und die nicht selbst im Verdacht der Begehung eines Offizialdeliktes steht, sehr wohl Gegenstand des Amtsgeheimnisses sein kann (vgl. *Pilnacek/Pleischl*, 2005, Rz 638). Wie sich bereits aus dem Gesetzestext ableiten lässt, sind die **Vernehmungsverbote von Amts wegen wahrzunehmen**. Der Schutz des Amtsgeheimnisses und das Gebot nur beweiskräftige Aussagen aufzunehmen, würden es erfordern, dass es nicht der Entscheidung des Zeugen überlassen werde, ob er – allenfalls in einer Notstandssituation unter Bruch einer Verschwiegenheitspflicht – aussagen wolle. Vielmehr werde das Gericht bzw. die Behörde selbst dazu verpflichtet, darauf zu achten, dass diese Verbote respektiert würden (vgl. *Pilnacek/Pleischl*, 2005, Rz 639).

3.2.2.

Aussagebefreiung (§ 156 StPO)

§ 156 StPO

- (1) Von der **Pflicht** zur **Aussage** sind **befreit**:
 1. **Personen**, die im Verfahren **gegen** einen **Angehörigen** aussagen sollen (§ 72 StGB), wobei die durch die Ehe begründete Eigenschaft einer Person als Angehörige für die Beurteilung der Berechtigung zur Aussageverweigerung aufrecht bleibt, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht.
 2. **Personen**, die durch die dem Beschuldigten zur Last gelegte Straftat verletzt sein könnten und zur Zeit ihrer Vernehmung das **vierzehnte Lebensjahr** noch nicht vollendet haben **oder** in ihrer **Geschlechtssphäre** verletzt worden sein könnten, wenn die Parteien Gelegenheit hatten, sich an einer vorausgegangenen kontradiktorischen Einvernahme zu beteiligen (§§ 165, 247).
- (2) Nach Abs 1 Z 1 ist eine erwachsene Person, die als **Privatbeteiligte** am Verfahren mitwirkt (§ 67), von der Aussage **nicht befreit**.
- (3) Besteht die Befreiung von der Aussage im Verfahren gegen **mehrere Beschuldigte** nur gegenüber einem von ihnen, so ist der Zeuge hinsichtlich der anderen nur dann befreit, wenn eine Trennung der Aussagen nicht möglich ist. Gleiches gilt, wenn sich der Befreiungsgrund nur auf einen von mehreren Sachverhalten bezieht.

Im Unterschied zum Recht auf Aussageverweigerung müssen diese Personen über ihr Recht **belehrt** werden, sich aber letztlich **selbst darauf berufen**. Zu beachten ist, dass – im Gegensatz zur früheren Gesetzeslage – eine erwachsene Person iSd Abs 1 Z 1, die als **Privatbeteiligter**³⁰ mitwirkt – nicht von der Aussage befreit ist. Um von diesem Recht Gebrauch machen zu können, wird die Erklärung, sich dem Strafverfahren als Privatbeteiligter anzuschließen, zurückgezogen werden müssen (vgl. § 67 Abs 3 letzter Satz StPO). Begründet wird dies damit, dass sich der mit einer solchen Erklärung zum Ausdruck gebrachte Verfolgungswille nicht mit einer bloß passiven Verfahrensbeteiligung bzw. partiellen Mitwirkung im Verfahren verträgt. Ergänzend ist an dieser Stelle aber festzuhalten, dass Minderjährige - trotz Privatbeteiligtenanschluss – jederzeit von ihrem Recht der Aussagebefreiung Gebrauch machen können (vgl. *Pilnacek/Pleischl*, 2005, Rz 643).

³⁰ § 65 Z 2 StPO: „Privatbeteiligter“ jedes Opfer, das erklärt, sich am Verfahren zu beteiligen, um Ersatz für den erlittenen Schaden oder die erlittene Beeinträchtigung zu begehren

In § 165 Abs 2 Ziffer 2 StPO werden jene Personen erfasst, die als **schonungsbedürftige Zeugen** im Verfahren bloß einmal vernommen werden sollen und nach Durchführung einer kontradiktorischen Vernehmung, auf die sie ein Recht haben, von der Pflicht zur (neuerlichen) Aussage befreit sind (vgl. *Pilnacek/Pleischl*, 2005, Rz 644).

3.2.3. Aussageverweigerung (§ 157 StPO)

§ 157 StPO

(1) Zur **Verweigerung** der Aussage sind **berechtigt**:

1. **Personen**, soweit sie ansonsten **sich** oder einen **Angehörigen** (§ 156 Abs 1 Z 1) der Gefahr **strafrechtlicher Verfolgung** oder im Zusammenhang mit einem gegen sie geführten Strafverfahren der Gefahr aussetzen würden, sich über ihre bisherige Aussage hinaus selbst zu **belasten**,
2. **Verteidiger**, Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare und Wirtschaftstreuhänder über das, was ihnen in dieser Eigenschaft bekannt geworden ist,
3. *Fachärzte für Psychiatrie, Psychotherapeuten, Psychologen, Bewährungshelfer, eingetragene Mediatoren nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz, BGBl I Nr. 29/2003, und Mitarbeiter anerkannter Einrichtungen zur psychosozialen Beratung über das, was ihnen in dieser Eigenschaft bekannt geworden ist,*
4. **Medieninhaber** (Herausgeber), Medienmitarbeiter und Arbeitnehmer eines Medienunternehmens oder Mediendienstes über Fragen, welche die Person des Verfassers, Einsenders oder Gewährmannes von Beiträgen und Unterlagen betreffen oder die sich auf Mitteilungen beziehen, die ihnen im Hinblick auf ihre Tätigkeit gemacht wurden.
5. **Wahlberechtigte** darüber, wie sie ein gesetzlich für geheim erklärtes Wahl- oder Stimmrecht ausgeübt haben.

(2) Das Recht der in Abs 1 Z 2 bis 5 angeführten Personen, die Aussage zu verweigern, darf bei sonstiger **Nichtigkeit nicht umgangen** werden, **insbesondere nicht** durch Sicherstellung und Beschlagnahme von Unterlagen oder auf Datenträgern gespeicherten Informationen oder durch Vernehmung der Hilfskräfte oder der Personen, die zur Ausbildung an der berufsmäßigen Tätigkeit nach Abs 1 Z 2 bis 4 teilnehmen.

Die sog. Entschlagungsrechte wurden durch das StPÄG 1993 wesentlich vermehrt und durch erweiterte Belehrungspflichten (§ 152 Abs 5 StPO a.F.), einem ausdrücklichen **Umgehungsverbot** (§ 152 Abs 3 StPO a.F.) sowie einem unter Nichtigkeitssanktion stehenden **Verwertungsverbot** abgesichert. Abgesehen von der nunmehr bestehenden

Trennung des Rechtes auf „Aussagebefreiung“ und des Rechtes auf „Aussageverweigerung“ hat sich inhaltlich nicht viel geändert. Von einem Aussagebefreiungs- bzw. Aussageverweigerungsrecht wird auch heute noch auszugehen sein, wenn im Strafverfahren ein entsprechender Grund deutlich wird (vgl. *Foregger & Fabrizy*, Die österreichische Strafprozessordnung samt den wichtigsten Nebengesetzen. Kurzkomentar⁹ 2004, § 152 StPO a.F., Ziffer 2).

Das **Verbot der Umgehung** wird erstmals mit einer demonstrativen Aufzählung³¹, versehen. Ebenfalls als Umgehung und damit unter Nichtigkeitssanktion stehend wird man das Abhören von Telefongesprächen sehen können (vgl. *Foregger & Fabrizy*, 2004, § 152 StPO a.F., Ziffer 21).

Belehrung

Gemäß § 159 Abs 1 StPO sind Zeugen grundsätzlich vor ihrer Vernehmung über die Befreiung von der Aussagepflicht oder ihr Recht auf Verweigerung der gesamten oder eines Teiles der Aussage zu **belehren**, spätestens jedoch dann, wenn während der Vernehmung Anhaltspunkte für ein solches Recht bekannt werden. Zu beachten ist, dass die Wahrung der berufsrechtlichen Verpflichtung des Zeugen zur Verschwiegenheit in erster Linie ihm selbst obliegt; ebenso die Entscheidung, ob er diese Pflicht – etwa aufgrund einer Notstandssituation – verletzt. Über die Belehrungspflicht der Behörde hinaus treffe weder sie selbst noch das Gericht eine Verantwortung für die Einhaltung dieser Pflicht. Dem zu Folge liege auch keine Verletzung von Verfahrensrechten vor, wenn der entsprechend belehrte Zeuge die Aussage – auch in kritischen Punkten – nicht verweigert (vgl. *Pilnacek/Pleischl*, 2005, Rz 646). Festzuhalten ist, dass die gesamte Aussage aber nach § 159 Abs 3 StPO nichtig ist, wenn der Zeuge auf seine Befreiung von der Aussagepflicht nach § 156 Abs 1 Z 1 StPO nicht ausdrücklich verzichtet hat. Wurde ein Zeuge, dem ein Recht auf Verweigerung der Aussage nach § 157 Abs 1 Z 2 bis 5 StPO zukommt, darüber nicht rechtzeitig informiert, so ist jener Teil der Aussage nichtig, auf den sich das Verweigerungsrecht bezieht. Das aufgenommene Protokoll ist insoweit zu vernichten.

³¹ bspw. die Sicherstellung und Beschlagnahme von Unterlagen oder auf Datenträgern gespeicherte Informationen oder durch Vernehmung von Hilfskräften oder Personen, die zur Ausbildung an der berufsmäßigen Tätigkeit nach Abs 1 Z 2 bis 4 teilnehmen

Der **Zweck der Aussagebefreiung** von Angehörigen bestimmter Berufe liegt vor allem darin, dem Beschuldigten eine vertrauensvolle und vertrauliche Kontaktaufnahme mit einem Parteienvertreter (Z 2) oder mit Angehörigen bestimmter beratender und betreuender Berufsgruppen zu ermöglichen (Z 3). Er soll nicht befürchten müssen, durch die Inanspruchnahme von Rat und Hilfe Beweismittel gegen sich selbst zu schaffen. Angehörige dieser Berufsgruppen sind daher nicht absolut zur Verweigerung der Aussage berechtigt, sondern nur in Bezug auf Angelegenheiten, welche ihnen in ihrer berufsmäßigen Eigenschaft anvertraut worden oder bekannt geworden sind (*Pilnacek/Pleischl*, 2005, Rz 649). Der Zeuge hat entsprechendes gemäß § 159 Abs 2 StPO glaubhaft zu machen, sofern der Befreiungs- bzw. Verweigerungsgrund nicht offenkundig ist.

Bedingte Aussageverweigerung

Gemäß § 158 StPO können Personen, die **Beantwortung einzelner Fragen verweigern**:

- Z 1) Soweit sie ansonsten sich oder einen Angehörigen der Schande oder Gefahr eines unmittelbaren und bedeutenden vermögensrechtlichen Nachteiles aussetzen würden,
- Z 2) die durch die dem Beschuldigten zur Last gelegte Straftat in ihrer Geschlechtssphäre verletzt wurden oder verletzt worden sein könnten, soweit sie Einzelheiten der Tat zu offenbaren hätten, deren Schilderung sie für unzumutbar halten,
- Z 3) soweit sie Umstände aus ihrem höchstpersönlichen Lebensbereich oder dem höchstpersönlichen Lebensbereich einer anderen Person zu offenbaren hätten.

Eine **Verpflichtung** zur Aussage soll gemäß § 158 Abs 2 StPO nur dann bestehen, wenn dies wegen der besonderen Bedeutung ihrer Aussage für den Gegenstand des Verfahrens unerlässlich ist. Von einem unmittelbaren und bedeutenden Vermögensnachteil kann dann ausgegangen werden, wenn eine auf längere Zeit wirksame, nachteilige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Gesamtsituation gegeben ist, wie es etwa durch eine Entlassung der Fall ist (*Foregger & Fabrizy*, 2004, § 153 StPO a.F., Ziffer 1).

Zeugnisbefreiung bei psychosozialer Betreuung

Der zunehmende Bereich psychosozialer Beratung oder Sozialberatung und der Psychotherapie setze ein Vertrauensverhältnis zwischen Betreuer und Klienten voraus, in dem die vertrauliche Behandlung aller Gespräche gesichert sein müsse. Aus diesem Grund wurde diesem Personenkreis, ebenso aber Bewährungshelfern (auch als „Konfliktregler“

im Rahmen eines außergerichtlichen Tauschs) sowie den Mitarbeitern anderer anerkannter Einrichtungen zur sozialen Beratung und Betreuung (Jugendwohlfahrt, Lebenshilfe, Schulpsychologische Dienste, Psychosoziale Dienste, Sozialarbeit, Krisenintervention, Beratung und Behandlung Suchtkranker u.a.) ebenfalls ein Aussageverweigerungsrecht über das, was ihnen in dieser Eigenschaft bekannt geworden ist, eingeräumt. Mit dem Ausdruck „**bekannt geworden**“ solle verdeutlicht werden, dass nicht nur das Anvertrauen von Geheimnissen oder auch anderer Umstände durch den Klienten selbst, die dieser ohne die besondere Funktion und Tätigkeit des Aussageverweigerungsberechtigten nicht offenbart hätte, sondern etwa auch Mitteilungen Dritter, die dem Aussageverweigerungsberechtigten in seiner beruflichen Funktion mitgeteilt wurden, vom Aussageverweigerungsrecht umfasst wären. Das **Aussageverweigerungsrecht** schließt nunmehr alle Umstände ein, die dem Zeugen in seiner privilegierten Eigenschaft bekannt geworden sind (vgl. OGH 13 Os 110/96). Dabei ist der Begriff **gesetzlich „anerkannt“** weit auszulegen und nicht auf eine gesetzliche Anerkennung eingeschränkt; er solle im Wesentlichen verhindern, dass eine derartige „Einrichtung“ etwa lediglich zu dem Zweck gegründet werde, das Aussageverweigerungsrecht beanspruchen zu können (vgl. BMJ, 1993, 39). Es wird damit nicht unterschieden, welcher Berufsqualifikation ein Mitarbeiter angehört. Dementsprechend kann dieses Aussageverweigerungsrecht auch von Mitarbeitern der Jugendwohlfahrtsbehörden, die im konkreten Fall eine Beratungs- oder Betreuungstätigkeit durchgeführt haben, in Anspruch genommen werden (vgl. *Dvorak*, 1995, 7). In § 157 StPO werden alle Berufsgruppen ausdrücklich aufgezählt, denen ein Aussageverweigerungsrecht zuerkannt wird. Einen allgemeinen Verweis auf staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflichten, wie er in § 321 Abs 1 Z 3 ZPO zu finden ist, enthält diese Vorschrift nicht. Dieser wesentliche Unterschied betrifft z.B. Ärzte (ausgenommen Psychiater), die aus diesem Grund im Strafverfahren aussagen müssen (vgl. *Butschek*, Das Schweigen der Psychologen und Psychotherapeuten. Dürfen Psychologen in Gerichts- und Verwaltungsverfahren von ihrer Verschwiegenheitspflicht entbunden werden? RdM 1997, 171 ff).

Ihnen allen ist gemeinsam, dass das Aussageverweigerungsrecht **nicht** zur **Disposition** des Zeugen stehen, sodass es auf eine „Entbindung“ von der Verschwiegenheitspflicht nicht ankommt (vgl. *Foregger & Fabrizy*, 2004, § 152 StPO a.F., Ziffer 17 – 18; vgl. auch

Rechtssatz: Entschlagungsrecht unterliegt nicht der Disposition der Parteien, 1996). Denn **Schutzobjekt** des Rechts ist nach Ansicht des OGH bei Betreuungsverhältnissen bspw. im Rahmen der Bewährungshilfe oder von Einrichtungen zur psychosozialen Beratung und Betreuung das jeweilige Betreuungsverhältnis und daraus abgeleitet sowohl der Betreuer als auch der Betreute (vgl. *Soyer*, Verschwiegenheitspflicht versus Mitteilungspflicht von Psychotherapeuten 1998, 60 zitiert nach OGH 13 Os 110/96). Das bedeutet, dass die Angehörigen der in Abs 1 Z 2 bis 4 genannten Berufsgruppen ihr Aussageverweigerungsrecht auch im Fall der Entbindung von ihrer Verschwiegenheitspflicht nicht verlieren.

Zu beachten ist das in § 160 Abs 2 StPO normierte **Recht des Zeugen**, eine Person seines Vertrauens der Vernehmung beizuziehen; eine entsprechende Verpflichtung wird in Abs 3 für die Vernehmung einer Person, die psychisch krank, geistig behindert oder die das vierzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat, vorgesehen. In diesem Zusammenhang werden die Vertrauenspersonen zur Verschwiegenheit über ihre Wahrnehmungen im Zuge der Vernehmung verpflichtet (§ 301 Abs 2 StGB).

Exkurs: Tätigkeit als Sachverständiger

Psychologen oder Psychotherapeuten, die von einem Gericht zu Sachverständigen bestellt werden, unterliegen als **Hilfsorgane** der **Behörde** keiner Verschwiegenheitspflicht gegenüber dem Klienten. Die Stellung von Ärzten, Psychologen oder Psychotherapeuten als Sachverständige sei nämlich nicht in einem privatrechtlichen Vertrag, sondern ausschließlich in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis begründet (vgl. *Soyer*, 1998, 61).

3.2.4. Zeugnispflichten

Die bereits in Punkt 3.1. erwähnten öffentlich-rechtlichen **Zeugnispflichten** sind auch im Strafrecht von Bedeutung. So hat ein Zeuge gemäß § 153 Abs 2 StPO einer Zeugenladung Folge zu leisten, da er andernfalls, im Fall seines ungerechtfertigten Ausbleibens, vorgeführt werden kann, wenn dies in der Ladung ausdrücklich angedroht und die Zustellung nachgewiesen ist (vgl. *Pilnacek/Pleischl*, 2005, Rz 631). Gemäß § 154 Abs 2 StPO sind Zeugen verpflichtet, richtig und vollständig auszusagen. Diese Verpflichtung kann durch die Anwendung von **Beugemitteln** durchgesetzt werden (vgl. § 93 Abs 2 Satz

2 StPO), wobei dies nicht nur Aussagen vor Gericht, sondern auch solche vor der Kriminalpolizei und vor der Staatsanwaltschaft betrifft (vgl. *Pilnacek/Pleischl*, 2005, Rz 634). Verweigert ein Zeuge demnach im Ermittlungsverfahren die Aussage ohne nach §§ 156 bis 158 StPO dazu berechtigt zu sein bzw. obwohl er gemäß § 158 Abs 2 StPO zur Aussage verhalten wurde, so können über ihn Beugemittel verhängt werden. Als Beugemittel – immer unter strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgebots – kommen gemäß § 93 Abs 4 StPO eine **Geldstrafe** bis zu 10.000 Euro und in wichtigen Fällen eine **Freiheitsstrafe** bis zu sechs Wochen in Betracht (vgl. *Pilnacek/Pleischl*, 2005, Rz 661).

Nach der Rspr des OGH sind diese Bestimmungen (ähnlich auch im Zivil- und Verwaltungsverfahren) **Schutzgesetze** iSd § 1311 ABGB. Verweigert daher ein Zeuge in einem derartigen Verfahren ungerechtfertigt sein Erscheinen oder die Aussage, so haftet er für den dadurch schuldhaft verursachten Schaden (vgl. Rechtssatz: Haftung bei ungerechtfertigter Verweigerung der Zeugenaussage, 1981).

4. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

4.1. Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht

Eingangs bleibt nochmals zu erwähnen, dass auch bei einer Entbindung des Beraters/Therapeuten durch den Klienten selbst ausschließlich Ersterer über den Gebrauch des Aussageverweigerungsrechts im **Strafverfahren** entscheidet. Der Berater/Therapeut kann sich dementsprechend trotz einer rechtswirksamen Entbindung gemäß § 157 Abs 1 Z 3 StPO auf sein Aussageverweigerungsrecht berufen.

Wie bereits erwähnt, schützt § 321 Abs 1 Z 3 ZPO in seinem Kernbereich spezifische Vertrauensverhältnisse im Bereich der Dienstleistungserbringung. Verschwiegenheitspflichten schützen in aller Regel diejenigen, dessen Umstände (Informationen) vertraulich bleiben sollen. Daher gehen Lehre und Rspr davon aus, dass eine Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht durch den Klienten idR möglich und

wirksam ist. Solange der Zeuge von seiner Verschwiegenheitspflicht nicht gültig entbunden ist, trifft ihn aber die Pflicht zur Aussageverweigerung.

Umgekehrt würde dagegen den von seiner Verschwiegenheitspflicht gültig Entbundenen eine Pflicht zur Aussage treffen, was sich zum einen schon aus der jeden Zeugen treffenden Aussagepflicht ergebe, aber auch durch die Erwägung gerechtfertigt sei, dass in diesem Fall kein Grund mehr bestehe, Interessen des Betroffenen zu wahren, sondern vielmehr die Ablegung der Aussage im offenkundigen Interesse des Betroffenen sei. In der Entscheidung des OLG Wien zu 15 R 135/01 k wird betont, dass aus dem Umstand, dass einzelne berufsrechtliche Vorschriften für bestimmte Berufsgruppen die Frage der Entbindung von Verschwiegenheitspflichten neuerlich ansprechen würden, nicht der Umkehrschluss gezogen werden dürfe, die allgemeinen Bestimmungen der ZPO hätten dadurch für Angehörige solcher Berufe, deren „Berufsrecht“ auf sie nicht einginge, keine Gültigkeit. Dementsprechend wird kein Zweifel daran gelassen, dass nach den Bestimmungen der ZPO grundsätzlich eine **Entbindung möglich und zulässig** ist. Dieser Rechtsauffassung ist mE auch nicht zu widersprechen. Weiter wird aber davon ausgegangen, dass dem zur Verschwiegenheit Verpflichteten zumeist der Einwand verwehrt sei, der Betroffene könne die Tragweite seiner Entbindungserklärung nicht voll beurteilen, da er in aller Regel nicht Sachwalter der geschützten Person sei (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, § 321 ZPO, Ziffer 16 ff). Diese Rechtsauffassung wird in der Literatur kontrovers diskutiert. ME ist ihr in dieser Allgemeinheit - insb. im Kontext Beratung und Therapie - nicht zu folgen.

Entbindung

Die Entbindung ist eine nach den jeweiligen materiell-rechtlichen Regelungen zu beurteilende Erklärung, die idR **privatrechtlicher Natur** ist und daher die im ABGB festgelegten Kriterien erfüllen muss. Für die Reichweite der Entbindungserklärung kann und muss der Umstand, dass die geschützte Person von einer geheim zu haltenden Tatsache gar nichts weiß oder davon falsche Vorstellungen hat, deshalb von Relevanz sein. Insoweit liegt keine wirksame Erklärung vor³², sollte entsprechendes angenommen werden können (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, § 321 ZPO, Ziffer 19). D.h. wenn der Klient

³² Einsichts- und Urteilsfähigkeit wird in diesem Fall nicht gegeben sein, da der Klient gewisse Umstände in seine Entscheidung nicht einbeziehen kann bzw. falsche Vorstellungen davon hat

nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer Entbindung mit all ihren Konsequenzen zu erfassen, muss die **Einsichtsfähigkeit**, welche Voraussetzung für eine rechtswirksame Entbindung ist, mE verneint werden. Das ist vor allem dann von Bedeutung, wenn eine Aussage nachteilige Konsequenzen für den Klienten hätte, was ihm ohne entsprechende Aufklärung (die nur durch den zu Entbindenden vorgenommen werden kann) mitunter gar nicht bewusst ist bzw. bewusst sein kann. Es bleibt hierbei auch zu bedenken, dass die Wiedergabe eines Zeugen sich auf subjektive Wahrnehmungen und Interpretationen des zu Entbindenden bezieht, dementsprechend der Klient gar nicht wissen kann, in welche Richtung die Aussage geht.

Für Rechtsanwälte wird in der hL und Rspr die Ansicht vertreten, dass die Entbindung ihn nicht von einer **gewissenhaften Prüfung** der dem Klienten aus der Preisgabe des Geheimnisses erwachsenden gewichtigen oder unüberschaubaren Nachteile und Konsequenzen enthebt. Gleiches müsse auch für Psychologen und Psychotherapeuten gelten, da diese aufgrund ihrer spezifischen Fachkenntnisse einen Wissensvorsprung gegenüber ihren Klienten hätten und sich unter ihren Klienten häufig Diskretionsunfähige befinden würden. Entscheidungskriterium muss immer das (gesundheitliche) Interesse des jeweiligen Geheimnisherrn sein (vgl. *Zenz*, 2005). Eine Belehrung des Patienten über die möglichen Konsequenzen einer Aussage komme zwar in Frage, es wären aber *Butschek* zufolge sicherlich Fälle denkbar, in denen der Klient einer vernünftigen Belehrung darüber, dass ihm die Aussage schaden werde, gar nicht zugänglich sei. In solchen Fällen müsste seines Erachtens die Aussage verweigert werden (vgl. *Butschek*, 1997). Jedenfalls muss dem Zeugen im Vorfeld Gelegenheit geboten werden, den Klienten über die nachteiligen Folgen einer Entbindung aufzuklären, um von einer rechtswirksamen Entbindungserklärung ausgehen zu können. Wenn man sich den emotionalen und psychischen Druck eines Gerichtsverfahrens vergegenwärtigt, kann bezweifelt werden, dass eine Entbindungserklärung in der Verhandlungssituation selbst frei und ernstlich abgegeben wurde (§ 869 ABGB). Letzteres ist aber wiederum Voraussetzung für eine gültige Willenserklärung. Entsprechendes wird auch für eine bei der Sicherheitsbehörde unterzeichnete Ermächtigung zur Einsichtnahme in die Akten gelten, da von einer ähnlichen Drucksituation ausgegangen werden kann.

Eine **rechtswirksame Entbindungserklärung** setzt somit die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Klienten voraus. Die Erklärung selbst ist zwar formfrei; in jedem Fall muss aber in der Entbindungserklärung der Wille zur Entbindung klar, unmissverständlich und ohne Willensmangel zum Ausdruck kommen. Aufgrund der Formfreiheit kann eine Entbindung grundsätzlich auch konkludent, etwa durch die Benennung der Verschwiegenheitspflichtigen als Zeugen erfolgen. Eine konkludente Entbindung wird aber nur unter strengen Vorgaben möglich sein und vor allem bei der Bestimmtheit und der Willensklarheit Probleme bereiten (vgl. *Zenz*, 2005).

Bedeutung und Zweck der Verschwiegenheitspflicht und damit auch der Aussageverweigerung würden im Schutz der Geheimsphäre des einzelnen Geheimnisträgers liegen. Aus diesem Grund sei im Falle eines Geheimnisses **mehrerer Geheimnisherren**, die Entbindungserklärung von jedem Einzelnen auszusprechen, auch wenn dieser nicht Verfahrenspartei sei.

Soweit die Verschwiegenheitspflicht Geheimnisse umfasst, die selbst **höchstpersönliche Rechte** betreffen, wird das Entbindungsrecht als höchstpersönliches Recht anzusehen sein. Ansonsten wird es als rechtlich zulässig und ausreichend angesehen, wenn der Rechtsanwalt der Partei den Zeugen von seiner Verschwiegenheitspflicht entbindet.

Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass die Entbindung bis zum Beginn der Zeugenvernehmung **widerrufen** werden kann (vgl. *Zenz*, 2005).

Aussageverweigerungsrecht

Im Übrigen ist mE der Argumentationslinie *Faschings* zu folgen, wonach bei Vorliegen einer staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht das Recht auf Aussageverweigerung neben § 321 Abs 1 Z 3 ZPO auch auf § 321 Abs 1 Z 2 ZPO gestützt werden kann (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, § 321 Abs 1 Z 3 ZPO, Ziffer 13). Dementsprechend kann und hat sich der Zeuge meiner Meinung nach - trotz Entbindung durch den Klienten - auf sein Aussageverweigerungsrecht zu berufen, wenn im Dienstvertrag die Verschwiegenheitspflicht ausdrücklich festgelegt wurde und eine Aussage gegen den Willen des Dienstgebers (negative vermögensrechtliche) Folgen nach sich ziehen würde. An dieser Stelle ist hinzuzufügen, dass mE durch die **Verschwiegenheitspflicht** nicht nur

Interessen des Klienten, sondern auch der Beratungs- und Betreuungsstelle allgemein geschützt werden. Wie bereits erwähnt, wäre die Ausübung bestimmter Berufe unmöglich, wenn Klienten nicht darauf vertrauen könnten, dass dem Berater/Therapeut erteilte Informationen tatsächlich vertraulich bleiben. Bei einer regelmäßigen Aussage besteht die Gefahr, dass die Beratung/Therapie im Hinblick auf ein Verfahren manipuliert und als Instrument eingesetzt wird. Werden in einer Therapie oder Beratung die Karten nicht von vornherein offen gelegt, dann ist deren Erfolglosigkeit vorprogrammiert. Weiters besteht die Gefahr, dass die Haltung der Institution de facto „durchschaubar“ wird, nämlich dann, wenn immer nur im (vermeintlich) „günstigen“ Fall eine Aussage tatsächlich stattfindet.

Verweigerung der Entbindung

Die Verweigerung der Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht selbst dürfe jedenfalls nicht der Beweiswürdigung unterzogen werden, weil der Geschützte nicht verpflichtet sei, seine Motive für eine solche Entscheidung preiszugeben und es dem Gesetz zuwiderlaufe, den gesetzlich gestatteten Wegfall eines Beweisumstandes selbst zum Beweisumstand zu erheben (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, § 321 ZPO, Ziffer 20).

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass mE – entgegen der Rspr des OLG Wien zu 15 R 135/01 k – die Geltendmachung des Aussageverweigerungsrechts nicht ausschließlich zur Disposition des Klienten steht, sondern allgemeine Interessen, gerade therapeutischer und sozialarbeiterischer Berufsfelder im Gesamten ebenfalls mitberücksichtigt werden können und müssen.

4.2. Notstand

Notsituation

Eine **Notsituation** im Beratungskontext liegt bspw. vor, wenn dem Rechtsgut einer Person (z.B. sexuelle Integrität) ein Nachteil droht, der nur dadurch abgewendet werden kann, dass das Rechtsgut eines anderen (z.B. Verschwiegenheit) beeinträchtigt wird. Diesbezüglich liegt iaR eine Interessenskollision vor, die mittels Interessensabwägung gelöst werden muss: Der Eingriff in die Verschwiegenheitspflicht ist etwa erlaubt, wenn das Interesse des Klienten an deren Aufrechterhalten weniger schwer wiegt als das

Interesse der Tochter auf Schutz ihrer sexuellen Integrität. Maßgebend sei die Bewertung dieser Interessen durch die Rechtsordnung (vgl. *Fuchs*, 17. Kapitel: Die einzelnen Rechtfertigungsgründe II: Notrechte (Notwehr, rechtfertigender Notstand, offensive Selbsthilfe) 2004, Ziffer 2 - 3).

Rechtfertigender Notstand

Als Rechtfertigung im Beratungs- und Therapiekontext wird regelmäßig der **rechtfertigende Notstand** in Frage kommen. Ist ein Rechtsgut in gegenwärtiger oder unmittelbar bevorstehender Gefahr und droht ein bedeutsamer Nachteil, der durch den Eingriff in ein anderes Rechtsgut abgewendet werden kann, so ist ein **Eingriff zulässig**, wenn

- er das **einzigste**, zumindest aber schonendste Mittel ist, die Gefahr abzuwenden (es also keinen anderen Ausweg gibt) und
- das bedrohte Rechtsgut, das gerettet werden soll, eindeutig **höherwertig** ist als das durch die Rettungshandlung beeinträchtigte: Grundsatz der Güterabwägung (*Fuchs*, 2004, Ziffer 56).

Liegt eine Notstandssituation vor, muss der Therapeut entscheiden, welche Maßnahmen zum Schutz eines möglichen Opfers er wählen wird: Dabei sollte ein adäquater Schutz bei minimal restriktiven Maßnahmen gewährleistet werden. Als Beispiele können eine Intensivierung der Therapie (Erhöhung der Frequenz), in der über die Gewaltbereitschaft gesprochen und stufenweise vermindert wird, der Beginn einer medikamentösen Therapie, die Unterbringung in einer psychiatrischen Abteilung und nur zuletzt die Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht genannt werden (vgl. *Frottier & Frühwald*, 1998, 85 - 86). Maßnahmen, die die therapeutische Beziehung stärken können, sind auf jeden Fall Mittel der ersten Wahl, denn solange die therapeutische Beziehung aufrecht erhalten werden kann, wird angenommen, dass der Therapeut die Möglichkeit hat, auf den Patienten einzuwirken bzw. eine akute Gefahr rechtzeitig zu erkennen (*Frottier & Frühwald*, 1998, 86). Die Integrität des Psychotherapeuten/Psychologen lasse sich nicht zuletzt daran erkennen, wie er die therapeutische Verschwiegenheit handhabe. Der Umgang mit der Verschwiegenheit werde den Therapeuten prägen, seine Haltung offenbaren. Er werde berücksichtigen müssen, dass er nicht nur eine Methode habe, sondern eine Methode sei. Er müsse sich bewusst sein, dass es

- 1.) alternative Handlungsmöglichkeiten zum Schutz Dritter gebe³³,
- 2.) dass der Wunsch der Patienten nach Offenbarung unbewusste Motive oder manipulativen Charakter haben könne,
- 3.) dass das eigene Bedürfnis nach Offenbarung von Therapieinhalten einer Summe aus individueller und kollektiver Gegenübertragung entspreche (vgl. *Frottier & Frühwald*, 1998, 95).

In diesem Zusammenhang müsse berücksichtigt werden, dass bei Verletzung von Schweigepflichten die **Vertrauensposition** von Beratungsstellen auf dem Spiel stehe. Es könne bei vorschneller Anzeige das Vertrauen in eine ganze Einrichtung gefährdet sein. Vor einer Durchbrechung sollten daher alle anderen Möglichkeiten der Verhinderung geprüft und ergriffen werden. Es sei dabei auch wichtig zu wissen, dass einige Klienten ihre Betreuer nur provozieren und auf die Probe stellen wollten (vgl. *Dvorak*, 1995, 8). Des Weiteren ist hier auf die in der damaligen Neuregelung des § 84 Abs 2 Z 1 StPO a.F. Begründung hinzuweisen, die durchaus in die Entscheidung, ob von der zugesicherten Verschwiegenheitspflicht abgegangen werden sollte, einfließen muss: „Diese Stellen kommen vielfach überhaupt nur dann in Kenntnis der strafbaren Handlung, wenn der Anzeigende (das Opfer, Verwandte, Bekannte oder wer immer) eine glaubwürdige Zusicherung der Vertraulichkeit seiner Mitteilung erwarten kann, vor allem da er oftmals nicht an einer Strafverfolgung, sondern an einer effektiven Hilfe interessiert ist.“ (vgl. *Jesionek*, 1995, 371 - 372) Im Vordergrund bei der Entscheidung, ob die zugesicherte Verschwiegenheitspflicht durchbrochen wird, wird - neben allgemeinen grundsätzlichen Erwägungen - der **Schutz** jener Personen stehen, die durch das Verhalten des Täters gefährdet sind. Ist zu erwarten, dass ohne strafrechtliche Reaktion, vor allem deshalb, weil andere Reaktionsmethoden nicht zur Verfügung stehen, weitere Personen durch das Verhalten des Täters, also etwa des Kindesvaters, gefährdet sein können, wird sich eine Anzeigepflicht ergeben; sind sinnvolle außerstrafrechtliche Maßnahmen möglich, die vor allem pädagogisch und spezialpräventiv wirksamer scheinen als die bloße Strafverfolgung, wird diesen der Vorrang zu geben sein (vgl. *Jesionek*, Anzeige- und Aussageverhalten bei

³³ ein mE eindrückliches Beispiel: „Ich spüre einerseits die Aggressivität, andererseits Ihr Bedürfnis nach Nähe zu Frau Dr. X“, erkläre ich dem Patienten. „Ich halte das für so wichtig, dass Sie es ihr persönlich mitteilen sollten.“ „Sie meinen, ich sollte mit ihr reden?“ „Ja.“ „Jetzt gleich?“ Ich nicke und schiebe ihm das Telefon näher. Während er die Nummer von Frau Dr. X wählt, nehme ich wahr, wie ich das Problem der Verschwiegenheit in diesem Fall gelöst habe (Frottier & Frühwald, 1998, 94-95)

Kindesmißbrauch 1995, 373). Die moderne Sozialarbeit/Sozialpädagogik habe auch bei Missbrauch/Misshandlung in der Familie andere Interventionsmaßnahmen zur Auswahl. Durch die **vorschnelle Anzeige** würden ein Täter und auch die Beteiligten (z.B. Geschwister, Mutter) sofort Druck auf die Betroffenen ausüben und gleichzeitig alle entschuldigenden Erklärungen für sein Verhalten finden. Der Täter übernehme in den seltensten Fällen Verantwortung für den Vorfall. Auch eine spätere strafgerichtliche Verurteilung führe in den wenigsten Fällen zu einer Veränderung der Einstellung. Nach Prinzipien der modernen Kinderschutzarbeit sei der Schutz des Kindes bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Familiensystems oberstes Ziel. Dies sollte durch geplante Konfrontation des Täters aus dem Familienkreis bzw. eventuellen Mitwissern und der darauf folgenden Organisation von Schutzmaßnahmen und Hilfe-/Therapieangeboten erfolgen (vgl. *Dvorak*, 1995, 5).

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass der Geheimnisträger aufgefordert ist, das Ausmaß des potentiellen Schadens zu überprüfen, Risikofaktoren zu evaluieren und dies genauestens zu **dokumentieren**. Vor Gericht werde bspw. der Therapeut bei Fehleinschätzung der Gefährlichkeit nicht dann verurteilt werden, wenn er die Gefährlichkeit falsch prognostiziert habe, sondern nur, wenn er die nötigen Schritte zur Gefährlichkeitsabschätzung unterlassen bzw. diese nicht dokumentiert habe (vgl. *Frottier & Frühwald*, 1998, 85).

4.3. *Verteidigungsfreiheit*

Wenn der Geheimnisträger selbst einer strafbaren Handlung bezichtigt wird, so ist er aus dem Grund der Verteidigungsfreiheit nicht an die Verschwiegenheitspflicht gebunden. Sich ihrer Verteidigungsrechte zu begeben, „nur“ um die Verschwiegenheitspflicht nicht zu verletzen, ist einer Vertrauensperson nicht zumutbar. Mangels Zumutbarkeit könne in einem solchen Fall keine Schuldhaftigkeit bzw. weitergehend eine Strafbarkeit wegen Verletzung der Verschwiegenheitspflicht vorliegen, die straf-, disziplinar- oder zivilrechtliche Konsequenzen nach sich zieht (vgl. *Schelling*, 1990, 6). Bei einer Durchbrechung aus diesem Grund hat sich der Geheimnisträger bei seinen Angaben allerdings stets auf das Notwendigste zu beschränken.

4.4. *Honorarstreitigkeiten*

Wenn es im Zusammenhang mit der Beratung bzw. Therapie zu Honorarstreitigkeiten kommt, ist der Geheimnisträger ebenfalls berechtigt, notwendige Angaben zu machen.

4.5. *Schadenersatzforderungen*

Entsprechendes gilt, wenn der Geheimnisträger mit einer Vermögensforderung, etwa mit Schadenersatzansprüchen wegen unsachgemäßer Therapie oder unrichtiger Beratung, konfrontiert ist.

5. Berufsspezifische Besonderheiten

5.1. *Psychologen und Psychotherapeuten*

§ 14 Psychologengesetz idF 360/1990

Klinische **Psychologen** und Gesundheitspsychologen sowie ihre **Hilfspersonen** sind zur **Verschwiegenheit** über alle ihnen in Ausübung ihres Berufes anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse verpflichtet.

§ 15 Psychotherapiegesetz idF BGBl 361/1990

Der **Psychotherapeut** sowie seine **Hilfspersonen** sind zur **Verschwiegenheit** über alle ihnen in Ausübung ihres Berufes anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse verpflichtet

Grundsätzliches

Die Bestimmungen sind – bis auf die Berufsbezeichnung – ident. In einem Bereich, in dem Information und Vertrauen eine entscheidende Rolle spielen, soll nach der Regierungsvorlage jede missbräuchliche Verwendung von Kenntnissen, die aus der Privatsphäre stammen, verhindert werden (RV zum Psychologengesetz ad § 14 PG,

Regierungsvorlage zum Psychotherapiegesetz ad § 15 PthG). Schutzobjekt der Verschwiegenheitspflicht ist das Vertrauensverhältnis zwischen Psychotherapeuten/Psychologen und Patienten (vgl. *Kierein*, Die rechtliche Verankerung der Psychotherapie in Österreich – das Psychotherapiegesetz 1998, 51). Die Geheimnisse, die Klienten ihrem Psychotherapeuten/Psychologen anvertrauen, sind *condition sine qua non* für die Ausübung dieser Berufe. Nur dann, wenn sich der Klient rückhaltlos öffnet, kann ein Behandlungserfolg überhaupt erwartet werden. Scheinanpassungen sind daher nicht nur unerwünscht, sondern lassen eine Behandlung von vornherein aussichtslos, ja sinnlos erscheinen (vgl. *Soyer*, 1998, 56). Die Verschwiegenheitspflicht bezieht sich hierbei nicht nur auf den Psychologen bzw. Psychotherapeuten selbst, sondern auf sämtliche Hilfspersonen, einschließlich der in Ausbildung befindlichen Personen.

Die vorliegenden Gesetze **verzichten** im Übrigen auf jede **Durchbrechung** mit Ausnahmeregelung, wie sie etwa bei den Ärzten vorgesehen wird (vgl. *Huber*, Psycho-Gesetze 1991, 22). Da öffentliche Interessen einen Eingriff in Rechte Einzelner immer nur dann erlauben, wenn dies gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist, wird man aus § 14 PG und § 15 PthG ableiten müssen, dass öffentliche Interessen allein eine Offenbarung der betreffenden Geheimnisse im Allgemeinen nicht rechtfertigen. Vor allem können staatliche Interessen an der Verfolgung einer schon geschehenen Straftat (anders als nach § 54 ÄrzteG) eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nicht rechtfertigen (*Schmoller* 2000, 27). Zu beachten gilt allerdings § 37 JWG bzw. § 32 VlbG JWG, wonach für die Jugendwohlfahrt tätige Personen in gewissen Fällen zur Mitteilung an den Jugendwohlfahrtsträger verpflichtet sind.³⁴

Erwähnt werden muss, dass die **Behandlungsart** (Standardbedingungen, Setting, Frequenz, voraussichtliche Behandlungsdauer und –methode) in diesem Kontext **kein Geheimnis** darstellt. Diesbezüglich wird in § 13 Abs 4 PG bzw. § 14 Abs 4 PthG sogar die Verpflichtung normiert, dem Behandelten oder seinem gesetzlichen Vertreter alle Auskünfte über die Behandlung, insb. über Art, Umfang und Entgelt zu erteilen; dies obwohl die Zusicherung von Verschwiegenheit und damit deren Verpflichtung grundsätzlich auch bei Minderjährigen außer Frage steht (vgl. auch *Kierein*, 1998, 52).

³⁴ vgl. diesbezüglich das Kapitel über Beamten 5.7.

Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Als **Ausnahmen** von der Verschwiegenheitspflicht kommen eine Entbindung³⁵, ein rechtfertigender Notstand³⁶, eine Anzeigepflicht gemäß § 286 StGB bzw. im Rahmen der Garantenstellung³⁷ oder der Verteidigungsfreiheit³⁸ in Frage. Zu beachten ist, dass auch dem Psychotherapeuten³⁹ - ebenso wie einem Arzt – mitunter eine Garantenstellung zum Schutz seines Patienten zukommt. Wenn er daher trotz bestehender Gefahr untätig bleibt, kommt eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Gesundheitsschädigung oder Tötung durch Unterlassen gemäß §§ 2, 80 bzw. 88 StGB in Betracht (vgl. *Schmoller*, 1996).

Voraussetzung, die strenge Verschwiegenheitspflicht zu durchbrechen, ist eine gegenwärtige oder unmittelbare **Gefahr**, die den Eintritt des Schadens als sicher oder höchst wahrscheinlich erscheinen lässt. Bspw. treffe das auf jenen Fall zu, in dem der Psychotherapeut/Psychologe ausschließlich durch eine Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht eine Möglichkeit sehe, etwa eine schwerwiegende Gefährdung anderer Personen abzuwenden (vgl. *Kierein*, 1998, 52 - 53). Die Aufhebung der Verschwiegenheit kann somit zwar eine Strategie des Psychotherapeuten/Psychologen sein, selten sollte sie jedoch die erste, oder gar die einzige sein (vgl. *Frottier & Frühwald*, 1998, 86).

Im Übrigen kommt auch die für jedermann geltende Bestimmung des § 286 StGB für Psychotherapeuten und Psychologen zum Tragen. D.h. ein Psychologe oder Psychotherapeut, der eine unmittelbar bevorstehende und für ihn erkennbare Straftat (insb. durch Unterlassung einer Mitteilung an die Behörde oder Angehörige) nicht abwendet, kann sich nach § 286 StGB strafbar machen. Voraussetzung ist allerdings – entsprechend § 286 Abs 2 Z 3 StGB -, dass die aus der Verletzung dieser Pflicht drohenden Folgen weniger schwerwiegend sind als die nachteiligen Folgen aus der Unterlassung der Verhinderung oder Bekanntmachung. Zu beachten wird in diesem Zusammenhang sein, dass die allgemeine Anzeigepflicht gemäß § 286 StGB, sofern man von einer Garantenstellung ausgehen kann, hinter derselben zurücktritt.

³⁵ Hierbei sind die in Punkt 4.1. angeführten Erwägungen zu berücksichtigen

³⁶ vgl. Punkt 4.2.

³⁷ vgl. Punkt 2.3.

³⁸ vgl. Punkt 4.3. – 4.5.

³⁹ Dasselbe muss für Psychologen gelten.

Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflicht

Gemäß § 157 Abs 1 Z 3 iVm § 157 Abs 2 StPO sind Psychiater, Psychotherapeuten und Psychologen sowie deren Hilfskräfte und jene Personen, die zur Ausbildung an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen, im Strafverfahren von der **Verbindlichkeit** zur Ablegung eines **Zeugnisses befreit**.⁴⁰

Psychotherapeuten und Psychologen kommt gemäß § 321 Abs 1 Z 3 ZPO auch im Zivilverfahren ein **Aussageverweigerungsrecht** zu, da sie durch eine Aussage (ohne Entbindung) grundsätzlich eine staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit verletzen würden (§ 14 PG, § 15 PthG). Wie bereits in Punkt 4.1. begründet, kann das Aussageverweigerungsrecht bei einer zusätzlichen arbeitsvertraglichen Verpflichtung zur Verschwiegenheit nicht nur auf § 321 Abs 1 Z 3 ZPO, sondern zusätzlich auf § 321 Abs 1 Z 2 ZPO gestützt werden. Demnach liegt mE aber auch ein Aussageverweigerungsrecht iSd § 321 Abs 1 Z 2 ZPO vor, wenn der Klient zwar den Psychotherapeuten bzw. Psychologen von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden hat, diesbezüglich aber vom Dienstgeber keine Entbindung stattfindet. Der Zeuge würde im Falle einer Aussage einen vermögensrechtlichen Nachteil erleiden, da er damit entgegen seiner Verpflichtung aus dem Dienstvertrag handeln und u.U. einen Entlassungstatbestand setzen würde.

An dieser Stelle ist nochmals zu betonen, dass nicht nur der Klient ein **Interesse** an der Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht hat, sondern auch die Einrichtung, da es letztlich um die glaubwürdige Zusicherung an zukünftige Klienten geht, in jedem Fall (denn selbst wenn es günstig wäre, ist eine Aussage nicht möglich) an die Verschwiegenheit gebunden zu sein.

Mögliche Konsequenzen einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

Gemäß § 22 PG begeht ein Psychologe bzw. gemäß § 23 PthG ein Psychotherapeut bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht eine **Verwaltungsübertretung** (falls kein gerichtlich zu ahndender Straftatbestand vorliegt), die mit einer Geldstrafe bis zu 3.600,-- Euro zu ahnden ist.

⁴⁰ Dies gilt, wie bereits mehrfach ausgeführt, auch im Falle einer Entbindung.

Zusätzlich zieht die ungerechtfertigte Verletzung der Verschwiegenheitspflicht **zivilrechtliche Konsequenzen** nach sich, da es sich hierbei um die Verletzung einer nebenvertraglichen Pflicht und somit um einen Vertragsbruch handelt. Unter Umständen kann die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht auch **dienstrechtliche Konsequenzen**, im schlimmsten Fall sogar eine Entlassung, zur Folge haben.

Exkurs: Psychotherapie und gerichtliche Weisung

Gemäß § 51 Abs 3 StGB kann dem Rechtsbrecher mit seiner Zustimmung unter den Voraussetzungen des Abs 1 die **Weisung** erteilt werden, sich einer Entwöhnungsbehandlung, einer psychotherapeutischen oder einer medizinischen Behandlung zu unterziehen. Wird ein Klient im Zuge einer gerichtlichen Weisung zur Psychotherapie verpflichtet, so kann man davon ausgehen, dass der Richter einen entsprechenden Behandlungsbedarf des Klienten sieht. Mit dem gerichtlichen Ausspruch der Therapieweisung ergeht die Verpflichtung an den Klienten, sich psychotherapeutisch behandeln zu lassen, wobei die Wahl des Psychotherapeuten meist dem Klienten überlassen bleibt. Das Gericht kontrolliert die Einhaltung dieser Verpflichtung idR über Vorlage der Therapiebestätigung durch den Klienten. D.h. aber, dass der Psychotherapeut seinen Auftrag nicht vom Gericht, sondern direkt vom Klienten erhält, womit die in den berufsrechtlichen Vorschriften normierte Verschwiegenheitspflicht aufrecht bleibt (vgl. *Grabner-Tesar & Laimer, Bewährungshilfe und forensische Psychotherapie. Abgrenzung ermöglicht Kooperation* 1998, 302 ff).

Der Vollständigkeit halber sei hier angeführt, dass diese Instrumentalisierung von Therapie im Sinne einer sozialen Kontrolle⁴¹ unter Therapeuten höchst kontroversiell diskutiert wird. Für viele sei dies mit der Psychotherapie im engeren Sinn nicht vereinbar. Andere wiederum würden sich zu diesem Auftrag bekennen und es für sinnvoll halten, dass Informationen über den therapeutischen Prozess als Entscheidungsgrundlage für die weiteren behördlichen Schritte dienen würden. Statt Verschwiegenheit werde dann Transparenz gefordert und in verschiedener Art praktiziert (vgl. *Klammer & Wagner,*

⁴¹ Vertreter sanktionierender Instanzen verweisen an Therapeuten, damit diese nach Bekanntwerden von Übergriffen therapeutische Hilfestellung angeordneterweise leisten. Oft wird vom Therapeuten erwartet, eine Stellungnahme über den Therapieverlauf abzugeben, die Auswirkungen auf die weiteren Schritte der Sanktionsbehörde hat. Nicht zuletzt dient sie der Untermauerung des Kontrollauftrages und Evaluierung des Verhaltens der weiterhin unter Verdacht Stehenden (Vgl. *Klammer & Wagner, 1998, 332*).

Institutionelle Antworten auf Inzest. Ein Potpurri von Schutz, Kontrolle und Hilfe 1998, 332).

5.2. Mediatoren

§ 18 Zivilrechts-Mediations-Gesetz idF 29/2003

Der **Mediator** ist zur Verschwiegenheit über die Tatsachen verpflichtet, die ihm im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurden. Er hat die im Rahmen der Mediation erstellten oder ihm übergebenen **Unterlagen vertraulich** zu behandeln. Gleiches gilt für **Hilfspersonen** des Mediators sowie für Personen, die im Rahmen einer **Praxisausbildung** bei einem Mediator unter dessen Anleitung tätig sind.

Grundsätzliches

Gemäß § 18 ZivMediatG sind der Mediator, seine Hilfspersonen und Auszubildende zur Verschwiegenheit über die Tatsachen verpflichtet, die ihnen im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurden. Zu beachten ist, dass andere Verschwiegenheitspflichten, denen der Mediator nach anderen berufsrechtlichen Vorschriften (z.B. RAO, PtHG) unterliegt, soweit von Bedeutung sind und von § 18 ZivMediatG unberührt bleiben, als sie einen weiterreichenden Schutz als die Verschwiegenheitspflicht nach dieser Bestimmung bieten (vgl. *Zenz*, 2005). Diesbezüglich darf an dieser Stelle aber auf die Ausführungen bei der jeweiligen Berufsgruppe verwiesen werden.

Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Die bereits angeführten Ausnahmegründe der Entbindung⁴², des rechtfertigenden Notstands⁴³, der für jedermann geltenden Anzeigepflicht gemäß § 286 StGB oder der Verteidigungsfreiheit⁴⁴ kommen auch bei Mediatoren zum Tragen. Ihnen wird aber de facto, betrachtet man ihr Tätigkeitsfeld genauer, in den wenigsten Fällen eine Garantenstellung zukommen.

⁴² Hierbei sind die in Punkt 4.1. angeführten Erwägungen zu berücksichtigen.

⁴³ vgl. Punkt 4.2.

⁴⁴ vgl. Punkt 4.2. – 4.4.

Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflicht

Im Zivilverfahren wird mit § 320 Z 4 ZPO ein **Vernehmungsverbot** statuiert, was bedeutet, dass der Mediator in Ansehung dessen, was ihm im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurde, nicht als Zeuge vernommen werden darf. Diesbezüglich ist von vornherein keine Entbindungsmöglichkeit durch den Klienten vorgesehen.

Im Strafverfahren wird Mediatoren nach dem ZivMediatG gemäß § 157 Abs 1 Z 3 StPO ein **Aussageverweigerungsrecht** eingeräumt, wobei die Entscheidung über eine Aussage – trotz gültiger Entbindung durch den Klienten – im Ermessen des Mediators liegt. Prinzipiell bestünde hier aber die Möglichkeit einer Entbindung.

Mögliche Konsequenzen einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

Wer entgegen seiner Pflicht zur Verschwiegenheit und Vertraulichkeit Tatsachen offenbart oder verwertet und dadurch ein berechtigtes Interesse einer Person verletzt, ist gemäß § 31 ZivMediatG vom Gericht mit einer **Freiheitsstrafe** bis zu sechs Monaten oder einer **Geldstrafe** bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. Eine Bestrafung entfällt aber, wenn die Offenbarung oder Verwertung nach Inhalt und Form durch ein öffentliches oder berechtigtes privates Interesse gerechtfertigt ist.

Im Übrigen zieht eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nach dem ZivMediatG **zivilrechtliche** Konsequenzen nach sich, da es sich um einen Bruch der nebenvertraglichen Pflichten handelt.

5.3. Sozialarbeiter

Grundsätzliches

Es gibt **keine berufsrechtlichen Vorschriften**, die eine Verschwiegenheitspflicht für Sozialarbeiter normieren. Als staatlich anerkannte Pflicht gilt die Verschwiegenheitspflicht nur dann, wenn sie gesetzlich angeordnet ist. Sie kann zwar grundsätzlich durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet werden⁴⁵, dabei handelt es sich aber nicht um eine

⁴⁵ vgl. durch den Abschluss eines Therapievertrages wird konkludent oder ausdrücklich als nebenvertragliche Verpflichtung auch die Pflicht anerkannt, an die Verschwiegenheit gebunden zu sein.

„staatlich anerkannte Pflicht“, obgleich sie mittelbar auf dem Gesetz beruht und der Staat nach Maßgabe der Gesetze für deren Einhaltung zu sorgen hat.

Nichtsdestotrotz ist ein Sozialarbeiter aufgrund **nebenvertraglicher** Verpflichtungen an die Verschwiegenheit gebunden und hat diese gegenüber dem Klienten einzuhalten.

Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Auch hier gelten die bereits genannten Ausnahmegründe der Entbindung⁴⁶, des rechtfertigenden Notstands⁴⁷, der für jedermann geltenden Anzeigepflicht gemäß § 286 StGB oder der Verteidigungsfreiheit⁴⁸. Des Weiteren kann sich im Beratungskontext eine Garantenstellung wie bei einem Psychotherapeuten bzw. Psychologen ergeben, womit in bestimmten Fällen eine **Handlungspflicht** gegeben ist. Bleibt ein Sozialarbeiter trotz bestehender und für ihn erkennbarer Gefahr für den Klienten untätig, kommt eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Gesundheitsschädigung oder Tötung durch Unterlassen gemäß §§ 2, 80 bzw. 88 StGB in Betracht.

Prozessualer Schutz der Verschwiegenheit

Gemäß § 157 Abs 1 Z 3 StPO sind Mitarbeiter anerkannter Einrichtungen zur psychosozialen Beratung und Betreuung im Strafverfahren über das, was ihnen in dieser Eigenschaft bekannt geworden ist, von der Verbindlichkeit zur Ablegung einer **Aussage befreit**. Alleine aufgrund der Zugehörigkeit zu einer anerkannten Einrichtung zur psychosozialen Beratung und Betreuung kommt Sozialarbeitern ein Aussageverweigerungsrecht zu, da nicht auf die Berufsqualifikation im Allgemeinen abgestellt wird (vgl. *Dvorak*, 1995, 7). Dabei ist der Begriff „anerkannt“⁴⁹, wie bereits erwähnt, weit auszulegen und nicht auf eine gesetzliche Anerkennung eingeschränkt. Im Sinne einer möglichst umfassenden Auslegung der Verschwiegenheitspflicht ist davon auszugehen, dass sämtliche Einrichtungen unter diesen Begriff fallen, die für ihre Beratungs- und Betreuungstätigkeit Verträge mit der öffentlichen Hand geschlossen haben bzw. im Auftrag derselben handeln (Vgl. BMJ, 1993).

⁴⁶ Hierbei sind die in Punkt 4.1. angeführten Erwägungen zu berücksichtigen.

⁴⁷ vgl. Punkt 4.2.

⁴⁸ vgl. Punkt 4.2. – 4.4.

⁴⁹ vgl. § 157 Abs 1 Z 3 StPO: Mitarbeiter anerkannter Einrichtungen zur psychosozialen Beratung und Betreuung

Im Zivilverfahren können sich Sozialarbeiter nicht in jedem Fall auf ihr Aussageverweigerungsrecht berufen, da eine berufsrechtliche Vorschrift, die sie zur Verschwiegenheitspflicht ermahnt und damit eine **staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht nicht vorliegt**. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob diese Lücke der fehlenden berufsrechtlichen Verschwiegenheitsverpflichtung nicht mittels **Analogie** geschlossen werden kann. In den ethischen Standards – Berufspflichten für Sozialarbeiter – wird in Punkt 7 festgehalten, dass für alle Sachverhalte, die im Rahmen der Leistungen der professionellen Sozialarbeit bekannt werden, grundsätzlich die Verschwiegenheitspflicht gilt. Ein Austausch der Informationen mit beteiligten Institutionen im privaten und öffentlichen Bereich oder mit am Hilfeprozess beteiligten Personen ist dieser Bestimmung zufolge nur

- 1.) mit Zustimmung des Klienten,
- 2.) wenn es die Hilfeleistung erfordert (und der Klient durch das Ersuchen um Hilfe dem Informationsaustausch indirekt zustimmt) oder
- 3.) wenn es die gesetzlichen Regelungen vorsehen, möglich (OBDS⁵⁰, 2004).

Die Tätigkeit von Sozialarbeitern, Psychotherapeuten und Psychologen unterscheidet sich zwar inhaltlich, sie findet aber den gemeinsamen Nenner in der Notwendigkeit einer Vertrauensbeziehung als Grundlage für ein Tätig werden. Auch zwischen dem Sozialarbeiter und seinem Klienten ist ein enges Vertrauensverhältnis gegeben, das eines besonderen Schutzes bedarf. Da sämtliche Berufsvorschriften, die beratende/therapeutische oder unterstützende Aufgaben vorsehen, eine berufsrechtliche Vorschrift normieren, kann mE - aufgrund des vergleichbar hohen Stellenwertes der Verschwiegenheitspflicht – von einer analogen Anwendung dieser Vorschriften für Sozialarbeiter ausgegangen werden.

Unter gewissen Voraussetzungen besteht nichtsdestotrotz die Möglichkeit der Sozialarbeiter, sich auf das **Familienberatungsförderungsgesetz** zu berufen⁵¹, welches einerseits eine analoge Verpflichtung des § 15 PthG vorsieht und andererseits in meinen Augen als staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht gewertet werden kann.

§ 2 Abs 1 Z 8 Familienberatungsförderungsgesetz idF BGBl 130/1997

Die in der **Beratungsstelle tätigen Personen** sind von dem die Beratungsstelle betreibenden Rechtsträger zur **Verschwiegenheit** über alle ihnen ausschließlich aus

⁵⁰ Österreichischer Berufsverband diplomierter SozialarbeiterInnen

⁵¹ gilt jedenfalls für Mitarbeiter des Instituts für Sozialdienste

dieser Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen zu **verpflichten**; die Bestimmungen des § 15 des **Psychotherapiegesetzes**, BGBl Nr 361/1990, sind anzuwenden. Der die Beratungsstelle betreibende Rechtsträger muss bereit und bestrebt sein, diese Verschwiegenheit zu gewährleisten.

Voraussetzung für eine entsprechende Förderungswürdigkeit ist gemäß § 2 Abs 1 Familienberatungsförderungsgesetz, dass die Beratungsstelle jedermann zugänglich ist und Angelegenheiten der Familienplanung, wirtschaftliche und soziale Belange werdender Mütter sowie Familienangelegenheiten, insb. solche rechtlicher und sozialer Natur, sexuelle Belange und sonstige Partnerschaftsbeziehungen umfassen. Liegen diese Voraussetzungen vor und wird die Beratungsstelle nach diesem Bundesgesetz gefördert, können sich Mitarbeiter derartiger Einrichtungen auf ihr Aussageverweigerungsrecht berufen, da sie andernfalls mit der im Familienberatungsförderungsgesetz als generell-abstrakte Norm normierten Bestimmung eine staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht verletzen würden. § 2 Abs 1 Z 8 Familienberatungsförderungsgesetz legt fest, dass die in der Beratungsstelle tätigen Personen von dem betreibenden Rechtsträger zur Verschwiegenheit über alle ihnen ausschließlich aus dieser Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen zu verpflichtet sind (Dienstvertrag). Folgt man – wie bereits mehrfach erwähnt – der Argumentationslinie *Faschings*, wonach bei Vorliegen einer staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht das Recht auf Aussageverweigerung neben § 321 Abs 1 Z 3 ZPO auch auf § 321 Abs 1 Z 2 ZPO gestützt werden kann (vgl. *Fasching & Konecny*, 2004, § 321 Abs 1 Z 3 ZPO, Ziffer 13), wird sich der Zeuge trotz Entbindung durch den Klienten auf sein Aussageverweigerungsrecht berufen müssen, wenn im Dienstvertrag die Verschwiegenheitspflicht ausdrücklich festgelegt wurde und keine Entbindung seitens des Dienstgebers erfolgt ist. Durch eine Aussage trotz fehlender Entbindung seitens des Dienstgebers würde er sich nämlich unmittelbar drohenden, negativen vermögensrechtlichen Konsequenzen (unter Umständen durch eine Kündigung, Entlassung) aussetzen.

Mögliche Konsequenzen einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

Wird die Verschwiegenheitspflicht verletzt, so kann es **zivilrechtliche** Konsequenzen haben, da einerseits nebenvertragliche Verpflichtungen missachtet und andererseits dienstvertragliche Auflagen nicht befolgt wurden.

5.4. Sachwalter, Patientenanwälte, Bewohnervertreter

Grundsätzliches

Gemäß § 6 VSPBG sind die im Rahmen der Vereine tätigen Sachwalter, Patientenanwälte, Bewohnervertreter und sonstigen Personen, **außer** dem PflEGschafts- und Unterbringungsgericht gegenüber, zur Verschwiegenheit über alle ihnen ausschließlich aus dieser Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet, soweit die Geheimhaltung im Interesse des Betroffenen erforderlich ist. In § 15 Abs 2 UbG wird diese Verpflichtung für den Patientenanwalt, in § 10 Abs 2 HeimAufG für den Bewohnervertreter normiert:

§ 15 Abs 2 Unterbringungsgesetz idF BGBl 155/1990

Der Patientenanwalt ist – **außer** dem Gericht – jedermann gegenüber zur **Verschwiegenheit** über die in Ausübung seiner Tätigkeit gemachten Wahrnehmungen verpflichtet, **soweit** die Geheimhaltung im Interesse des Kranken erforderlich ist und nicht diesen selbst eine Auskunftspflicht trifft. Die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht ist ebenso zu **bestrafen** wie eine verbotene Veröffentlichung (§ 301 StGB).

§ 10 Abs 2 Heimaufenthaltsgesetz idF BGBl 11/2004

Der Bewohnervertreter ist zur **Verschwiegenheit** über die von ihm in Ausübung seiner Tätigkeit gemachten Wahrnehmungen verpflichtet, **soweit** die Geheimhaltung im Interesse des Bewohners erforderlich ist und nicht diesen selbst eine Auskunftspflicht trifft. Diese **Verschwiegenheitspflicht gilt nicht** gegenüber dem Gericht, dem Verein, dem Vertreter und der Vertrauensperson des Bewohners sowie gegenüber den in § 9 Abs 3 genannten Behörden. Ihre Verletzung von Berufsgeheimnissen (§ 121 des Strafgesetzbuches, BGBl Nr. 60/1974) zu **bestrafen**.

Interessant hierbei ist, dass sowohl § 6 VSPBG für Patientenanwälte und Bewohnervertreter als auch die Bestimmungen des UbG und HeimAufG Konsequenzen für den ungerechtfertigten Bruch der Verschwiegenheitspflicht vorsehen. Im Endeffekt ordnen sie zwar eine Bestrafung nach unterschiedlichen Rechtsmaterien an, die Strafhöhe ist aber in allen Fällen dieselbe. ME wird davon auszugehen sein, dass aufgrund der anerkannten Rechtsregel „lex posterior derogat lex priori“⁵² § 6 VSPBG zur Anwendung gelangt.

⁵² Die neuere Gesetzesbestimmung geht der älteren vor

Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Auch für Sachwalter, Patientenanwälte und Bewohnervertreter müssen die allgemeinen Ausnahmegründe der Entbindung⁵³, des rechtfertigenden Notstandes⁵⁴, der Anzeigepflicht gemäß § 286 StGB bzw. aus der Garantenstellung⁵⁵ oder der Verteidigungsfreiheit⁵⁶ etc. zur Anwendung gelangen.

Des Weiteren wird in § 15 Abs 2 UbG für **Patientenanwälte** festgelegt, dass sie dem Unterbringungsgericht gegenüber nicht an die Verschwiegenheit gebunden sind, da sie im Unterbringungsverfahren selbst eine (ex lege) Vertretungspflicht trifft.

Für **Bewohnervertreter** wird in § 10 Abs 2 HeimAufG normiert, dass die Verschwiegenheitspflicht nicht gegenüber dem Gericht, dem Verein, dem Vertreter und der Vertrauensperson des Bewohners sowie gegenüber den in § 9 Abs 3 HeimAufG⁵⁷ genannten Behörden gilt.

Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflicht

Da es sich bei den Trägern der Sachwalterschaft, Patientenanwaltschaft und Bewohnervertretung um anerkannte Einrichtungen handelt, ist davon auszugehen, dass diesen Berufsgruppen iSd § 157 Abs 1 Z 3 StPO ein **Aussageverweigerungsrecht** im **Strafverfahren** eingeräumt wird.

Den im Rahmen der Vereine tätigen Sachwaltern, Patientenanwälten, Bewohnervertretern und sonstigen Personen kommt im **Zivilverfahren** – mit Ausnahme gegenüber dem PflEG- und Unterbringungsgericht – gemäß § 321 Abs 1 Z 3 ZPO ein **Aussageverweigerungsrecht** zu, da es sich bei § 6 VSPBG und den Bestimmungen im UbG sowie dem HeimAufG um generell-abstrakte Normen und somit um staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflichten handelt.

⁵³ Hierbei sind die in Punkt 4.1. angeführten Erwägungen zu berücksichtigen.

⁵⁴ vgl. Punkt 4.2.

⁵⁵ vgl. Punkt 2.3.

⁵⁶ vgl. Punkt 4.3. – 4.5.

⁵⁷ die für die Aufsicht über die Einrichtung oder zur Bearbeitung von Beschwerden zuständigen Behörden

Mögliche Konsequenzen bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

Wer trotz der normierten Verschwiegenheitsverpflichtung Tatsachen offenbart oder verwertet und dadurch ein berechtigtes Interesse des Betroffenen verletzt, ist gemäß § 6 Abs 2 VSPBG vom Gericht mit **Freiheitsstrafe** bis zu sechs Monaten oder mit **Geldstrafe** bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. Eine Bestrafung hat aber nach Abs 3 dann zu entfallen, wenn die Offenbarung oder Verwertung nach Inhalt und Form durch ein öffentliches oder berechtigtes privates Interesse gerechtfertigt ist.

Auch wenn der Abschluss des Vertrages in der Regel nicht gewillkürt zustande kommt, kann davon ausgegangen werden, dass eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht **zivilrechtliche** (schadenersatzrechtliche) Konsequenzen nach sich zieht. Unter Umständen kann die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht auch **dienstrechtliche** Konsequenzen, im schlimmsten Fall sogar eine Entlassung, zur Folge haben.

Exkurs: Die Stellung eines Sachwalters

Ein **Sachwalter** ist gemäß § 268 Abs 1 ABGB dann zu bestellen, wenn eine Person, die an einer psychischen Krankheit leidet oder geistig behindert ist, alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten nicht ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst zu besorgen vermag. Der Sachwalter übernimmt in der Folge jene Aufgaben als **gesetzlicher Vertreter**, die der Betroffene nicht mehr ohne die Gefahr für sich selbst besorgen kann. Insofern übernimmt er eine andere Rolle als etwa ein Berater/Therapeut, da er für die im Bestellungsbeschluss genannten Angelegenheiten und das Wohl des Betroffenen die **Verantwortung** trägt, eben weil der Betroffene nicht mehr in der Lage ist, diese Bereiche selbst, ohne Nachteil, für sich zu bewältigen. Es gehört zu seinen Aufgaben, die **Interessen** des Betroffenen zu wahren, weshalb er mitunter auch verpflichtet ist, die grundsätzlich bestehende Verschwiegenheit gegenüber seinem Klienten zu brechen, wenn etwa der Verdacht besteht, der Betroffene könne sich selbst gefährden (Verständigung der Polizei bzw. des Amtsarztes, um eine drohende Selbstgefährdung zu verhindern etc.). In dieser Konstellation wird dem Sachwalter iaR auch eine **Garantenstellung** zukommen.

Als gesetzlicher Vertreter kommt dem bestellten Sachwalter im Rahmen seines Aufgabenfeldes auch die Befugnis zu, für den Betroffenen Klagen zu erheben, sich im Strafverfahren als Privatbeteiligter anzuschließen oder als Vertreter für den Betroffenen als Beklagten aufzutreten. Des Weiteren wird der Sachwalter – je nach Bestellungsbeschluss –

auch als Vertreter für den Betroffenen vor Ämtern und Behörden tätig. Im Rahmen dieser Tätigkeit ist es selbstverständlich erforderlich, Daten und Fakten bekannt zu geben und in diesem Zusammenhang nicht an die Verschwiegenheit gebunden zu sein. Entsprechendes gilt auch im Rahmen der Personensorge, wenn der Sachwalter Betreuungsaufträge an Institutionen vergibt und Informationen über den Betroffenen weitergibt (Krankheitsbild etc.), welche für eine Auftragsannahme unumgänglich sind.

5.5. *Berater einer anerkannten Schuldenberatungsstelle*

Grundsätzliches

Gemäß § 192 KO können sich Schuldner im Schuldenregulierungsverfahren durch eine anerkannte Schuldenberatungsstelle vertreten lassen. Die IfS-Schuldenberatung gemeinnützige GmbH ist seit 1994 als bevorrechtete Schuldenberatungsstelle anerkannt und kann demnach entsprechende Vertretungen übernehmen. Im Ergebnis kommt den Beratern der Schuldenberatungsstelle in dieser Funktion dieselbe Verantwortung und Aufgabe gegenüber dem Klienten zu, wie einem beruflichen Parteienvertreter.

Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Es gelangen auch hier die bereits bekannten Ausnahmegründe der Entbindung⁵⁸, des rechtfertigenden Notstands⁵⁹, der für jedermann geltenden Anzeigepflicht gemäß § 286 StGB oder der Verteidigungsfreiheit⁶⁰ zur Anwendung.

Prozessualer Schutz der Verschwiegenheit

Gemäß § 157 Abs 1 Z 2 StPO sind Verteidiger, Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare und Wirtschaftstreuhänder sowie gemäß § 157 Abs 1 Z 3 StPO Mitarbeiter anerkannter Einrichtungen zur psychosozialen Beratung und Betreuung über das, was ihnen in dieser Eigenschaft bekannt geworden ist, im **Strafverfahren** berechtigt, die Aussage zu verweigern. Wie bereits erwähnt, kommt den Beratern einer bevorrechteten Schuldenberatungsstelle dieselbe Aufgabe und Verantwortung gegenüber dem Klienten zu,

⁵⁸ Hierbei sind die in Punkt 4.1. angeführten Erwägungen zu berücksichtigen.

⁵⁹ vgl. Punkt 4.2.

⁶⁰ vgl. Punkt 4.2. – 4.4.

wie bspw. einem Rechtsanwalt. der Zweck dieser Zeugnisbefreiung liege darin, dem Beschuldigten eine vertrauensvolle und vertrauliche Kontaktaufnahme mit einem Parteienvertreter zu ermöglichen. Er solle nicht befürchten müssen, durch die Befassung eines Parteienvertreters möglicherweise ein Beweismittel gegen sich selbst zu schaffen, weil sein Gesprächspartner als Zeuge aussagen müsste oder Aufzeichnungen über das Gespräch beschlagnahmt werden könnten (vgl. *Foregger & Fabrizio*, § 152 StPO a.F. Rz 14). Es lässt sich mE kein vernünftiger Grund bzw. sachliche Rechtfertigung dafür finden, wodurch die analoge Anwendung des in § 157 Abs 2 StPO normierten Aussageverweigerungsrecht auf den vorliegenden Fall ausgeschlossen werden würde. Ergänzend sei an dieser Stelle festgehalten, dass es sich bei der IfS-Schuldenberatung in meinen Augen zweifelsohne um eine anerkannte Einrichtung zur psychosozialen Beratung und Betreuung handelt, da nicht nur die Vertretung von Schuldern in einem Schuldenregulierungsverfahren, sondern auch die Motivation, Beratung und Unterstützung („ganzheitliche“ Beratung) bereits im Vorfeld eine große Rolle spielt. Zu diesem Zweck erhält die IfS-Schuldenberatung auch eine finanzielle Unterstützung durch die öffentliche Hand (Vorarlberger Sozialfonds). Die IfS-Schuldenberatung ist im Übrigen als Tochtergesellschaft im Institut für Sozialdienste eingegliedert, welches bekanntermaßen eine Einrichtung der freien Wohlfahrtspflege ist. Die Durchführung der Aufgaben erfolgt in der „IfS-Gemeinnützigen GmbH“ und in deren selbständigen Einheiten. Gemeinsames Ziel ist es, die psychosoziale Entwicklung Einzelner und der Gesellschaft zu fördern (vgl. IfS-Leitbild). Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass die Berater der IfS-Schuldenberatung ihr Aussageverweigerungsrecht im Strafverfahren sowohl auf § 157 Abs 1 Z 2 (analoge Anwendung) als auch Z 3 StPO stützen können.

Gemäß § 321 Abs 1 Z 4a ZPO darf von einem Zeugen die Aussage im **Zivilverfahren** in Ansehung dessen, was ihm in seiner Eigenschaft als Funktionär oder Arbeitnehmer einer gesetzlichen Interessenvertretung oder freiwilligen kollektivvertragsfähigen Berufsvereinigung von seiner Partei in einer Arbeits- oder Sozialrechtssache anvertraut wurde, verweigern. Z 4a habe deshalb einen eigenständigen Anwendungsbereich, weil sich derartige Parteienvertreter in der Regel auf keine im Landesrecht beruhende staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht berufen könnten. Für das Aussageverweigerungsrecht sei es letztlich aber nicht von Bedeutung, ob eine Bevollmächtigung / gerichtliche Vertretung zustande gekommen ist. Obwohl keine

ausdrückliche Regelung für die in § 37 Abs 3 Z 9 MRG genannten, vertretungsbefugten Interessensvertreter besteht, lässt sich kein sachlicher Grund dafür finden, diese schlechter zu stellen als die im Rahmen des ASGG vertretungsbefugten (nichtanwaltlichen) Personen. Aus diesem Grund sei die Bestimmung des § 321 Abs 1 Z 4a ZPO analog auf die dort aufgezählten Interessensvertreter anzuwenden (vgl. *Fasching & Konecny* § 321 ZPO Rz 24). Entsprechendes muss demnach auch für die Berater einer anerkannten Schuldenberatungsstelle gelten, womit sich die Berater der IfS-Schuldenberatung im Zivilverfahren mE auf § 321 Abs 1 Z 4a ZPO berufen und somit die Aussage verweigern können.

Mögliche Konsequenzen einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

Wird die Verschwiegenheitspflicht verletzt, so kann es **zivilrechtliche** Konsequenzen haben, da einerseits nebenvertragliche Verpflichtungen missachtet und andererseits dienstvertragliche Auflagen nicht befolgt wurden.

5.6. *Ärzte*

§ 54 ÄrzteG: Verschwiegenheits-, Anzeige- und Meldepflicht

- (1) Der **Arzt** und seine **Hilfspersonen** sind zur **Verschwiegenheit** über alle ihnen in Ausübung ihres Berufes anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse verpflichtet.
- (2) Die Verschwiegenheitspflicht besteht **nicht**, wenn
 1. nach gesetzlichen Vorschriften eine **Meldung** des Arztes über den Gesundheitszustand bestimmter Personen **vorgeschrieben** ist,
 2. Mitteilungen oder Befunde des Arztes an die **Sozialversicherungsträger** und Krankenfürsorgeanstalten oder sonstigen Kostenträger in dem Umfang, als er für den Empfänger zur Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben eine wesentliche Voraussetzung bildet, erforderlich sind,
 3. die durch die Offenbarung des Geheimnisses bedrohte Person den Arzt von der Geheimhaltung **entbunden** hat,
 4. die Offenbarung des Geheimnisses nach Art und Inhalt **zum Schutz höherwertiger Interessen** der öffentlichen Gesundheitspflege oder der Rechtspflege unbedingt erforderlich ist,
- (3) Die Verschwiegenheitspflicht besteht auch insoweit nicht, als die für die **Honorar- oder Medikamentenabrechnung** gegenüber den Krankenversicherungsträgern, Krankenanstalten, sonstigen Kostenträgern oder Patienten erforderlichen Unterlagen zum Zweck der Abrechnung, auch im automationsunterstützten Verfahren, Dienstleistungsunternehmen überlassen werden. Eine allfällige

Speicherung darf nur so erfolgen, dass Betroffene weder bestimmt werden können noch mit hoher Wahrscheinlichkeit bestimmbar sind. Diese anonymen Daten sind ausschließlich mit Zustimmung des Auftraggebers an die zuständige Ärztekammer über deren Verlangen weiterzugeben.

- (4) *Ergibt sich für den Arzt in Ausübung seines Berufes der **Verdacht**, dass durch eine gerichtlich strafbare Handlung der **Tod** oder eine **schwere Körperverletzung**⁶¹ herbeigeführt wurde, so **hat** der Arzt, **sofern** Abs 5 nichts anderes bestimmt, der Sicherheitsbehörde **unverzüglich Anzeige zu erstatten**. Gleiches gilt im Fall des Verdachts, dass eine volljährige Person, die ihre Interessen nicht selbst wahrzunehmen vermag, misshandelt, gequält, vernachlässigt oder sexuell missbraucht worden ist.*
- (5) *Ergibt sich für den Arzt in Ausübung seines Berufes der **Verdacht**, dass ein **Minderjähriger** misshandelt, gequält, vernachlässigt oder sexuell missbraucht worden ist, so hat der Arzt **Anzeige** an die Sicherheitsbehörde zu erstatten. Richtet sich der Verdacht gegen einen **nahen Angehörigen** (§ 166 StGB⁶²), so **kann** die Anzeige so lange unterbleiben, als dies das **Wohl** des Minderjährigen erfordert **und** eine Zusammenarbeit mit dem **Jugendwohlfahrtsträger** und gegebenenfalls eine Einbeziehung einer Kinderschutzeinrichtung an einer Krankenanstalt erfolgt.*
- (6) In den Fällen einer vorsätzlich begangenen schweren Körperverletzung hat der Arzt auf bestehende Opferschutzeinrichtungen hinzuweisen. In den Fällen des Abs 5 hat er überdies unverzüglich und nachweislich **Meldung** an den zuständigen Jugendwohlfahrtsträger zu erstatten.

Gemäß § 54 Abs 1 ÄrzteG sind Ärzte sowie deren Hilfspersonen⁶³ grundsätzlich an die Verschwiegenheit über alle ihnen anvertrauten oder im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit bekannt gewordenen Geheimnisse verpflichtet.

Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Es bestehen gemäß § 54 ÄrzteG weitgehende Ausnahmeregelungen, wann die Verschwiegenheitspflicht durchbrochen werden kann. An dieser Stelle sei nur mehr auf § 54 Abs 2 Z 4 und § 54 Abs 4, 5 ÄrzteG eingegangen. Ergänzend sei hier lediglich angeführt, dass eine **Entbindung** durch den Patienten mit § 54 Abs 2 Z 3 ÄrzteG ausdrücklich vorgesehen wurde.

⁶¹ iSd § 84 StGB ist eine länger als 24 Tage dauernde Gesundheitsschädigung zu verstehen

⁶² Ehegatte, Verwandte in gerader Linie (Eltern, Großeltern, Kinder, Enkelkinder) und Geschwister sowie andere Angehörige, mit denen er in einer Hausgemeinschaft lebt.

⁶³ etwa Ordinationshilfe etc.

§ 54 Abs 2 Z 4 ÄrzteG: Offenbarung eines Geheimnisses zum Schutz höherwertiger Interessen

Die Offenbarung eines Geheimnisses zum Schutz höherwertiger Interessen der öffentlichen Gesundheitspflege oder der Rechtspflege darf nur mehr dann erfolgen, wenn dies im Einzelfall unbedingt erforderlich ist. **Bedingung** ist demnach, dass es sich dabei um für die Erreichung des Zwecks der behördlichen Tätigkeit absolut erforderliche Tatsachen handelt, die der Arzt entgegen seiner Verschwiegenheitspflicht preisgeben muss. Interessen der Strafrechtspflege würden dem Schutz des Geheimnisses, auf den die ärztliche Verschwiegenheitspflicht abziele, soweit es um den Schutz höherwertiger Rechtsgüter ginge, idR prävelieren (vgl. Ärztegesetz 1998 - ÄrzteG 1998, § 54 ÄrzteG, Ziffer 8). Abgesehen von den für einzelne Arztgruppen (z.B. Psychiater) geltenden Aussageverweigerungsrechten erlaubt diese Durchbrechungsregel den Ärzten überall dort ärztliche Informationen im unbedingt erforderlichen Ausmaß zur Verfügung zu stellen, wo Gerichte und Verwaltungsbehörden für ihre Entscheidungen darauf angewiesen sind (vgl. *Stolzlechner*, 2000).

§ 54 Abs 4 ÄrzteG: Anzeigepflicht bei Gewalt im Falle einer schweren Körperverletzung oder des Todes

Wenn sich für den Arzt in Ausübung seines Berufes der Verdacht ergibt, dass durch eine gerichtlich strafbare Handlung der Tod oder eine schwere Körperverletzung herbeigeführt wurde, so ist der Arzt – sofern im nachstehenden Punkt nichts anderes normiert wird – **verpflichtet**, der Sicherheitsbehörde unverzüglich **Anzeige** zu erstatten. In den Fällen einer vorsätzlich begangenen schweren Körperverletzung hat der Arzt das Opfer gemäß § 54 Abs 6 ÄrzteG **zusätzlich** auf bestehende Opferschutzeinrichtungen⁶⁴ hinzuweisen.

§ 54 Abs 5 ÄrzteG: Melde- bzw. Anzeigepflicht bei Gewalt an Minderjährigen

Grundsätzlich wird in § 54 Abs 4 iVm 5 ÄrzteG eine **Anzeigepflicht** an die Sicherheitsbehörden vorgesehen, wenn sich für einen Arzt in Ausübung seines Berufes der Verdacht ergibt, dass ein Minderjähriger misshandelt, gequält, vernachlässigt, sexuell missbraucht oder vorsätzlich schwer verletzt worden ist. Zu beachten ist, dass in diesen Fällen **immer** unverzüglich und nachweislich **Meldung** an den zuständigen

⁶⁴ IfS-Interventionsstelle Vorarlberg, IfS-Frauennotwohnung

Jugendwohlfahrtsträger zu erstatten ist. Dem behandelnden Arzt kommt insofern bei einem entsprechenden Verdacht **kein** Handlungsspielraum zu.

Bei Minderjährigen **kann** allerdings bei den in §§ 54 Abs 4 und 5 ÄrzteG genannten Verdachtsmomenten die **Anzeige** unterbleiben, **falls** es

- 1.) das Wohl des Betroffenen erfordert
- 2.) **und** eine Zusammenarbeit mit dem Jugendwohlfahrtsträger erfolgt **und**
- 3.) sich der Verdacht gegen einen nahen Angehörigen richtet.

Die Ausnahme werde dahingehend zu verstehen sein, dass die in Abs 5 – wengleich für andere Delikte – vorgesehenen Durchbrechungen der Anzeigepflicht auch für den Fall des Abs 4 gelten sollten. Demnach könne beim Verdacht einer schweren Körperverletzung zum Nachteil eines Minderjährigen die Anzeige unterbleiben, wenn sich der Verdacht gegen einen nahen Angehörigen richte und überdies die Bedingungen des Abs 5 (Wohl des Minderjährigen, Zusammenarbeit mit Jugendwohlfahrtsträger etc.) erfüllt wären. An dieser Stelle ist hinzuzufügen, dass bei volljährigen Opfern, die ihre Interessen nicht selbst wahrnehmen können, immer eine Anzeige erstattet werden muss, da die Ausnahmen des Abs 5 nur auf Minderjährige Bezug nehmen (vgl. Ärztegesetz 1998 - ÄrzteG 1998, § 54 ÄrzteG, Ziffer 12 - 13). Entsprechendes gilt selbstverständlich aufgrund des § 54 Abs 4 ÄrzteG auch im Falle von Erwachsenen, wenn sich für den Arzt in Ausübung seines Berufes der Verdacht ergibt, dass durch eine gerichtlich strafbare Handlung der Tod oder eine schwere Körperverletzung herbeigeführt wurde. In diesen Fällen **hat** der Arzt ohne weitere Interessenabwägung Anzeige zu erstatten. Nochmals verdeutlichend sei an dieser Stelle angeführt, dass eine Meldung an den zuständigen Jugendwohlfahrtsträger auch dann zu erfolgen hat, wenn eine Anzeige letztlich unterbleibt.

Die **Ausnahme für die Anzeigepflicht** bei Minderjährigen wird mit der notwendigen Angleichung an die durch § 84 StPO a.F. neu geschaffene Rechtslage begründet: „Durch die Neuregelung des § 84 Abs 2 Z 1 StPO idF BGBl 1993/526 hat der Gesetzgeber im Hinblick darauf, dass Grundlage jeder effektiven Beratungs- und Betreuungstätigkeit ein persönliches Vertrauensverhältnis zur betroffenen Person ist, den Schutz dieses Vertrauensverhältnisses für jene Fälle vorgesehen, in denen die Anzeige eine amtliche Tätigkeit beeinträchtigen würde, deren Wirksamkeit eines solchen Vertrauensverhältnisses bedarf. Zu denken ist etwa an wichtige Maßnahmen der Einrichtungen des psychosozialen

Feldes.“ (Stolzlechner, 2000 zitiert nach RV 924 BlgNR 18. GP, 20 f). Die RV erwähne in dem Zusammenhang Mitarbeiter von Jugendämtern, Sozial-, Familien- und Suchtgiftberatungsstellen sowie Bewährungshelfer, Lehrer, Kinder- und Jugendanwälte oder Schulärzte. In diesem Zusammenhang sei dem BMJ in seiner Auffassung zu folgen, wonach die Erforderlichkeit einer Intervention und schließlich auch einer Anzeige im Einzelfall in erster Linie an Hand fachlich-therapeutischer und weniger an Hand juristischer Kriterien zu messen sein werde. Es werde allerdings darauf zu achten sein, dass die betroffene Person nicht weiteren Angriffen auf ihre physische und psychische Integrität ausgesetzt sei (vgl. Stolzlechner, 2000). Hochmayr/Schmoller zufolge müsse die teleologische Interpretation sogar ergeben, dass ein Arzt bei Bestehen einer Meldepflicht an den Jugendwohlfahrtsträger eine Strafanzeige nur bei Gefahr im Verzug, nämlich wenn der zuständige Jugendwohlfahrtsträger nicht rasch genug erreicht werden könne, erstatten dürfe (vgl. Schmoller, 2000, 19). 2001 wurden die Melde- und Anzeigepflichten verschärft, sodass – wie bereits erwähnt - **nur dann** von der **Anzeige** an die Sicherheitsbehörde **Abstand** genommen werden kann, wenn sich der **Verdacht** gegen einen nahen **Angehörigen** richtet, das Unterbleiben der Anzeigersattung dem **Kindeswohl** entspricht und eine **Zusammenarbeit** mit dem Jugendwohlfahrtsträger sowie gegebenenfalls Kinderschutzeinrichtung erfolgt. Durch die neue Bestimmung steht nicht mehr das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient für das Vorliegen einer Ausnahme im Vordergrund, sondern das Verwandtschaftsverhältnis zwischen Opfer und Täter (vgl. Jäger in Kindeswohl und Meldepflicht bei Gewalt am Kind, 4 ff).

Für den Arzt kommt - unbeachtlich der im ÄrzteG festgelegten Meldepflichten - auch die allgemeine Pflicht nach § 286 StGB zu Tragen, wonach er sich nach dieser Bestimmung strafbar machen würde, wenn er bspw. den unmittelbar bevorstehenden sexuellen Missbrauch eines Kindes erkennen und dennoch untätig bleiben würde. Voraussetzung ist, hier nochmals erwähnt, dass die aus der Straftat drohenden Folgen schwerer oder zumindest gleich schwer wiegen wie die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht. In Frage kommt auch eine strafrechtliche Verantwortung bei Vorliegen einer Garantenstellung, etwa wenn der Arzt trotz bestehender und ihm erkennbaren Gefahr für den Patienten untätig bleibt.

Für die im Bereich der Gesundheitsfürsorge (Pflege, Geburtshilfe etc.) beschäftigten Personen besteht ebenfalls eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit. Diese ist in zahlreichen Gesetzesbestimmungen festgelegt.⁶⁵

Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflichten

Grundsätzlich hat ein Zeuge – wie bereits erwähnt – in einem Gerichtsverfahren auch über berufsgeheime Tatsachen auszusagen, sofern nicht die jeweiligen prozessrechtlichen Regelungen ein Zeugnisverweigerungsrecht einräumen. Die Reichweite der Verschwiegenheitspflicht bei Ärzten wird durch § 54 ÄrzteG bestimmt. Bei Vorliegen eines überwiegenden Mitteilungsinteresses trifft den Arzt keine Verschwiegenheitspflicht, was ihn zumindest im **Zivilverfahren** dazu verpflichtet, eine Interessensabwägung vorzunehmen. In einer Entscheidung hat der OGH diese Interessensabwägung für das vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren außer Streitsachen geklärt. Nach der Rspr des OGH kommt einem Arzt im Obsorgeverfahren kein Aussageverweigerungsrecht zu, da das Kindeswohl über dem Interesse des betroffenen Elternteils, eine allfällige Unfähigkeit zur Kindesobsorge mit Hilfe der beruflichen Verschwiegenheitspflicht eines Vertrauensarzt zu verbergen, steht. Ähnlich ist die Situation daher im – ebenfalls vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten – Strafverfahren, weil in § 157 StPO weder für Ärzte noch allgemein für Personen, denen eine staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht obliegt, ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt ist. Vielmehr könne daraus, dass die Ärzte (bis auf die Psychiater) in § 157 StPO gerade nicht genannt wären, der Umkehrschluss gezogen werden, dass ihnen grundsätzlich **kein Zeugnisverweigerungsrecht im Strafverfahren** zukomme (vgl. *Schmoller*, 2000, 22 - 23). Zu erwähnen bleibt, dass sich aber auch die Verschwiegenheitspflicht der **Psychiater**, die unter das ÄrzteG fallen, nach § 54 ÄrzteG richtet. Daraus folgt, dass ein Psychiater jedenfalls hinsichtlich solcher Umstände nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, die er gemäß § 54 ÄrzteG sogar von sich aus zur Anzeige bringen müsste (*Schmoller*, 2000, 24).

⁶⁵ Vgl. § 9 KAKuG (Verschwiegenheitspflicht u.a. für die in Krankenanstalten beschäftigten Personen), § 82 Arzneimittelgesetz, § 6 GuKG (Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe sind zur Verschwiegenheit verpflichtet), § 7 HebG (Hebammen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet), § 4 MMHmG (Medizinische Masseure und Heilmasseure sind zur Verschwiegenheit verpflichtet), § 6 SanG (Verschwiegenheitspflicht für Sanitäter), § 15 SMG (Die in Einrichtungen zur Durchführung gesundheitsbezogener Maßnahmen im Hinblick auf Suchtgiftmißbrauch beschäftigten Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet)

Am Rande sei hier noch vermerkt, dass **Amtsärzte**, die zu den Beamten zu zählen sind, zusätzlich dem Amtsgeheimnis⁶⁶ unterliegen (vgl. *Schmoller*, 1996). Amtsärzte unterliegen daher bei ihrer amtsärztlichen Tätigkeit nicht der Verschwiegenheitspflicht des § 54 Abs 1 ÄrzteG, sondern dem verfassungsrechtlich abgesicherten Institut der Amtsverschwiegenheit gemäß Art 20 Abs 3 B-VG (vgl. *Zenz*, 2005).

Mögliche Konsequenzen bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

Gemäß § 121 Abs 1 StGB ist mit **Freiheitsstrafe** bis zu sechs Monaten oder mit **Geldstrafe** bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, wer ein Geheimnis offenbart oder verwertet, das den Gesundheitszustand einer Person betrifft und das ihm bei berufsmäßiger Ausübung der Heilkunde, der Krankenpflege, der Geburtshilfe, der Arzneimittelkunde oder Vornahme medizinisch-technischer Untersuchungen ... ausschließlich kraft seines Berufes anvertraut oder zugänglich geworden ist. In Abs 4 wird normiert, dass die Hilfskräfte dem genannten Personenkreis diesbezüglich gleichgestellt sind, auch wenn sie nicht berufsmäßig tätig sind bzw. es sich um Personen handelt, die an der Tätigkeit zu Ausbildungszwecken teilnehmen. Diese Strafbestimmung wird in der Praxis nur in den wenigsten Fällen zur Anwendung gelangen, da sich der Vorsatz des Arztes bzw. der in Abs 1 sonst genannten Personen darauf erstrecken muss, ein berechtigtes Interesse der behandelten Person zu verletzen. Des Weiteren werden Interessen Dritter generell nicht durch § 121 Abs 1 StGB geschützt: Wenn ein Arzt bspw. von der Straftat eines Dritten erfahre, etwa von einer Misshandlung oder einem sexuellen Missbrauch gegenüber dem von ihm missbrauchten Kind, so wird die Offenbarung dieser Tatsachen regelmäßig zwar Interessen des Dritten beeinträchtigen (vgl. *Schmoller*, 2000, 25), nicht aber jenes der behandelten Person, also dem Kind. Zudem enthalte § 121 Abs 5 StGB einen spezifischen **Rechtfertigungsgrund**, dem zufolge die Offenbarung eines ärztlichen Berufsgeheimnisses „durch ein öffentliches oder ein berechtigtes Interesse“ gerechtfertigt sein könne. Abgesehen von dem dem Arzt in der konkreten Situation ohnehin einzuräumenden Ermessensspielraum entfalle die Strafbarkeit regelmäßig schon dann, wenn der Arzt – bei Überschreitung desselben – ein entsprechendes Interesse auch nur irrtümlich angenommen hat. Da somit in den hier erörterten Fällen § 121 StGB kaum jemals zur Anwendung kommen wird, besteht für den Arzt, falls er eine Geheimhaltungspflicht einmal ungerechtfertigt verletzt, primär nur das Risiko einer **diszipliniären** Ahndung nach § 136

⁶⁶ vgl. diesbezüglich die Ausführungen zu Punkt 5.7.

Abs 1 Z 2 ÄrzteG sowie zusätzlich einer Ahndung als **Verwaltungsübertretung** gemäß § 199 Abs 3 ÄrzteG. In zweifelhaften Grenzfällen werden aber auch diese Vorschriften nicht zur Anwendung gebracht werden können.

In Ausnahmefällen kommt auch eine Verantwortung nach § 286 StGB oder durch die Verwirklichung eines Tatbestandes infolge Unterlassen aufgrund der Garantenstellung zum Tragen.

Eine ungerechtfertigte Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht würde jedenfalls ein Vertragsbruch darstellen, da allgemein anerkannte Nebenpflichten verletzt würden, die die vertragswidrig handelnde Partei **schadenersatzpflichtig** machen. Unter Umständen kann der Bruch der Verschwiegenheitspflicht auch, wie bereits erwähnt, **dienstrechtliche** Konsequenzen nach sich ziehen.

Exkurs: Melderecht, Melde- und Anzeigepflicht für Gesundheits- und Krankenpflegeberufe

In § 6 Abs 1 GuKG wird für den gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege sowie die Pflegehilfe⁶⁷ eine Verschwiegenheitsverpflichtung über alle ihnen in Ausübung ihres Berufes anvertrauten und bekannt gewordenen Geheimnisse normiert.

Von Bedeutung ist die **Anzeigepflicht** in § 7 Abs 1 GuKG, wonach Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe zur Anzeigenerstattung an die Sicherheitsbehörde verpflichtet sind, wenn sich in Ausübung ihres Berufes der Verdacht ergibt, dass durch eine gerichtlich strafbare Handlung der Tod oder die schwere Körperverletzung eines Menschen herbeigeführt wurde. Eine Verpflichtung besteht entsprechend Abs 2 **dann nicht**, wenn die Anzeige in den Fällen der schweren Körperverletzung eine Tätigkeit der Gesundheits- und Krankenpflege beeinträchtigen würde, deren Wirksamkeit eines persönlichen Vertrauensverhältnisses bedarf. Insofern sind die Handlungsspielräume für Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe weiter als jene der Ärzte, die gemäß § 54 ÄrzteG ohne weitere Abwägung zur Anzeige verpflichtet sind. Diese Differenzierung ist mE nicht ganz nachvollziehbar.

In § 8 Abs 2 GuKG wird eine **Meldepflicht** dann vorgesehen, wenn der Verdacht besteht, dass ein Minderjähriger oder eine sonstige Person, die ihre Interessen nicht selbst wahrzunehmen vermag, misshandelt, gequält, vernachlässigt oder sexuell missbraucht wurde. Voraussetzung ist, dass das Mitteilungsinteresse das Geheimhaltungsinteresse

⁶⁷ welche unter Gesundheits- und Krankenpflegeberufe zu verstehen sind (vgl. § 1 GuKG)

überwiegt (= Verhinderung einer weiteren erheblichen Gefährdung des Wohles der betroffenen Person). Eine Meldung ist im Falle eines Minderjährigen an den zuständigen Jugendwohlfahrtsträger, im Falle einer Person, die ihre Interessen nicht selbst wahrzunehmen vermag, an das Pflschaftsgericht zu erstatten.

Eine derartige Differenzierung, welche konsequenterweise mE auch im ÄrzteG vorgenommen werden müsste, lässt dieses leider vermissen.

5.7. Beamte

Grundsätzliches

Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit wird verfassungsrechtlich in Art 20 Abs 3 B-VG und Art 8 EMRK normiert. Erstere regelt die Amtsverschwiegenheit im Interesse der Einzelperson und im Interesse des Staates; Art 8 EMRK dient vor allem dem Schutz des Privat- und Familienlebens der Einzelpersonen und legt jene Voraussetzungen fest, unter denen die Staatsautorität durch Gesetzgebungsakte diese Rechtsgüter einschränken darf (vgl. *Schelling*, 1990, 3).

Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Gemäß § 78 Abs 1 StPO ist eine Behörde oder öffentliche Dienststelle zur **Anzeige** an eine Staatsanwaltschaft oder Sicherheitsbehörde **verpflichtet**, wenn ihr der Verdacht einer von Amts wegen zu verfolgenden strafbaren Handlung bekannt wird, die ihren gesetzmäßigen Wirkungskreis betrifft. Unter **Behörden** sind dabei solche Organe des Bundes, der Länder, Bezirke und Gemeinden zu verstehen, die nach außen mit entscheidender und verfügender Gewalt ausgestattet, dauernd organisiert sind und innerhalb eines sachlich und örtlich festgesetzten Wirkungskreises die staatlichen Aufgaben der Verwaltung oder Rspr erfüllen. **Öffentliche Dienststellen** sind die anderen Amtsstellen der Gebietskörperschaften. Eingeschränkt wird die Anzeigepflicht durch den Konnex „zum gesetzlichen Wirkungsbereich“, womit die Anzeigepflicht auf den Bereich der Hoheitsverwaltung und Gerichtsbarkeit eingengt und ein Zusammenhang zwischen Amt und Tat verlangt wird (vgl. *Bachner-Foregger*, StPO¹⁸ § 78 Anm I).

In Abs 2 werden **Ausnahmen** von dieser Verpflichtung vorgesehen, nämlich dann, wenn

- 1.) die Anzeige eine amtliche Tätigkeit beeinträchtigen würde, deren Wirksamkeit eines persönlichen Vertrauensverhältnisses bedarf⁶⁸ oder
- 2.) wenn und solange hinreichende Gründe für die Annahme vorliegen, die Strafbarkeit der Tat werde binnen kurzem durch schadensbereinigende Maßnahmen entfallen.

Bedingung ist allerdings, dass die Behörde oder öffentliche Dienststelle alles unternimmt, was zum Schutz des Verletzten oder anderer Personen vor Gefährdung notwendig ist. Dementsprechend besteht auch eine Verpflichtung, Anzeige zu erstatten, wenn eine Gefährdung nicht mit anderen Mitteln unterbunden werden kann (vgl. § 78 Abs 3 StPO). Grundsätzlich bedeutet das, dass ein Schuldirektor nicht verpflichtet sei, die ihm anvertrauten Jugendlichen, Eltern oder Lehrer anzuzeigen, wenn er erfahre, dass sich diese Personen an Schülern (oder anderen) sittlich vergangen haben sollen (vgl. *Dvorak*, 1995, 3). Bestehen bleibt aber – wie sich aus § 78 Abs 3 StPO ableiten lässt - die persönliche und berufliche Verantwortung entsprechend zu reagieren, wenn ein Klient schwere strafbare Handlungen begangen hat oder zu begehen beabsichtigt. Durch die Mitteilung einer strafbaren Handlung an einen Helfer sei weder die Folge noch die Ursache des Delikts beseitigt. Aber es sei ein wichtiger Schritt (einer der ersten Schritte, eine bestehende Misstrauensschwelle zu überwinden) relativ angstfrei mit dem Berater/Therapeut an einer Veränderung zu arbeiten (vgl. *Dvorak*, 1995, 4). Letztlich wird durch die Ausnahmebestimmung den Organen, die in beratender und betreuender Funktion tätig sind, die Wahrung bestehender Vertrauensverhältnisse und ebenso die glaubwürdige Zusicherung der Vertraulichkeit gegenüber hilfsbedürftigen Personen für die Zukunft ermöglicht. Durch ein Strafverfahren solle z.B. die Aufarbeitung eines traumatischen Erlebnisses eines Opfers nicht vereitelt werden. Die Erforderlichkeit der im konkreten Fall zu treffenden Maßnahmen und der Anzeige sei daher weniger an Hand juristischer, sondern vielmehr an Hand fachlicher Kriterien zu beurteilen. Letztlich werde nach Vornahme einer **berufsspezifischen Interessenabwägung** zu entscheiden sein, ob überwiegende Interessen für eine Anzeige bzw. Meldung sprechen. Für den Bereich der Jugendwohlfahrtsbehörden könne davon ausgegangen werden, dass immer dann, wenn Maßnahmen nach § 215 ABGB (behördlich angeordnete Pflege- und Erziehungsmaßnahmen zum Wohl eines Minderjährigen) erforderlich sind, eine Anzeige zu erstatten sein wird. Im Anzeigenerlass des Landes Vorarlberg wird festgehalten, dass

⁶⁸ Damit werde das Ziel verfolgt, jenen Mitarbeitern, die in beratender und betreuender Funktion tätig sind, einen Schutz ihres Vertrauensverhältnisses zum Klienten zu ermöglichen (Vgl. *Dvorak*, 1995, 3).

eine Anzeige zum Schutz des Verletzten insbesondere in Situationen erforderlich sei, in denen ansonsten (d.h. ohne Maßnahmen der Strafverfolgung, wie z.B. Verhängung der Untersuchungshaft) eine Trennung der Lebensbereiche des Verdächtigen vom Verletzten nicht möglich erscheine oder im Haushalt oder in einer sonstigen sozialen Nahebeziehung des Verdächtigen weitere Personen wohnen, die gefährdet sein könnten. Weiters wären Fälle denkbar, in denen eine möglichst rasche Durchführung einer schonenden Vernehmung durch den Untersuchungsrichter im Hinblick auf die Aufnahme und den ungestörten Verlauf einer Therapie erforderlich sein könne. Die besondere **Bedachtnahme auf die Interessen** des Verletzten könne aber unter Umständen auch darin bestehen, (vorläufig) auf eine Anzeige zu verzichten, um ein nochmaliges „Zum-Opfer-Werden“ des Betroffenen durch seine Einvernahme als Zeuge im Strafverfahren zu verhindern (vgl. *Hutter*, Anzeige-Erlass des Amts der Vorarlberger Landesregierung). Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle anzuführen, dass bei bestimmten Sittlichkeitsdelikten die Verjährungsfrist erst mit Erreichen der Volljährigkeit des Opfers beginnt (vgl. § 58 Abs 3 Z 3 StGB).

Diese Ausnahmeregelung gilt allerdings nicht für **Sicherheitsbehörden**: Die Anzeigepflicht der Sicherheitsbehörden und ihrer Organe ergebe sich aus deren Organisationsbestimmungen und mittelbar aus § 100 Abs 2 StPO (vgl. *Bachner-Foregger* § 78 Anm II). Zu beachten ist, dass Bezirkshauptmannschaften u.a. mit Aufgaben der Sicherheitsverwaltung betraut sind und ihnen in diesem Zusammenhang ebenfalls eine uneingeschränkte Anzeigepflicht – bei Bekanntwerden von Straftaten in diesem Wirkungskreis – zukommt. Sind entsprechende Informationen der Bezirkshauptmannschaft aber im Rahmen ihres Wirkungsbereichs als Träger der öffentlichen Jugendwohlfahrt bekannt geworden, so kann gegebenenfalls nach der Ausnahmeregelung des § 78 Abs 2 Z 1 StPO vorgegangen werden (vgl. *Hutter*, 2001). Soweit allerdings eine gesetzliche Anzeigepflicht besteht, sind der Kriminalpolizei, den Staatsanwaltschaften und den Gerichten zur Aufklärung einer Straftat einer bestimmten Person von Amts wegen oder auf Grund von Ersuchen gemäß § 79 StPO Ablichtungen der Akten und sonstigen schriftlichen Aufzeichnungen zu übermitteln oder **Akteneinsicht** zu gewähren. Eine Berufung auf bestehende gesetzliche Verschwiegenheitspflichten ist insoweit unzulässig.

Unabhängig von § 78 StPO bleibt die für **jedermann geltende Pflicht** nach § 286 StGB bestehen, wonach unter gewissen Voraussetzungen eine unmittelbar bevorstehende oder bereits begonnene Straftat verhindert werden muss. Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auch auf das Anzeigerecht des § 80 Abs 1 StPO verwiesen, wonach zur Anzeige an Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft berechtigt ist, wer von der Begehung einer strafbaren Handlung Kenntnis erlangt. Wer von diesem Recht Gebrauch macht, wird sich zunächst allerdings versichern müssen, dass er durch die Inanspruchnahme des Anzeigerechtes nicht eine ihn treffende Verschwiegenheitspflicht verletzt.

Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflicht

Beamte dürfen im **Strafverfahren**, wenn sie durch ihr Zeugnis das ihnen obliegende Amtsgeheimnis verletzen würden und sie insofern nicht durch ihren Vorgesetzten von dieser Verschwiegenheitspflicht entbunden worden sind, gemäß § 155 Abs 1 Z 2 StPO - bei sonstiger Nichtigkeit ihrer Aussage - nicht vernommen werden.

Entsprechendes gilt auch für das **Zivilverfahren**. Dort wird in § 320 Z 3 ZPO festgelegt, dass Staatsbeamte als Zeugen nicht vernommen werden dürfen, wenn sie durch ihre Aussage das ihnen obliegende Amtsgeheimnis verletzen würden und sie insofern nicht durch ihren Vorgesetzten entbunden wurden.

Mögliche Konsequenzen bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

Die Verletzung der Amtsverschwiegenheit ist nach § 310 StGB **gerichtlich zu bestrafen**, wenn ein öffentliches oder berechtigtes privates Interesse verletzt wird. Bei Beamten und Vertragsbediensteten sind außerdem in § 46 Beamtendienstrechtsgesetz bzw. § 5 Vertragsbedienstetengesetz bzw. den analog geregelten Dienstrechten der Länder Verschwiegenheitsverpflichtungen vorgesehen, deren Verletzung zu **dienstrechtlichen** Konsequenzen führen kann (vgl. *Dvorak*, 1995, 9). Im Übrigen wird der ungerechtfertigte Bruch der Amtsverschwiegenheit schadenersatzrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen (AHG).

5.7.1.

Mitarbeiter der Jugendwohlfahrt u.a.

Grundsätzliches

Im Bereich der Jugendwohlfahrt werden nur jene Bereiche der **Hoheitsverwaltung** zugerechnet, in der die Behörde mit Befehls- und Zwangsgewalt auftritt (bspw. Pflegebewilligung, deren Widerruf, die Pflegeaufsicht, §§ 14 – 20 VlbG-JWG, Bewilligung und Aufsicht von Wohngemeinschaften und sonstigen Einrichtungen, die zur Übernahme von Minderjährigen in Pflege und Erziehung gemäß § 21, Maßnahmen der Erziehungshilfe etc.). Ist dies nicht der Fall, kommt eine Verpflichtung gemäß § 78 StPO ohnehin nicht in Frage (vgl. *Dvorak*, 1995, 3).

Die in der öffentlichen Jugendwohlfahrt tätigen Personen sind grundsätzlich gemäß § 9 JWG über alle ihnen ausschließlich aus dieser Tätigkeit bekanntgewordenen Tatsachen zur Verschwiegenheit verpflichtet. Korrespondierend zu § 9 JWG wurde mit § 29 VlbG – Landesjugendwohlfahrtsgesetz eine entsprechende landesrechtliche Verpflichtung aufgenommen. In § 22 des VlbG Landesbedienstetengesetz wird die Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit normiert.

Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

In § 39 Abs 2 VlbG Landesbedienstetengesetz wird eine unverzügliche Meldepflicht an den Leiter der Dienststelle bzw. im Land der Landesregierung an den Abteilungsvorstand für den Fall vorgesehen, dass dem Landesbediensteten in Ausübung seines Dienstes der Verdacht einer von Amts wegen zu verfolgenden gerichtlich strafbaren Handlung bekannt wird, die den Wirkungsbereich der Dienststelle, im Amt der Landesregierung einer Abteilung oder Amtsstelle betrifft, der er angehört. Der **Verpflichtung zur Meldung** bzw. Anzeige unterliegen – wie bereits erwähnt – nur jene strafbaren Handlungen, die den gesetzmäßigen Wirkungsbereich der Behörde treffen (**Hoheitsverwaltung**). Die Verpflichtung zur Erstattung der Anzeige nach § 78 StPO trifft nach dem Anzeige-Erlass den Dienststellenleiter bzw. Abteilungsvorstand.

Allgemein gelten mE die bereits zu den anderen berufsrechtlichen Vorschriften erläuterten Ausnahmen. Mit § 37 Abs 1 Jugendwohlfahrtsgesetz 1989 wird für Behörden, Organe der öffentlichen Aufsicht sowie Einrichtungen zur Betreuung oder zum Unterricht von Minderjährigen des Weiteren die **Verpflichtung** auf bundesgesetzlicher Ebene

vorgesehen, dem Jugendwohlfahrtsträger über alle bekanntgewordenen Tatsachen Meldung zu erstatten, die zur Vermeidung oder Abwehr einer konkreten Gefährdung eines bestimmten Kindes erforderlich sind.

Ergibt sich für in der Begutachtung, Betreuung und Behandlung Minderjähriger tätige Angehörige eines medizinischen Gesundheitsberufes sowie für in der Jugendwohlfahrt tätige oder beauftragte Personen⁶⁹, selbst wenn sie aufgrund berufsrechtlicher Vorschriften zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, der **Verdacht**, dass Minderjährige misshandelt, gequält, vernachlässigt oder sexuell missbraucht worden sind, **haben** sie gemäß § 37 Abs 2 JWG, **sofern** dies zur Verhinderung einer weiteren erheblichen Gefährdung des Kindeswohles erforderlich ist, dem Jugendwohlfahrtsträger Meldung zu erstatten. Insofern wird eine **Meldepflicht** festgelegt, die in diesen Fällen die berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten überlagert. In Abs 3 wird die **Berechtigung** der in der Jugendwohlfahrt tätigen oder von dieser beauftragten Personen normiert, drohende oder sonstige bereits eingetretene Gefährdungen des Kindeswohles mitzuteilen. Voraussetzung dafür ist, dass diese Wahrnehmungen Minderjährige betreffen und die Information der Abwendung oder Beseitigung der Gefährdung dient.

Für Vorarlberg wurde mit der landesgesetzlichen Bestimmung des § 32 VlbG JWG eine § 37 JWG korrespondierende Pflicht vorgesehen. Im Unterschied zu § 37 JWG besteht hier für Behörden, insb. soweit sie für Einrichtungen zur Betreuung oder zum Unterricht von Minderjährigen zuständig sind, und die Organe der öffentlichen Aufsicht eine **Verpflichtung zur Mitteilung** – unabhängig von einer Gefährdung - all jener Tatsachen, die zur Vollziehung des JWG erforderlich sind. Die §§ 32 Abs 2 und 3 VlbG JWG entsprechen inhaltlich den bundesgesetzlichen Vorgaben mit der Einschränkung, dass die Verschwiegenheit der betroffenen Berufsgruppen nicht auf die „berufsrechtliche“ beschränkt ist, sondern auch die dienstvertragliche Verschwiegenheitspflicht mitumfasst (vgl. *Jäger*, Kindeswohl und Meldepflicht bei Gewalt am Kind, 1).

⁶⁹ etwa Mitarbeiter der Familienarbeit, die im Falle einer Kindeswohlgefährdung von den Bezirks-Jugendämtern mit der Unterstützung der betroffenen Familien beauftragt werden, soziale Dienste und Betreuungshilfen im Rahmen von Maßnahmen der Erziehungshilfe, Pfllegschaftsdienste, Säuglingsdienste, Wohngemeinschaft für Mutter und Kind, Mütterberatung, Erziehungsberatung der IfS-Beratungsstellen, etc.

Bei einer Meldung an die öffentliche Jugendwohlfahrt (BH/Abteilung Jugendwohlfahrt) hat diese gemäß § 32a Abs 1 VlbG JWG sie personenbezogen zu erfassen und unverzüglich zu überprüfen. Letztlich hat sie ihrerseits zu überprüfen, ob Anzeige gemäß § 78 StPO zu erstatten ist (*Jäger, Kindeswohl und Meldepflicht bei Gewalt am Kind, 3*).

Exkurs: Inhaltliche Überlegungen hinsichtlich der Mitteilungspflicht iSd § 32 Abs 2 VlbG JWG

Wie bereits erwähnt, ist für die soziale Arbeit bzw. Therapie das Vertrauen, das der Beratung oder Hilfe suchende Klient demjenigen entgegen bringt, dem er sich anvertraut, von zentraler Bedeutung. In vielen Fällen wenden sich psychisch belastete, hilfsbedürftige oder in einem Konflikt stehende Personen nur unter der Voraussetzung an eine Beratungs- oder Betreuungsstelle, dass ihre Angaben diskret behandelt werden. Betreuungseinrichtungen kommen vielfach überhaupt nur dann in Kenntnis strafbarer Handlungen, wenn der Anzeigende (Opfer, Verwandte, Bekannte oder wer immer) eine glaubwürdige Zusicherung der Vertraulichkeit seiner Mitteilung erwarten kann, vor allem da er oftmals nicht an einer Strafverfolgung, sondern an einer effektiven Hilfe interessiert ist (vgl. *Jesionek, 1995, 371-372*). Das wiederum setzt voraus, dass psychosozialen Einrichtungen ein gewisser Handlungsspielraum eingeräumt wird, um die **bestmögliche Lösung** zum Schutz des Opfers gewährleisten zu können.

In einem Fall von sexuellen Mißbrauch oder Kindesmisshandlung stehen idR mehrere Interventionsmaßnahmen zur Verfügung, wobei festzuhalten ist, dass die Meldung bzw. Anzeige im Beratungskontext nicht immer jene Strategie ist, die den größtmöglichen Schutz für das Opfer bietet. Eine vorschnelle Meldung – unter gleichzeitigem „Bruch der Verschwiegenheit“ gegenüber dem Klienten und damit einhergehend mit dem Verlust des Vertrauens – zieht oftmals einen Abbruch der Beratungsbeziehung nach sich. Seitens der Beteiligten (zB Täter, Geschwister, Mutter) wird in solchen Fällen oftmals massiver Druck auf die Opfer ausgeübt; gleichzeitig werden entschuldigende Erklärungen für das strafbare Verhalten gefunden, ohne dass der Täter selbst Verantwortung für die Straftat übernimmt. Die Kinder kommen in der Folge in einen Loyalitätskonflikt und nehmen die ganze Last, die Familie zu erhalten, auf sich. Dem Jugendwohlfahrtsträger stehen in diesen Fällen oftmals auch nur begrenzte Mittel zur Verfügung, da viele Maßnahmen auf einer

Kooperation beruhen, ein Vorgehen nach § 215 ABGB⁷⁰ aber erhärtete Verdachtsgründe erfordert und nicht in jedem Fall denkbar ist.

Aufgrund dieser Erfahrungen wird in der Praxis versucht, eine Lösung zu finden, die dem größtmöglichen **Schutz des Kindes** gerecht wird. Eine Mitteilung ist dann zwingend zu erstatten, wenn nach Einschätzung des Fachpersonales mit den vorliegenden Instrumenten nicht das Auslangen gefunden werden kann, weitere (mögliche) Misshandlungen zu verhindern. Infolge der Meldepflicht besteht gegenüber potentiellen Gefährdern, die sich hilfesuchend an Beratungsstellen wenden, ein Druckmittel, entsprechende Unterstützung weiterhin in Anspruch zu nehmen und Auflagen (bspw. andere Wohnung, kein Kontakt ohne Aufsicht etc.) zu erteilen. Insofern wird – nach sorgfältiger Einschätzung im Einzelfall– ein „stufenmäßiges“ Vorgehen ermöglicht. In die Entscheidung, welche Maßnahmen letztlich ergriffen werden, ist immer mit einzubeziehen, dass Kinder trotz Meldung oftmals nicht dauerhaft in Sicherheit gebracht werden können, wenn sie innerhalb des Familiensystems⁷¹ nicht gestützt werden können. Weigert sich das Opfer letztlich, Angaben vor Gericht zu machen, bleibt dem Staatsanwalt oftmals gar nichts anderes übrig, als das Verfahren aus Mangel an Beweisen einzustellen bzw. dem Richter, den Angeklagten im Zweifel freizusprechen. Der Täter wird in diesen Fällen durch die Verbündung im Familiensystem gestärkt, das Kind geht in der Konsequenz als Opfer unter, da nicht nur keine strafrechtliche Verfolgung stattfindet, sondern aufgrund der „negativen Erfahrung“ oftmals keine Hilfe mehr beansprucht wird.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in jedem Fall eine Vorgangsweise unter der Prämisse des Kindeswohles im Hinblick auf dessen Schutz gewählt werden muss. In manchen Fällen kann eine verfrühte Meldung – wie bereits ausgeführt – sogar kontraproduktiv sein und genau das Gegenteil von Schutz bewirken. In manchen Fällen ist sie aber erforderlich, da alle anderen Maßnahmen versagen und letztlich nur dann ein

⁷⁰ § 215 (1) ABGB: Der Jugendwohlfahrtsträger hat die zur Wahrung des Wohles des Minderjährigen erforderlichen gerichtlichen Verfügungen im Bereich der Obsorge zu beantragen. Bei Gefahr im Verzug kann er die erforderlichen Maßnahmen der Pflege und Erziehung vorläufig mit Wirksamkeit bis zur gerichtlichen Entscheidung selbst treffen; er hat diese Entscheidung unverzüglich, jedenfalls innerhalb von acht Tagen, zu beantragen. Im Umfang der getroffenen Maßnahmen ist der Jugendwohlfahrtsträger vorläufig mit der Obsorge betraut.

⁷¹ wenn z.B. die Eltern gegen eine Anzeigenerstattung oder Meldung sind

Vorgehen nach § 215 ABGB möglich ist, wenn die Jugendwohlfahrt entsprechende Informationen hat.

Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflicht

In diesen Fällen ist zu prüfen, in welcher Eigenschaft der Zeuge tätig wurde bzw. seine Wahrnehmungen gemacht hat. Hat er die Wahrnehmung in seiner Eigenschaft als **Beamte** gemacht, so gelangen die in § 155 Abs 1 Z 2 StPO und § 320 Z 3 ZPO genannten Beweisaufnahmeverbote zur Anwendung.

Ansonsten gelangen die allgemeinen **berufsrechtlichen Vorschriften** zur Anwendung, weshalb an dieser Stelle hinsichtlich des prozessualen Schutzes als auch der Konsequenzen einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht lediglich auf die entsprechenden Kapitel verwiesen wird. Ergänzend sei festgehalten, dass Übertretungen, zu welchen auch der Bruch der Verschwiegenheitspflicht gemäß § 29 VlbG JWG zählt, von der Bezirkshauptmannschaft mit einer **Geldstrafe** bis zu EUR 2.000,-- zu bestrafen sind, sofern keine gerichtliche strafbare Handlung vorliegt.

5.7.2. Bewährungshelfer

Grundsätzliches

Die gerichtliche Anordnung der Bewährungshilfe ist in § 50 Abs 1 StGB geregelt: „Wird einem Rechtsbrecher die Strafe bedingt nachgesehen oder wird er aus einer Freiheitsstrafe oder einer mit Freiheitsentziehung verbundenen vorbeugenden Maßnahme bedingt entlassen, so hat das Gericht ... die Bewährungshilfe anzuordnen, soweit das notwendig oder zweckmäßig ist, um den Rechtsbrecher von weiteren mit Strafe bedrohten Handlungen abzuhalten.“ Die betroffenen Straffälligen gehen mit ihrer Zustimmung zur Betreuung eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit dem Bewährungshelfer ein, deren Nichteinhaltung vom Gericht sanktioniert werden kann (vgl. § 53 Abs 3 StGB). Durch die gerichtliche Zuweisung der Klienten und über seine gesetzliche Einbindung ist zunächst nicht der Klient, sondern das Gericht „Auftraggeber“ des Bewährungshelfers. Das Gericht bediene sich der Bewährungshilfe, um über die im Bewährungshilfegesetz festgeschriebene Pflicht während der Probezeit Informationen über den Klienten zu

erhalten. Dementsprechend werden in § 20 Bewährungshilfegesetz die **Berichtspflicht** des Bewährungshelfers in Ausübung seines Amtes festgelegt. In diesen Berichten wird insb. auf die Wohn- und Arbeitssituation des Klienten Bezug genommen, auf positive Entwicklungen hingewiesen; es ist aber dem Gericht auch ein Scheitern der Kontaktbemühungen bekannt zu geben.

Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflicht

Dennoch ist das Vertrauen zwischen Bewährungshelfer und Klienten notwendig, um eine konstruktive Arbeitsbeziehung zu ermöglichen. In § 20 Abs 5 Bewährungshilfegesetz wird normiert, dass ein ehrenamtlicher Bewährungshelfer, außer wenn er eine amtliche Mitteilung zu machen hat, sich jedermann gegenüber zur Verschwiegenheit über die in Ausübung seiner Tätigkeit gemachten Wahrnehmungen verpflichtet, soweit die Geheimhaltung im Interesse eines Beteiligten erforderlich ist. Für hauptamtliche Bewährungshelfer ist auf die Ausführungen zu der Verschwiegenheitspflicht von Beamten zu verweisen.⁷² Aus diesem Grund schützt der Gesetzgeber diese, indem er den Bewährungshelfer sowohl von der Anzeigepflicht ausnimmt (§ 84 Abs 2 StPO) als auch ihn iSd § 155 Abs 1 Z 5 StPO von der Verbindlichkeit der Ablegung eines Zeugnisses befreit (vgl. *Grabner-Tesar & Laimer*, 1998, 302 - 303).

Ungeachtet dessen, trifft jeden Bewährungshelfer bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 286 StGB die Pflicht, eine unmittelbar bevorstehende Tat zu verhindern.

Mögliche Konsequenzen bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

Eine ungerechtfertigte Verletzung der Verschwiegenheitspflicht ist gemäß § 20 Abs 5 Bewährungshilfegesetz ebenso zu **bestrafen** wie eine verbotene Veröffentlichung iSd § 301 StGB. Eine Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht wird idR auch **schadenersatzrechtliche** Konsequenzen haben (AHG).

Exkurs: Konfliktregler im Rahmen des außergerichtlichen Tatausgleichs

Für Konfliktregler im Rahmen des außergerichtlichen Tatausgleichs wird in § 29a Bewährungshilfegesetz ebenfalls eine Verschwiegenheitspflicht eingeräumt. Als

⁷² Vgl. § 2 Abs 1 Bewährungshilfegesetz: „Für jede Dienststelle für Bewährungshilfe sind als hauptamtliche Bewährungshelfer geeignete Beamten ... zu bestellen.“

Ausnahme wird – abgesehen von den allgemein angeführten Ausnahmegründen – die Einvernahme als Zeuge in einem gerichtlichen Verfahren über den Inhalt einer getroffenen Ausgleichsvereinbarung vorgesehen.

Es steht mE außer Frage, dass sowohl Bewährungshelfern als auch Konfliktregeln – abgesehen von den angeführten Gründen – ein **Aussageverweigerungsrecht** im **Straf-** als auch im **Zivilverfahren** zukommt. Letztere deshalb, weil unbestrittenermaßen mit den Bestimmungen des Bewährungshilfegesetz eine staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit vorliegt bzw. im Falle von hauptamtlichen Bewährungshelfern sogar aufgrund des Beamtenstatus ein Beweisaufnahmeverbot statuiert wird.

Anhang

Vorgangsweise im Umgang mit dem Schutz der Vertrauensbeziehung (Handhabung im IfS)⁷³

Verhalten bei Gefahr im Verzug

1. Anzeigerecht („Notstand“)

Das Anzeigerecht kann von einer Beratungsperson oder der Institution beansprucht werden, wenn sie zur Überzeugung kommt, dass ein Bruch der Verschwiegenheit gerechtfertigt ist, weil die Nachteile für eine bedrohte Person schwerer wiegen würden, als die Nachteile, die sich für Klienten und Berater/Therapeuten aus dem Bruch der Verschwiegenheit ergeben könnten. Zu beachten ist, dass ein Vertrauensbruch nur das **letzte Mittel** sein darf, um die drohende Gefahr abzuwenden. D.h. es müssen alle gelinderen Mittel ausgeschöpft bzw. nicht zielführend sein, bevor der Berater/Therapeut seine Verschwiegenheitspflicht bricht.

Kriterien

- Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung der Gefährdung
- Interessensabwägung
- gelindere Alternativen (Einbindung des Helfersystems, einer Vertrauensperson, Fremdunterbringung usw.)
- Bewusstmachen der Gefährdung und Notwendigkeit einer Handlung

2. Anzeigepflicht

- bei entsprechenden Gesetzesbestimmungen (vgl. § 37 Abs 2 JWG)
- Garantenstellung? (Verpflichtung für den Klienten, betrifft insb. Psychotherapeut)
- Allgemeine Pflicht zur Verhinderung von (schweren) Straftaten iSd § 286 StGB

⁷³ Auszüge

3. Erforderliche Interessensabwägung

In jedem Fall ist zunächst von jedem Einzelnen - wenn möglich in Rücksprache mit dem Team - eine Interessensabwägung vorzunehmen, welches Rechtsgut das Höhere ist.

Gelangt der Berater/Therapeut zur Überzeugung, dass einem höherwertigen Rechtsgut (insb. Leben, körperliche Unversehrtheit oder Freiheit) unmittelbar ein bedeutender Nachteil droht, welcher nicht anders als durch die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht abgewendet werden kann, hat sie die Leitung und Geschäftsführung als Schnittstelle zu informieren und sich mit ihr abzusprechen (Zweck: Sicherheit für Mitarbeiter, Einholung einer ‚objektiven‘ Meinung).

Verhalten bei Gericht

1. Ladung als Zeuge

Grundsätzlich ist jeder Berater/Therapeuten an die Verschwiegenheitspflicht gebunden.

Einer Ladung ist jedenfalls Folge zu leisten. In der Regel beruft sich der Berater/Therapeut bereits im Vorfeld mit Verweis auf das besondere Vertrauensverhältnis auf sein Aussageverweigerungsrecht.

Gründe:

- Vermeidung der Instrumentalisierung einer Beratung/Therapie
- Vermeidung möglicher negativer Konsequenzen einer Aussage für den Klienten (Aussage immer nur in „günstigen“ Fällen lässt erahnen, dass es bei Klienten, die die Entbindung verweigern oder der Berater/Therapeut sich gegen eine Aussage entscheidet, etwas gibt, dass das Gericht nicht wissen soll)
- Vermeidung des Drucks für zukünftige Klienten, dass sie den Berater/Therapeuten von der Verschwiegenheit entbinden müssen, weil es ansonsten ein schlechtes Bild auf sie werfen würde
- Vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Dienstgeber

Ausnahmen sind nur in absoluten Einzelfällen und ausschließlich in Absprache mit der Leitung und Geschäftsführung möglich. Das kann aber auch heißen, dass der Berater/Therapeut sich in einem Fall auf seine Verschwiegenheit berufen muss, in dem eine Aussage für den einzelnen Klienten günstig wäre.

Der Klient sollte von einer Ladung und der entsprechenden Handhabung (Verschwiegenheitspflicht trotz Entbindung und warum) umgehend informiert werden.

Anfragen von Bezugspersonen (Eltern, Partner etc.) über Beratungsinhalte

Dritten gegenüber ist der Berater/Therapeut – ohne dass eine Entbindung im Vorfeld ausdrücklich stattgefunden hätte – an die Verschwiegenheit gebunden. Von der Verschwiegenheit wird auch die Information, ob der Betreffende Klient ist, umfasst.

Wenn die Bezugsperson weiß, dass der Betreffende Klient ist, dann Mitteilung im Vorfeld darüber, dass man nur ihm gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, nicht aber gegenüber der Bezugsperson selbst. D.h. Informationen können und dürfen an den Klienten weitergeleitet werden, wenn die Bezugsperson sie trotz Aufklärung genannt hat.

Wenn die Bezugsperson nicht weiß, dass der Betreffende Klient ist, Angebot unterbreiten (unabhängig davon, ob der Betreffende tatsächlich Klient ist), Informationen an ihn weiterzuleiten, so er Klient ist.

Anschließende Information des Klienten über die Anfrage und den Kontaktwunsch

Anfragen von anderen Beratungseinrichtungen etc.

Anfragen sind fachlich zu begründen, d.h.

- Ziel der Auskunft/des Austausches
- Verwendung der Information (in welchem Kontext, wozu)
- Information, ob der Austausch vertraulich ist (wenn ja: warum wurde nicht die Zustimmung des Klienten eingeholt?) oder ob die Erlaubnis des Klienten eingeholt wurde

Grundsätzlich besteht auch bei Anfragen des Helfersystems eine Verschwiegenheitspflicht, sodass unbedingt die Zustimmung des Klienten zu derartigen Kooperationsgesprächen im Vorfeld eingeholt werden muss. Liegt eine solche nicht vor, ist der Informationsaustausch aber im eindeutigen Interesse des Klienten (**Definition der Kriterien im Team, Festlegung von Standards!**)⁷⁴, kann er in begründeten Ausnahmefällen trotzdem erfolgen (Begründung: Vernetzung des Helfersystems). Der Informationsaustausch hat sich dabei aber immer auf das unbedingt erforderliche zu beschränken.

⁷⁴ Vgl. auch Ethische Standards – Berufspflichten für Sozialarbeiter

Literaturverzeichnis

Arnold (1982). *Einschränkungen des Berufsgeheimnisses - Ausnahmen vom Geheimnisschutz*, ÖJZ 1982. Wien.

Attlmayr M. (1994). *Die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB bei der Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten*. Innsbruck: Diplomarbeit.

Bachner-Foregger, H. (2008). *StPO*, 18. Auflage, Stand 1.1.2008 mit neuem Vorverfahren. Wien.

Barta, H. (2004). *Zivilrecht.Online*. <http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/online-lehre/>, Tirol, Innsbruck.

BMJ (1993). *Einführungserlass vom 22.12.1993 zum Strafprozessänderungsgesetz 1993*, BGBl. Nr. 526.

Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte (Ärztegesetz 1998 - ÄrzteG 1998).

Bundesministerium für Gesundheit und Frauen, *Information für klinische Psychologinnen und klinische Psychologen sowie für Gesundheitspsychologinnen und Gesundheitspsychologen über die Einholung der Einwilligung in der Kinder- und Jugendpsychologie*.

Butschek, C. (1997). *Das Schweigen der Psychologen und Psychotherapeuten*. Dürfen Psychologen in Gerichts- und Verwaltungsverfahren von ihrer Verschwiegenheitspflicht entbunden werden? RdM 1997, S. 171 ff.

Drobesh, H., & Grosinger, W. (2000). *Das neue österreichische Datenschutzgesetz*. Juridica Verlag.

DSK 13. Februar 2001, Auskunftsrecht gegenüber privatrechtlich eingerichteter Institution, 120.685/022-DSK/01 (DSK 13. Februar 2001).

DSK 16. Dezember 2005, Recht auf Löschung und Richtigstellung, K121.040/0018-DSK/2005 (DSK 16. Dezember 2005).

DSK 16. Dezember 2005, sensible Daten, K202.042/0008-DSK/2005 (DSK 16. Dezember 2005).

DSK 16. November 2004, Eingriff in das Grundrecht, K120.951/0009-DSK/2004 (DSK 16. November 2004).

- DSK 23.** März 2001, Definition Daten, K210.380/001-DSK/2001 (DSK 23. März 2001).
- DSK 25.** Juni 2004, Honorar, K120.922/0012-DKS/2004 (DSK 26. November 2004).
- DSK 5.** April 2002, lebenswichtige Interessen des Betroffenen, K120.766/004-DSK/2002 (DSK 5. April 2002).
- DSK 5.** April 2002: Schadenersatz, K120.766/004-DSK/2002 (DSK 05. April 2002).
- DSK 9.** August 2006, Definition Daten, K121.109/0006-DSK/2006 (DSK 9. August 2006).
- DSK 4.** Juni 2002, Auskunftsrecht, K120.810/005-DSK/2005 (DSK 04. Juni 2005).
- Dvorak, K.** (1995). *Schweigepflicht - Zeugnisentschlagung - Anzeigepflicht - Berichtspflicht in der Jugendwohlfahrt.* Neuerungen durch das Strafprozessänderungsgesetz 1993. Akademie der Sozialarbeit Bregenz.
- Fasching, H., & Konecny, A.** (2004). *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen (2. Auflage), 3. Band: §§ 226 bis 460 ZPO.* Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- Foregger, E., & Fabrizio, E. E.** (2004). *Die österreichische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung 1975) samt den wichtigsten Nebengesetzen. Kurzkomentar (9. Auflage).* Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- Frottier, P., & Frühwald, S.** (1998). "Sei standhaft, duldsam und verschwiegen." Ein Beitrag zur Verschwiegenheitspflicht in der forensischen Psychiatrie. In E. Wagner, & W. Werdenich, *Forensische Psychiatrie: Therapeutische Arbeit im Zwangskontext von Justiz, Medizin und sozialer Kontrolle* (S. 81 ff). Wien: Facultas.
- Fuchs, H.** (2004). 17. Kapitel: Die einzelnen Rechtfertigungsgründe II: Notrechte (Notwehr, rechtfertigender Notstand, offensive Selbsthilfe). In H. Fuchs, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I.* Springer-Verlag. Wien.
- Fuchs, H.** (2000). *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I.* 4. Auflage. Springer-Verlag. Wien.
- Grabner-Tesar, E., & Laimer, I.** (1998). Bewährungshilfe und forensische Psychotherapie. Abgrenzung ermöglicht Kooperation. In E. Wagner, & W. Werdenich, *Forensische Psychotherapie: Therapeutische Arbeit im Zwangskontext von Justiz, Medizin und sozialer Kontrolle* (S. 295 ff). Wien: Facultas.
- Grünberger, S.** (2000). *Die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers: Grundlagen, Interessen und Perspektiven des arbeitsrechtlichen Geheimnisschutzes.* Wien: WUV.
- Hinterhofer, H.** (1995). Zum Anwendungsbereich des § 286 StGB. *ÖJZ* 1995, S. 495 ff.
- Huber, W.** (1991). *Psycho-Gesetze.* Eisenstadt: Prugg Verlag Eisenstadt.

- Hutter, B.** (2001) *Anzeige-Erlass des Amtes der Vorarlberger Landesregierung*
- Jäger, L.** (2008). *Kindeswohl und Meldepflicht bei Gewalt am Kind*. Die gesetzlichen Bestimmungen insbes. im Jugendwohlfahrtsgesetz, Ärztegesetz, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz. Bregenz.
- Jesionek, U.** (1995). Anzeige- und Aussageverhalten bei Kindesmißbrauch. In H. Fuchs, & W. Brandstetter, *Festschrift für Winfried Platzgummer: zum 65. Geburtstag am 16. Oktober 1995* (S. 369 ff). Springer Verlag.
- Kierein, M.** (1998). Die rechtliche Verankerung der Psychotherapie in Österreich - das Psychotherapiegesetz. In E. Wagner, & W. Werdenich, *Forensische Psychotherapie: Therapeutische Arbeit im Zwangskontext von Justiz, Medizin und sozialer Kontrolle* (S. 49 ff). Wien: Facultas.
- Klammer, G., & Wagner, E.** (1998). Institutionelle Antworten auf Inzest. Ein Potpourri von Schutz, Kontrolle und Hilfe. In E. Wagner, & W. Werdenich, *Forensische Psychotherapie: Therapeutische Arbeit im Zwangskontext von Justiz, Medizin und sozialer Kontrolle* (S. 329 ff). Wien: Facultas.
- Kleinbauer, H.** (2007). *Datenschutzgesetz. Gesetzestext. Materialien. Judikatur*. Linz: Pro Libris Verlagsgesellschaft mbH.
- Lukas, M.** (2004). Schadenersatz bei Verletzung der Privatsphäre. *RZ* 2004, S. 33 ff.
- OBDS** (2004). *Ethische Standards - Berufspflichten für Sozialarbeiter. Generalversammlungsbeschluss des OBDS*. Salzburg.
- OGH** (06. 11 1996). 13 Os 110/96: Umfang des Zeugnisentschlagungsrechts.
- Pilnacek/Pleischl** (2005). *Das neue Vorverfahren. Leitfaden zum Strafprozessreformgesetz*. Wien: Manz Verlag.
- Rechtssatz: Beamteneigenschaft** iSd § 151 Abs 1 Z 2 StPO, RS0114838 (OGH 25. 01 2001).
- Rechtssatz: Entschlagungsrecht** unterliegt nicht der Disposition der Parteien, RS0105932 (OGH 06. 11 1996).
- Rechtssatz: Garantenstellung** der Mutter, RS0108869 (OGH 15.04.1997)
- Rechtssatz: Haftung** bei ungerechtfertigter Verweigerung der Zeugenaussage, RS0038794 (OGH 13. 10 1981).
- Regierungsvorlage** zum Psychologengesetz. *1257 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVII. GP* .

Regierungsvorlage zum Psychotherapiegesetz. 1256 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVII. GP .

Roth, M., & Markowetz, K. (2004). *Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen* - Ein Überblick über die neuen Bestimmungen. *JBl* 2004, S. 296 ff.

Schelling, K. (1990). *Schweigerecht - Schweigepflicht*. Bregenz: Akademie für Sozialarbeit Vorarlberg.

Schmoller, K. (2000). *Zur Reichweite der Verschwiegenheitspflicht von Ärzten, Psychologen und Psychotherapeuten beim Verdacht des sexuellen Missbrauchs*. In K. Schmoller, & A. Holz-Dahrenstaedt, *Sexueller Missbrauch von Kindern. Strafverfolgung und Kindeswohl in interdisziplinärer Perspektive* (S. 15 ff). Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Soyer, R. (1998). *Verschwiegenheitspflicht versus Mitteilungspflicht von Psychotherapeuten*. In E. Wagner, & W. Werdenich, *Forensische Psychotherapie: Therapeutische Arbeit im Zwangskontext von Justiz, Medizin und sozialer Kontrolle* (S. 56 ff). Wien: Facultas.

Stabentheiner. (2003). *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3. Auflage. Wien.

Steininger, H. (2000). 16. Lieferung: §§ 274 - 287 StGB. In F. Höpfel, & E. Ratz, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (2. Auflage). (S. 58 ff). Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Stolzlechner, H. (2000). *Überlegungen zur ärztlichen Verschwiegenheits-, Anzeige- und Meldepflicht*. *RdM* 2000, S. 67 ff.

Triffterer/Rosband/Hinterhofer. *StGB. Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Band 4).

Welser, R. (2001). *Grundriss des bürgerlichen Rechts* (12. Auflage). *Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Zenz, D. (2005). *"Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit"* bestimmter Berufsgruppen im Verhältnis zur Zeugnisablegung im Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren. *JRP* 2005 , S. 230 ff.

**Kommentare sind erwünscht an:
vorarlberg@sozialarbeit.at**

**Herausgeber:
Vorarlberger Berufsverband Diplomierter SozialarbeiterInnen
p.A. Martin Bentele, Bregenzer Strasse 7, 6911 Lochau;
E-Mail: vorarlberg@sozialarbeit.at;
www.vorarlberg-sozialarbeit.at | ZVR-Zahl: 787908737**

und

**IfS - Institut für Sozialdienste gemeinnützige GmbH
Interpark FOCUS 1 | A-6832 Röthis | www.ifs.at
UID: ATU37166909**

Mit finanzieller Unterstützung von:



Fachhochschule Vorarlberg
University of Applied Sciences

