

## A. Die notarielle Berufsverschwiegenheit

### 1. Grundlagen – Geheimnisbegriff

Die Verschwiegenheitspflicht des Notars nach § 37 NO ist ein Grundpfeiler seiner gesamten Berufstätigkeit<sup>9)</sup> „zum Schutz und im Interesse jener Parteien, die den Notar im Vertrauen auf eben diese Geheimhaltungspflicht in ihre Privatangelegenheiten einschalten und ihm Einblick in ihre Privatsphäre gewähren.“<sup>10)</sup>

Ein Merkmal von grundsätzlicher Bedeutung für das Vorliegen eines Geheimnisses ist die **mangende Offenkundigkeit** (relative Geheimheit)<sup>11)</sup> der den Geheimnisinhalt bildenden Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse. Die relative Geheimheit setzt voraus, dass bestimmte Tatsachen nur dem Geheimnisträger selbst oder einer begrenzten Zahl von Personen bekannt sind.<sup>12)</sup> Eine Tatsache verliert grundsätzlich ihre Eigenschaft als Geheimnis im Rechtssinn, sobald sie von einem größeren, nicht geschlossenen Personenkreis unmittelbar und sicher<sup>13)</sup> wahrgenommen<sup>14)</sup> wird.<sup>15)</sup> Bereits an dieser Stelle sei jedoch angemerkt, dass die von einem Beteiligten dem Notar anvertrauten Informationen weiter der Berufsverschwiegenheit unterliegen und verfahrensrechtlich den privilegierten Status als Berufsgeheimnis haben, wenn Dritte hiervon Kenntnis erlangen.<sup>16)</sup>

Ein Geheimnis im Rechtssinn setzt weiters die **Unzugänglichkeit der Information** für Außenstehende voraus.<sup>17)</sup> Aber auch ein „Geheimnis“, das der Beteiligte aus öffentlich zugänglicher Quelle (wie beispielsweise Grundbuch oder Firmenbuch)

A/1

A/2

A/3

<sup>9)</sup> *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> (2006) § 37 Rz 1.

<sup>10)</sup> Vgl VwGH 21. 05. 1964, 0184/64, VwSlg 3083F.

<sup>11)</sup> *Evers*, Schutz des „Privatlebens“ durch Art 8 EMRK und durch das Grundrecht auf Datenschutz, in FS Klecatsky I (1980) 177 (198); *Evers*, Schutz des Privatlebens und Grundrecht auf Datenschutz, EuGRZ 1984, 281 (290); ebenso *Berka*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz (1982) 324.

<sup>12)</sup> Auf den „begrenzten“ Personenkreis stützt § 255 StGB den Begriff des Staatsgeheimnisses.

<sup>13)</sup> Zum Kriterium der „sicheren“ Kenntnis oder Wahrnehmung vgl *Bertel* in *Foregger/Nowakowski*, WK<sup>2</sup> StGB § 310 Rz 5.

<sup>14)</sup> Die unmittelbare „Wahrnehmung“ findet sich im Tatbestand der öffentlichen Begehung nach § 69 StGB; *Jerabek* in WK<sup>2</sup> StGB § 69 Rz 6; *Stoll*, BAO-Kommentar (1994) 525.

<sup>15)</sup> Ausführlich *Schramböck*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Österreich und den USA (am Beispiel des Bundesstaates Kalifornien) im Rechtsvergleich, ÖBl 2000, 3.

<sup>16)</sup> Die Hinterlegung eines Vertrages in einer gerichtlichen Urkundensammlung ändert daher beispielsweise an der Verschwiegenheitspflicht des Vertragsverfassers nichts; *Anderluh*, Verschwiegenheit – Verpflichtung des Notars – Recht des Klienten, in *Anderluh/Arnold/Fenyves* (Hrsg), Berufsverschwiegenheit und Klientenschutz (1994) 27.

<sup>17)</sup> Die Kriterien für das Vorliegen eines Geheimnisses im Rechtssinn können sich an den Verfassungsbestimmungen von § 1 Abs 1 DSG und Art 20 Abs 3 B-VG orientieren. Anhaltspunkte für einen allgemeinen Geheimnisbegriff geben auch die Vorschriften von § 48a BAO, § 38 Abs 1 BWG, § 11 UWG sowie die §§ 122–124 und 255 StGB.

erfahren hat, ist vom Notar als Berufsgeheimnis zu achten und verfahrensrechtlich geschützt.<sup>18)</sup>

A/4

Der Wille des Geheimnisberechtigten, die Information nicht über den begrenzten Personenkreis hinaus bekannt werden zu lassen (**Geheimhaltungswille**), wird von der Rechtsprechung als subjektive Seite des Geheimnisbegriffes angesehen.<sup>19)</sup> Diese Voraussetzung hat ihren Ursprung in der Überlegung, dass der Schutz den die Rechtsordnung bestimmten Geheimnissen gewährt, auch dem erkennbaren Willen des Geheimnisberechtigten entsprechen soll. An die Erkennbarkeit des subjektiven Geheimhaltungswillens sind jedoch keine strengen Anforderungen zu stellen. Für die subjektive Seite des Geheimnisbegriffes ist daher jedenfalls schon der aus den Umständen erkennbare Wille des Beteiligten ausreichend, das Geheimnis als solches zu bewahren.<sup>20)</sup> *Seiler* hat darüber hinausgehend gemeint, dass in Fällen, in denen der Geheimnisberechtigte keinen realen Willen bilden kann (weil er beispielsweise von den Tatsachen noch keine Kenntnis hat), von dem Erfordernis eines subjektiven Geheimhaltungsinteresses überhaupt abzusehen sei.<sup>21)</sup> *Burgstaller* hat in Fortsetzung dieses Gedankens treffend aufgezeigt, dass die reale Bedeutung des subjektiven Geheimhaltungswillens „letztlich nur im Negativen“ liegt<sup>22)</sup> und Entstehung wie auch Fortbestand eines Geheimnisses im Rechtssinn nur dann ausgeschlossen sind, wenn der Geheimnisberechtigte erklärt, keine Geheimhaltung zu wollen. Dies bedeutet, dass bereits die mangelnde Offenkundigkeit einer Tatsache bei Vorliegen eines objektiven Geheimhaltungsinteresses ein Geheimnis im Rechtssinn zum Entstehen bringen kann. Das subjektive Geheimhaltungsinteresse erlangt Bedeutung, wenn es um die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht geht.

A/5

Von der subjektiven Seite des Geheimnisbegriffes ist als weiteres Merkmal die nach objektiven Kriterien zu bestimmende Schutzwürdigkeit des Interesses an der Geheimhaltung (**objektives Geheimhaltungsinteresse**) zu unterscheiden.<sup>23)</sup> Damit sollen jene Fälle aus dem Geheimnisbegriff ausgenommen werden, in denen eine geheimgehaltene Tatsache mit dem Makel der Strafgesetzwidrigkeit behaftet und ein schutzwürdiges Interesse<sup>24)</sup> des Betroffenen an der Geheimhaltung nicht gegeben ist. Dies gilt in erster Linie für jene Konstellationen, in denen einem berufsmäßigen Parteienvertreter, unter Hinweis auf seine Verschwiegenheitspflicht, Gegenstände zur Verwahrung übergeben werden, die zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmt waren, diese erleichtert haben oder aus ihr herrühren. Diese Gegenstände dürfen nicht „immunisiert“ werden durch die Übergabe an einen berufsmäßigen Parteienvertreter, dessen Berufsgeheimnisse verfahrensrechtlich durch Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote geschützt sind.<sup>25)</sup> In solchen Fällen

<sup>18)</sup> Vgl. *Rice*, Attorney-Client Privilege in the United States (1993) 292.

<sup>19)</sup> OGH 25. 02. 1992 EvBl 1992/58.

<sup>20)</sup> OGH 18. 06. 1970 EvBl 1971/101 mwN.

<sup>21)</sup> *Seiler*, Der strafrechtliche Schutz der Geheimnisphäre (1960) 21.

<sup>22)</sup> *Burgstaller*, Der strafrechtlich Schutz wirtschaftlicher Geheimnisse, in *Ruppe*, (Hrsg.), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 5 (15).

<sup>23)</sup> *Marhold*, Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflichten im Arbeitsrecht, in *Ruppe*, (Hrsg.), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 93 (97).

<sup>24)</sup> Die „Schutzwürdigkeit“ des Interesses als Voraussetzung eines Geheimnisses verlangt § 1 Abs 1 DSG; *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG<sup>2</sup> § 1 Anm 7.

<sup>25)</sup> IdS auch die ErläutRV-StPÄG 1993, 924 BlgNR 18. GP 28.

besteht kein objektives Geheimhaltungsinteresse. Hier zeigt sich, dass der aus der Verschwiegenheitspflicht des Parteienvertreters berechnigte Klient nicht der alleinige Herr aller „Informationen“ ist und von einem Selbstbestimmungsrecht des Klienten über Geheimnisse, die er seinem Parteienvertreter anvertraut hat, nicht die Rede sein kann.<sup>26)</sup>

Zusammenfassend ist für den Geheimnisbegriff festzuhalten, dass unter einem Geheimnis im Rechtssinn das nach objektiven Kriterien schutzwürdige Wissen um Tatsachen, Gegenstände oder Verhältnisse zu verstehen ist, die entweder nur dem Geheimnisträger selbst oder bloß einer bestimmten und begrenzten Zahl von Personen bekannt, anderen hingegen unzugänglich, sind. **A/6**

Mit dem Ziel einen einheitlichen Schutz für Geschäftsgeheimnisse im Binnenmarkt herzustellen hat die Europäische Kommission 2013 einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-Hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse)<sup>27)</sup> veröffentlicht. **A/7**

Geschäftsgeheimnisse werden nach dem Richtlinienentwurf<sup>28)</sup> anhand der folgenden Kriterien definiert: **A/8**

- a) Sie sind in dem Sinne geheim, dass sie weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personenkreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind;
- b) sie sind von kommerziellem Wert, weil sie geheim sind<sup>29)</sup>;
- c) sie sind Gegenstand von den Umständen entsprechenden, angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen der Person, die die rechtmäßige Kontrolle über die Informationen besitzt.

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, ist (jedenfalls für das österreichische Recht) die von der Richtlinie als Voraussetzung für das Bestehen eines Geschäftsgeheimnisses vorgesehene Verpflichtung zur Einhaltung angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen neu. Zur Frage, welche Geheimhaltungsmaßnahmen „angemessen“ sind, gibt die Richtlinie keine Auskunft. In den USA ist das Erfordernis von „reasonable efforts“ also die Verpflichtung, zumutbare Anstrengungen zu unternehmen, um den Status als „trade secret“ aufrecht zu erhalten, Gegenstand zahlreicher **A/9**

<sup>26)</sup> So aber *Stadler*, Das österreichische Datenschutzgesetz als Markstein der Verfassungspolitik und des Informationsrechtes, JBl 1979, 358 (360); dagegen *Evers*, Schutz des „Privatlebens“ durch Art 8 EMRK und durch das Grundrecht auf Datenschutz, in FS Klecatsky I (1980) 177 (199); *Evers*, Schutz des Privatlebens und Grundrecht auf Datenschutz, EuGRZ 1984, 281 (291); vgl auch *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG<sup>2</sup> § 1 Anm 2 22.

<sup>27)</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013PC0813&from=DE> (Version vom 28. 11. 2013 [COM/2013/813 final 2013/0402] abgerufen am 10. 12. 2014).

<sup>28)</sup> Art 2 der Richtlinie, geht zurück auf die Definition in Art 39 (2) TRIPS.

<sup>29)</sup> Dieses Tatbestandsmerkmal ist nach Auffassung der Arbeitsgruppe kein ständiges Kriterium, da mit der Wortfolge „weil sie geheim sind“ auf die Definition zurückverwiesen bzw die Definition „geheim“ vorausgesetzt wird.

Entscheidungen.<sup>30)</sup> Das Max-Planck-Institut bemerkt in seiner Stellungnahme<sup>31)</sup> zu dem Richtlinienentwurf, dass das Ziel der Harmonisierung durch eine unterschiedliche Rechtspraxis in diesem zentralen Punkt gefährdet wäre. Nach der Empfehlung des Max-Planck-Instituts sollte daher zumindest ein erläuternder Hinweis in die Erwägungsgründe aufgenommen werden:<sup>32)</sup>

**A/10** Auch in der im Mai 2014 veröffentlichten Überarbeitung des Richtlinienentwurfs<sup>33)</sup> finden sich (nach wie vor) keine Erläuterungen, welche Geheimhaltungsmaßnahmen „angemessen“ sind. Daher wird die Frage, wie der Begriff der „Angemessenheit“ auszulegen ist wohl nur in einem Vorlageverfahren beim Europäischen Gerichtshof zu klären sein.

**A/11** **Verfassungsrechtlich** ist die Verschwiegenheitspflicht in Österreich nicht ausdrücklich gesichert.<sup>34)</sup> Geschützt sind das Hausrecht in Art 9 StGG, das Briefgeheimnis in Art 10 StGG und das Fernmeldegeheimnis in Art 10a StGG. Dennoch hat der Schutz des Berufsgeheimnisses im Unionsrecht den Rang eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes mit Grundrechtscharakter.<sup>35)</sup> Der Schutz der notariellen Berufsverschwiegenheit lässt sich auch aus Art 8 Abs 1 EMRK (Schutz der Wohnung und des Briefverkehrs) in Verbindung mit Art 6 Abs 1 und 3 lit c EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) sowie Art 7 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Schutz der Wohnung und der Kommunikation) in Verbindung mit Art 47 Abs 1 und Art 48 Abs 2 dieser Charta (Recht auf Beratung, Verteidigung und Vertretung, Achtung der Verteidigerrechte) ableiten.<sup>36)</sup> Die grundrechtlichen Interessenssphären, die sich einerseits aus der Verschwiegenheitspflicht sowie dem Geheimnisschutz (Art 8 EMRK) ergeben, andererseits aus dem Informationsrecht – welches sich wiederum auf Art 10 EMRK (Meinungsfreiheit) gründet – sind dabei stets in Relation zu stellen.<sup>37)</sup>

<sup>30)</sup> Ausführlich *Schrammböck*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Österreich und den USA (am Beispiel des Bundesstaates Kalifornien) im Rechtsvergleich, ÖBl 2000, 3 (4).

<sup>31)</sup> Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb vom 3. 6. 2014, 6 Rz 19.

<sup>32)</sup> Unter „den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ können sowohl faktische Vorkehrungen wie zB die Aufbewahrung in einem Tresor oder Verschlüsselungen aber auch explizite Vertraulichkeits-Kennzeichnungen verstanden werden, vgl Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb vom 3. 6. 2014, 6 Rz 20.

<sup>33)</sup> <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%209870%202014%20INIT> (Version vom 19. 5. 2014 [9870/14] abgerufen am 10. 12. 2014).

<sup>34)</sup> *Wiederin*, Das Anwaltsgeheimnis im österreichischen Verfassungsrecht, AnwBl 2013, 558.

<sup>35)</sup> *S. Manhart*, Verschwiegenheit und Doppelvertretung, AnwBl 2014, 161.

<sup>36)</sup> RN 47 der Schlussanträge GA *Kokott* 29. 04. 2010 in EuGH 14. 09. 2010, C-550/07 P, *Akzo Nobel*; *Prunbauer-Glaser*, „Legal Professional Privilege“ vs Schutz der anwaltlichen Verschwiegenheit, AnwBl 2013 56; *Prunbauer-Glaser*, Berufsgeheimnis – Rechtsschutzelement oder Hindernis für effiziente Unrechtsverfolgung? AnwBl 2013, 555; ebenso *S. Manhart*, Verschwiegenheit und Doppelvertretung, AnwBl 2014, 162; *Spielmann*, Das anwaltliche Berufsgeheimnis in der Rechtsprechung des EGMR, AnwBl 2010, 346.

<sup>37)</sup> *Weber*, Geheimnisschutz oder schutzlos transparent? (I), AnwBl 2015, 26.

Die Verschwiegenheitspflicht nach § 37 NO erstreckt sich auf alle dem Notar zur Kenntnis gelangten **Tatsachen** aus der Interessensphäre der Beteiligten.<sup>38)</sup> Dazu zählen alle Vorverhandlungen, eigene Äußerungen, die Namen der Beteiligten und auch die Tatsache der Vorsprache einer Person beim Notar (selbst wenn es zu gar keiner notariellen Tätigkeit gekommen sein sollte).<sup>39)</sup> Auch Äußerungen dritter Personen, die bei der Verhandlung anwesend sind (zB Immobilienmakler) fallen unter die Verschwiegenheitspflicht.<sup>40)</sup>

A/12

Im Unterschied zu anderen Berufsordnungen (vgl etwa § 9 RAO) beschränkt sich die Verschwiegenheitspflicht des Notars nicht auf „Anvertrautes“ bzw auf „sonstige in seiner beruflichen Eigenschaft bekannt gewordene Tatsachen“ (§ 9 Abs 2 RAO), sondern erstreckt sich vielmehr auf die „**stattgehabten Verhandlungen**“. Die Frage, ob die Verschwiegenheitspflicht des Notars weiter reicht als jene des Rechtsanwalts<sup>41)</sup> oder umgekehrt die Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwaltes weiter als die des Notars<sup>42)</sup> ist nach Auffassung der Arbeitsgruppe akademisch, da die notarielle Berufsverschwiegenheit sich auf alle dem Notar zur Kenntnis gelangten Tatsachen aus der Interessensphäre der Beteiligten bezieht.<sup>43)</sup> Auch Vorgänge zwecks Prüfung der Geschäftsfähigkeit einer Partei (§§ 34, 52 NO) einschließlich dazu von Dritten (zB Arzt, Pflegerin) anvertrauter Informationen zählen zu den „stattgehabten Verhandlungen“ (zur Frage, ob auch der Geisteszustand eines der Beteiligten unter den Schutz der „stattgehabten Verhandlungen“ fällt, s Rz A/59 ff, C/3, C/5 ff).

A/13

Die Verschwiegenheitspflicht gilt auch für **Geschäfte nach § 5 NO**.

Mit der Verschwiegenheitspflicht korrespondiert ein Schweigerecht.<sup>44)</sup> Dieses ergibt sich aus den Vorschriften über das **Aussageverweigerungsrecht** in den Verfahrensgesetzen.<sup>45)</sup> Aufgrund von § 37 NO ist der Notar auch verpflichtet, diese Rechte wahrzunehmen, es sei denn, er wurde von den Beteiligten gültig entbunden.<sup>46)</sup> Ein Irrtum über Inhalt und Grenzen der Verschwiegenheitspflicht nach § 37 NO ist vorverfärblich und muss demnach unbeachtlich bleiben (OGH 22. 09. 1995, Ds 31/95).

A/14

Der Notar ist den „Beteiligten“ gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet. Die Verschwiegenheit ist daher zugleich auch ein Recht der Beteiligten.<sup>47)</sup>

A/15

Der Begriff der Beteiligten ist umfassend. **Beteiligte** sind alle Personen, deren Interessensphäre durch das vor dem Notar abgeschlossene Geschäft berührt wird<sup>48)</sup>

A/16

<sup>38)</sup> *Fenyves/Spitzer*, Zur Verschwiegenheitspflicht des Notars im Fall der Nebenintervention, NZ 2010/66, 263.

<sup>39)</sup> *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> (2006) § 37 Rz 1b; diesen folgend *Fenyves/Spitzer*, NZ 2010, 263.

<sup>40)</sup> *Sandkühler* in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, Bundesnotarordnung, Kommentar<sup>7</sup> (2012) § 18 Rz 17 mwN.

<sup>41)</sup> Vgl *Tades/Hoffman*, RAO<sup>8</sup> (2005) § 9.

<sup>42)</sup> *S. Manhart*, Verschwiegenheit und Doppelvertretung, AnwBl 2014, 161 (163).

<sup>43)</sup> *Fenyves/Spitzer*, Zur Verschwiegenheitspflicht des Notars im Fall der Nebenintervention, NZ 2010/66, 263.

<sup>44)</sup> *Sandkühler* in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, Bundesnotarordnung, Kommentar<sup>7</sup> (2012) § 18 Rz 3.

<sup>45)</sup> Siehe dazu Rz F/1 ff.

<sup>46)</sup> Siehe dazu Rz C/1 ff.

<sup>47)</sup> *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> (2006) § 37 Rz 1a.

<sup>48)</sup> *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> (2006) § 37 Rz 8.