

## V. Das Berufsgeheimnis

Da sich der Gesetzgeber dazu entschloss, den Begriff des „Geheimnisses“ nicht zu definieren, liegt es an den Gerichten, dessen Inhalt im Wege der Auslegung zu konkretisieren.<sup>41)</sup>

In der L<sup>42)</sup> hat sich folgende Gliederung des Geheimnisbegriffes durchgesetzt:

- a) das faktische Geheimsein der Tatsache
- b) das objektive Interesse an der Geheimhaltung
- c) der Geheimhaltungswille.

**ad a)** Unter den Begriff „**Tatsachen**“ sind „sämtliche Realitäten gleichgültig welcher Art“ zu subsumieren. Davon nicht erfasst sind somit lediglich Werturteile, bloße Meinungen uä. In der Lit sehr umstritten ist, ob die Tatsache auch wahr sein muss. ME ist hier der Auffassung von *Klaus*<sup>43)</sup> zu folgen, der aufgrund des Umstandes, dass unwahre Äußerungen eines Arztes über den Gesundheitszustand einer Person aufgrund seiner Fachkunde nicht in Zweifel gezogen werden, dieselbe Gefährlichkeit für gegeben erachtet wie im Falle der Preisgabe wahrer Tatsachen. Gegen das Erfordernis der Wahrheit spricht mE va die Verschwiegenheitspflicht von Rechtsanwälten, die als Strafverteidiger agieren, da diese meist gar nicht überprüfen können, ob ihr Mandant ihnen die Wahrheit anvertraut oder nicht. Würde man verlangen, dass die Tatsachen wahr sein müssen, so führte dies zu erheblicher Rechtsunsicherheit, weil es von der Einschätzung des Strafverteidigers abhinge, ob eine Tatsache der anwaltlichen Verschwiegenheit unterliegt oder nicht. Dies würde das Gebot effektiver Verteidigung ad absurdum führen.

Für die Qualifikation einer Tatsache als Geheimnis erforderlich ist hingegen, dass diese nur dem Geheimnisträger selbst oder einer geschlossenen Anzahl an Mitwissern bekannt ist. Die Geheimniseigenschaft geht dann verloren, wenn die betreffende Tatsache von einem größeren, nicht begrenzten Personenkreis unmittelbar und sicher wahrgenommen wird. Dies bedeutet aber keinesfalls, dass von einem Klienten seinem Parteienvertreter anvertraute Informationen nicht mehr schutzwürdig sind, wenn Dritte davon Kenntnis erlangen.<sup>44)</sup> Ein Beispiel hierfür wäre die Hinterlegung eines Vertrages in der Urkundensammlung, die an der Verschwiegenheitspflicht des Vertragsrichters

---

<sup>41)</sup> Ähnlich *Seiler*, Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre (1960) 18.

<sup>42)</sup> Siehe *Klaus*, Ärztliche Schweigepflicht (1991) 48 mwN.

<sup>43)</sup> *Klaus*, Ärztliche Schweigepflicht 49 f.

<sup>44)</sup> Ähnlich *Prohaska-Marchried*, Geheimnisschutz 3.

nichts ändert.<sup>45)</sup> Umso weniger erlischt die Geheimniseigenschaft, wenn Außenstehende nur die Möglichkeit der Kenntnisnahme haben, diese jedoch nicht nutzen.<sup>46)</sup>

**ad b)** Um ein Ausufern des Geheimnisschutzes zu vermeiden, genügt nicht allein das faktische Geheimsein einer Tatsache. Vielmehr muss zusätzlich ein **sachlich begründetes Interesse an der Geheimhaltung** vorliegen. Zur Ermittlung bedient man sich der Figur des maßgerechten Menschen aus dem Strafrecht. Gefragt wird also danach, ob die „mit den rechtlich geschützten Werten verbundene“ Modellfigur in der Situation des Geheimnisherrn ein Interesse an der Geheimhaltung hätte.<sup>47)</sup> Primär geht es hier darum, jene Fälle auszuschneiden, die eine Strafgesetzwidrigkeit zur Folge hätten wie zB die „Immunisierung“ von Beweismitteln, indem dem Geheimnisträger Gegenstände zur Verwahrung übergeben werden, die zur Begehung einer strafbaren Handlung vorgesehen waren, diese erleichterten oder aus ihr hervorkamen.<sup>48)</sup>

**ad c)** Der Wille des Geheimnisherrn zur Geheimhaltung der zu schützenden Tatsachen stellt das subjektive Element des Geheimnisbegriffes dar. Dieser muss nicht ausdrücklich erklärt werden, sondern es genügt schon, wenn er aus den äußeren Umständen erschließbar ist. Der **Geheimhaltungswille** tritt gegenüber dem objektiven Interesse an der Geheimhaltung idR in den Hintergrund, da sich der Geheimnisherr<sup>49)</sup> oftmals keine Gedanken über die dem Freiberufler anvertrauten Tatsachen machen wird, ihm die Kenntnis von dem Freiberufler sonst bekannt gewordenen Informationen überhaupt fehlt oder er aber nicht fähig ist, einen Geheimhaltungswillen zu bilden, wie im Falle fehlender Einsichts- und Urteilsfähigkeit. Gewichtige eigenständige Bedeutung kommt dem Geheimhaltungswillen aber dann zu, wenn Gegenteiliges ausdrücklich erklärt wurde, so im Falle der Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht.<sup>50)</sup>

## A. Schutz auf Ebene des Unionsrechts

Eine ausdrückliche Verpflichtung von Freiberuflern zur Wahrung ihrer Berufsverschwiegenheit sucht man auf der Ebene des geschriebenen primären Unionsrechts vergebens. Art 339 AEUV<sup>51)</sup> statuiert lediglich für Mitglieder der

---

<sup>45)</sup> *Anderluh*, Verschwiegenheit – Verpflichtung des Notars – Recht des Klienten, in *Anderluh/Arnold/Fenyves*, Berufsverschwiegenheit und Klientenschutz (1994) 1 (27).

<sup>46)</sup> *Klaus*, Ärztliche Schweigepflicht 54.

<sup>47)</sup> *Klaus*, Ärztliche Schweigepflicht 56.

<sup>48)</sup> *Prohaska-Marchried*, Geheimnisschutz 4.

<sup>49)</sup> Damit bezeichnet man die von der Verschwiegenheitspflicht geschützte Person, deren berechnete Interessen durch die Offenbarung des Geheimnisses potentiell gefährdet sind. Siehe dazu auch VI.H.

<sup>50)</sup> *Seiler*, Geheimnisphäre 29f.

<sup>51)</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union ABl C 2012/326, 47 ff.

Unionsorgane und Ausschüsse sowie Unionsbeamte und sonstige Bediensteten der EU eine der innerstaatlichen Amtsverschwiegenheit vergleichbare Verschwiegenheitspflicht.

Anhaltspunkte für den Schutz des Berufsgeheimnisses der Freiberufler finden sich jedoch im Bereich des ungeschriebenen Primärrechts. So erkannte der **EuGH**,<sup>52)</sup> dass der Schutz der Vertraulichkeit des Briefverkehrs eines Mandanten mit seinem RA einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts darstelle. Aufgrund gleicher Interessenlage dürfte dies auch für Notare und Wirtschaftstreuhänder gelten.

Von Interesse für die gegenständliche Darstellung ist zudem der Bereich der **Grundrechte**, deren Wahrung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts<sup>53)</sup> gehört und die damit Teil des (ungeschriebenen) primären Unionsrechts sind<sup>54)</sup>. Zur Konkretisierung bedient sich der EuGH dabei der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten sowie der internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an denen diese beteiligt sind. Eine wesentliche Orientierungshilfe stellt diesbezüglich die EMRK<sup>55)</sup> dar.<sup>56)</sup> Daraus folgt, dass bspw. der für die berufliche Verschwiegenheit maßgebliche Art 8 EMRK (s. V. A.) auch auf unionsrechtlicher Ebene Wirkungen entfaltet.

Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. 12. 2009<sup>57)</sup> wurde zudem die **GRC**<sup>58)</sup> Bestandteil des Primärrechts der EU und ist seither Kraft ausdrücklicher Anordnung von Art 6 Abs 1 EUV<sup>59)</sup> mit den Verträgen rechtlich gleichrangig. Aus Art 51 GRC folgt ihre unmittelbare Anwendbarkeit für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts.<sup>60)</sup> Adressaten der GRC sind somit die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten, soweit sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln. Dies ist unstrittig der Fall bei Vollziehung des Unionsrechts sowie Beschränkung der Grundfreiheiten durch das nationale Recht der Mitgliedstaaten. Davon abgesehen wird eine Bindung im Falle der Gefährdung eines unionsrechtlich gewährleisteten Rechts durch innerstaatliches Verfahrensrecht bejaht.<sup>61)</sup>

Im Verhältnis Dritter zueinander entfalten die Grundrechte der Charta keine Wirkung, da sie nach Art 51 Abs 1 nur die Union und die Mitgliedstaaten bindet. Auch in der L wird eine unmittelbare Drittwirkung überwiegend

---

52) 155/79, *Australian Mining & Smelting Europe Limited*, Slg 1982, 1575.

53) EuGH 29/69, *Stauder*, Slg 1969, 419.

54) *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union<sup>4</sup> (2010) 77.

55) BGBl 1958/210.

56) *Borchardt*, Grundlagen 108 f.

57) Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. 12. 2007 ABl C 2007/306, 1 ff.

58) Charta der Grundrechte der Europäischen Union ABl C 2010/83, 389 ff.

59) Vertrag über die Europäische Union ABl C 2012/326, 13 ff.

60) VfGH U 466/11.

61) *Borchardt*, Grundlagen 112.

aufgrund des Arguments verneint, dass privaten Beeinträchtigungen der Grundrechte über den Weg der Schutzpflicht der Mitgliedstaaten gegenüber Übergriffen nichtstaatlicher Dritter wirksam begegnet werden kann.<sup>62)</sup>

Eine ausdrückliche Verschwiegenheitspflicht enthält **Art 41 GRC** im Rahmen des Rechts auf eine gute Verwaltung. Abs 2 lit b leg cit gewährt jeder Person das Recht auf Zugang zu den sie betreffenden Akten unter Wahrung des berechtigten Interesses der Vertraulichkeit sowie des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses. Die Vorschrift verpflichtet jedoch nur die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, weshalb sie für die Verschwiegenheitspflicht der Freiberufler nicht von Bedeutung ist.

Sehr wohl von Relevanz sind hingegen **Art 7 GRC** (Achtung der Kommunikation) iVm Art 47 Abs 1 und Abs 2 Satz 2 sowie Art 48 Abs 2 (Recht auf Beratung, Verteidigung und Vertretung, Achtung der Verteidigerrechte), deren Schutzzumfang uU sogar über jenen der EMRK hinausreichen mag. Maßgeblich ist, dass der für das anwaltliche Berufsgeheimnis bestehende Grundrechtsschutz nach der EMRK und der Grundrechtecharta der EU etwaige Lücken in nationalen Verfahrensgesetzen überlagert.<sup>63)</sup> Erinnerung sei in diesem Zusammenhang an die Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung des gesamten nationalen Rechts.<sup>64)</sup>

Auch wenn der vom EuGH in der Form allgemeiner Rechtsgrundsätze gewährleistete Grundrechtsschutz damit nicht völlig bedeutungslos geworden ist<sup>65)</sup>, so hat er mE insofern an Bedeutung verloren, als dass nunmehr ein geschriebener, umfassender Grundrechtekatalog in Gestalt der Grundrechtecharta vorliegt, sodass in den meisten Fällen ein Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze entbehrlich sein wird.

In einem erst kürzlich ergangenen Erkenntnis gelangte der VfGH<sup>66)</sup> zum Ergebnis, dass auf Grund der innerstaatlichen Rechtslage der Äquivalenzgrundsatz des Unionsrechts zur Folge hat, dass auch die von der Grundrechtecharta garantierten Rechte vor dem VfGH als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte gem Art 144 bzw Art 144a B-VG<sup>67)</sup> geltend gemacht werden können und sie im Anwendungsbereich der Grundrechtecharta einen Prüfungsmaßstab in Verfahren der generellen Normenkontrolle, insb nach Art 139 und Art 140 B-VG, bilden, vorausgesetzt, die betreffende Bestimmung der Grundrechtecharta entspricht in ihrer Formulierung und Bestimmtheit den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten der österreichischen Bundesverfassung.

---

<sup>62)</sup> *Kingreen*, Art 51 AEUV Rz 18 mwN, in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV<sup>4</sup> (2011).

<sup>63)</sup> *Prunbauer-Glaser*, „Legal Professional Privilege“ vs Schutz der anwaltlichen Verschwiegenheit, AnwBl 2013, 56 (62).

<sup>64)</sup> *Borchart*, Grundlagen 100 ff.

<sup>65)</sup> Für Polen und das Vereinigte Königreich sind weiterhin die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts Quelle der Grundrechte vgl idZ *Borchardt*, Grundlagen 110.

<sup>66)</sup> U 466/11.

<sup>67)</sup> BGBl 1930/1.