

Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Verschwiegenheit in sozialen Berufen

Dr. iur. Sandra Wehinger

3. überarbeitete Auflage 4/2018

Onlineversionen:

www.ifs.at

www.vorarlberg-sozialarbeit.at

Herausgeber:

ifs - Institut für Sozialdienste gemeinnützige GmbH

und

Österreichischer Berufsverband der Sozialen Arbeit LG Vorarlberg



ifs Vorarlberg
Institut für Sozialdienste



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

Institut für Sozialdienste
Dr. Sandra Wehinger
Stand: Dezember 2017

Inhaltsverzeichnis¹

1. Grundsätzliches zur Verschwiegenheit	8
1.1. Definitionen	8
1.1.1. Die Verschwiegenheit	8
1.1.2. Der Umfang der Verschwiegenheit	10
1.1.3. Der Personenkreis	10
1.1.4. Verschwiegenheitspflicht bei Minderjährigen	11
1.1.5. Verschwiegenheitspflicht bei volljährigen Personen, die an einer psychischen Krankheit leiden oder geistig behindert sind	14
1.2. Schutz der Vertrauensbeziehung in der psychosozialen Arbeit	14
2. Allgemeine gesetzliche Grundlagen und Verpflichtungen	16
2.1. Grundrecht auf Datenschutz	16
2.2. Berufsgesetze	18
2.3. Vertragliche Verpflichtung zur Verschwiegenheit	19
2.3.1. Vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Klienten	19
2.3.2. Vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Dienstgeber	20
3. Schutz der Verschwiegenheitspflicht	21
3.1. Grundsätzliches	21
3.2. Prozessualer Schutz der Verschwiegenheit im Zivilrecht	22
3.2.1. Zeugnispflichten	22
3.2.2. Vernehmungsverbot für Mediatoren und Beamte (§ 320 Z 3, 4 ZPO)	24
3.2.3. Aussageverweigerungsrecht (§ 321 Abs 1 Z 2, 3 ZPO)	26
§ 321 Abs 1 Z 2 ZPO: Aussageverweigerungsrecht bei einem unmittelbaren vermögensrechtlichen Nachteil	27
§ 321 Abs 1 Z 3 ZPO: Aussageverweigerungsrecht bei einer staatlich anerkannten Pflicht zur Verschwiegenheit	28
3.3. Prozessualer Schutz der Verschwiegenheit im Außerstreitverfahren	32
3.4. Prozessualer Schutz der Verschwiegenheit im Strafrecht	32
3.4.1. Zeugnispflichten	32
3.4.2. Vernehmungsverbot für Staatsbeamte	33
3.4.3. Aussagebefreiung (§ 156 StPO)	34

¹ Sämtliche personen- und funktionsbezogenen Bezeichnungen sind geschlechtsneutral zu verstehen

3.4.4.	Aussageverweigerung (§ 157 StPO).....	36
3.4.5.	Aussageverweigerung in Bezug auf einzelne Fragen	38
3.4.6.	Zeugnisbefreiung bei psychosozialer Betreuung	39
3.5.	Ist es sinnvoll, im Falle einer Entbindung bei Gericht / bei der Polizei auszusagen? ...	41
4.	Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht	44
4.1.	Grundsätze	44
4.2.	Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht.....	45
4.2.1.	Bei einem Auftrag / Rahmenbedingung	45
4.2.2.	Anlassfallbezogene Entbindung	46
4.3.	Jedermann treffende Anzeigepflicht.....	48
4.3.1.	Grundsätzliches.....	49
4.3.2.	Verpflichtung	51
4.3.3.	Strafbarkeit.....	52
4.3.4.	Rechtfertigungsgründe	52
4.4.	Besondere Pflicht zu Handeln (Garantenstellung)	54
4.4.1.	Obhutsgaranten	55
4.4.2.	Überwachungsgaranten.....	56
4.4.3.	Gleichwertigkeitsklausel.....	57
4.4.4.	Vorsatzdelikt	57
4.4.5.	Fahrlässigkeitsdelikt	57
4.4.6.	Exkurs: Der Fall Luca.....	58
4.5.	Mitteilungs- und Mitwirkungspflichten bei einer Kindeswohlgefährdung	61
4.5.1.	Mitteilungspflichten bei Verdacht auf Kindeswohlgefährdung.....	61
4.5.2.	Mitwirkungspflicht im Rahmen der Gefährdungsabklärung	69
4.6.	Notstand.....	72
4.6.1.	Notsituation.....	72
4.6.2.	Rechtfertigender Notstand	73
4.7.	Verteidigungsfreiheit	75
4.8.	Honorarstreitigkeiten	76
5.	Berufsspezifische Besonderheiten	76
5.1.	Psychologen und Psychotherapeuten.....	76
5.1.1.	Grundsätzliches.....	77
5.1.2.	Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht	81

5.1.3.	Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflicht	82
5.1.4.	Mögliche Konsequenzen einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht	83
5.1.5.	Exkurs: Psychotherapie und gerichtliche Weisung	84
5.1.6.	Exkurs: Verschwiegenheit im Zusammenhang mit dem Suchtmittelgesetz	85
5.2.	Mediatoren	86
5.2.1.	Grundsätzliches	86
5.2.2.	Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht	86
5.2.3.	Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflicht	87
5.2.4.	Mögliche Konsequenzen einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht	87
5.3.	Sozialarbeiter	87
5.3.1.	Grundsätzliches	87
5.3.2.	Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht	88
5.3.3.	Prozessualer Schutz der Verschwiegenheit	88
5.3.4.	Mögliche Konsequenzen einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht	91
5.4.	Sachwalter, Patientenanwälte, Bewohnervertreter	91
5.4.1.	Grundsätzliches	91
5.4.2.	Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht	91
5.4.3.	Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflicht	92
5.4.4.	Mögliche Konsequenzen bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht	92
5.4.5.	Exkurs: Die Stellung eines Sachwalters	93
5.5.	Berater einer anerkannten Schuldenberatungsstelle	94
5.5.1.	Grundsätzliches	94
5.5.2.	Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht	94
5.5.3.	Prozessualer Schutz der Verschwiegenheit	94
5.5.4.	Mögliche Konsequenzen einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht	95
5.6.	Ärzte	96
5.6.1.	Grundsätzliches	96
5.6.2.	Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht	97
5.6.3.	Exkurs: Verschwiegenheit, Anzeige- und Meldepflichten für Gesundheits- und Krankenpflegeberufe	103
5.6.4.	Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflichten	104
5.6.5.	Mögliche Konsequenzen bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht	106
5.7.	Beamte	108

5.7.1.	Grundsätzliches	108
5.7.2.	Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht	108
5.7.3.	Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflicht	111
5.7.4.	Mögliche Konsequenzen bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht	112
5.8.	Mitarbeiter der Kinder- und Jugendhilfe	112
5.8.1.	Grundsätzliches	112
5.8.2.	Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht	114
5.8.3.	Sonstige Verpflichtung der Kinder- und Jugendhilfe in einem Strafverfahren	119
5.8.4.	Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflicht	120
5.8.5.	Mögliche Konsequenzen bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht	120
5.9.	Bewährungshelfer	122
5.9.1.	Grundsätzliches	122
5.9.2.	Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht	122
5.9.3.	Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflicht	123
5.9.4.	Mögliche Konsequenzen bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht	124
6.	Zusammenfassung	125
	Anhang	127
	Literaturverzeichnis	147

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
a.F.	alte Fassung
AHG	Amtshaftungsgesetz
ÄrzteG	Ärztegesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
B-KJHG	Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz
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
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-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretergesetz
Z	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
ZivMediatG	Zivilrechtsmediationsgesetz
ZPO	Zivilprozessordnung

1. Grundsätzliches zur Verschwiegenheit²

1.1. Definitionen

1.1.1. Die Verschwiegenheit

Die Schweigepflicht ermöglicht erst die funktionierende Ausübung einer beratenden/therapeutischen Arbeit.³ Sie stellt damit einen Grundpfeiler der Arbeitsbeziehung dar.

Unter **Verschwiegenheitspflicht** versteht man die Pflicht des Geheimnisträgers,⁴ alles vom Geheimnisherrn⁵ (in weiterer Folge Klient) Anvertraute oder dem Geheimnisträger sonst in Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit bekannt Gewordene dann nicht an Dritte⁶ mitzuteilen, wenn erkennbar ist, dass die Weitergabe die Interessen des Geheimnisherrn verletzen würde.⁷ Dabei sind mit „**anvertraut**“ vom Klienten bewusst mitgeteilte Tatsachen, mit „**bekannt geworden**“ die vom Geheimnisträger auf sonstige Weise – etwa durch Anfragen von Sicherheitsbehörden – in Erfahrung gebrachte Tatsachen gemeint. Die Weitergabe von Geheimnissen⁸ würde insbesondere dann die Interessen des Klienten verletzen, wenn sie ohne Zustimmung erfolgen würde.⁹ Der **Verschwiegenheitspflicht unterliegen** daher insb. das Thema und die Ergebnisse der Beratung sowie jedwede

² Sämtliche personen- und funktionsbezogenen Bezeichnungen sind geschlechtsneutral zu verstehen

³ vgl. *Entleitner*, Freiberufler im Spannungsfeld zwischen Verschwiegenheits- und Mitteilungspflicht, Wien: Manz (2016) S. 68; 2 Ob 162/16 m

⁴ **Geheimnisträger** sind bspw. Mitarbeiter psychosozialer Einrichtungen, Psychotherapeuten, Sozialarbeiter etc.

⁵ **Geheimnisherren** sind bspw. Klienten, Patienten etc.

⁶ **Dritte** sind alle Personen außerhalb des Beratungssettings; das sind alle Personen außerhalb des Fachteams, des allfälligen Auftraggebers und jener Personen, gegenüber denen eine Entbindung vorliegt (das können z.B. Verwandte des Klienten, Medien, Polizei, Gericht sein etc.)

⁷ *Zenz*, Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit bestimmter Berufsgruppen im Verhältnis zur Zeugnisablegung im Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren, JRP 2005, 230; vgl. *Schelling*, Schweigepflicht – Schweigerecht¹, I (1990).

⁸ **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.

⁹ vgl. *Zenz*, JRP 2005, 230

sonstige, dem Geheimnisträger unter dem Mantel der Verschwiegenheit mitgeteilte Tatsachen, selbst wenn sie nicht direkt mit dem Thema der Beratung zu tun haben, sondern persönliche, gesellschaftliche, psychosoziale oder gesundheitliche Umstände des Klienten und/oder naher Angehöriger betreffen.¹⁰ Im Zweifel ist davon auszugehen, dass auch die Tatsache der psychotherapeutischen Behandlung oder psychologischen Betreuung bereits ein zu schützendes Geheimnis darstellt.¹¹

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 räumlich 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. Wird im Empfang etwa bei Telefongesprächen der Name eines Klienten erwähnt, wird damit eine Tatsache preisgegeben, die der Verschwiegenheitspflicht unterliegt, aber infolge fehlender räumlicher Trennung mitunter von wartenden Klienten wahrgenommen werden kann.¹² Vor diesem Hintergrund ist es erforderlich, mit Klientendaten besonders sorgsam umzugehen (d.h. etwa Namen bei Anrufen nicht zu nennen), wenn der Wartebereich für Klienten vom Sekretariat nicht räumlich getrennt ist.

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.¹³ Darunter sind etwa die Berufsvorschriften¹⁴ zu verstehen.

¹⁰ vgl. *Stolzlechner*, Überlegungen zur ärztlichen Verschwiegenheits-, Anzeige- und Meldepflicht, RdM 2000, 67;

¹¹ vgl. *Windisch-Graetz* in *Aigner/Kletecka-Pulker/Hemmer*, Handbuch Medizinrecht für die Praxis, Psychotherapeuten und Psychologen (Stand 2012, 14. Aktualis. – u. Erg.-Lieferung) 105; vgl. *Entleitner* (2016), S. 56

¹² vgl. *Stolzlechner*, RdM 2000, 67

¹³ vgl. *Zenz*, JRP 2005, 230

¹⁴ ausdrückliche Normierung der Verschwiegenheitspflicht für bestimmte Berufsgruppen, wie etwa Psychotherapeuten / Psychologen etc.

1.1.2. Der Umfang der Verschwiegenheit

Die Verschwiegenheitspflicht gilt sowohl für **gegenwärtige** als auch **frühere** Vertrauensverhältnisse, womit die Geltungsdauer keiner zeitlichen Beschränkung unterworfen ist.¹⁵

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 ihrem Berater anvertraut, an einer bestimmten Krankheit zu leiden. Um diesem Dritten gegenüber nicht an die Verschwiegenheit gebunden zu sein, ist ein Hinweis zu Beginn des Gespräches erforderlich, dass alle Informationen im Beratungskontext verwendet werden. Vertraut sich der Dritte trotz dieser Aufklärung dem Berater an, ist dieser nicht zur Verschwiegenheit über die anvertrauten Informationen verpflichtet.

1.1.3. Der Personenkreis

Die Schweigepflicht besteht in der Regel gegenüber allen Personen (**Dritten**) und umfasst Informationen, die sie bis dato **nicht wissen**.¹⁶

Die Verschwiegenheitspflicht besteht allgemein, somit grundsätzlich uneingeschränkt gegenüber jedweder Person oder Einrichtung außerhalb des Beratungssettings, also z.B. gegenüber Ehepartnern, sonstigen Familienangehörigen, staatlichen Dienststellen oder anderen Sozialeinrichtungen.¹⁷ 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 Informationen aus dem Beratungskontext in jenem Ausmaß innerhalb des Teams (bzw. der Beratungsstelle) weiterzugeben, als sie zur Aufgabenerfüllung notwendig sind.¹⁸ Als Beispiel können etwa die Weitergabe von Informationen an eine

¹⁵ Zenz, JRP 2005, 230; vgl. auch Arnold, Einschränkungen des Berufsgeheimnisses – Ausnahmen vom Geheimnisschutz, ÖJZ 1982, 1.

¹⁶ bspw. Anfrage des nicht wissenden Ehemannes in der Frauennotwohnung, ob die Ehefrau vorübergehend dort untergekommen ist

¹⁷ vgl. Stolzlechner, RdM 2000, 67

¹⁸ Dvorak, Schweigepflicht – Zeugnisentschlagung – Anzeigepflicht – Berichtspflicht in der Jugendwohlfahrt (1995)

Urlaubsvertreterin, aber auch die Intervision genannt werden. Auch im Rahmen von **Supervisionen** können Fälle besprochen werden; in der Regel ist es in diesem Zusammenhang allerdings nicht erforderlich, konkrete Falldaten zu benennen. Weil bei einer **anonymen Fallbesprechung** die Klienten nicht identifizierbar sind, werden keine Interessen des Geheimnisherrn verletzt und ist eine Zustimmung des Klienten aus diesem Grund von vornherein nicht notwendig.

In den verschiedenen **Berufsvorschriften**¹⁹ wird normiert, dass die Verschwiegenheitspflicht nicht nur für die Berufsvertreter gilt, sondern auch für deren Beschäftigte. Geht man vom Zweck dieser Bestimmungen aus, nämlich eine Umgehung der Verschwiegenheitspflicht durch die Befragung von Beschäftigten zu verhindern, wird man den Begriff weit auslegen müssen. Unter **Beschäftigten** sind somit alle Personen zu verstehen, die vom Berufsgeheimnisträger (Sozialarbeiter, Therapeut, Psychologe usw.) in welcher Weise auch immer zur Ausübung seiner Tätigkeit herangezogen werden. Beispielhaft können etwa Sekretäre, Zivildienstler oder Dolmetscher²⁰ erwähnt werden. Das bereits Ausgeführte muss mE ebenso für Praktikanten und auszubildende Personen gelten. Aber auch jene Personen gelten als Beschäftigte, die Klientendaten verarbeiten und dadurch Kenntnis über die Privatsphäre des Klienten erhalten.²¹ In diesem Zusammenhang ist es auch unbeachtlich, ob der Beschäftigte extern oder intern, dauerhaft oder vorübergehend tätig wird.²²

1.1.4. Verschwiegenheitspflicht bei Minderjährigen²³

Es ist mE davon auszugehen, dass der Geheimnisträger bei einem **einsichts-** und **urteilsfähigen** Minderjährigen ebenso zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, wie bei einem Erwachsenen.

Minderjährige sind Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, wobei zwischen mündigen²⁴ und unmündigen Minderjährigen²⁵ zu unterscheiden ist.

¹⁹ Gelten jedenfalls als staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflichten, auf diese wird aber im späteren Verlauf noch näher eingegangen.

²⁰ vgl. *Arnold*, ÖJZ 1982, 1

²¹ vgl. auch *Windisch-Graetz*, *Psychotherapeuten und Psychologen* (2012) 105

²² vgl. *Zenz*, JRP 2005, 230

²³ vgl. *Bundesministerium für Gesundheit*, Information betreffend Einwilligung zur klinisch-psychologischen und gesundheitspsychologischen Behandlung von Minderjährigen (Stand: Jänner 2016)

²⁴ 14. Lebensjahr vollendet, aber noch nicht das 18. Lebensjahr

Analog § 173 ABGB²⁶ wird hinsichtlich der Frage der Verschwiegenheit auf die **Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen** abzustellen sein.²⁷

Vom Vorliegen der **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** ist dann auszugehen, wenn der Minderjährige 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.²⁸

Für die Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit spielen – nach Ansicht des Bundesministeriums für Gesundheit – Alter, Reife, Gesundheitszustand und Persönlichkeit des Minderjährigen eine Rolle.

Die **Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit** obliegt grundsätzlich immer dem Psychotherapeuten / Berater. Er hat dabei alle Umstände, von denen er Kenntnis hat zu berücksichtigen. Es empfiehlt sich, das Ergebnis der Einschätzung und deren Gründe – nicht zuletzt wegen der besseren Nachvollziehbarkeit – **zu dokumentieren**.

Zusammenfassend kann als Grundsatz festgehalten werden, dass bei einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen immer deren **Zustimmung** zur Weitergabe von Informationen aus dem Beratungskontext einzuholen ist. Bei **mündigen Minderjährigen** wird das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Zweifel vermutet (analoge Anwendung des § 173 Abs 1 ABGB).

Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen ist der Berater / Therapeut auch an die Verschwiegenheit gegenüber dem gesetzlichen Vertreter gebunden, wenn der Minderjährige einsichts- und urteilsfähig ist und den Berater / Therapeut nicht von seiner Verschwiegenheit entbindet. Nur der Vollständigkeit halber: Bei einer vorliegenden Kindeswohlgefährdung kann eine Informationsweitergabe im Rahmen der besonderen Rechtfertigung denkbar sein.

²⁵ Minderjährige, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben

²⁶ Einwilligung in medizinische Behandlungen

²⁷ vgl. Hopf in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁴ § 173 Rz 1

²⁸ vgl. Bundesministerium für Gesundheit, Information für Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten über die Einholung der Einwilligung in der Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie (Stand: Juli 2013), S. 4 ff; BM für Gesundheit Einwilligung zur klinisch-psychologischen und gesundheitspsychologischen Behandlung von Minderjährigen, S. 4 ff

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 aber insb. bei Kindern ein strenges Maß anzulegen sein, denn die Aspekte des Kindeswohls (bzw. der Kindeswohlgefährdung bei Festhalten an der Schweigepflicht) und die Frage, in wie weit das Kind diese verstehen kann, dürfen nicht außer Acht gelassen werden.

Treten bei einem mündigen Minderjährigen infolge merkbar verzögerter Entwicklung, einer psychischen Krankheit oder einer geistigen Behinderung **Zweifel an der Einsichts- und Urteilsfähigkeit auf**, können die Eltern einen gerichtlichen Ausspruch nach § 175 ABGB beantragen bzw. kann der Berater / Therapeut einen solchen Ausspruch anregen.

Es mag zwar zutreffen, dass in § 14 Abs 4 PthG (siehe Kapitel 5.1.) die Verpflichtung normiert wird, dem Behandelten oder seinem gesetzlichen Vertreter alle Auskünfte über die Behandlung, insbesondere über Art, Umfang und Entgelt, zu erteilen. Diese Pflicht findet mE aber dort ihre Grenzen, wo das Vertrauensverhältnis zum Klienten gefährdet wird. In diesem Sinne ist auch die Neutextierung der zuvor gleichlautenden Bestimmungen im Psychologengesetz 2013 zu erwähnen. Demnach sind Berufsangehörige nur soweit über Verlangen des gesetzlichen Vertreters auskunftspflichtig, als das Vertrauensverhältnis zum Patienten nicht gefährdet wird (vgl. § 36 Abs 2 Z 1 und § 35 Abs 2 Psychologengesetz 2013). **Vor diesem Hintergrund besteht von vornherein keine Auskunftspflicht gegenüber dem gesetzlichen Vertreter, wenn der Minderjährige einsichts- und urteilsfähig ist, die Behandlung / Beratung mit keinen Kosten für ihn verbunden ist und er nicht möchte, dass die Eltern von der Beratung / Therapie Kenntnis erlangen.** Zivilrechtlich können gemäß § 865 Abs 1 ABGB auch beschränkt geschäftsfähige Minderjährige (d.h. ab dem 7. Lebensjahr) sog. vorteilhafte Versprechen²⁹ annehmen, sodass auch für den Abschluss des Behandlungs- und Beratungsvertrages nicht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich ist, wenn diese keine Kosten nach sich zieht.

²⁹ Beratung / Therapie, ohne dass Kosten für den Minderjährigen entstehen

1.1.5. Verschwiegenheitspflicht bei volljährigen Personen, die an einer psychischen Krankheit leiden oder geistig behindert sind

Der Geheimnisträger ist in meinen Augen – Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Klienten vorausgesetzt – selbstverständlich auch zur Verschwiegenheit bei Klienten, die an einer psychischen Krankheit leiden oder geistig behindert sind, verpflichtet.

Im Falle einer **Sachwalterschaftsbestellung** wird die betreffende Person „nur“ im Wirkungskreis des Sachwalters in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt. Rechtlich gesehen heißt das, dass die betreffende Person einem Unmündigen über 7 Jahren gleichsteht, sodass vorteilhafte Versprechen angenommen werden können.³⁰

Die **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** ist bekanntermaßen eine von der **Geschäftsfähigkeit gesondert zu beurteilende Frage**, sodass die einsichts- und urteilsfähige Person immer nur selbst in die Beratung / Therapie einwilligen kann (unabhängig vom Wirkungskreis des Sachwalters).

Zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit kann auf die Ausführungen zu Punkt 1.1.4. verwiesen werden, wobei anstelle des Alters als mögliches Kriterium für die Einsichts- und Urteilsfähigkeit mE der Grad der Einschränkung infolge der psychischen Erkrankung bzw. geistigen Behinderung zu treten hat.

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.³¹

In vielen Fällen wenden sich psychisch belastete, hilfsbedürftige oder in einem Konflikt stehende Personen nur unter der Voraussetzung, dass ihre Angaben diskret behandelt werden, an eine Beratungs- oder Betreuungsstelle.³² Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit dient somit dem **Schutz der persönlichen Geheimnissphäre** des betroffenen Klienten. Dieser soll nicht in die Zwangslage versetzt werden, Hilfe und Rat

³⁰ vgl. Hopf in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁴, § 280 Rz 1

³¹ Vgl. Dvorak Schweigepflicht – Zeugnisentschlagung – Anzeigepflicht – Berichtspflicht in der Jugendwohlfahrt (1995)

³² Vgl. Dvorak Schweigepflicht – Zeugnisentschlagung – Anzeigepflicht – Berichtspflicht in der Jugendwohlfahrt (1995)

deshalb nicht in Anspruch nehmen zu können, weil ansonsten die Gefahr bestünde, dass ein ihm bedeutsames Geheimnis verraten würde.³³

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.³⁴ Ein derartiges Vertrauensverhältnis wird vor allem bei 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.**³⁵ Letztlich dient die Verschwiegenheit auch einem Allgemeininteresse, da sich Gefährder nur unter der Prämisse der absoluten Verschwiegenheit Hilfe suchen können und die von einem Gefährder ausgehende Gefährdung durch einen zielgerichteten Beratungsprozess abgewendet werden kann.³⁶

Insbesondere in Gerichtsverfahren ist mE ein besonders sensibler Umgang mit der Verschwiegenheit erforderlich. Es sollte – selbst im Falle einer Entbindung durch den Klienten – nur in begründeten Ausnahmefällen³⁷ von der Verschwiegenheit abgewichen werden. Die im Kapitel 3.5. näher dargelegten Gründe werden an dieser Stelle nochmals kurz angeführt:

- **Vermeidung der Instrumentalisierung** einer Beratung / Therapie.

³³ vgl. Zenz, JRP 2005, 230

³⁴ vgl. Zenz, JRP 2005, 230

³⁵ vgl. Dvorak Schweigepflicht – Zeugnisentschlagung – Anzeigepflicht – Berichtspflicht in der Jugendwohlfahrt (1995)

³⁶ vgl. Entleitner (2016) S. 106

³⁷ eine organisationsinterne Regelung zur Interessensabwägung wird unbedingt erforderlich sein

- Vermeidung möglicher **negativer Konsequenzen** einer Aussage für einen Klienten.
- Vermeidung der **Durchschaubarkeit einer Aussage** oder Nichtaussage (Aussage immer nur in „günstigen“ Fällen lässt erahnen, dass es bei Klienten, die die Entbindung verweigern oder bei denen sich der Berater / Therapeut gegen eine Aussage entscheidet, etwas gibt, das das Gericht nicht wissen soll).
- Vermeidung des **Drucks für (zukünftige) Klienten**, den Berater / Therapeuten von der Verschwiegenheit entbinden zu müssen, weil es ansonsten ein schlechtes Bild auf ihn werfen würde.
- **Motivation für Klienten** auch bei strafrechtlich relevanten Problemfeldern Hilfe in Anspruch zu nehmen
- **Vertragliche Verpflichtung** gegenüber dem Dienstgeber.

2. Allgemeine gesetzliche Grundlagen und Verpflichtungen

2.1. Grundrecht auf Datenschutz

Das Datenschutzrecht wird aktuell im Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000) geregelt.

Mit der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) wurde das materielle Datenschutzrecht innerhalb der EU (weitestgehend) vereinheitlicht. Die DS-GVO gilt ab dem 25.05.2018 in der gesamten EU und sohin auch in Österreich. Da die DS-GVO in einigen Bereichen umsetzungsbedürftig ist, erließ der österreichische Gesetzgeber ein entsprechendes Umsetzungsgesetz (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018), das gemeinsam mit der DS-GVO in Kraft treten wird.

Sowohl im aktuellen als auch im zukünftigen Datenschutzrecht wird ein **Grundrecht auf Datenschutz im Verfassungsrang** vorgesehen, das nicht nur den Staat verpflichtet, sondern auch von Privaten untereinander eingehalten werden muss.³⁸

³⁸ vgl. Graf/Krizanac in ecollex 2017, S. 912: Einführung in die Datenschutz-Grundverordnung.

Das Grundrecht auf Datenschutz bewirkt einen Anspruch auf Geheimhaltung personenbezogener Daten,³⁹ auf Auskunft über die Verarbeitung solcher Daten sowie auf Richtigstellung unrichtiger Daten und auf Löschung unzulässigerweise verarbeiteter Daten. Als **personenbezogene Daten** bezeichnet man alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen.⁴⁰ Das bedeutet, dass mit dem Grundrecht auf Datenschutz auch Daten geschützt werden, von denen jemand nur gesprächsweise Kenntnis erlangt.⁴¹ Sofern nicht eine der in Kapitel 4 näher beschriebenen Ausnahme für die Weitergabe der personenbezogenen Informationen greift, liegt sohin (auch) eine Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz vor, selbst wenn die Weitergabe nicht schriftlich erfolgen sollte.

Zu beachten ist, dass die weiteren Grundrechte auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung sowie der einfachgesetzliche Teil des Datenschutzrechts nach einer strukturierten Datei verlangen.⁴² Diese Bestimmungen sollen hier aber nicht gegenständlich sein, weil sie den Rahmen dieser Abhandlung sprengen würden.

Exkurs: Kommunikation via Whats-app / E-Mail

Den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes 2000 lässt sich nicht entnehmen, dass die **Kommunikation via e-Mail oder Whats-app** bei einer Aufklärung des Klienten, was es mit der Sicherheit der Datenübermittlung auf sich hat, unzulässig wäre.

Es ist aber in meinen Augen notwendig, spätestens bei Beginn einer Beratungs-, Therapiebeziehung die Kommunikationsform zu besprechen und sich das Einverständnis des Klienten dafür einzuholen.

Selbst mit Zustimmung eines Klienten kann aber die Verwendung von E-Mail / Whats-app aufgrund von Spezialgesetzen problematisch sein, sodass in diesem Zusammenhang für

³⁹ Angaben über Betroffene, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist (siehe § 4 Z 1 DSG 2000): Geburtsdatum (DSK 23. März 2001, K210.380/001-DSK/2001), Telefonnummern (DSK 9. August 2006, K121.109/0006-DSK/2006), Namen, Staatsangehörigkeit, Familienstand, Adresse, Sozialversicherungsnummer, Angaben über Kenntnisse oder Fähigkeiten eines Menschen, Religionsbekenntnis, Vermögen, Werturteile und Vermutungen, wenn sie einen Personenbezug aufweisen (Drobesh & Grosinger, Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000) 117)

⁴⁰ Graf/Krizanac ecolex 2017, 912

⁴¹ vgl. Lukas, Schadenersatz bei Verletzung der Privatsphäre, RZ 2004, 33; vgl. Entleitner (2016) S. 22-24

⁴² vgl. Entleitner (2016) S. 23

den jeweiligen beruflichen Kontext gesondert zu prüfen ist, ob allfällige rechtliche Bedenken gegen die beabsichtigte Kommunikationsform bestehen.⁴³

2.2. *Berufsgesetze*

Die Verschwiegenheit wird für einzelne Berufsgruppen auch in sog. Berufsgesetzen normiert. Die für den Sozial- und Gesundheitsbereich relevanten Bestimmungen werden nachfolgend in alphabetischer Reihenfolge angeführt:⁴⁴

- § 54 Ärztegesetz (Verschwiegenheit des Arztes)
- § 104a Außerstreitgesetz (Verschwiegenheit des Kinderbeistandes)
- § 106a Außerstreitgesetz (Verschwiegenheit der Familiengerichtshilfe)
- § 46 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (Amtsverschwiegenheit)
- § 20 Bewährungshilfegesetz (Verschwiegenheit des Bewährungshelfers)
- § 29a Bewährungshilfegesetz (Verschwiegenheit des Konfliktreglers)
- § 6 B-KJHG 2013⁴⁵ (Verschwiegenheit der Mitarbeiter der Kinder- und Jugendhilfe sowie der beauftragten privaten Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen)
- § 2 Abs 1 Z 8 Familienberatungsförderungsgesetz (Verschwiegenheitspflicht für nach dem Familienberatungsförderungsgesetz geförderte Beratungsstellen)
- § 119 GewO 1994 (Verschwiegenheit des Lebens- und Sozialberaters)
- § 160 GewO 1994 (Verschwiegenheit in der Personenbetreuung)
- § 7 Hebammengesetz (Verschwiegenheit der Hebamme)
- § 10 Heimaufenthaltsgesetz (Verschwiegenheit des Bewohnervertreters)
- § 50 Jugendgerichtsgesetz 1988 (Verschwiegenheit der Jugendgerichtshilfe)
- § 9 Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (Verschwiegenheit für die in Kranken- und Kuranstalten beschäftigten Personen)
- § 13 Medizinische Assistenzberufe-Gesetz (Verschwiegenheit für medizinische Assistenzberufe)
- § 4 Medizinischer Masseur- und Heilmasseurgesetz (Verschwiegenheit des medizinischen Masseurs / Heilmasseurs)

⁴³ vgl. etwa die Bestimmungen des Gesundheitstelematikgesetzes 2012

⁴⁴ Die Aufzählung ist nicht erschöpfend

⁴⁵ Zu beachten sind auch die Ausführungsgesetze der jeweiligen Bundesländer

- § 32 Musiktherapiesgesetz (Verschwiegenheit des Musiktherapeuten)
- § 37 Psychologengesetz 2013 (Verschwiegenheit des Psychologen)
- § 15 Psychotherapiesgesetz (Verschwiegenheit des Psychotherapeuten)
- § 4 Rotkreuzgesetz (Verschwiegenheit der Mitarbeiter des Österreichischen Roten Kreuzes)
- § 6 Sanitätergesetz (Verschwiegenheit des Sanitäters)
- § 15 Suchtmittelgesetz (Verschwiegenheit für Mitarbeiter von Einrichtungen, die gesundheitsbezogene Maßnahmen im Hinblick auf Suchtgiftmissbrauch durchführen)
- § 6 Vereinssachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnerververtretungsgesetz (Verschwiegenheit des Sachwalters, des Patientenanwalts und des Bewohnervertreeters)
- § 18 Zivilrechts-Mediations-Gesetz (Verschwiegenheit des Mediators)

2.3. *Vertragliche Verpflichtung zur Verschwiegenheit*

2.3.1. Vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Klienten

Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit ist eine **nebenvertragliche Pflicht** bei einem Therapie- oder Beratungsvertrag.⁴⁶

Schutzpflichten, worunter auch die Verschwiegenheitspflicht zu verstehen ist, 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 Vertrages in einem mehr oder minder engen Zusammenhang stehe.⁴⁷

Demnach begründet bereits ein **unverbindliches Erstgespräch** die Pflicht zur **Verschwiegenheit**. Das Zustandekommen eines Beratungsvertrages/einer Therapie ist nicht Voraussetzung für die Verschwiegenheitspflicht des Beraters / Therapeuten. Wer sich einem Berater / Therapeut in der Absicht, sich in Beratung / Therapie zu begeben,

⁴⁶ vgl. *Entleitner* (2016) S. 43 ff

⁴⁷ vgl. *Attlmayr*, Die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB bei der Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten (1994) 5

anvertraut oder ihm Unterlagen übergibt, hat einen Anspruch darauf, dass alles, was diesem in seiner beruflichen Eigenschaft bekannt wurde durch das Berufsgeheimnis geschützt wird. Dies gilt in jedem Fall, also auch dann, wenn der Berater / Therapeut die Übernahme der Beratung / Therapie ablehnen oder der Klient sich gegen die Beratung / Therapie entscheiden sollte. Maßgebend ist nur, dass es eine im Vertrauen auf die Berufsstellung übertragene Angelegenheit ist.⁴⁸ Die **vorvertraglichen Pflichten** sind den Vertragspflichten ähnlich, richten sich aber niemals auf die Erfüllung des Vertrages selbst (bspw. die Durchführung einer Therapie). Es bestehen aber bereits 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.⁴⁹

2.3.2. Vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Dienstgeber

Neben den allgemeinen Berufsgesetzen⁵⁰ 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** – unabhängig von der vertraglichen Verpflichtung dazu – unter die aus einem Arbeitsverhältnis ableitbaren **Treuepflichten** subsumiert werden.⁵¹ 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

⁴⁸ vgl. vergleichbare Ausgangslage bei einem Rechtsanwalt, RIS-Justiz RS0116763

⁴⁹ vgl. *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil Schuldrecht Besonderer Teil Erbrecht¹⁴ (2015) Rz 69

⁵⁰ Etwa Psychotherapiegesetz, Psychologengesetz 2013

⁵¹ *Grünberger*, Die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers: Grundlagen, Interessen und Perspektiven des arbeitsrechtlichen Geheimnisschutzes (2000) 61

Dienstgeber und Dienstnehmer nicht unerträglich zu machen und dem Dienstgeber die Ausübung seiner Organisationsgewalt gegenüber anderen Dienstnehmern praktisch nicht zu verunmöglichen.⁵² Ein Dienstnehmer, der entgegen der im Dienstvertrag festgelegten 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.⁵³

3. Schutz der Verschwiegenheitspflicht

3.1. Grundsätzliches

Soweit die Verschwiegenheitspflicht Geheimnisse umfasst, die selbst **höchstpersönliche Rechte** betreffen, wird das Entbindungsrecht als höchstpersönliches Recht anzusehen sein. Bei Inhalten des Therapie- und Beratungskontextes wird das Erfordernis der höchstpersönlichen Entbindung in aller Regel zu bejahen sein. In der Neufassung des Psychologengesetzes 2013 wurde in § 37 Abs 2 klarstellend festgehalten, dass eine Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht, insbesondere zum Zweck einer Zeugenaussage vor einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde, als höchstpersönliches Recht nur durch den einsichts- und urteilsfähigen Klienten zulässig ist. Der Vollständigkeit

⁵² vgl. Grünberger (2000) 85

⁵³ Grünberger, 2000, 85

halber sei an dieser Stelle angemerkt, dass auch ein **Vertreter entbinden** kann, sofern er vom Klienten dazu ermächtigt wurde (Erfordernis der Spezialvollmacht⁵⁴).

Psychologen oder Psychotherapeuten, die von einem Gericht zu Sachverständigen bestellt werden, unterliegen als **Hilfsorgane** der **des Gerichts** 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.⁵⁵

3.2. Prozessualer Schutz der Verschwiegenheit im Zivilrecht

3.2.1. Zeugnispflichten

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**, § 329 Abs 2 ZPO, § 333 ZPO)
- vor Gericht auszusagen (**Aussagepflicht**, § 325 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.⁵⁶ Eine Befragung zu der, 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 Zeugenaussage darstellt, relativiert

⁵⁴ Vollmacht, die ihn berechtigt, die Dokumentation beim Berater / Therapeut anzufordern bzw. sich mit ihm auszutauschen

⁵⁵ vgl. *Soyer*, Verschwiegenheitspflicht versus Mitteilungspflicht von Psychotherapeuten, in *Wagner/Werdenich*, Forensische Psychotherapie: Therapeutische Arbeit im Zwangskontext von Justiz, Medizin und sozialer Kontrolle (1998), 61

⁵⁶ vgl. *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ Vor §§ 320 ZPO, Rz 1 – 8 (Stand 1.8.2017, rdb.at)

keineswegs die Gebote der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit, sondern ist durchaus iSd Grundsatzes der freien Beweiswürdigung.⁵⁷

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.⁵⁸ Bleibt der Zeuge entgegen der Erscheinungspflicht von der Tagsatzung aus, sind die zur Berechtigung der Aussageverweigerung übermittelten Schriftstücke oder zu gerichtlichem Protokoll erklärten Angaben allerdings zu berücksichtigen. Hält das Gericht die Aussageverweigerung auf Grund dieser Angaben nicht für berechtigt, treffen den Zeugen sämtliche nachteiligen Folgen.⁵⁹

Der Zeuge kann von Amts wegen gemäß § 325 ZPO durch **Geldstrafen oder Haft zur Aussage verhalten** werden, wenn

- 1.) das Zeugnis ohne Angabe von Gründen verweigert wird,
- 2.) der Zeuge auf seiner Weigerung beharrt, nachdem dieselbe als nicht gerechtfertigt erkannt worden ist oder
- 3.) er 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 dafür 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 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.⁶⁰

⁵⁷ Frauenberger in Fasching/Konecny² Vor §§ 320 ZPO Rz 10

⁵⁸ vgl. Frauenberger in Fasching & Konecny³ § 324 ZPO Rz 1 (Stand 1.8.2017, rdb.at)

⁵⁹ Frauenberger in Fasching & Konecny³ § 324 ZPO, Rz 5 (Stand 1.8.2017, rdb.at)

⁶⁰ vgl. Frauenberger in Fasching & Konecny³ § 326 ZPO Rz 2 (Stand 1.8.2017, rdb.at)

3.2.2. 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.⁶¹

§ 320 Z 3 ZPO: Vernehmungsverbot für Staatsbeamte

Unter **Staatsbeamten** sind alle mit Aufgaben der Bundes-, Landes- und Gemeindeverwaltung betraute 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 StPO der Anzeigepflicht unterliegt.

Der Beamte kann schließlich durch seinen Vorgesetzten von der ihm obliegenden Verschwiegenheitspflicht entbunden werden. Die **Entbindung** erfolgt gegebenenfalls

⁶¹ vgl. Frauenberger in Fasching & Konecny³ § 320 ZPO Rz 2 (Stand: 1.8.2017, rdb.at)

durch Bescheid, an welchen das Gericht gebunden ist.⁶² Da in dem Verfahren betreffend die Entbindung nur dem Beamten Parteistellung zuerkannt wird, wird weder dem Gericht noch den Parteien des Prozesses die Rechtsmittellegitimation zur Anfechtung eines negativen Bescheides eingeräumt.⁶³ Zu erwähnen ist, dass die Amtsverschwiegenheit neben dem Geheimhaltungsinteresse einzelner Rechtssubjekte auch noch zusätzlich und insb. dem Geheimhaltungsinteresse des Staates entspricht.⁶⁴

§ 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.⁶⁵ Weil 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 Medianten 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.⁶⁶

⁶² vgl. *Frauenberger* in *Fasching & Konecny*³ § 320 ZPO Rz 6 – 8 (Stand: 1.8.2017, rdb.at)

⁶³ vgl. *Rechberger* in *Kommentar zur ZPO*⁴ (2014) § 320 Rz 6

⁶⁴ vgl. *Schelling* (1990) 2

⁶⁵ vgl. *Roth/Markowetz*, Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen – Ein Überblick über die neuen Bestimmungen, JBl 2004, 296 ff

⁶⁶ vgl. *Frauenberger* in *Fasching & Konecny*³ § 320 ZPO Rz 9 (Stand: 1.8.2017, rdb.at)

3.2.3. 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 und seinem Lebensgefährten sowie dessen Verwandten in gerader Linie oder bis zum zweiten Grad der Seitenlinie zur **Schande** gereichen oder die Gefahr **strafergerichtlicher 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 Abs 1 Z 1 und 2 angegebenen Fällen mit Rücksicht auf die dort bezeichneten Personen auch dann verweigert werden, wenn das Naheverhältnis zum Zeugen nicht mehr besteht.

Entsprechend dieser Bestimmung kann ein Zeuge bei Vorliegen eines in § 321 ZPO normierten **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.⁶⁷

Im Gegensatz zu den Zeugnisunfähigkeitsgründen des § 320 ZPO sind die **Aussageverweigerungsgründe** des § 321 ZPO nicht von Amts wegen zu beachten, sondern **vom Zeugen geltend**⁶⁸ 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.⁶⁹

§ 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 auch 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

⁶⁷ vgl. Frauenberger in Fasching & Konecny³ § 321 ZPO Rz 2 (Stand: 1.8.2017, rdb.at)

⁶⁸ vgl. RIS-Justiz RS0108824

⁶⁹ vgl. Frauenberger in Fasching & Konecny³ § 321 ZPO Rz 3 – 5 (Stand: 1.8.2017, rdb.at)

den Grund der (bloß) privatrechtlich vereinbarten Fortwirkung eintretenden Schaden einer Pönalezahlung Z 2 zu unterstellen.⁷⁰ **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 Berater / Therapeut zur Aussageverweigerung gemäß § 321 Abs 1 Z 2 ZPO berechtigt sein, wenn die Verschwiegenheitspflicht im Dienstvertrag festgelegt und er vom Dienstgeber nicht entbunden wurde (die Entbindung durch den Klienten „alleine“ ist dabei nicht entscheidend). 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 Verschwiegenheitspflichten.⁷¹ Im Grundsatz beruhe die Regelung darauf, dass die Ausübung bestimmter, zumeist freier Berufe faktisch unmöglich wäre, wenn die solche Dienste in Anspruch nehmenden 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.⁷²

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.⁷³ Das **Datengeheimnis** berechtigt nicht zur

⁷⁰ vgl. Frauenberger in Fasching & Konecny³ § 321 ZPO Rz 13 (Stand: 1.8.2017, rdb.at)

⁷¹ 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.).

⁷² vgl. Frauenberger in Fasching & Konecny³ § 321 ZPO Rz 16 (Stand: 1.8.2017, rdb.at)

⁷³ vgl. Frauenberger in Fasching & Konecny³ § 321 ZPO Rz 21 ff (Stand: 1.8.2017, rdb.at)

Aussageverweigerung, da es sich diesbezüglich lediglich um eine vertragliche Verschwiegenheitspflicht handelt.⁷⁴

Die Rspr und Lehre gehen bei allen Fällen staatlich anerkannter Verschwiegenheitspflichten⁷⁵ 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.⁷⁶

Dieser Rechtsauffassung ist mE nicht ohne Weiteres zu folgen. Die in diesem Zusammenhang wesentliche Entscheidung des OLG Wien vom 10.09.2001,⁷⁷ deren Kernaussage sich damit zusammenfassen lässt, dass ein von der Verschwiegenheit entbundener Psychotherapeut verpflichtet ist, als Zeuge auszusagen, ist in meinen Augen kritisch zu hinterfragen. Zum einen übersieht sie, dass Experten zufolge eine Entbindung nur zur Aussage berechtigen, nicht aber verpflichten soll:⁷⁸ Denn die Verschwiegenheitspflicht schützt nicht nur die Interessen der Klienten, sondern auch die **Interessen der einzelnen Berufsgruppen.**

Eine Entbindung heißt zudem nicht, dass der Geheimnisträger die Interessen des Geheimnisherrn außer Acht lassen darf. Im Übrigen ist mE die, für die **Entbindung notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu verneinen**, wenn der Betroffene von einer geheim zu haltenden Tatsache nichts weiß oder eine falsche Vorstellung über den Aussageinhalt hat (Stichwort: Therapeutisches Privileg).⁷⁹ Für Rechtsanwälte wird in der hL und Rspr die Ansicht vertreten, dass die Entbindung sie nicht von einer **gewissenhaften Prüfung** der dem Klienten aus der Preisgabe des Geheimnisses erwachsenden, gewichtigen oder unüberschaubaren Nachteile und Konsequenzen enthebt. Gleiches müsse

⁷⁴ vgl. *Entleitner* (2016) S. 27

⁷⁵ zu berücksichtigen sind aber die in § 320 ZPO bzw. § 155 StPO angeführten Besonderheiten

⁷⁶ vgl. *Frauenberger* in *Fasching & Konecny*³ § 321 ZPO Rz 31 (Stand: 1.8.2017, rdb.at)

⁷⁷ 15 R 135/01 k

⁷⁸ vgl. *Zenz*, JRP 2005, 230

⁷⁹ vgl. AnwBl 1993/4477: Ein Rechtsanwalt wurde wegen Verletzung der Berufspflicht verurteilt, weil er – nach Vorliegen einer Entbindung – aussagte und damit seinen Mandanten einer finanzstrafrechtlichen Verfolgung aussetzte. Er hätte – so die Beurteilung der OBDK die Interessen seines Mandanten trotz Entbindung wahren müssen und hätte nicht aussagen dürfen; vgl. *Frauenberger* in *Fasching & Konecny*³ § 321 ZPO Rz 19 (Stand: 1.8.2017, rdb.at); vgl. *Entleitner* (2016) S. 104 ff

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.⁸⁰ Eine Belehrung des Klienten 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.⁸¹

Eine rechtswirksame Entbindungserklärung setzt in meinen Augen jedenfalls voraus, dass dem Zeugen im Vorfeld Gelegenheit geboten wurde, den Klienten über die seines Erachtens nachteiligen Folgen einer Entbindung aufzuklären. Wenn man sich den emotionalen und psychischen Druck eines Gerichtsverfahrens vergegenwärtigt, kann nämlich bezweifelt werden, dass eine Entbindungserklärung in der Verhandlungssituation selbst frei und ernstlich abgegeben werden kann (§ 869 ABGB). Entsprechendes wird mE auch für eine, bei der Polizei unterzeichnete Ermächtigung zur Einsichtnahme in die Aufzeichnungen des Beraters / Therapeuten gelten, da von einer vergleichbaren Drucksituation ausgegangen werden muss. Eine freie und ernstliche Willenserklärung ist aber Voraussetzung für eine gültige Entbindung, sodass selbst bei Vorliegen einer Ermächtigung bzw. Erhalt einer Zeugenladung Rücksprache mit dem Klienten geboten ist.

Wichtige Aspekte im Zusammenhang mit dem Aussageverweigerungsrecht

- Die Ladung hat u.a. die Bezeichnung des **Gegenstandes der Vernehmung** zu enthalten (§ 329 Abs 2 ZPO);
- Der Zeuge ist vor seiner Befragung über die ihm zustehenden Verweigerungsrechte zu **belehren**;
- Der Zeuge muss sich in weiterer Folge **selbst** auf das **Aussageverweigerungsrecht** berufen, wobei die Gründe für die Aussageverweigerung mündlich oder schriftlich ausgeführt werden können (§ 323 ZPO);

⁸⁰ vgl. *Zenz*, JRP 2005, 230

⁸¹ vgl. *Butschek*, Das Schweigen der Psychologen und Psychotherapeuten. Dürfen Psychologen in Gerichts- und Verwaltungsverfahren von ihrer Verschwiegenheitspflicht entbunden werden? RdM 1997, 171 ff

- Wenn sich ein Zeuge auf sein Aussageverweigerungsrecht beruft, kann er die Beantwortung einzelner Fragen verweigern;
- Den Zeugen trifft trotz des Aussageverweigerungsrechtes die **Pflicht, der Ladung Folge zu leisten**, sodass sich bei einer schriftlichen Begründung des Aussageverweigerungsrechtes die abschließende Anmerkung empfiehlt, dass der Zeuge angesichts der Begründung des Aussageverweigerungsrechtes nicht davon ausgeht, dass seine Anwesenheit bei der Verhandlung geboten ist und sein Fernbleiben – mangels anderslautender Weisung – entschuldigt. Aufgrund des Ankündigens kann dem Zeugen sein Fernbleiben mE nicht zum Vorwurf gemacht werden, da es in der Verantwortung des Gerichts liegt, Kontakt aufzunehmen, sollte es mit der schriftlichen Begründung des Aussageverweigerungsrechtes nicht das Auslangen finden.

Macht der Zeuge Aussageverweigerungsgründe geltend, so hat das Gericht gemäß § 324 Abs 1 ZPO mit **Beschluss zu entscheiden**, wobei – wie bereits ausgeführt – eine schriftliche Begründung des Aussageverweigerungsrechtes auch dann bei der Entscheidung zu berücksichtigen ist, wenn der Zeuge bei der zu seiner Einvernahme anberaumten Tagsatzung nicht erscheinen sollte (vgl. § 324 Abs 2 ZPO).

Beharrt ein Zeuge auf seiner Weigerung, nachdem dieselbe als nicht gerechtfertigt anerkannt worden ist, kann er auf dem Wege der zur Erzwingung einer Handlung zulässigen Exekution von Amts wegen durch Geldstrafen oder durch Haft zur Aussage verhalten werden (vgl. § 325 Abs 1 ZPO). Als **Zwangsmittel** kommen Geldstrafen⁸² und Haftstrafen⁸³ in Frage. Welche Mittel das Gericht zur Durchsetzung der Aussagepflicht anwendet, können die Prozessparteien nicht beeinflussen, da die Zwangsmaßnahmen von Amts wegen zu ergreifen sind.⁸⁴ Gemäß § 354 Abs 2 EO **hat die Erzwingung mit der Androhung einer Geldstrafe zu beginnen**. Erst wenn der Zeuge trotz Androhung der Geldstrafe auf seiner für unberechtigt erkannten Aussageverweigerung beharrt, ist die Geldstrafe zu verhängen und gegebenenfalls bei neuerlicher Weigerung zu steigern.⁸⁵ Die Geldstrafe ist nach Art und Schwere des jeweiligen Zuwiderhandelns, unter Bedachtnahme

⁸² wobei die einzelne Geldstrafe gemäß § 359 Abs 1 EO 100.000,00 € nicht übersteigen darf

⁸³ die aber nach Abs 1 nicht über den Prozess in der ersten Instanz und keinesfalls länger als sechs Wochen dauern dürfen

⁸⁴ vgl. *Rechberger*, ZPO § 325 Rz 1

⁸⁵ vgl. *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*³ § 325 ZPO Rz 3 (Stand: 1.8.2017, rdb.at)

auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Zeugen und das Ausmaß der Beteiligung bei Zuwiderhandeln auszumessen.⁸⁶

Zu beachten ist, dass die Entscheidung des Gerichts über die Berechtigung zur Aussageverweigerung weder für den Zeugen noch die Parteien gesondert anfechtbar ist. Bekämpft der Zeuge gemeinsam mit dem Beschluss über die Berechtigung zur Aussageverweigerung gleichzeitig als nächste anfechtbare Entscheidung den Beschluss, mit dem eine Beugestrafe gemäß § 325 ZPO verhängt wurde, ist auch über die Berechtigung zur Aussageverweigerung zu entscheiden. Im Ergebnis muss es der Zeuge sohin auf die Verhängung einer Beugestrafe ankommen lassen und kann keine direkte Entscheidung über sein Aussageverweigerungsrecht herbeiführen.

3.3. *Prozessualer Schutz der Verschwiegenheit im Außerstreitverfahren*

Soweit nichts anderes angeordnet ist, sind gemäß § 35 AußStrG die Bestimmungen der Zivilprozessordnung ... über die einzelnen Beweismittel mit Ausnahme der Bestimmungen über die Gemeinschaftlichkeit der Beweise, die Fortsetzung des Verfahrens ohne Rücksicht auf die ausstehende Beweisaufnahme sowie die eidliche Vernehmung eines Zeugen oder einer Partei sinngemäß anzuwenden. § 35 AußStrG normiert sohin einen Globalverweis auf die §§ 277, 282 – 287, 289a und 289 b sowie 292 – 383 ZPO.⁸⁷

3.4. *Prozessualer Schutz der Verschwiegenheit im Strafrecht*

3.4.1. Zeugnispflichten

Die bereits 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 im Fall seines ungerechtfertigten Ausbleibens vorgeführt werden kann, sofern dies in der Ladung ausdrücklich angedroht wurde und die Zustellung nachgewiesen ist.⁸⁸ 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

⁸⁶ vgl. *Gamerith*, ÖBl 2005/11

⁸⁷ vgl. *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2013), § 35 Rz 3

⁸⁸ Vgl. *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren. Leitfaden zum Strafprozessreformgesetz (2005) Rz 631

solche vor der Kriminalpolizei und vor der Staatsanwaltschaft betrifft.⁸⁹ 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, können über ihn Beugestrafen verhängt werden. Als Beugemittel kommen – immer unter strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgebots – gemäß § 93 Abs 4 StPO eine **Geldstrafe** bis zu 10.000,00 Euro und in wichtigen Fällen eine **Freiheitsstrafe** bis zu sechs Wochen in Betracht.⁹⁰

Nach der Rspr des OGH sind diese Bestimmungen (wie 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.⁹¹

3.4.2. 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. ...
 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.⁹²

Unter einem **Amtsgeheimnis** sind u.a. alle Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder im überwiegenden Interesse der

⁸⁹ vgl. *Pilnacek/Pleischl* (2005) Rz 634

⁹⁰ vgl. *Pilnacek/Pleischl* (2005) Rz 661

⁹¹ RIS-Justiz RS0038794

⁹² RIS-Justiz RS0114838

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.⁹³ Zu beachten ist aber, 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.⁹⁴

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.⁹⁵

3.4.3. 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 oder eingetragene Partnerschaft begründete Eigenschaft einer Person als Angehörige für die Beurteilung der Berechtigung zur Aussageverweigerung aufrecht bleibt, auch wenn die Ehe oder eingetragene Partnerschaft nicht mehr besteht.
2. Besonders **schutzbedürftige Opfer** (§ 66a), wenn die Parteien Gelegenheit hatten, sich an einer vorausgegangenen kontradiktorischen Vernehmung 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

⁹³ vgl. *Pilnacek/Pleischl* (2005) Rz 637

⁹⁴ vgl. *Pilnacek/Pleischl* (2005) Rz 638

⁹⁵ vgl. *Pilnacek/Pleischl* (2005) Rz 639

eine Trennung der Aussagen nicht möglich ist. Gleiches gilt, wenn sich der Befreiungsgrund nur auf einen von mehreren Sachverhalten bezieht.

Der **Unterschied zwischen Aussagebefreiung und Aussageverweigerung** besteht darin, dass von der Aussagepflicht (§ 154 Abs 2 StPO) befreite Personen (§ 156 StPO) ausdrücklich auf ihr Recht verzichten müssen, ehe sie als Zeugen vernommen werden dürfen, wogegen Zeugen mit dem Recht zur Aussageverweigerung (§ 157 StPO) bloß über ihr Recht belehrt werden müssen und sich, wenn sie es in Anspruch nehmen wollen, selbst darauf berufen müssen.⁹⁶ Zu beachten ist, dass – im Gegensatz zur früheren Gesetzeslage – eine erwachsene Person iSd Abs 1 Z 1, die als **Privatbeteiligter**⁹⁷ 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 ihres Privatbeteiligtenanschlusses – jederzeit von ihrem Recht der Aussagebefreiung Gebrauch machen können.⁹⁸ Einen Entfall des Aussagebefreiungsrechts bei Hervorkommen neuer Beweisergebnisse nach Durchführung einer kontradiktorischen Zeugenvernehmung sieht das Gesetz nicht vor.⁹⁹

In § 156 Abs 1 Ziffer 2 StPO werden jene Personen erfasst, die als **schonungsbedürftige Zeugen** im Verfahren bloß einmal vernommen werden sollen und nach Durchführung einer kontradiktorischen Vernehmung von der Pflicht zur (neuerlichen) Aussage befreit sind.¹⁰⁰

Die in § 156 Abs 1 Z 1 (betreffend Zeugen im Verfahren gegen Angehörige) und in § 157 Abs 1 Z 2 – 5 (zum Schutz bestimmter Berufsgeheimnisse sowie des Redaktions- und des Wahlheimnisses) getroffenen Regelungen sind **nichtigkeitsbewehrt**, d.h. das

⁹⁶ vgl. *Kirchbacher* in *Fuchs/Ratz*, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, § 156 Rz 2 (Stand: 1.10.2013, rdb.at)

⁹⁷ § 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

⁹⁸ vgl. *Pilnacek/Pleischl* (2005) Rz 643

⁹⁹ vgl. RIS-Justiz RS0118084

¹⁰⁰ vgl. *Pilnacek/Pleischl* (2005) Rz 644

betreffende Protokoll darf nicht verwertet und muss vernichtet werden,¹⁰¹ wenn die dort vorgesehenen Regeln für eine gültige Aussage nicht eingehalten wurden.

3.4.4. 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, Verfahrensanwälte in Untersuchungsausschüssen des Nationalrats, 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

¹⁰¹ vgl. *Kirchbacher in Fuchs/Ratz*, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, § 156 Rz 5 und § 159 Rz 23 (Stand: 1.10.2013, rdb.at)

stehenden **Verwertungsverbot** abgesichert. Abgesehen von der nunmehr bestehenden Trennung des Rechts auf „Aussagebefreiung“ und des Rechts 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.¹⁰²

Das **Verbot der Umgehung** wird erstmals mit einer demonstrativen Aufzählung,¹⁰³ versehen. Ebenfalls als Umgehung und damit unter Nichtigkeitssanktion stehend wird man das Abhören von Telefongesprächen sehen können.¹⁰⁴

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 in erster Linie der Zeuge verantwortlich ist, die berufsrechtliche Verpflichtung zur Verschwiegenheit zu wahren.** Ihm obliegt auch die Entscheidung, ob er diese Pflicht – etwa aufgrund einer Notstandsituation – verletzt. Über die Belehrungspflicht der Behörde hinaus treffe weder sie selbst noch das Gericht eine Verantwortung für die Einhaltung dieser Pflicht. Demzufolge liege auch keine Verletzung von Verfahrensrechten vor, wenn der entsprechend belehrte Zeuge die Aussage – auch in kritischen Punkten – nicht verweigere.¹⁰⁵

Nichtigkeit der Aussage

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,

¹⁰²vgl. *Foregger/Fabrizy*, Die österreichische Strafprozessordnung samt den wichtigsten Nebengesetzen. Kurzkomentar⁹ 2004, § 152 StPO a.F., Rz 2

¹⁰³ 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

¹⁰⁴vgl. *Foregger/Fabrizy*⁹, 152 StPO a.F., Rz 21

¹⁰⁵ vgl. *Pilnacek/Pleischl* (2005) Rz 646

so ist jener Teil der Aussage nichtig, auf den sich das Verweigerungsrecht bezieht. Das aufgenommene Protokoll ist insoweit zu vernichten.

Zweck der Aussagebefreiung

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.¹⁰⁶ Der Zeuge hat entsprechendes gemäß § 159 Abs 2 StPO glaubhaft zu machen, sofern der Befreiungs- bzw. Verweigerungsgrund nicht ohnedies offenkundig ist.

3.4.5. Aussageverweigerung in Bezug auf einzelne Fragen

Gemäß § 158 (1) 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 Nachteils** 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.¹⁰⁷

¹⁰⁶ *Pilnacek/Pleischl* (2005) Rz 649

¹⁰⁷ *Foregger/Fabrizy*⁹ § 153 StPO a.F. Rz 1

3.4.6. Zeugnisbefreiung bei psychosozialer Betreuung

Der zunehmende Bereich psychosozialer Beratung, der Sozialberatung und der Psychotherapie setze ein Vertrauensverhältnis zwischen Berater / Therapeut und Klient voraus, in dem die vertrauliche Behandlung aller Gespräche gesichert sein müsse. Aus diesem Grund wurde diesem Personenkreis ein Aussageverweigerungsrecht eingeräumt. Gemäß § 157 Abs 1 Z 3 StPO sind Fachärzte für Psychiatrie,¹⁰⁸ Psychotherapeuten,¹⁰⁹ Psychologen,¹¹⁰ Bewährungshelfer,¹¹¹ eingetragene Mediatoren nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz und Mitarbeiter anerkannter Einrichtungen zur psychosozialen Beratung und Betreuung¹¹² über das, was ihnen in dieser Eigenschaft bekannt geworden ist, zur Verweigerung der Aussage berechtigt. Als **anerkannt** ist eine solche **Einrichtung** insb. dann anzusehen, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist oder von öffentlichen Stellen gefördert oder in Anspruch genommen wird. Dabei ist der Begriff **gesetzlich „anerkannt“** weit auszulegen.¹¹³ Als Beispiele können die in Anspruch genommenen und landesgesetzlich vorgesehenen Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen oder die Zentralstelle für Haftentlassenenhilfe angeführt werden. Auch Sozialarbeiter bei der Bezirkshauptmannschaft werden als Mitarbeiter anerkannter Einrichtungen zur psychosozialen Beratung oder Betreuung erfasst. Der Begriff Mitarbeiter ist unabhängig von einem Dienstverhältnis zu beurteilen.¹¹⁴ **Es wird bei den Mitarbeitern anerkannter Einrichtungen zur psychosozialen Beratung und Betreuung nicht unterschieden, welcher Berufsgruppe sie angehören oder welche Qualifikation sie haben.**¹¹⁵

¹⁰⁸ Sonstige Ärzte, auch wenn sie auf psychiatrische Bedürfnisse des Patienten eingehen, fallen nicht darunter, vgl. *Kirchbacher in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 157 Rz 21 (Stand: 1.10.2013, rdb.at)

¹⁰⁹ Sind nur solche, die in die Psychotherapeutenliste gem § 17 Psychotherapiegesetz eingetragen worden sind, vgl. *Kirchbacher in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 157 Rz 22 (Stand: 1.10.2013, rdb.at)

¹¹⁰ Unter diesem Begriff ist zu verstehen, wer zur Führung der Berufsbezeichnung „Psychologe“ berechtigt ist, vgl. *Kirchbacher in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 157 Rz 23 (Stand: 1.10.2013, rdb.at)

¹¹¹ Es werden Betreuer iSd „klassischen“ Bewährungshilfe erfasst, aber auch solche, die als „Konfliktregler“ im Rahmen eines Tauschgleichs tätig werden, *Kirchbacher in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 157 Rz 24 (Stand: 1.10.2013, rdb.at)

¹¹² Bspw. Jugendgerichtshilfe, Lebenshilfe, schulpyschologische Dienste, Krisenintervention, Rehabilitation, Beratung und Behandlung Suchtkranker, Ehe-, Partner-, Familien- und Erziehungsberatung, Betreuung Aidskranker usw., vgl. *Kirchbacher in Fuchs/Ratz*, WK StPO, § 157 Rz 26 (Stand: 1.10.2013, rdb.at)

¹¹³ vgl. BMJ, 1993, 39)

¹¹⁴ vgl. *Kirchbacher in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 157 Rz 26 (Stand: 1.10.2013, rdb.at)

¹¹⁵ vgl. *Dvorak* (1995) 7

Dementsprechend kann dieses Aussageverweigerungsrecht auch von einem Sozialarbeiter,¹¹⁶ der den Klienten in einem konkreten Fall beraten hat, in Anspruch genommen werden.

Mit dem Ausdruck „**bekannt geworden**“ solle verdeutlicht werden, dass nicht nur das Anvertrauen von Geheimnissen oder auch anderer Umstände durch den Klienten selbst, sondern etwa auch Mitteilungen Dritter vom Aussageverweigerungsrecht umfasst wären. Das **Aussageverweigerungsrecht** schließt nunmehr alle Umstände ein, die dem Zeugen in seiner privilegierten Eigenschaft bekannt geworden sind.¹¹⁷

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 aber nicht. Dieser **wesentliche Unterschied** betrifft z.B. **Ärzte** (ausgenommen Psychiater), die aus diesem Grund in einem Strafverfahren aussagen müssen.¹¹⁸

Allen Aussageverweigerungsberechtigten ist gemeinsam, dass das Aussageverweigerungsrecht nicht zur Disposition des Zeugen steht, sodass es auf eine „Entbindung“ von der Verschwiegenheitspflicht nicht ankommt.¹¹⁹ Denn Schutzobjekt ist nach Ansicht des OGH bei Beratungs- und Betreuungsverhältnissen nicht nur der Beratende, sondern auch der Berater.¹²⁰ Das bedeutet, dass die Angehörigen der in Abs 1 Z 2 bis 4 genannten Berufsgruppen ihr Aussageverweigerungsrecht auch im Fall einer Entbindung durch den Klienten nicht verlieren.

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

¹¹⁶ Hier gibt es keine Berufsvorschrift, die die Verschwiegenheit gesetzlich verankert

¹¹⁷ vgl. OGH 13 Os 110/96, RIS-Justiz RS0105933

¹¹⁸ *Butschek* in RdM 1997, 171 ff

¹¹⁹ RIS-Justiz RS0105932

¹²⁰ vgl. OGH 13 Os 110/96

3.5. *Ist es sinnvoll, im Falle einer Entbindung bei Gericht / bei der Polizei auszusagen?*

Eingangs bleibt nochmals zu erwähnen, dass **im Strafverfahren** ausschließlich der Berater / Therapeut über den Gebrauch des Aussageverweigerungsrechts entscheidet; er kann sich demnach auch bei einer Entbindung durch den Klienten auf sein Aussageverweigerungsrecht berufen.

Wie bereits angeführt, schützt § 321 Abs 1 Z 3 ZPO in seinem Kernbereich spezifische Vertrauensverhältnisse, weshalb mE – unter Verweis auf die obigen Ausführungen – die Rechtsansicht, wonach bei Vorliegen einer Entbindung eine Verpflichtung zur Aussage im Zivilverfahren bestünde, im Kontext Beratung / Therapie kritisch zu hinterfragen ist.

Aus nachstehenden Gründen ist es sinnvoll, eine klare und stringente Linie in Gerichtsverfahren zu verfolgen und die Aussage konsequent – selbst im Falle einer Entbindung – zu verweigern:

Schutz beruflicher Interessen

Für die soziale und therapeutische Arbeit ist das **Vertrauen**, das der Beratung oder Hilfe suchende Klient demjenigen entgegen bringt, dem er sich anvertraut, von **zentraler Bedeutung**. Neben dem Schutz der Geheimnisphäre sollen durch die Verschwiegenheitspflicht auch **berufliche Interessen** der einzelnen Berufsgruppen geschützt werden. Ärzte, Psychologen, Psychotherapeuten, Sozialarbeiter etc. sind nur dann in der Lage, Klienten zu beraten und zu unterstützen, wenn sie sich rückhaltlos anvertrauen.¹²¹

Es geht bei der Haltung, die **Aussage** – unabhängig von einer Entbindung – grundsätzlich in **Verfahren zu verweigern** nicht nur um die Wahrung schon bestehender Vertrauensverhältnisse, sondern auch um die glaubwürdige Zusicherung der Vertraulichkeit gegenüber hilfsbedürftigen Personen, nicht zuletzt um diese auch in Zukunft zur Inanspruchnahme von Rat und Hilfe zu ermutigen. Gibt es keine klare Haltung

¹²¹ vgl. Zenz in JRP 2005, 230 ff, vgl. Frauenberger in Fasching/Konecny³ § 321 ZPO Rz 16 (Stand: 1.8.2017, rdb.at)

in Bezug auf die Schweigepflicht, wird sich ein Klient im Zweifel nicht darauf verlassen und eine vielleicht notwendige Hilfestellung nicht annehmen können.

Vermeidung der Instrumentalisierung einer Beratung / Therapie

Klienten werden in aller Regel im Vorfeld einer Beratung / Therapie darüber aufgeklärt, dass von einer sehr strengen Schweigepflicht ausgegangen wird, an welcher auch im Falle einer Entbindung festgehalten wird. Würde dies nicht der Fall sein, bestünde die Gefahr, dass Klienten beginnen (bewusst oder unbewusst) eine Beratung / Therapie für ihren eigenen Vorteil zu nutzen und zu instrumentalisieren. Weiß der Klient, dass die Inhalte aufgrund einer möglichen Offenlegung des Beratungsgeheimnisses für ihn unmittelbar (negative oder positive) Konsequenzen haben kann, wird er in weiterer Folge seine Offenheit einschränken. Sobald ein Klient durch bestimmte Verhaltensweisen innerhalb der Beratung / Therapie oder das Vortäuschen von Fortschritten Vorteile versucht zu gewinnen, ist einer wirklich sinnvollen therapeutischen Begleitung / Beratung die Grundlage entzogen. **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.**¹²²

Vermeidung möglicher negativer Konsequenzen einer Aussage für den Klienten

Klienten können in den wenigsten Fällen die **Konsequenzen einer Aussage einschätzen**. Es sollte in diesem Zusammenhang auch nicht vergessen werden, dass in Wahrheit nur der Berater / Therapeut abschätzen kann, ob eine Offenlegung der Therapieinhalte dem Klienten schaden könnte, da diese ja nicht die objektive Wahrheit, sondern die subjektive Wahrnehmung des Beraters / Therapeuten zum Inhalt hat.¹²³

Im Vorfeld einer Zeugenvernehmung ist es im Übrigen unmöglich, den Verlauf und die Fragestellung vorherzusehen. **Entscheidet sich der Berater / Therapeut nach einer Entbindung für eine Aussage, hat er sämtliche Fragen zu beantworten, mitunter auch solche, deren Antworten sich nachteilig für den Klienten auswirken.** Der Vollständigkeit halber wird festgehalten, dass die Entbindungserklärung nach hM nur solange zurückgenommen werden kann, als die Vernehmung noch nicht begonnen hat. Ein **später erfolgter einseitiger Widerruf sei unbeachtlich**, könnte doch sonst das

¹²² vgl. Frottier/Frühwald (1998) 87

¹²³ Vgl. Frottier/Frühwald (1998) 89

Weigerungsrecht von den Parteien rein taktisch gebraucht und vom Verlauf der Vernehmung abhängig gemacht werden.¹²⁴

Vermeidung der Durchschaubarkeit einer Aussage / Nichtaussage

Auch wenn eine aussagewillige Partei grundsätzlich die Beantwortung einzelner Fragen verweigern darf,¹²⁵ wird sie dieses Recht in der Praxis in den wenigsten Fällen wahrnehmen können.

Entscheidet ein Geheimnisträger 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 daraus ziehen, wenn er sich in einem anderen Fall auf sein Aussageverweigerungsrecht beruft. Obwohl nach der Rechtsprechung die Tatsache einer Aussageverweigerung keinen Beweisumstand begründen kann,¹²⁶ wird man in der Praxis von einer gewissen Aussagekraft ausgehen können, insb. wenn das Verhalten der jeweiligen Geheimnisträger derart **„durchschaubar“** ist.

Vermeidung des Drucks für zukünftige Klienten, entbinden zu „müssen“

Vielfach fühlen sich Klienten unter Druck gesetzt, entbinden zu müssen, um das Gesagte unter Beweis zu stellen, obgleich sie die Offenlegung des im Vertrauen besprochenen nicht wünschen.¹²⁷

Eine klare Haltung in Bezug auf die Schweigepflicht motiviert Klienten, sich Hilfe auch bei strafrechtlich relevanten Problemfeldern zu suchen

Zu Guter letzt schließt sich hier der Kreis wieder, da die glaubwürdige Zusicherung der Vertraulichkeit gegenüber hilfsbedürftigen Personen Voraussetzung dafür ist, Betroffene in Zukunft zur Inanspruchnahme von Rat und Hilfe zu ermutigen. **Klienten, die mitunter**

¹²⁴ vgl. *Gitschthaler* in Verschwiegenheitspflicht des Zeugen – Rügepflicht der Partei, EF-Z 2011/23

¹²⁵ OGH 13 Os 69/88

¹²⁶ OGH 15 Os 122/88, RIS-Justiz RS0097552

¹²⁷ Etwa ein Missbrauchsopfer in Bezug auf die Therapieinhalte, um die Folgen des sexuellen Missbrauchs belegen zu können; dadurch werden höchstpersönliche Umstände – etwa die Auswirkungen des Missbrauchs auf das nunmehrige Sexualeben – im Strafverfahren offen gelegt, wobei nicht nur das Gericht davon Kenntnis erlangt, sondern auch der Täter selbst.

eine Strafverfolgung fürchten, wenden sich nur dann an Einrichtungen, wenn sie darauf vertrauen, dass der Berater / Therapeut an der Schweigepflicht festhält. Bei einem vorschnellen Bruch der Verschwiegenheit kann das Vertrauen in eine ganze Einrichtung und die dort tätigen Mitarbeiter verloren gehen.¹²⁸

Ungeachtet der hier dargelegten Gründe kann es **vereinzelte Ausnahmefälle** geben, in denen eine Aussage im Rahmen des rechtfertigenden Notstandes (näheres dazu an anderer Stelle) geboten ist.

4. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

4.1. Grundsätze

Der **Schutz der Vertrauensbeziehung** setzt einen verantwortungsvollen Umgang damit voraus. Eine **Vernetzung** des Helfersystems ist sinnvoll und erwünscht, **erfordert** aber grundsätzlich das Einverständnis des Klienten oder eine besondere Rechtfertigung, warum gegen oder ohne Willen des Klienten eine Informationsweitergabe / ein Austausch erfolgt. **Im Regelfall ist eine adäquate fachliche Entscheidung mit den rechtlichen Rahmenbedingungen in Einklang zu bringen.**

Ohne Einverständnis des Klienten oder Vorliegen einer besonderen Rechtfertigung dürfen keine Informationen an Dritte weitergegeben werden (= Schweigepflicht). Unter **Dritten** werden alle Personen außerhalb des Fachteams, des allfälligen Auftraggeberkreises und jener Personen, hinsichtlich derer eine Entbindung durch den Klienten vorliegt, verstanden. Informationen, die vom Auftraggeber im Kontext eines Auftrages verlangt werden¹²⁹ unterliegen nicht der Schweigepflicht. Dasselbe gilt für Rahmenbedingungen, die bereits vom Berater / Therapeuten als Bedingung für die Auftragsannahme definiert wurden.¹³⁰

¹²⁸ vgl. Dvorak (1998)

¹²⁹ Bsp. Im Zusammenhang mit einer Finanzierung werden Verlaufsberichte vom Fördergeber verlangt

¹³⁰ Bsp. Es zeichnet sich bereits zu Beginn ab, dass eine Zusammenarbeit mit anderen Einrichtungen notwendig ist (etwa: Bei einer Weisung des Gerichts, sich einer Therapie zu unterziehen; Zusammenarbeit

Voraussetzung dafür ist, dass der Klient zu Beginn einer Beratungs- / Therapiebeziehung transparent über diesen Umstand aufgeklärt wurde und sich mit dem Beratungssetting einverstanden erklärt hat.

4.2. *Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht*

4.2.1. Bei einem Auftrag / Rahmenbedingung

In diesen Fällen steht bereits von vornherein fest, dass **Informationen** aus einem Beratungs- / Therapiekontext – sei es aufgrund einer Zuweisung oder auch einer Finanzierung – an den **Auftraggeber / den Finanzier weitergeleitet** werden, ohne dass der Klient im Einzelfall um Erlaubnis gefragt werden muss.

Als klassisches **Beispiel** können etwa die Berichte im Zusammenhang mit der Finanzierung einer Integrationshilfe benannt werden, aber auch Berichte, die von der Kinder- und Jugendhilfe von der, mit der Unterstützung der Erziehung beauftragten Einrichtung verlangt werden.

Es gibt aber auch Fallkonstellationen, in denen bereits **von vornherein** aufgrund fachlicher Überlegungen feststeht, dass eine **Vernetzung erforderlich** ist, um eine spezifische Hilfestellung anbieten zu können. Als **Beispiel** sei etwa angeführt, dass das Beratungsangebot der Gigagampfa¹³¹ einen parallelen Austausch auf Elternebene voraussetzt, um die spezifischen Problemstellungen des Kindes im Umgang mit der Trennungssituation benennen, besprechen und bestenfalls einer Lösung zuführen zu können. Aber auch bei der Behandlung in einer Krankenanstalt durch Angehörige verschiedener Gesundheitsberufe handelt es sich um eine derartige Fallkonstellation. Die für die Zusammenarbeit notwendigen Informationen können – eine Aufklärung und Zustimmung des Klienten zu Beginn der Behandlung vorausgesetzt – ausgetauscht werden, ohne dass hierfür eine Entbindung im Einzelfall erforderlich wäre.¹³²

Neustart und Therapeut), um den Klienten bei seinem Anliegen unterstützen zu können; für die Arbeit mit der Minderjährigen ist ein Austausch mit den Eltern geboten.

¹³¹ Ein von der katholischen Kirche etabliertes Beratungsangebot, das als Gruppenangebot für Kinder und Jugendliche von 4 -14 Jahren ausgerichtet ist und den Minderjährigen eine Hilfestellung im Umgang mit einer Trennung ihrer Eltern bieten soll.

¹³² vgl. *Bundesministerium für Gesundheit*, Information zur Verschwiegenheitspflicht gemäß Musiktherapiegesetz, Psychologengesetz 2013 und Psychotherapiegesetz (2015) 11

Diese, bei weitem nicht erschöpfend aufgezählten Fallkonstellationen haben es gemeinsam, dass bereits zu Beginn der Beratungs- und Therapiebeziehung die Zusammenarbeit mit anderen bzw. zumindest eine inhaltliche Rückmeldung an andere feststeht. Der Klient ist in diesen Fällen zu Beginn einer Beratungs- und Therapiebeziehung transparent über diesen Umstand **aufzuklären**. Erklärt er sich damit nicht einverstanden, hat das in aller Regel zur Folge, dass die Möglichkeit, den Auftrag anzunehmen überdacht werden muss, weil eine wesentliche Grundbedingung für denselben nicht erfüllt wird. Akzeptiert der Klient diese Rahmenbedingung, ist eine einzelfallbezogene Entbindung für einen Austausch nicht mehr notwendig, weil der Austausch / die Rückmeldung bereits von Beginn an vereinbart und transparent gemacht wurde.

Zu beachten ist, dass es dem Klienten jederzeit möglich sein muss, seine zu Beginn des Beratungs-, und Therapiekontextes gegebene Einwilligung zu **widerrufen**. Der Widerruf kann aber nur für die Zukunft gelten und muss die Beurteilung des Beraters / Therapeuten nach sich ziehen, ob der übernommene Auftrag unter diesen Umständen noch durchführbar ist.

4.2.2. Anlassfallbezogene Entbindung

Manchmal ist es fachlich notwendig, sich zu vernetzen. Eine Informationsweitergabe / eine Vernetzung setzt allerdings die **Entbindung** durch den einsichts- und urteilsfähigen Klienten voraus (oder das Vorliegen einer besonderen Rechtfertigung, auf die an anderer Stelle näher eingegangen wird).

Einsichtsfähigkeit bedeutet die Fähigkeit, die Bedeutung seines Handelns und die Konsequenzen in diesem Zusammenhang einzuschätzen. **Urteilsfähigkeit** bedeutet die Fähigkeit, sein Handeln danach auszurichten. Für die Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit sind Faktoren wie Alter, geistige Reife, Gesundheitszustand, Persönlichkeit, Gefährdung etc. heranzuziehen. Bei Minderjährigen wird die Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Zweifel mit 14 Jahren vermutet (vgl. analoge Anwendung des § 173 Abs 1 ABGB).

Die Erklärung selbst ist zwar **formfrei**;¹³³ in jedem Fall muss aber der Wille zur Entbindung klar, unmissverständlich und ohne Willensmangel zum Ausdruck kommen.

¹³³ D.h. die Entbindung muss nicht zwingend schriftlich vorliegen

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.¹³⁴

Sind **mehrere Personen** durch die Verschwiegenheitspflicht geschützt (etwa bei einer Paartherapie, bei denen beide Klienten sind), ist in aller Regel die gleichlautende Entbindung durch alle erforderlich.¹³⁵

Es empfiehlt sich jedenfalls bereits bei Beginn eines Beratungs- / Therapievertrages zu klären, wer Klient ist und wem gegenüber die Verpflichtung zur Verschwiegenheit tatsächlich besteht. **Denn ein Berater / Therapeut kann immer nur seinem Klienten verpflichtet sein, nicht aber Dritten,¹³⁶ mit denen er im Austausch steht.** Wird von vornherein gegenüber dem Dritten transparent gemacht, wer Klient ist und dass von dem Dritten weitergegebene Informationen soweit als notwendig in den Beratungs- / Therapiekontext einfließen, besteht diesem gegenüber keine Schweigepflicht. **Etwa:** Der Psychotherapeut einer 15-jährigen Klientin kann mit ihrem Einverständnis alle relevanten Informationen aus dem Beratungskontext verwenden und auch weitergeben, selbst wenn sie dritte Personen betreffen. Er benötigt dafür auch nicht die Zustimmung der Kindesmutter (= dritte Person) zur Weitergabe der von ihr anvertrauten Information, sie werde von ihrem Ehemann geschlagen. Etwas anderes ist es freilich, wenn der Kindesmutter vom Berater / Therapeuten zugesichert wurde, er werde diese Information vertraulich behandeln.

Die Entbindung gilt auch für die beigezogenen Hilfskräfte bzw. Fachauszubildende.¹³⁷

Ist der **Klient verstorben**, so sind die Erben / Angehörigen des Verstorbenen zur Einsicht in die Dokumentation berechtigt, wenn sie ein berechtigtes Interesse haben und (!) der Persönlichkeitsschutz des Verstorbenen nicht entgegensteht. **Das treffe dann zu, wenn die Einwilligung des Klienten zur Offenbarung zu mutmaßen sei.** Im Umkehrschluss heißt das, dass die Verweigerung der Offenbarung im Hinblick auf das fortwirkende Persönlichkeitsrecht berechtigt sein muss.¹³⁸ Sollten sich keine Anhaltspunkte dafür finden lassen, dass die verstorbene Person die Entbindung verweigern wollte, ist nach der Rspr

¹³⁴ vgl. Zenz in JRP 2005, 230 ff

¹³⁵ vgl. RIS-Justiz RS0122555

¹³⁶ Selbst wenn es sich um nahestehende Personen des Klienten handelt, wie etwa die Eltern

¹³⁷ RIS-Justiz RS0122554

¹³⁸ Vgl. 1 Ob 341/99z; RIS-Justiz RS0009005

des OGH auf die Maßfigur des verständigen und einsichtigen Menschen abzustellen. Wird etwa die Testierfähigkeit des Erblassers in Frage gestellt, läge es zweifelsohne in seinem Interesse, dass sich jene Personen äußern, die am ehesten Aufschluss über seinen wahren letzten Willen geben könnten.¹³⁹

Bei nicht einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen / Besachwalterten müssen mE für die Fähigkeit des gesetzlichen Vertreters, den Berater / Therapeuten von seiner Schweigepflicht zu entbinden, dieselben Grundsätze wie bei verstorbenen Klienten gelten.

D.h. eine Entbindung durch den gesetzlichen Vertreter wird dann möglich sein, wenn die Einwilligung zur Offenbarung zu mutmaßen ist.¹⁴⁰ Der Vollständigkeit halber ist hier anzumerken, dass nach der Rechtsansicht des Bundesministeriums für Gesundheit eine gültige Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht bei fehlender Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht vom gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden kann, weil es sich um ein höchstpersönliches Recht handelt.¹⁴¹

4.3. *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

¹³⁹ vgl. 2 Ob 162/16 m

¹⁴⁰ Maßgeblich ist immer das Interesse des Kindes. Entbindet der obsorgeberechtigte Elternteil den Therapeuten, die Therapieinhalte für einen Obsorgestreit offen zu legen, würde das idR nicht im Interesse des Kindes sein, weil die Therapie ein geschützter Rahmen darstellt, in dem das Kind Entlastung / Hilfe im Umgang mit dem Konflikt auf Elternebene finden kann. Würden die Therapieinhalte in einem Obsorgeverfahren offen gelegt werden, hieße das, dass der geschützte Rahmen nicht mehr gewährleistet werden könnte, weil die Therapie für die Zwecke des Obsorgeverfahrens „missbraucht“ würde.

¹⁴¹ Vgl. *Bundesministerium für Gesundheit* (2015) 6

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.

4.3.1. 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**¹⁴² aufgrund einer ihn im Besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung gemäß § 2 StGB¹⁴³ 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 den Missbrauch verantwortlich gemacht werden.¹⁴⁴ Ähnliches gilt für einen Arzt bzw. Therapeuten, wenn dieser erkennen würde, dass ein Patient infolge einer psychischen Erkrankung aus eigenem nicht in der Lage ist, für ihn selbst grob gesundheitsschädliche oder gar tödliche Verhaltensweisen zu vermeiden und er es – trotz der Möglichkeit, die Schädigung etwa durch die Verständigung von Angehörigen zu

¹⁴² Eltern für ihre Kinder, Arzt für seine Patienten, Kindergartenpädagoge für seine Kindergartengruppe etc.

¹⁴³ „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.“

¹⁴⁴vgl. *Triffierer/Rosband/Hinterhofer*. StGB. Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch⁶, Band 4 (2001) § 286 Rz 5 ff, RIS-Justiz RS0108869

verhindern – unterlässt, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen. In einem solchen Fall ist der Arzt bzw. Therapeut nicht nur zu einer solchen Mitteilung berechtigt, sondern aufgrund seiner Garantenstellung als behandelnder Arzt bzw. Therapeut auch dazu verpflichtet. Handelt er nicht, droht ihm eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Gesundheitsschädigung oder gar fahrlässiger Tötung durch Unterlassen (§§ 2, 88 bzw. 80 StGB).¹⁴⁵

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.¹⁴⁶ 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. **Nach den Intentionen des Gesetzgebers sollen Straftaten, die (erst) für eine weitere Zukunft angekündigt werden oder zu erwarten sind, keine Verhinderungspflicht begründen.**¹⁴⁷ Der Beurteilung, ob die Tat unmittelbar bevorsteht, ist ein ex-ante-Maßstab zugrunde zu legen, womit auf den Eindruck eines objektiven Dritten in der Unterlassungssituation abzustellen ist.¹⁴⁸ Nach der Vollendung der Tat geplante bzw. begonnene „Folgehandlungen“ müssen grundsätzlich nicht mehr verhindert werden, weil diese keine mit Strafe bedrohten Handlungen darstellen und die tatbestandsmäßige Unterlassungssituation des § 286 StGB damit nicht erfüllt sei.¹⁴⁹

Dauerdelikte, demnach Delikte, die über einen gewissen Zeitraum fortgesetzt werden, bilden eine Ausnahme. Als klassisches Beispiel kann die Freiheitsentziehung iSd § 99 StGB angeführt werden. Die Freiheitsentziehung ist zwar mit dem erstmaligen Vorliegen

¹⁴⁵ vgl. *Schmoller*, Zur Reichweite der Verschwiegenheitspflicht von Ärzten, Psychologen und Psychotherapeuten beim Verdacht des sexuellen Mißbrauchs in *Schmoller/Holz-Dahrenstaedt*, Sexueller Mißbrauch von Kindern, Strafverfolgung und Kindeswohl in interdisziplinärer Perspektive (2000) 15 ff

¹⁴⁶ vgl. *Triffterer/Rosband/Hinterhofer*⁶ § 286 StGB, Rz 9

¹⁴⁷ vgl. *Plöchl* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2013) § 286 Rz 6; *Krauskopf/Fister* in RdM 2013/2: Rechtsfolgen der Verletzung der ärztlichen Anzeigepflicht

¹⁴⁸ vgl. *Triffterer/Rosband/Hinterhofer*⁶ § 286 StGB Rz 12

¹⁴⁹ vgl. *Hinterhofer*, Zum Anwendungsbereich des § 286 StGB, ÖJZ 1995, 495 ff

der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale vollendet,¹⁵⁰ der Tatbestand wird jedoch vom Täter in jedem Zeitpunkt bis zur – tatsächlichen – Beendigung¹⁵¹ dauernd erneut verwirklicht. Für die Strafbarkeit gemäß § 286 StGB heißt das wiederum, dass bei diesen Delikten eine **Verhinderungspflicht** bis zur **Beseitigung des rechtswidrigen Zustands** 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,¹⁵² die aber bei Vorliegen aller objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale vollendet sind. In diesen Fällen wird für die Beurteilung der Strafbarkeit gemäß § 286 StGB nur auf die Tatvollendung abgestellt.¹⁵³

4.3.2. 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 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.**¹⁵⁴ Auch die Benachrichtigung der Behörde oder des Bedrohten kann gemäß § 286 Abs 1 StGB die Strafbarkeit ausschließen: Voraussetzung dafür ist, 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

¹⁵⁰ Vorsatz, jemanden gegen seinen Willen festzuhalten und Umsetzung dieses Vorsatzes, indem man jemanden in einen Raum einsperrt.

¹⁵¹ Aufhebung der widerrechtlichen Freiheitsbeschränkung

¹⁵² Etwa: Das Kind auch in Zukunft sexuell zu missbrauchen

¹⁵³ vgl. *Hinterhofer*, ÖJZ 1995, 495 ff

¹⁵⁴ vgl. *Triffterer/Rosband/Hinterhofer*⁶ § 286 StGB Rz 20 - 21

oder geistig behindert ist,¹⁵⁵ habe die Benachrichtigung gegenüber seinem gesetzlichen Vertreter zu erfolgen.¹⁵⁶

4.3.3. Strafbarkeit

Voraussetzung für eine Strafbarkeit gemäß § 286 StGB ist, dass der Täter zumindest einen bedingten Vorsatz hatte, eine Straftat nicht zu verhindern. 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.¹⁵⁷ 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 insgesamt eine Strafbarkeit aus § 286 StGB entfallen lässt.¹⁵⁸

4.3.4. Rechtfertigungsgründe

Entschuldigt ist zum einen, wer die Verhinderung einer fremden Straftat nicht leicht bewirken konnte. Dabei kommt es 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 aber immer zu berücksichtigen:

¹⁵⁵ Achtung: Unmündigkeit oder geistige Behinderung lassen aber nicht zwangsläufig den Schluss zu, der Betreffende wäre nicht einsichts- und urteilsfähig. Diese Beurteilung ist in jedem Fall vorzunehmen.

¹⁵⁶ vgl. *Triffterer/Rosband/Hinterhofer*⁶ § 286 StGB Rz 22 – 27; vgl. *Plöchl in Höpfel/Ratz*², § 286 StGB Rz 8

¹⁵⁷ vgl. *Triffterer/Rosband/Hinterhofer*⁶ § 286 StGB Rz 30

¹⁵⁸ *Triffterer/Rosband/Hinterhofer*⁶ § 286 StGB Rz 32

Gegebenenfalls mag die unmittelbare Verhinderung¹⁵⁹ nicht leicht, die mittelbare Verhinderung durch Benachrichtigung der Behörde – etwa durch telefonische Information der Polizei – hingegen sehr wohl leicht möglich sein.¹⁶⁰

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** verletzt würde. Darunter sind jedenfalls die Bestimmungen des § 37 Psychologengesetz 2013, 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 ziehen würde. Im Kollisionsfall sind die Nachteile, die aus der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht drohen, mit den Folgen der Unterlassung jener Maßnahmen, die die Straftat abwenden können, zu vergleichen.¹⁶¹ 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 unmittelbar bevorstehenden schweren Gewalttat¹⁶² 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.¹⁶³

Angemerkt werden muss in diesem Zusammenhang, dass aufgrund des Erfordernisses der unmittelbar bevorstehenden Ausübung der Straftat (= Versuchsstadium)¹⁶⁴ in der Praxis kaum eine Fallkonstellation denkbar ist, die den Berater / Therapeuten verpflichtet, Maßnahmen zu setzen, um der Strafbarkeit nach § 286 StGB zu entgehen. Die Ankündigung eines Jugendlichen etwa, sich am Abend für

¹⁵⁹ Etwa: Eingreifen des Beobachters, um das am Boden liegende Opfer vor weiteren Tritten zu schützen

¹⁶⁰ vgl. Plöchl in Höpfel/Ratz² § 286 StGB Rz 19

¹⁶¹ vgl. Plöchl in Höpfel/Ratz² § 286 Rz 22

¹⁶² Patient ruft in aufgelöstem Zustand beim Arzt an und kündigt an, jetzt ins Wohnzimmer zu gehen, um sich und seine Frau umzubringen, weil er keinen Ausweg mehr sieht.

¹⁶³ vgl. Triffterer/Rosband/Hinterhofer⁶ § 286 StGB, Rz 47

¹⁶⁴ Plöchl in Höpfel/Ratz² § 286 Rz 11

einen Raubüberfall zu verabreden, würde noch nicht die rechtliche Verpflichtung des Beraters nach sich ziehen, die Polizei darüber in Kenntnis zu setzen.¹⁶⁵

4.4. *Besondere Pflicht zu Handeln (Garantenstellung)*

Menschliches Verhalten, dessen strafrechtliche Relevanz zu beurteilen ist, kann in einem aktiven Tun, aber ebenso in einem Unterlassen bestehen. **Strafrechtlich relevantes Unterlassen** ist stets die Nichtvornahme eines gebotenen Tuns, sohin qualifiziertes Nichtstun. Nur wer etwas (Bestimmtes) nicht tut, wozu er nach der Rechtsordnung verpflichtet ist und das ihm möglich wäre, zu tun, unterlässt im strafrechtlichen Sinne.¹⁶⁶

§ 2 StGB bedroht die Unterlassung der Erfolgsabwendung sohin nur dann mit Strafe, wenn der Täter „zufolge einer ihn im besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung dazu verhalten ist“ (**Garantenpflicht**), den Erfolg abzuwenden.¹⁶⁷ 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:¹⁶⁸

- Es muss eine **Rechtspflicht** sein; bloße moralische, sittliche, vom Anstand gebotene, übliche, gesellschaftliche oder religiöse Pflichten genügen nicht.
- Die Garantenpflicht 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.

¹⁶⁵ Unabhängig davon kann jedenfalls davon ausgegangen werden, dass in derartigen Fallkonstellationen entsprechende pädagogische Interventionsmaßnahmen gesetzt werden, um ein strafbares Verhalten des Jugendlichen zu verhindern, sodass bereits aufgrund der gesetzten Maßnahmen keine Konsequenzen zu befürchten wären (vgl. § 286 Abs 2 StGB), wenn die Interventionen – wider Erwarten und selbst bei Bejahen der unmittelbar bevorstehenden Ausübung der Straftat – nicht gefruchtet hätten.

¹⁶⁶ vgl. *Hilf* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2005) § 2 Rz 1

¹⁶⁷ *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I.⁴ (2000) 321

¹⁶⁸ Vgl. *Fuchs* (2000) 321-322

- 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 der Rechtsanalogie oder dem **Gewohnheitsrecht** ergeben.
- Immer aber kann Garant nur sein, wenn eine spezifisch **erfolgsbezogene** Pflicht trifft (bspw. Eltern trifft die Aufsichtspflicht gegenüber ihren Kindern, ebenso eine Tagesmutter im Rahmen ihrer Betreuung etc.)

Grundsätzlich kann die Garantienstellung durch **Gesetz** (§ 137 Abs 1 ABGB: Eltern und Kinder haben einander beizustehen), durch **Vertrag** oder durch ein **gefahrenbegründendes Vorverhalten** entstehen. Zu beachten ist aber, dass die Garantienstellung und demnach die besondere Handlungspflicht immer eine einzelfallbezogene Beurteilung erfordert. Zur näheren Präzisierung der Garantienpflichten müsste man fragen, aus welchen Gründen manche Personen stärker in Pflicht genommen würden als die Allgemeinheit: Denn die Unterlassung der Erfolgsabwendung zieht die gleiche Strafe nach sich wie die Herbeiführung des Erfolgs durch aktives Tun.¹⁶⁹

4.4.1. Obhutsgaranten¹⁷⁰

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 oder von wem sie ausgehen – zu schützen und zu verteidigen. So sind Eltern ihren minderjährigen Kindern (§§ 137, 158, 160 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 (§ 181 ABGB), gegen am unmündigen Kind unternommene Unzuchtshandlungen einzuschreiten.¹⁷¹

¹⁶⁹ vgl. *Fuchs* (2000) 322; d.h. eine Mutter, die ihre Kinder nicht vor der Gewalt des Vaters schützt, macht sich in gleichem Maße strafbar wie der Vater.

¹⁷⁰ 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.

¹⁷¹ vgl. RIS-Justiz RS0108869

Eine entsprechende Verpflichtung 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 vom 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, um sich um das Baby zu kümmern und die Eltern im Vertrauen darauf das Haus verlassen. Hier hat die Nachbarin schon ab dem Augenblick Garantenstellung, in dem die Eltern aufgrund ihrer Zusage das Haus verlassen. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass eine Garantenstellung auch in jenen Fällen begründet wird, in denen sich das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft als mangelhaft erweist. Das ist etwa der Fall, wenn sich der einsichts- und urteilsfähige Minderjährige an einen Psychotherapeuten wendet, sich aber die Kosten der Psychotherapie nicht leisten kann. Unabhängig davon ist der Psychotherapeut verpflichtet, auf eine Selbstmorddrohung des betreffenden Minderjährigen zu reagieren.

4.4.2. 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, einen 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.¹⁷²

4.4.3. Gleichwertigkeitsklausel

Neben der Garantenstellung muss die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein **Tun gleichzuhalten** sein.¹⁷³

4.4.4. Vorsatzdelikt

Es gilt der Grundsatz, dass sich der **Vorsatz** bei einem vorsätzlichen Unterlassungsdelikt auf alle Elemente des Tatbildes beziehen muss. D.h. die Mutter muss in Kauf nehmen, dass der Vater die minderjährige Tochter missbraucht, um strafrechtlich wegen sexuellen Missbrauches durch Unterlassung zur Verantwortung gezogen werden zu können. Gegenstand des Vorsatzes ist in weiterer Folge auch das „Unterlassen“ selbst, d.h. es muss der Mutter bewusst sein, dass eine pflichtbegründende Situation vorliegt, sie demnach handeln müsste und sie trotzdem den Entschluss fasst, die geforderte Handlung nicht vorzunehmen.¹⁷⁴ 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, das Kind zu schützen, 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.**¹⁷⁵

4.4.5. 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

¹⁷² vgl. *Fuchs* (2000) 324-325

¹⁷³ vgl. *Fuchs* (2000) 326

¹⁷⁴ vgl. *Fuchs* (2000) 327 ff

¹⁷⁵ vgl. *Fuchs* (2000) 177

Verpflichtung zur Erfolgsabwendung erkannt hat oder es ihm bei gehöriger Sorgfalt erkennbar war.¹⁷⁶

4.4.6. Exkurs: Der Fall Luca¹⁷⁷

In der Nacht von 1. auf 2.11.2007 starb Luca an den Folgen eines sexuellen Missbrauchs durch den Freund der Mutter. Die Familie wurde bereits im Vorfeld von der Kinder- und Jugendhilfe betreut. Luca's tragischer Tod war Anlass und auch Verpflichtung dafür, das Geschehene umfassend aufzuklären und die Schuldfrage in jeder Hinsicht, auch in Bezug auf die Kindesmutter und die befassten Stellen zu untersuchen.

Die sozialarbeiterische Tätigkeit in der Kinder- und Jugendhilfe birgt erhebliche Risiken. Oberste Priorität hat das **Wohl des Kindes**, d.h. es vor der Gefahr von Übergriffen zu schützen. Die Kinder- und Jugendhilfe hat aber auch das **Subsidiaritätsprinzip** zu beachten, wonach das Kind nach Möglichkeit in der Obsorge der Eltern belassen werden soll. Vorrangig sind die mit der Pflege und Erziehung betrauten Personen zu unterstützen, um dem Kind den Verbleib im Familienverband zu ermöglichen. Die Fremdunterbringung kommt nur als letztes Mittel in Frage. Die Beurteilung, ob die Belassung des Kindes in der Obsorge der Mutter / der Eltern / eines Elternteils in Verbindung mit begleitenden Maßnahmen und Kontrollen noch verantwortet werden kann oder ob die Obsorge entzogen werden muss, ist mitunter eine äußerst schwierige Entscheidung, eine rechtliche und faktische Gratwanderung. Wenn keine Maßnahmen getroffen werden oder wenn sich die getroffenen Maßnahmen als nicht ausreichend erweisen und es zu (weiteren) Misshandlungen oder Missbräuchen kommt, stellt sich naturgemäß die Frage, ob die Schädigung, Verletzung oder gar Tötung des Kindes verhindert werden hätte können und ob einem Mitarbeiter der Kinder- und Jugendhilfe ein strafrechtlich relevantes Verhalten oder Unterlassen anzulasten ist.

Wenn sich aufgrund einer **Gefährungsmeldung** ein **konkreter Verdacht** auf Kindesmisshandlung oder Kindesmissbrauch ergibt und das Kindeswohl durch mögliche Wiederholung gefährdet erscheint, ist die Kinder- und Jugendhilfe bei Gefahr im Verzug verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen der Pflege und Erziehung vorläufig mit Wirksamkeit bis zur gerichtlichen Entscheidung selbst zu treffen. In diesem Umfang ist die

¹⁷⁶ Fuchs (2000) 328

¹⁷⁷ vgl. Schwaighofer, Strafrechtliche Anmerkungen zum Fall Luca. Gedanken zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Bereich der Jugendwohlfahrt, iFamZ 2011, 105

Kinder- und Jugendhilfe kraft Gesetzes vorläufig mit der Obsorge betraut (vgl. § 211 Abs 1 ABGB), d.h. es liegt eine **Garantenstellung** vor. Sie tritt in dem Zeitpunkt ein, in dem die Kinder- und Jugendhilfe in zumutbarer Weise Kenntnis von diesbezüglichen Umständen erlangt hat. Bei Bejahen dieser Voraussetzungen kommen die Mitarbeiter der Kinder- und Jugendhilfe als Normadressat des § 92 StGB in Betracht, weil sie in diesen Fällen eine spezielle Verpflichtung zur Fürsorge oder Obhut gegenüber den Minderjährigen trifft. Ein Sozialarbeiter, der aufgrund einer Gefährdungsmeldung mit einem konkreten Fall betraut ist, müsste, um sich nach § 92 Abs 2 StGB strafbar zu machen, allerdings objektiv ein Verhalten setzen, das krass vom gebotenen Verhalten abweicht, in der gegebenen Situation geradezu unvertretbar erscheint. Weiters müsste er die Umstände, die die Garantenstellung auslösen, sowie die grobliche Vernachlässigung des Kindes in seinen Vorsatz aufnehmen. **Verkennt er die Gefahr für das Kind, schätzt er die Situation harmloser ein, als sie tatsächlich ist, so handelt er nicht vorsätzlich.** Er hat **allenfalls fahrlässiges Verhalten** zu verantworten, sofern ein vorbildlicher Sozialarbeiter in der konkreten Situation die Gefährdung anders eingeschätzt und aus diesem Grund andere, weitergehende Maßnahmen ergriffen hätte.

Bei einer Beurteilung des Verhaltens im Nachhinein, gelten folgende Prämissen: Primär ist festzustellen, welche **Umstände dem mit dem Fall befassten Sozialarbeiter bekannt** waren:

- Wie sah die Gefährdungsmeldung aus?
- Welche Arten von Misshandlungen, welche Schwere von Verletzungen, welchen Alters waren festgestellt worden?
- Bestand auch der Verdacht eines sexuellen Missbrauchs?
- Wie dringend war der Verdacht, dass die Verletzungen tatsächlich auf Misshandlungen zurückzuführen sind?
- Gegebenenfalls besteht die Verpflichtung, die Entscheidungsgrundlagen zu verbessern, zB weitere Untersuchungen, etwa durch einen Gerichtsmediziner, zu veranlassen, um sich ein genaueres Bild zu verschaffen.

Kümmert sich ein Sozialarbeiter nicht um eine ausreichende Aufklärung, so kann auch dies als schuldhaftes Verhalten gewertet werden; aber eine mangelhafte Aufklärung kann für sich allein kein vorsätzliches, sondern höchstens ein fahrlässiges Handeln begründen.

In weiterer Folge gilt es zu beurteilen, ob auf Grundlage dieser Informationen **ausreichende** oder unzulängliche **Maßnahmen** ergriffen wurden. Von einer vorsätzlichen gröblichen Vernachlässigung könnte nur dann gesprochen werden, wenn der Täter sich mit der Situation bewusst auseinander gesetzt hat, die Gefährlichkeit der Situation erkannt (ernstlich für möglich gehalten) hat und dennoch untätig geblieben ist und die an sich als notwendig erkannten Maßnahmen unterlassen hat, d.h. die akute Gefahr für das Wohl eines Kindes hingenommen hat. Dafür reicht auch eine bewusste Gleichgültigkeit aus.

Wenn sich aus einer Gefährdungsmeldung und den bisherigen Informationen kein dringender Verdacht ableiten lässt und den üblichen Standards entsprechend vorgegangen wurde, kann von einer (vorsätzlichen) groben Vernachlässigung von vornherein nicht die Rede sein. Auch eine Fehleinschätzung der Gefahr bedeutet gerade nicht, dass die Gefährdung des Kindes erkannt und billigend in Kauf genommen wurde. Der betreffende Sozialarbeiter könnte sich allerdings wegen fahrlässiger Körperverletzung oder fahrlässiger Tötung strafbar machen, wenn ihm hinsichtlich der Gefährdungsabklärung / der gesetzten Maßnahmen fachlich ein Vorwurf gemacht werden kann. Das ist dann der Fall, wenn ein objektiv sorgfaltswidriges, sozial inadäquates Verhalten vorlag, welches zur Verletzung / zum Tod des Kindes geführt hat. **Maßstab** dafür ist der umsichtige, gewissenhafte, besonnene Mensch aus dem Verkehrs- und Berufskreis des Täters, ausgestattet mit dem Sonderwissen und den Sonderfähigkeiten des Täters – man könnte auch sagen: der „**ordentliche Sozialarbeiter**“.

Fahrlässiges Handeln könnte darin bestehen, dass die Gefährdungsmeldung falsch interpretiert wurde und nicht die richtigen Schlüsse hinsichtlich der möglichen Gefährdung des Kindes gezogen wurden, aber auch, wenn die Informationsbeschaffung unzulänglich war. Voraussetzung für eine Fahrlässigkeitshaftung ist das Vorliegen eines Schuldlements, d.h. die gebotene Handlung muss zumutbar gewesen sein. Eine Unterlassung kann einem Garanten nicht als schuldhaft vorgeworfen werden, wenn auch von einem, mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen in der konkreten Situation die Vornahme der gebotenen Handlung realistischerweise nicht zu erwarten war.

Aus der Tatsache, dass sich die ergriffenen Maßnahmen rückblickend als unzulänglich erwiesen haben, kann aber nicht auf ein Fehlverhalten im Zeitpunkt der Anordnung der Maßnahmen geschlossen werden.

Im Fall Luca wurde die betreffende Sozialarbeiterin zu Recht in zweiter Instanz freigesprochen, weil die ergriffenen Maßnahmen unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips der Sorgfalt eines ordentlichen Sozialarbeiters entsprachen.

4.5. *Mitteilungs- und Mitwirkungspflichten bei einer Kindeswohlgefährdung*¹⁷⁸

4.5.1. Mitteilungspflichten bei Verdacht auf Kindeswohlgefährdung

Definition

Im Kinderschutz versteht man unter der **Mitteilungspflicht** die Pflicht, die Kinder- und Jugendhilfe über eine erhebliche Kindeswohlgefährdung zu informieren. Davon zu unterscheiden ist die **Anzeigepflicht**, also die Pflicht, die Strafverfolgungsbehörden (Polizei oder Staatsanwaltschaft) über eine Kindesmisshandlung in Kenntnis zu setzen. Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle angemerkt, dass es nur für wenige Berufsgruppen tatsächlich eine Anzeigepflicht gibt (etwa Ärzte, Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflege, Beamte). **Für den überwiegenden Teil der im Sozialbereich tätigen Personen gibt es keine Anzeigepflicht.**

Kindeswohlgefährdung

Ergibt sich aus der beruflichen Tätigkeit der **begründete Verdacht**, dass das Wohl von Kindern oder Jugendlichen erheblich gefährdet ist, besteht die Verpflichtung, die Kinder- und Jugendhilfe unverzüglich zu informieren, **sofern** die Gefährdung nicht anders verhindert werden kann.

Eine Kindeswohlgefährdung liegt jedenfalls dann vor, wenn Kinder und Jugendliche misshandelt, gequält, vernachlässigt werden oder wenn sie von sexueller Gewalt betroffen sind. Aber auch bei anderen, konkreten Gefährdungen (etwa: Suchterkrankung der Eltern und infolgedessen Vernachlässigung) besteht eine Mitteilungspflicht, wenn die wahrgenommene Gefährdung nicht durch eigene fachliche Interventionen abgewendet werden kann. Wann von einer Kindeswohlgefährdung auszugehen ist, ist auf Grundlage des eigenen fachlichen Wissens und der Berufserfahrung zu beurteilen. Ein **begründeter**

¹⁷⁸ Gruber/Schwarzinger/Wehinger, *Mitteilungs- und Verschwiegenheitspflicht*, in *Freiberger/Mandl/Schwarzinger, Praxishandbuch Kinder- und Jugendschutz* (2016)

Verdacht ist anzunehmen, wenn über die bloße Vermutung hinausgehende, konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung eines konkreten, namentlich bekannten Kindes oder Jugendlichen vorliegen.¹⁷⁹ Die Anhaltspunkte ergeben sich aus den von den Mitteilungspflichtigen wahrgenommenen Tatsachen und den Schlüssen, die sie aus ihrem fachlichen Wissen und ihrer Berufserfahrung ziehen. Dabei kann es sich zB um Ergebnisse medizinischer Untersuchungen, Beobachtungen im Verhalten von Kindern und Jugendlichen oder Inhalten von Gesprächen mit Kindern und Jugendlichen und deren Eltern handeln.¹⁸⁰

Eine Hilfestellung, was unter dem Begriff Kindeswohl im Allgemeinen zu verstehen ist, findet sich in § 138 ABGB.

Arbeitskontext mit Kindern und Jugendlichen ist Voraussetzung für die Mitteilungspflicht

Da der Kreis der Mitteilungspflichtigen durch das B-KJHG 2013 nicht ausgeweitet werden sollte¹⁸¹ und sich die frühere Bestimmung an einem Auftrag der Kinder- und Jugendhilfe orientierte, ist **für das Bejahen der gesetzlichen Mitteilungspflicht mE ein fachlicher Auftrag „Kind/Jugendlicher“ erforderlich.**

Dafür spricht auch, dass in den Erläuternden Bemerkungen als Ziel für die „Neuformulierung der Mitteilungspflichten bei vermuteten Kindeswohlgefährdungen“ festgehalten wurde, dass **Berufsgruppen, die mit Kindern und Jugendlichen arbeiten, Klarheit über ihre Mitteilungspflicht haben sollen.**¹⁸² Nur so lässt sich in meinen Augen auch die später in Kraft getretene Bestimmung des § 37 Psychologengesetz 2013, wonach Berufsangehörige sowie ihre Hilfspersonen einschließlich Fachauszubildende zur Verschwiegenheit über alle ihnen in Ausübung ihres Berufes oder beim Erwerb ihrer fachlichen Kompetenz im Rahmen der Ausbildung anvertrauten oder bekannt gewordenene Geheimnisse verpflichtet sind, mit den, im B-KJHG 2013 normierten Bestimmungen über die Mitteilungspflicht in Einklang bringen. Würde die gelegentlich vertretene Rechtsansicht zutreffen, dass ein klinischer Psychologe im Arbeitskontext mit einem (erwachsenen) Pädophilen bei einer angenommenen

¹⁷⁹ Erläuternde Bemerkungen zu § 37 B-KJHG 2013, S. 28

¹⁸⁰ *Staffe-Hanacek/Weitzenböck*, Kinder- und Jugendhilferecht (2015) § 37 B-KJHG Anm. 1

¹⁸¹ vgl. Erläuternde Bemerkungen zu § 37 B-KJHG 2013, S. 28

¹⁸² vgl. Erläuternde Bemerkungen zum B-KJHG 2013, S. 5

Kindeswohlgefährdung rechtlich¹⁸³ zur Mitteilung an die Kinder- und Jugendhilfe verpflichtet wäre, stünde dies zweifelsohne im Widerspruch zu § 37 Abs 1 Psychologengesetz 2013.

Das bedeutet, dass mE nur jene Personen mitteilungspflichtig sind,

- die mit Kindern und Jugendlichen arbeiten (Streetwork, Psychotherapeut / Psychologe des Kindes,...) oder
- bei denen in der Arbeit mit Erwachsenen das Kindeswohl vom Arbeitsauftrag umfasst wird (Erziehungsberatung, Kinderschutz,...)

Abwenden der Kindeswohlgefährdung durch eigene fachliche Interventionen

Nicht jede Kindeswohlgefährdung zieht eine Mitteilungspflicht nach sich, sondern nur eine solche, die durch eigene fachliche Interventionen nicht abgewendet werden kann.

Es ist wohl unstrittig, dass der größtmögliche Schutz dann gewährleistet werden kann, wenn die fachliche Unterstützung von der Familie angenommen wird und Beratungsinhalte mitgetragen werden.

Gegenüber Personen, die sich hilfeschend an Beratungsstellen wenden, besteht in der Regel bei einer wahrgenommenen Kindeswohlgefährdung die Möglichkeit, mit einer notwendigen Mitteilung zu argumentieren, wenn sie sich nicht an fachlich erarbeitete und vereinbarte Rahmenbedingungen¹⁸⁴ halten. Dadurch wird – nach sorgfältiger Einschätzung im Einzelfall unter der Prämisse des größtmöglichen Schutzes für das Kind – ein **stufenmäßiges Vorgehen** ermöglicht.

Weil es sich in der Regel um fachlich schwierige Entscheidungen handelt, sollten die Maßnahmen jedenfalls im **Vier-Augen-Prinzip** besprochen und der Entscheidungsprozess sowie die gesetzten Schritte dokumentiert werden. In die Entscheidung, welche Schutzmaßnahmen letztlich ergriffen werden, muss jedenfalls miteinfließen, dass Kinder trotz einer Mitteilung an die Kinder- und Jugendhilfe oftmals nicht dauerhaft in Sicherheit

¹⁸³ Ungeachtet der nicht bestehenden rechtlichen Verpflichtung besteht selbstverständlich die Möglichkeit, die fachlich notwendigen Interventionen im Rahmen des rechtfertigenden Notstands zu setzen

¹⁸⁴ Etwa: verpflichtende Inanspruchnahme von Terminen, Einbindung des Kinderschutzes, Wahrnehmen von Terminen beim Hausarzt und das Einverständnis, sich mit ihm auszutauschen,...

gebracht werden können, insbesondere wenn sie innerhalb des Familiensystems nicht gestützt werden (können).¹⁸⁵

Die Erfahrung zeigt, dass die Mitteilung bzw. Anzeige im Beratungskontext nicht immer jene Strategie ist, die den größtmöglichen Schutz für die Kinder bietet, zumindest dann nicht, wenn sie von den Betroffenen nicht mitgetragen wird. Eine vorschnelle Mitteilung – unter gleichzeitigem Bruch der Schweigepflicht gegenüber Klienten und damit einhergehend mit dem Verlust des Vertrauens – zieht oftmals einen Abbruch der Beratungsbeziehung nach sich, was regelmäßig nur die Alternative der vollen Erziehung offen lässt (deren gerichtliche Durchsetzbarkeit nicht in jedem Fall gesichert ist). **Vor diesem Hintergrund ist es zwingend notwendig, dass das Helfersystem bei wahrgenommenen Kindeswohlgefährdungen gut abwägt, welche Schritte tatsächlich erforderlich sind, die Gefährdung abzuwenden.** Eigenen Interventionsmöglichkeiten kommt in diesem Zusammenhang in der Regel eine große Bedeutung zu.

Mitteilungspflichtige Einrichtungen und Personen

Mitteilungspflichtig sind alle **Behörden** (insbesondere Polizei, Pflegschafts- und Strafgericht) und jene **Einrichtungen und Berufsgruppen**, die mit Minderjährigen oder mit Erwachsenen in Bezug auf das Kindeswohl arbeiten.

Folgende Einrichtungen und Berufsgruppen werden im Gesetz benannt:

Schule und Betreuung

Mitteilungspflichtig sind Einrichtungen, die Kinder und Jugendliche betreuen und unterrichten sowie Personen, die diesen Auftrag freiberuflich übernommen haben.

Insbesondere folgende Einrichtungen fallen darunter: Krippen, Kindergärten, Horte, sonstige Tagesbetreuungseinrichtungen, Schulen und Einrichtungen der außerschulischen Kinder- und Jugendarbeit, nicht jedoch solche zur stundenweisen Betreuung, z.B. in Kaufhäusern. Auch Organisationen, die nur bestimmte Fertigkeiten vermitteln – wie etwa Tanz-, Ski- oder Musikschulen – zählen nicht zu den mitteilungspflichtigen Einrichtungen.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Dies betrifft insb. Fälle, in denen zB Eltern gegen eine Mitteilung oder Anzeige sind und die Gefahr besteht, dass innerfamiliäre Vorfälle vertuscht werden.

¹⁸⁶ vgl. Erläuternde Bemerkungen zu § 37 B-KJHG 2013, S. 28-29

Weiters fallen insbesondere folgende Personen darunter: Tagesmütter und –väter, mobile Mamis, Privatlehrer für den häuslichen Unterricht, nicht aber Babysitter.¹⁸⁷

Einrichtungen zur psychosozialen Beratung

Einrichtungen zur psychosozialen Beratung sind etwa Kinder- und Jugendanwaltschaften, Familienberatungsstellen, Besuchsbegleitung, Kinderschutzzentren, Suchtberatungsstellen, Frauenhäuser und Gewaltschutzzentren (die beiden letztgenannten greifen bei Themen des Kindeswohls in der Regel auf die Ressourcen der Familienberatungsstellen / Kinderschutzzentren zurück, um einen Doppelauftrag und damit eine Interessenskollision zu vermeiden).

Private Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe

Unter den von der Kinder- und Jugendhilfe beauftragten Personen, bei denen eine Mitteilungspflicht in Betracht kommt, sind in erster Linie freiberuflich Tätige im Rahmen der Sozialen Dienste (vgl. § 16 B-KJHG 2013) oder für die Begutachtung herangezogene Fachkräfte zu verstehen.¹⁸⁸

Letztlich sind auch alle Einrichtungen davon umfasst, die im Auftrag der Kinder- und Jugendhilfe ambulante oder stationäre Dienste für Kinder- und Jugendliche bzw. Familien anbieten (etwa: Familienarbeit, Wohngemeinschaften für Kinder und Jugendliche).

Krankenpflege und Angehörige von Gesundheitsberufen

Kranken- und Kureinrichtungen, Einrichtungen der Hauskrankenpflege sowie freiberuflich tätige Angehörige von Gesundheitsberufen unterliegen ebenfalls der Mitteilungspflicht.

Unter die Angehörigen gesetzlicher Gesundheitsberufe fallen insbesondere Ärzte, Zahnärzte, Psychologen, Psychotherapeuten, Hebammen, Physiotherapeuten, biomedizinische Analytiker, Radiotechnologen, Diätologen, Ergotherapeuten, Logopäden, Orthoptisten, diplomierte Gesundheits- und Krankenpfleger, diplomierter Krankenpfleger, Heilmasseur und Musiktherapeuten.¹⁸⁹

¹⁸⁷ vgl. Erläuternde Bemerkungen zu § 37 B-KJHG 2013, S. 29

¹⁸⁸ vgl. Erläuternde Bemerkungen zu § 37 B-KJHG 2013, S. 29

¹⁸⁹ vgl. Erläuternde Bemerkungen zu § 37 B-KJHG 2013, S. 29

Wie ist bei einer Mitteilung vorzugehen?

Wenn Einrichtungen eine Mitteilung erstatten, ist die Entscheidung nach dem **Vier-Augen-Prinzip**, also im Zusammenwirken von mindestens zwei Fachkräften, zu treffen.

Es ist bei Wahrnehmen einer Kindeswohlgefährdung ein unverzügliches Handeln geboten, worunter ein Handeln ohne schuldhaftes Verzögern verstanden wird.¹⁹⁰ **In der Regel ist ein gewisser zeitlicher Spielraum vorhanden, um eine gute fachliche Entscheidung in Bezug auf die notwendigen weiteren Schritte zum Schutz des Minderjährigen treffen zu können.** Nicht vergessen werden darf, dass etwa durch die kurzfristige Unterbringung des betreffenden Minderjährigen bei einer Bezugsperson, die in die Problemstellung eingebunden wird, oder durch das Erarbeiten eines Sicherheitsplanes die akute Gefährdung mitunter gebannt und so zeitlicher Spielraum für überlegte Maßnahmen geschaffen werden kann.

Die Mitteilung hat in jedem Fall **schriftlich** zu erfolgen und die relevanten Wahrnehmungen und Schlussfolgerungen zu enthalten, außerdem den Namen und die Adresse des Kindes sowie des Mitteilenden. Es gibt im Internet ein Formular,¹⁹¹ das für Mitteilungen verwendet werden kann.

Verschwiegenheitspflicht

Auch wenn der betreffende Arbeitskontext grundsätzlich der Verschwiegenheitspflicht unterliegt, besteht bei Vorliegen der oben dargelegten Voraussetzungen die **rechtliche Verpflichtung**, eine Mitteilung an die Kinder- und Jugendhilfe zu erstatten. Die Mitteilungen über den Verdacht der Kindeswohlgefährdung unterliegen demnach keinen Einschränkungen durch allfällige berufsrechtliche Verschwiegenheitspflichten oder die Amtsverschwiegenheit.¹⁹²

Wann muss dennoch keine Mitteilung erstattet werden?

Wenn die Kindeswohlgefährdung anders als durch eine Mitteilung an die Kinder- und Jugendhilfe abgewendet werden kann, besteht keine Mitteilungspflicht. D.h. wenn fachliche Interventionen gesetzt werden können, die geeignet sind, eine Gefährdung zu

¹⁹⁰ vgl. Erläuternde Bemerkungen zu § 37 B-KJHG 2013, S. 28

¹⁹¹ Mitteilungen an die Kinder- und Jugendhilfe bei Verdacht der Kindeswohlgefährdung, **Download unter www.gewaltinfo.at**

¹⁹² vgl. Erläuternde Bemerkungen zu § 37 B-KJHG 2013, S. 29

beseitigen (etwa: Elterngespräche etc.), kann trotz wahrgenommener Kindeswohlgefährdung von einer Mitteilung an die Kinder- und Jugendhilfe Abstand genommen werden.

Belastung des Vertrauensverhältnisses?

Eine Mitteilung, die gegen oder ohne den Willen der Betroffenen erstattet wird, kann das Vertrauensverhältnis massiv belasten. Für die soziale Arbeit bzw. Therapie ist 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 Beratungsstelle, dass ihre Angaben diskret behandelt werden. **Beratungseinrichtungen kommen vielfach überhaupt nur in Kenntnis strafbarer oder kindeswohlgefährdender Handlungen, wenn ein Klient (Opfer, Verwandte, Bekannte oder wer immer) eine glaubwürdige Zusicherung der Vertraulichkeit seiner Mitteilung erwarten kann**, vor allem weil er oftmals nicht an einer Strafverfolgung, sondern an einer effektiven Hilfe interessiert ist.¹⁹³ Das wiederum setzt voraus, dass psychosozialen Einrichtungen ein gewisser Handlungsspielraum eingeräumt wird, um die bestmögliche Lösung zum Schutz des Opfers gewährleisten zu können.

Um das zu verdeutlichen, sei folgendes in Erinnerung gerufen: In einem Fall von sexuellem Missbrauch oder Kindesmissbrauch stehen in der Regel mehrere Interventionsmaßnahmen zur Verfügung. Eine vorschnelle Mitteilung – unter gleichzeitigem Bruch der Verschwiegenheit und damit einhergehend mit dem Verlust des Vertrauens – ist nicht jene Strategie, die den größtmöglichen Schutz für das Opfer bietet. Seitens der Beteiligten (zB Täter, Geschwister, Mutter,...) wird in solchen Fällen vielfach massiver Druck auf die Opfer ausgeübt, das diesen Schritte ohnedies nicht befürwortet hat; gleichzeitig werden entschuldigende Erklärungen für das strafbare Verhalten gefunden, ohne dass der Täter selbst Verantwortung für die Straftat übernimmt (oder übernehmen müsste). Ist das Opfer gegenüber der Kinder- und Jugendhilfe nicht offen, sind letzterer – selbst im Falle einer Mitteilung – vielfach die Hände gebunden.

¹⁹³ vgl. *Jesionek*, Anzeige- und Aussageverhalten bei Kindesmissbrauch, in *Fuchs/Brandstetter*, Festschrift für Winfried Platzgummer: zum 65. Geburtstag am 16. Oktober 1995 (1995) 371-372

Aufgrund dieser Erfahrungen wird in der Praxis versucht, eine Lösung zu finden, die dem größtmöglichen Schutz des Kindes gerecht wird.

Ungeachtet dessen ist eine Mitteilung dann zwingend zu erstatten, wenn nach Einschätzung des Fachpersonals mit den vorliegenden Instrumenten nicht das Auslangen gefunden werden kann, weitere Übergriffe zu verhindern. Infolge der Mitteilungspflicht besteht gegenüber dem betroffenen Familiensystem, das sich hilfeschend an Beratungsstellen wendet, ein Druckmittel, entsprechende Unterstützung weiterhin in Anspruch zu nehmen und sinnvolle Auflagen (bspw. andere Wohnung, kein Kontakt ohne Aufsicht, verpflichtende ärztliche Untersuchung und Zustimmung zur Zusammenarbeit etc.) gemeinsam mit den Betroffenen zu erarbeiten. 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 einer Mitteilung oftmals nicht dauerhaft in Sicherheit gebracht werden können, wenn sie innerhalb des Familiensystems nicht gestützt werden können. Weigert sich ein Opfer letztlich, Angaben zu machen, bleibt dem Staatsanwalt oftmals gar nichts anderes übrig, als das Verfahren aus Mangel an Beweisen einzustellen bzw. dem Richter, den Angeklagten freizusprechen. Aber auch der Kinder- und Jugendhilfe bzw. dem Pflegschaftsgericht sind vielfach die Hände gebunden, wenn das Opfer schweigt. 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 oder pflegschaftsgerichtliche Maßnahme stattfindet (stattfinden kann), sondern aufgrund der „negativen“ Erfahrung oftmals keine Hilfe vom Familiensystem mehr in Anspruch genommen wird.

Es empfiehlt sich in schwierigen Fallkonstellationen, den Fall **anonymisiert der Kinder- und Jugendhilfe vorzustellen** und deren Möglichkeiten und Vorgehen bei einer entsprechenden Mitteilung in Erfahrung zu bringen. Mit diesem Wissen kann dem Betreffenden Sicherheit hinsichtlich der im Falle einer Mitteilung möglichen Interventionen der Kinder- und Jugendhilfe vermittelt werden und kann er so (besser) motiviert werden, die Einbeziehung der Kinder- und Jugendhilfe auch als Chance zu sehen. Die Einbindung der Kinder- und Jugendhilfe sollte bei Kindeswohlgefährdungen immer das Ziel sein, selbst wenn vorerst aufgrund des notwendigen Beziehungsaufbaus von einer Mitteilung an die Kinder- und Jugendhilfe gegen den Willen Abstand genommen wird.

4.5.2. Mitwirkungspflicht im Rahmen der Gefährdungsabklärung

In allen Bundesländern wurden Ausführungsgesetze zum B-KJHG 2013 erlassen. Im jeweiligen Landesgesetz wird die in § 22 B-KJHG 2013 normierte Gefährdungsabklärung näher konkretisiert.

Gefährdungsabklärung

Ergibt sich der konkrete Verdacht der Gefährdung von Kindern und Jugendlichen, ist die Kinder- und Jugendhilfe verpflichtet, die Gefährdungsabklärung unter Berücksichtigung der Dringlichkeit umgehend einzuleiten, um das Gefährdungsrisiko einzuschätzen.

Die **Gefährdungsabklärung** besteht aus der Erhebung jener Sachverhalte, die zur Beurteilung des Gefährdungsverdachts bedeutsam sind und der Einschätzung, ob aufgrund des erhobenen Sachverhalts eine Kindeswohlgefährdung vorliegt. Als **Erkenntnisquellen** kommen insbesondere Gespräche mit den betroffenen Kindern und Jugendlichen, deren Eltern oder sonst mit der Pflege und Erziehung betrauten Personen, Personen, in deren Betreuung sich die Kinder und Jugendlichen regelmäßig befinden, Besuche des Wohn- oder Aufenthaltsortes der Kinder und Jugendlichen, Stellungnahmen, Berichte und Gutachten von Fachleuten sowie schriftliche Gefährdungsmittelungen im Sinne des § 37 B-KJHG 2013 in Betracht.

Mitwirkungspflicht von Mitteilungspflichtigen

Jene Einrichtungen bzw. Berufsgruppen, die im Sinne des § 37 B-KJG 2013 oder aufgrund sonstiger berufsrechtlicher Vorschriften (etwa § 54 Abs 4 und 5 ÄrzteG) mitteilungspflichtig sind, sind im **Rahmen der Gefährdungsabklärung verpflichtet**, die erforderlichen Auskünfte über die betroffenen Kinder und Jugendlichen zu erteilen sowie die notwendige Dokumentation vorzulegen. Demnach haben Einrichtungen bzw. Personen, die mit Minderjährigen oder mit Erwachsenen in Bezug auf das Kindeswohl arbeiten, keine andere Wahl, als im Rahmen einer Gefährdungsabklärung mitzuwirken.

Zu beachten ist, dass jene Einrichtungen, **die im Auftrag der Kinder- und Jugendhilfe tätig** sind (= Vorliegen einer einzelfallbezogenen Zuweisung und in aller Regel Berichtspflicht gegenüber der Kinder- und Jugendhilfe) eine Gefährdungsanfrage bereits aufgrund ihres Auftrages beantworten müssen. Hintergrund dafür ist, dass gemäß § 6 Abs 3 B-KJHG 2013 bzw. der korrespondierenden landesgesetzlichen Bestimmung die

Verschwiegenheitspflicht bei einem Antrag nicht gegenüber der Kinder- und Jugendhilfe besteht.

Erforderliche Auskünfte und notwendige Dokumentation

Die angefragte Einrichtung / Person muss beurteilen können, welche Informationen die Kinder- und Jugendhilfe im Rahmen der Gefährdungsabklärung benötigt, weil sie nicht pauschal den gesamten Akt oder sämtliche Informationen aus dem an sich vertraulichen Beratungskontext offen legen darf. Allgemeine Aufforderungen zur Stellungnahme genügen den Anforderungen daher nicht, um dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Datenschutzgesetzes Rechnung zu tragen.¹⁹⁴

Es empfiehlt sich, bei einer **entsprechenden Anfrage der Kinder- und Jugendhilfe** darauf zu bestehen, dass

- sie **schriftlich** erfolgt,
- die **Gefährdung** benannt wird (etwa: Verdacht der Kindesmisshandlung, Verdacht der Suchtproblematik und Vernachlässigung) und
- **konkrete Fragen** gestellt werden

Nur der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle angemerkt, dass es Aufgabe der Kinder- und Jugendhilfe ist, anhand des erhobenen Sachverhalts (Fakten) die Gefährdung einzuschätzen. **Entsprechende Fragen zur Einschätzung der Gefährdung müssen vor diesem Hintergrund von vornherein nicht beantwortet werden.**

Vorgehen bei einer Gefährdungsabklärung

Aufgrund der Gefährdungsanfrage muss die mitteilungspflichtige Einrichtung oder Person in einem ersten Schritt prüfen,

- ob ein Beratungskontext vorliegt, der sie zur Mitwirkung im Rahmen der Gefährdungsabklärung verpflichtet und
- ob es Informationen aus dem Beratungskontext gibt, die für die Kinder- und Jugendhilfe für die korrekte Einschätzung der Gefährdung von Bedeutung sind.

Letzteres ist etwa dann der Fall, wenn aufgrund der Anfrage im Rahmen der Gefährdungsabklärung die Kindeswohlgefährdung bejaht und die fachliche Haltung

¹⁹⁴ vgl. *Staffe-Hanacek/Weitzenböck*, § 22 B-KJHG 2013 Anm 4

eingenommen wird, die Auskunft ist erforderlich, um den Schutz des Kindes bzw. des Jugendlichen zu gewährleisten.¹⁹⁵

Geht die Einrichtung bzw. der Berater / Therapeut davon aus, dass Beratungsinhalte offen gelegt werden müssen, damit die Kinder- und Jugendhilfe eine korrekte Gefährdungseinschätzung vornehmen kann, besteht in weiterer Folge und unabhängig von einer eventuellen Entbindung durch den Klienten die rechtliche Verpflichtung, diese Inhalte offen zu legen.

Verneint die Einrichtung bzw. der Berater / Therapeut die Notwendigkeit, Beratungsinhalte zum Schutz der Minderjährigen offen legen zu müssen, kann sich der Angefragte mit der Auskunft begnügen, in welchen Bereichen die Unterstützung installiert wurde und dass weitere Auskünfte unter Verweis auf die fehlende Erforderlichkeit verweigert werden.

Es empfiehlt sich, den Klienten weitestmöglich einzubinden und über die Gefährdungsanfrage sowie die gegenüber der Kinder- und Jugendhilfe einzunehmende Haltung aufzuklären.

Bestenfalls stimmt der Klient einer Informationsweitergabe / **Zusammenarbeit mit der Kinder- und Jugendhilfe zu, welche auch ohne eine rechtliche Verpflichtung dazu in aller Regel sinnvoll und erstrebenswert ist.**

Entscheidungshilfe zum Umgang mit Gefährdungsanfragen

Liegt ein Auftrag der Kinder- und Jugendhilfe vor?

Bei Bejahen dieser Frage ist die Anfrage der Kinder- und Jugendhilfe jedenfalls aufgrund des Auftrages zu beantworten, weil es bei einer Zuweisung durch die Kinder- und Jugendhilfe keine Schweigepflicht gibt. Als klassisches Beispiel kann etwa der Arbeitskontext der Sozialpädagogischen Wohngemeinschaften genannt werden.

Liegt ein Arbeitskontext vor, bei dem eine Mitteilungspflicht besteht?

Die Antwort ist nein: Wenn weder mit Kindern und Jugendlichen gearbeitet wird noch mit den Erwachsenen in Bezug auf das Kindeswohl, scheidet eine rechtliche

¹⁹⁵ bejaht werden kann das etwa, wenn ein Kontakt nicht zustande kam, eine Betreuung / Beratung nicht angenommen wurde,...

Mitwirkungspflicht im Rahmen der Gefährdungsabklärung von vornherein aus. Ohne Einverständnis des Klienten dürfen Beratungsinhalte in diesen Fallkonstellationen nur bei Vorliegen eines rechtfertigenden Notstandes oder mit Einverständnis des Klienten offengelegt werden.

Beispiel: Die Kindesmutter befindet sich wegen eigener Missbrauchserlebnisse in Therapie. Anfragen der Kinder- und Jugendhilfe müssen vom Therapeuten nicht beantwortet werden, weil die Therapie nicht auf den Schutz der Kinder abzielt.

Die Antwort ist ja: Falls der Berater / Therapeut mit Kindern und Jugendlichen bzw. mit Erwachsenen in Bezug auf das Kindeswohl arbeitet und bei der Beurteilung der Anfrage zum Ergebnis kommt, dass Beratungsinhalte offengelegt werden müssen, damit die Kinder- und Jugendhilfe in der Lage ist, die Gefährdung korrekt einzuschätzen, hat er keine andere Wahl, als das zu tun (nach Möglichkeit mit Einverständnis des Klienten, das rechtlich allerdings nicht erforderlich ist).

4.6. Notstand

4.6.1. 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 des Kindes auf Schutz seiner sexuellen Integrität. Maßgebend sei die Bewertung dieser Interessen durch die Rechtsordnung.¹⁹⁶ Es ist Aufgabe des Beraters / Therapeuten durch intensive Auseinandersetzung mit dem Klienten herauszufinden, ob sich aus dessen Erzählung eine reale Gefahr ableiten lässt oder ob es sich vielmehr um dessen Phantasie handelt. Bei der Gefährdung des Rechtsgutes darf es sich auch nicht nur um einen bloßen

¹⁹⁶ vgl. *Fuchs*, 17. Kapitel: Die einzelnen Rechtfertigungsgründe II: Notrechte - Notwehr, rechtfertigender Notstand, offensive Selbsthilfe – (2004) Rz 2 - 3

Verdacht handeln, sondern muss die Gefährdung zumindest höchst wahrscheinlich und gegenwärtig sein.¹⁹⁷

4.6.2. 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 **einzige** und schonendste Mittel ist, die Gefahr abzuwenden (es also keinen anderen Ausweg gibt) sowie
- das bedrohte Rechtsgut, das gerettet werden soll, eindeutig **höherwertig** ist als das durch die Rettungshandlung beeinträchtigte: Grundsatz der Güterabwägung¹⁹⁸

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 diese stufenweise vermindert wird, der Beginn einer medikamentösen Therapie, die Unterbringung in einer psychiatrischen Abteilung und nur zuletzt die Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht genannt werden.¹⁹⁹ Maßnahmen, welche 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 es dem Therapeuten möglich ist, auf den Patienten einzuwirken bzw. eine akute Gefahr rechtzeitig zu erkennen.²⁰⁰ Die Integrität des Beraters / Therapeuten 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

¹⁹⁷ vgl. *Bundesministerium für Gesundheit* (2015) S. 10

¹⁹⁸ *Fuchs*, Die einzelnen Rechtfertigungsgründe (2004) Ziffer 56

¹⁹⁹ vgl. *Frottier/Frühwald* (1998) 85 - 86

²⁰⁰ Vgl. *Frottier/Frühwald* (1998) 86

- 1.) alternative Handlungsmöglichkeiten zum Schutz Dritter gebe,²⁰¹
- 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 entspreche²⁰²

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 einer Gefährdung geprüft und ergriffen werden. Es sei dabei auch wichtig zu wissen, dass einige Klienten ihre Betreuer nur provozieren und auf die Probe stellen wollten.²⁰³

Bei der Entscheidung, ob die zugesicherte Verschwiegenheitspflicht durchbrochen werden soll, wird – neben allgemeinen grundsätzlichen Erwägungen – der notwendige Schutz jener Personen im Vordergrund 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 die Notwendigkeit einer Anzeige 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.²⁰⁴ Die moderne Sozialarbeit/Sozialpädagogik habe auch bei Missbrauch/Misshandlung in der Familie andere Interventionsmaßnahmen als eine Anzeige zur Auswahl. Durch die **vorschnelle Anzeige** würden ein Täter und mitunter 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

²⁰¹ 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)

²⁰² vgl. Frottier/Frühwald (1998) 95

²⁰³ vgl. Dvorak (1995) 8

²⁰⁴ vgl. Jesionek (1995) 373

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.²⁰⁵

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.²⁰⁶

4.7. *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 ziehe.²⁰⁷

Muss sich ein Berater / Therapeut in einem behördlichen oder gerichtlichen Verfahren verteidigen oder behauptete Schadenersatzansprüche²⁰⁸ abwehren, kann er die ihm in Ausübung seines Berufes anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse offenlegen. Er kann im Falle einer öffentlichen Berichterstattung auch reagieren und in diesem Zusammenhang vertrauliche Inhalte – unter Bezugnahme auf die bereits veröffentlichten identifizierenden Fakten und im erforderlichen Ausmaß –

²⁰⁵vgl. Dvorak (1995) 5

²⁰⁶ vgl. Frottier & Frühwald (1998) 85

²⁰⁷vgl. Schelling (1990) 6; Kopetzki in RdM 2013/1: Geheimnisoffenbarung „in eigener Sache“?

²⁰⁸ etwa wegen einer unrichtigen Beratung oder unsachgemäßen Therapie

preisgeben, sofern dies tatsächlich notwendig ist, um den Vorwürfen entgegen zu treten.²⁰⁹ Hier ist aber mit Sicherheit Augenmaß und eine kritische Prüfung im Vorfeld geboten. Bei einer Durchbrechung aus diesem Grund hat sich der Geheimnisträger bei seinen Angaben allerdings stets auf das Notwendigste zu beschränken.²¹⁰

4.8. *Honorarstreitigkeiten*

Wenn es im Zusammenhang mit der Beratung / Therapie zu Honorarstreitigkeiten kommt, ist der Geheimnisträger ebenfalls berechtigt, unbedingt notwendige Angaben zur Durchsetzung seiner Honorarforderung zu machen.²¹¹ Da den Patienten eine Entgeltspflicht für erbrachte Behandlungsleistungen trifft, muss es für den Berufsangehörigen im Falle des Zahlungsverzuges möglich sein, seinen Anspruch auf Zahlung des Entgeltes geltend zu machen.²¹²

5. Berufsspezifische Besonderheiten

5.1. *Psychologen und Psychotherapeuten*

§ 37 Psychologengesetz 2013

- (1) **Berufsangehörige** sowie ihre **Hilfspersonen** einschließlich **Fachauszubildende** sind zur **Verschwiegenheit** über alle ihnen in Ausübung ihres Berufes oder beim Erwerb der fachlichen Kompetenz im Rahmen der Ausbildung anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse verpflichtet.
- (2) Eine **Entbindung** von der Verschwiegenheitspflicht, insbesondere zum Zweck einer Zeugenaussage vor einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde, ist als **höchstpersönliches Recht** nur durch die (den) einsichts- und urteilsfähige(n) Patientin (Patienten) zulässig.

²⁰⁹ vgl. *Kopetzki* in RdM 2013/32: Keine Schweigepflicht bei bereits öffentlich gemachten Kunstfehlervorwürfen

²¹⁰ *Bundesministerium für Gesundheit* (2015) 5

²¹¹ vgl. RIS-Justiz RS0127872

²¹² vgl. *Bundesministerium für Gesundheit* (2015) 5

§ 15 Psychotherapiegesetz

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

5.1.1. Grundsätzliches

Die Bestimmungen zur Verschwiegenheit sind nahezu ident, lediglich in Bezug auf die Entbindung unterscheiden sie sich, weil in § 37 Abs 2 Psychologengesetz 2013 – im Unterschied zum Psychotherapiegesetz – die Möglichkeit der Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht explizit vorgesehen wird.

In den Erläuternden Bemerkungen heißt es in diesem Zusammenhang, dass § 37 Abs 2 Psychologengesetz 2013 die bisherige Regelung²¹³ nur insofern adaptiere, als klargestellt werde, dass als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts des Patienten eine **Entbindung** von der Verschwiegenheitspflicht zum Zwecke einer Aussage vor einem Gericht / einer Verwaltungsbehörde als höchstpersönliches Recht dann **zulässig** sein soll, wenn sie von dem einsichts- und urteilsfähigen Patienten vorgenommen wird. Eine allfällige **Entbindung durch den Rechtsanwalt** ist erst nach ausdrücklich dafür erteilter Vollmacht zulässig.

Die Auskunftspflicht gegenüber dem gesetzlichen Vertreter,²¹⁴ dem Vorsorgebevollmächtigten oder Personen, die von der behandelten Person als auskunftsberechtigt benannt wurden,²¹⁵ betrifft nur jene Informationen, deren Weitergabe das Vertrauensverhältnis des Berufsangehörigen zur behandelten Person nicht gefährdet.²¹⁶ Auch die Einsicht in die Dokumentation steht gemäß § 35 Abs 2 Psychologengesetz 2013 unter diesem Vorbehalt.

In einem Bereich, in dem Information und Vertrauen eine entscheidende Rolle spielen, soll jede missbräuchliche Verwendung von intimen Inhalten aus dem Arbeitskontext verhindert werden.²¹⁷ **Schutzobjekt der Verschwiegenheitspflicht ist das Vertrauensverhältnis**

²¹³ Die jener des § 15 Psychotherapiegesetz entsprach

²¹⁴ Etwa Eltern, Sachwalter

²¹⁵ Etwa Rechtsanwalt

²¹⁶ vgl. Erläuternde Bemerkungen zu § 36 Psychologengesetz 2013

²¹⁷ vgl. RV zum Psychologengesetz idF BGBl. Nr. 360/1990 ad § 14 PG, RV zum Psychotherapiegesetz ad § 15 PthG

zwischen Psychotherapeuten / Psychologen und Patienten.²¹⁸ Diese strenge berufsrechtlich normierte Verschwiegenheitspflicht über Geheimnisse ist Grundlage für das besondere Vertrauensverhältnis in der Beziehungsarbeit zwischen Berufsangehörigen und Patienten.²¹⁹ **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.²²⁰ Die Verschwiegenheitspflicht bezieht sich nicht nur auf den Psychologen bzw. Psychotherapeuten selbst, sondern auf sämtliche Hilfspersonen, einschließlich der sich in Ausbildung befindlichen Personen und Dolmetscher.

Das Psychotherapiegesetz 2013 / das Psychotherapiegesetz **verzichtet** nach wie vor auf eine **Durchbrechung** der Verschwiegenheit wie sie etwa bei den Ärzten vorgesehen wird.²²¹ Da öffentliche Interessen einen Eingriff in Rechte Einzelner immer nur dann erlauben, wenn dies gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist, wird man aus den Bestimmungen über die Verschwiegenheitspflicht ableiten müssen, dass öffentliche Interessen allein eine Offenbarung der betreffenden Geheimnisse nicht rechtfertigen. Vor allem können staatliche Interessen an der Verfolgung einer schon geschehenen Straftat (anders als nach § 54 ÄrzteG) eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nicht legitimieren.²²²

Zu beachten gilt allerdings § 37 B-KJHG 2013, wonach jene Psychologen / Psychotherapeuten, die mit Kindern und Jugendlichen arbeiten bzw. deren Arbeitsauftrag das Kindeswohl umfasst,²²³ unter bestimmten Umständen zur **Mitteilung** an die Kinder- und Jugendhilfe **verpflichtet** sind; nämlich dann, wenn die Kindeswohlgefährdung nicht anders abgewendet werden kann als durch eine Einbindung der Kinder- und Jugendhilfe.

²¹⁸ *Kierein*, Die rechtliche Verankerung der Psychotherapie in Österreich – das Psychotherapiegesetz (1998) 51

²¹⁹ vgl. *Bundesministerium für Gesundheit* (2015) S. 3

²²⁰ vgl. *Soyer* (1998) 56

²²¹ vgl. *Huber*, Psycho-Gesetze (1991) 22

²²² vgl. *Schmoller* (2000) 27

²²³ Im Auftrag der Kinder- und Jugendhilfe absolviert der Kindesvater eine Psychotherapie, um seine Aggressionen in den Griff zu bekommen

Sie sind in diesen Arbeitskontexten bei einer Gefährdungsabklärung der Kinder- und Jugendhilfe auch auskunftspflichtig.²²⁴

Informationspflicht gegenüber dem gesetzlichen Vertreter

Erwähnt werden muss, dass die **Behandlungsart** (Standardbedingungen, Setting, Frequenz, voraussichtliche Behandlungsdauer und –methode) dann **kein Geheimnis** darstellt, wenn ein gesetzlicher Vertreter aufgrund der fehlenden Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen / Besachwalterten der kostenauslösenden Behandlung / Beratung zustimmen musste. Diesbezüglich wird in § 35 Abs 2 und § 36 Abs 2 Psychologengesetz 2013 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.²²⁵ **Zu beachten ist allerdings, dass diese Auskunftspflicht unter dem Vorbehalt steht, das Vertrauensverhältnis zum Klienten nicht zu gefährden.** In diesem Sinne haben auch Inhalte einer Psychotherapie, einer klinisch-psychologischen oder gesundheitspsychologischen Behandlung mit Kindern und Jugendlichen oder besachwalterten Personen – und damit der eigentliche Behandlungsvorgang – gegenüber dem gesetzlichen Vertreter geschützt zu bleiben, wie gegenüber allen Dritten, einschließlich Ehegatten und Verwandten sowie privaten und öffentlichen Einrichtungen (wie z.B. Sozialversicherungsträgern, Kammern, Behörden). Daher sind auch bei einem „Elterngespräch“ nur die genannten Eckpunkte der Behandlung von Minderjährigen an die auskunftsberechtigten Personen weiterzugeben. Weitere Inhalte dürfen nur mit Einverständnis des einsichts- und urteilsfähigen Klienten oder bei Vorliegens einer besonderen Rechtfertigung mitgeteilt werden.

Ist der Minderjährige in der Lage, die Beratung / Behandlung / Therapie ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters in Anspruch zu nehmen,²²⁶ würde mE eine Information an den gesetzlichen Vertreter – ohne Einwilligung des Minderjährigen – zweifelsohne das Vertrauensverhältnis gefährden. Vor diesem Hintergrund besteht in meinen Augen

²²⁴vgl. Kapitel 4.5.1. (Mitteilungspflicht bei Verdacht auf Kindeswohlgefährdung) und 4.5.2. (Mitwirkungspflicht im Rahmen der Gefährdungsabklärung)

²²⁵vgl. *Kierein* (1998) 52

²²⁶ Voraussetzungen: Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit + keine Kosten

zumindest unter rechtlichen Gesichtspunkten **keine Verpflichtung** – die zuvor genannten Kriterien vorausgesetzt – einen gesetzlichen Vertreter über den Umstand einer Psychotherapie / der klinisch-psychologischen bzw. gesundheitspsychologischen Behandlung oder sonstigen Beratung zu informieren.

Exkurs: Beratung/Behandlung von Minderjährigen ohne Wissen der Eltern

Im Zusammenhang mit der Beratung / Behandlung / Therapie von Minderjährigen sind zwei Aspekte zu bedenken und zu beurteilen:

- der Abschluss eines sog. **Beratungs-/Behandlungsvertrages** (der mitunter Kosten auslöst) und
- die **Zustimmung**²²⁷ zur Beratung / Behandlung / Therapie

Beim Abschluss des **Behandlungsvertrages** kommt es auf die allgemeinen Regeln der **Geschäftsfähigkeit** an.²²⁸

Gemäß § 865 ABGB sind **Kinder unter sieben Jahren** – außer in den Fällen des § 170 Abs 3²²⁹ unfähig, ein Versprechen zu machen oder ein solches anzunehmen. **Andere Minderjährige** können ein bloß zu ihrem Vorteil gemachtes Versprechen annehmen; wenn sie aber eine damit verknüpfte Last übernehmen oder selbst etwas versprechen, hängt – außer in den Fällen des § 170 Abs 2 und 3 – die Gültigkeit des Vertrages in der Regel von der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ab.

D.h. Kinder²³⁰ sind **geschäftsunfähig**, sie können daher nur die Geschäfte des täglichen Lebens gemäß § 170 Abs 3 ABGB schließen, sind darüber hinaus aber selbst bei vorteilhaften Geschäften nicht geschäftsfähig.²³¹

Minderjährige sind beschränkt geschäftsfähig:²³² Sie können bloß vorteilhafte Versprechen annehmen. **Mündige Minderjährige**²³³ können darüber hinaus über Sachen, die ihnen zur freien Verfügung überlassen worden sind bzw. über ihr Einkommen aus

²²⁷ Die der einsichts- und urteilsfähige Klient selbst erteilen kann, ohne dass es eines gesetzlichen Vertreters dazu bedarf

²²⁸ vgl. Hopf in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁴ § 173 Rz 1

²²⁹ Alltagsgeschäfte und Erfüllung (Taschengeldparagraph)

²³⁰ = Personen unter sieben Jahren

²³¹ vgl. Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger⁴ § 865 Rz 2

²³² = Personen zwischen 7 und 18 Jahren

²³³ = ab dem 14. Lebensjahr

eigenem Erwerb so weit verfügen und sich verpflichten, als dadurch nicht die Befriedigung ihrer Lebensbedürfnisse gefährdet wird (vgl. § 170 Abs 2 ABGB).

Für die **Annahme der bloßen Vorteilhaftigkeit** reicht eine wirtschaftliche Günstigkeit (billiger Kauf) nicht aus. Vielmehr ist entscheidend, dass der Minderjährige lediglich Rechte erwirbt und weder privat- noch öffentlich-rechtliche Pflichten einget: Die Rückgabepflicht bei unverzinslichen Darlehen oder die Haftung des minderjährigen Stifters für die Gründungskosten schließen daher den Tatbestand des Satz 2 ebenso aus wie die Übernahme von Hypotheken oder der Grunderwerbssteuer bei einer Liegenschaftsschenkung. Nach hA stehen auch bloß wirtschaftliche Lasten als Folge eines Geschenkes der Vorteilhaftigkeit entgegen.²³⁴ Als Beispiel dafür können etwa die Fütterungskosten für ein geschenktes Pferd angeführt werden. In diesen Fällen braucht es also immer die Einbindung des gesetzlichen Vertreters bei unmündigen Minderjährigen, bei mündigen dann, wenn sie sich die Kosten nicht leisten können.

Sofern das Beratungsangebot für Minderjährige aber unentgeltlich ist, ist mE von einem bloß vorteilhaften Versprechen auszugehen, sodass einsichts- und urteilsfähige²³⁵ Minderjährige ein Beratungs- / Therapieangebot auch ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters in Anspruch nehmen können.

5.1.2. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Zu den Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht darf auf die allgemeinen Ausführungen im Kapitel 4 verwiesen werden.

Zu beachten ist, dass auch dem Psychotherapeuten²³⁶ / Psychologen – ebenso wie einem Arzt – eine **Garantenstellung** zum Schutz seines Patienten zukommen kann. Wenn er daher trotz bestehender und erkannter Gefahr untätig bleibt, kommt eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Gesundheitsschädigung oder Tötung durch Unterlassen gemäß §§ 2, 80 bzw. 88 StGB in Betracht.²³⁷

Voraussetzung dafür, die strenge Verschwiegenheitspflicht im Rahmen des **rechtfertigenden Notstandes** zu durchbrechen, ist eine gegenwärtige oder unmittelbare

²³⁴ vgl. Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger⁴ § 865 Rz 5

²³⁵ Wenn die Person Grund und Bedeutung der Behandlung/Beratung einsehen und nach dieser Einsicht ihren Willen bestimmen kann; bei der Zustimmung zur Behandlung kommt es eben nicht auf die Geschäftsfähigkeit an

²³⁶ Dasselbe muss mE auch für Psychologen gelten.

²³⁷ vgl. Schmoller (1996)

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 die Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht als Möglichkeit sehe, eine schwerwiegende Gefährdung von anderen Personen abzuwenden.²³⁸ Die Aufhebung der Verschwiegenheit kann somit zwar eine Strategie des Psychotherapeuten / Psychologen sein, selten sollte sie jedoch die erste oder gar die einzige sein.²³⁹

5.1.3. 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**.²⁴⁰

Psychotherapeuten und Psychologen kommt gemäß § 321 Abs 1 Z 3 ZPO auch im **Zivilverfahren** ein **Aussageverweigerungsrecht** zu, da sie durch eine Aussage (ohne Entbindung) eine staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit verletzen würden (§ 37 Psychologengesetz 2013, § 15 Psychotherapiegesetz).

Wie bereits an anderer Stelle dargelegt, kann das Aussageverweigerungsrecht bei einer zusätzlichen arbeitsvertraglichen Verpflichtung zur Verschwiegenheit nicht nur auf § 321 Abs 1 Z 3 ZPO, sondern zudem 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, nicht aber der Dienstgeber. Der Zeuge würde im Falle einer Aussage einen vermögensrechtlichen Nachteil erleiden, da er damit wider seine 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 / die Berufsgruppe der Psychotherapeuten / Psychologen, da es letztlich auch um die glaubwürdige Zusicherung gegenüber potentiellen Klienten geht, in jedem Fall²⁴¹ an der Verschwiegenheit festzuhalten.

²³⁸ vgl. *Kierein* (1998), 52 - 53

²³⁹ vgl. *Frottier & Frühwald* (1998) 86

²⁴⁰ Dies gilt, wie bereits mehrfach ausgeführt, auch im Falle einer Entbindung.

²⁴¹ Selbst dann, wenn eine Aussage für den Klienten günstig wäre, ist sie nicht möglich

5.1.4. Mögliche Konsequenzen einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

Gemäß § 47 Abs 4 Z 3 Psychologengesetz 2013 begeht ein Psychologe bei Verletzung der Verschwiegenheit, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer, in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung darstellt, eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe von bis zu 15.000,00 Euro zu bestrafen ist. Die Strafdrohung für Psychotherapeuten bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht beziffert sich gemäß § 23 Psychotherapiegesetz mit bis zu 3.600,00 Euro.

Gerichtlich strafbar macht sich der Psychotherapeut / Psychologe dann, wenn er Geheimnisse, die den Gesundheitszustand einer Person betreffen, die seine Tätigkeit in Anspruch genommen hat, offenbart oder verwertet. Voraussetzung für die Strafbarkeit ist, dass er aufgrund seiner berufsmäßigen Ausübung des gesetzlich geregelten Gesundheitsberufes Kenntnis davon hat und die Offenbarung oder Verwertung des Gesundheitszustandes geeignet ist, ein berechtigtes Interesse der betreffenden Person zu verletzen (vgl. § 121 Abs 1 StGB). Den Gesundheitszustand einer Person betreffen Geheimnisse, die sich auf eine ungewöhnliche körperliche oder geistige Verfassung oder Krankheiten und Leiden beziehen. Ein Geheimnis **offenbart**, wer es mindestens einer anderen Person mitteilt oder sonst zugänglich macht; ein Geheimnis **verwertet**, wer sich seine Kenntnis wirtschaftlich zu nutzen macht.²⁴² **Nicht gerichtlich strafbar** ist die Tat dann, wenn die Offenbarung oder Verwertung nach Inhalt und Form durch ein öffentliches oder ein berechtigtes privates Interesse gerechtfertigt ist (vgl. § 121 Abs 5 StGB). Eine Rechtfertigung einer Geheimnisoffenbarung kann sich zunächst aus Notwehr,²⁴³ Notstand²⁴⁴ oder auch mutmaßlicher Einwilligung²⁴⁵ ergeben. Erfüllt der Geheimnisträger eine einschlägige Rechtspflicht, so ist er ebenfalls gerechtfertigt.²⁴⁶ Abs 5 geht aber über die genannten Rechtfertigungsgründe hinaus und erlaubt die Offenbarung des

²⁴² vgl. *Fabrizy* in StGB und ausgewählte Nebengesetze¹² § 121 StGB, Rz 1

²⁴³ Offenlegung der Befunde eines Patienten, um sich gegen eine unberechtigte – und insoweit rechtswidrige – Klagsforderung wegen eines angeblichen Behandlungsfehlers zu wehren

²⁴⁴ Selbstmordgefahr wird den Angehörigen des Patienten mitgeteilt, um dem sonst drohenden Suizid vorzubeugen

²⁴⁵ Diese Konstellation ist nur insoweit vorstellbar, als eine aktuelle Einwilligung nicht rechtzeitig einzuholen ist: Zu denken ist an die Offenbarung eines Geheimnisses eines bewusstlosen Patienten in dessen eigenem Interesse.

²⁴⁶ Etwa, wenn bei nicht anders abwendbarer Kindeswohlgefährdung hinsichtlich eines minderjährigen Patienten eine Mitteilung an die Kinder- und Jugendhilfe gemacht wird.

Geheimnisses schon dann, wenn (irgend)ein öffentliches²⁴⁷ oder berechtigtes²⁴⁸ privates Interesse die Offenbarung rechtfertigt. Das Gesetz erfordert hier allerdings eine Güterabwägung; bei Bejahen der Voraussetzungen ist jeweils die für den Geheimnisherrn schonendste und am wenigsten weitgehende Form der Offenbarung oder Verwertung zu wählen. Genauso gilt in quantitativer Hinsicht, dass geheime Tatsachen jeweils nur im Ausmaß einer konkreten Mitteilungsnotwendigkeit – nicht aber darüber hinaus – offenbart werden dürfen. Eine Anonymisierung des Patienten ist daher erforderlich, wenn es dessen Namensnennung zur Wahrung des öffentlichen oder privaten Interesses nicht bedarf.²⁴⁹ Zu beachten bleibt, dass der Psychotherapeut / Psychologe zwar in den Fällen des Abs 5 nicht gerichtlich bestraft werden kann, die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung aber mitunter trotzdem aufrecht bleibt.

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.

5.1.5. 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 beim Klienten sieht. Mit dem gerichtlichen Ausspruch der Therapieweisung wird dem Klienten die Verpflichtung auferlegt, 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 (trotzdem) vom

²⁴⁷ Mitteilung einer konkret indizierten krankheitsbedingten Beeinträchtigung der Fahrtauglichkeit an die Bezirkshauptmannschaft

²⁴⁸ Wenn der Arzt den Wunsch einer minderjährigen Patientin den Eltern mitteilt

²⁴⁹ *Lewis* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch², 117. Lieferung, § 121 Rz 22 ff

Klienten erhält, womit die in den berufsrechtlichen Vorschriften normierte Verschwiegenheitspflicht aufrecht bleibt,²⁵⁰ es sei denn, es wird bei Beginn der Psychotherapie etwas anderes²⁵¹ vereinbart.

Der Vollständigkeit halber sei hier angeführt, dass diese Instrumentalisierung von Therapie im Sinne einer sozialen Kontrolle²⁵² unter Therapeuten höchst kontroversiell diskutiert wird. Für viele sei die Zwangstherapie 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.²⁵³

5.1.6. Exkurs: Verschwiegenheit im Zusammenhang mit dem Suchtmittelgesetz

Die in Einrichtungen und Vereinigungen mit Betreuungsangebot für Personen im Hinblick auf Suchtgiftmissbrauch beschäftigten Personen sind gemäß § 15 Abs 5 Suchtmittelgesetz (SMG), BGBl I Nr. 112/1997, zur Verschwiegenheit über das, was ihnen im Rahmen dieser Tätigkeit bekannt geworden ist, verpflichtet. Im Falle von bestimmten Maßnahmen sind auf Verlangen des Betreuten Bestätigungen über Beginn und Verlauf der gesundheitsbezogenen Maßnahme unverzüglich auszustellen. Auf schriftliches Verlangen des Betreuten können Bestätigungen auch an die Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde, das Gericht oder die Staatsanwaltschaft übermittelt werden.

In diesem Bereich ist eine einvernehmliche Zusammenarbeit zwischen dem Berufsangehörigen und dem Patienten zu empfehlen. Auf Grund gerichtlicher Anordnung zur Auskunftserteilung dürfen in Analogie zu § 15 SMG wohl nur die Grunddaten (Beginn

²⁵⁰ vgl. *Grabner-Tesar & Laimer*, *Bewährungshilfe und forensische Psychotherapie*. Abgrenzung ermöglicht Kooperation (1998) 302 ff

²⁵¹ Etwa, dass der Psychotherapeut den Therapieverlauf direkt dem Gericht mitteilt

²⁵² 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)

²⁵³ vgl. *Klammer & Wagner*, *Institutionelle Antworten auf Inzest*. Ein Potpurri von Schutz, Kontrolle und Hilfe (1998) 332

und Verlauf der gesundheitsbezogenen Maßnahmen) übermittelt werden. Andernfalls ist am Beginn der entsprechenden Behandlung bzw. Betreuung zu klären, welche Information an das anordnende Gericht weiterzugeben ist, um dem Klienten bewusst zu machen, dass in diesem Rahmen kein Geheimnisschutz gegeben sein kann.²⁵⁴

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.

5.2.1. 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, Psychotherapiegesetz) unterliegt, soweit von Bedeutung sind und von § 18 ZivMediatG unberührt bleiben, als sie einen weiterreichenden Schutz als die Verschwiegenheitspflicht nach dieser Bestimmung bieten.²⁵⁵ Diesbezüglich darf an dieser Stelle aber auf die Ausführungen bei der jeweiligen Berufsgruppe verwiesen werden.

5.2.2. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Zu den Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht darf auf die allgemeinen Ausführungen im Kapitel 4 verwiesen werden.

Berücksichtigt man den spezifischen Auftrag eines Mediators als neutraler Vermittler, der mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien mit dem Ziel zu fördern hat, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konflikts zu ermöglichen (vgl. § 1 Abs 1 ZivMediatG), wird eine Garantenstellung nur in den wenigsten Fallkonstellationen überhaupt denkbar sein.

²⁵⁴ vgl. Bundesministerium für Gesundheit (2015) S. 9-10

²⁵⁵ vgl. Zenz in JRP 2005, 230

5.2.3. 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 zumindest die Möglichkeit einer Entbindung.

5.2.4. 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*

5.3.1. Grundsätzliches

Es gibt **keine berufsrechtlichen Vorschriften**, die eine Verschwiegenheitspflicht für Sozialarbeiter festlegen. Als staatlich anerkannte Pflicht gilt die Verschwiegenheitspflicht aber nur dann, wenn sie gesetzlich angeordnet ist. Die Verschwiegenheit kann zwar grundsätzlich durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet werden,²⁵⁶ dabei handelt es sich aber nicht um eine „staatlich anerkannte Pflicht“, obgleich sie mittelbar auf dem Gesetz beruht und der Staat nach Maßgabe der Gesetze für deren Einhaltung zu sorgen hat.

²⁵⁶ vgl. durch den Abschluss eines Therapievertrages wird konkludent oder ausdrücklich als nebenvertragliche Verpflichtung auch die Pflicht anerkannt, an die Verschwiegenheit gebunden zu sein.

Ungeachtet des fehlenden Berufsgesetzes ist ein Sozialarbeiter aufgrund **nebenvertraglicher** Verpflichtungen trotzdem an die Schweigepflicht gebunden; die „einzige“ Konsequenz der fehlenden Berufsvorschrift ist die mitunter fehlende Absicherung der Verschwiegenheit in einem Gerichtsverfahren.

5.3.2. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Zu den Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht darf auf die allgemeinen Ausführungen im Kapitel 4 verwiesen werden.

Ähnlich wie im Behandlungs- bzw. Psychotherapiekontext kann sich aufgrund des spezifischen Auftrages eine Garantenstellung²⁵⁷ ergeben, womit in bestimmten Fällen eine **Handlungspflicht** bei Gefährdung eines Klienten gegeben sein kann. Bleibt ein Sozialarbeiter trotz bestehender und für ihn erkennbarer Gefahr für den Klienten und trotz einer Handlungspflicht aufgrund des übernommenen Auftrages untätig, kommt eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Gesundheitsschädigung oder Tötung durch Unterlassen gemäß §§ 2, 80 bzw. 88 StGB in Betracht.

5.3.3. 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.²⁵⁸ Dabei ist der Begriff „anerkannt“,²⁵⁹ 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

²⁵⁷ Etwa Mitarbeiter einer betreuten Wohngemeinschaft für Minderjährige

²⁵⁸ vgl. Dvorak (1995) 7

²⁵⁹ vgl. § 157 Abs 1 Z 3 StPO: Mitarbeiter anerkannter Einrichtungen zur psychosozialen Beratung und Betreuung

Betreuungstätigkeit Verträge mit der öffentlichen Hand geschlossen haben bzw. im Auftrag derselben handeln.²⁶⁰

Im **Zivilverfahren** können sich Sozialarbeiter nicht in jedem Fall auf ihr Aussageverweigerungsrecht berufen, da eine berufsrechtliche Vorschrift und damit eine **staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht bedauerlicherweise nicht existiert**. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob diese Lücke der fehlenden gesetzlichen Verschwiegenheitsverpflichtung von Sozialarbeitern nicht durch **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, möglich²⁶¹

Die Tätigkeit von Sozialarbeitern, Psychotherapeuten und Psychologen unterscheidet sich zwar inhaltlich, findet aber den gemeinsamen Nenner in **der notwendigen Vertrauensbeziehung als Grundlage für ein Tätigwerden**. Auch zwischen dem Sozialarbeiter und seinem Klienten ist ein enges Vertrauensverhältnis gegeben, das eines besonderen Schutzes bedarf. Da für nahezu alle beratenden / therapeutischen Berufsfelder die Verschwiegenheitspflicht auch gesetzlich normiert wird, würde sich eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen empfehlen, zumal der Verschwiegenheitspflicht in der Sozialarbeit unzweifelhaft ein ähnlich hoher Stellenwert zukommt, wie in anderen beratenden Berufen.

Zu erwähnen ist, dass – je nach Arbeitskontext – eine Verschwiegenheitspflicht mitunter gesetzlich normiert wird, die in weiterer Folge selbstverständlich auch für Sozialarbeiter in dem betreffenden Arbeitskontext schlagend wird (vgl. etwa § 15 Abs 5 SMG, § 6 B-KJHG

²⁶⁰ vgl. *Bundesministerium für Justiz* (1993)

²⁶¹ vgl. *Ethische Standards – Berufspflichten für SozialarbeiterInnen, Generalversammlungsbeschluss des OBDS 17.10.2004 in Salzburg*

2013²⁶² etc.), auch wenn ein Berufsgesetz für Sozialarbeiter fehlt. Vielfach besteht die Möglichkeit der Sozialarbeiter, sich auf das **Familienberatungsförderungsgesetz** zu berufen,²⁶³ welches auf die analoge Anwendung des § 15 Psychotherapiegesetz verweist und somit mE als Grundlage für eine staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht in Frage kommt:

§ 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 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 dort in Angelegenheiten der Familienplanung, wirtschaftlichen und sozialen Belangen werdender Mütter sowie Familienangelegenheiten, insb. solche rechtlicher und sozialer Natur, sexuellen Belangen und sonstigen Partnerschaftsbeziehungen beraten wird. Liegen diese Voraussetzungen vor und wird die Beratungsstelle nach diesem Bundesgesetz gefördert, können sich Mitarbeiter derartiger Einrichtungen auf ihr Aussageverweigerungsrecht berufen, da sie andernfalls 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,²⁶⁴ wird sich der Zeuge trotz Entbindung durch den Klienten auf sein Aussageverweigerungsrecht berufen müssen, wenn im Dienstvertrag die Verschwiegenheitspflicht ausdrücklich

²⁶² Hier sind allerdings die landesrechtlichen Bestimmungen maßgeblich

²⁶³ gilt jedenfalls für Mitarbeiter des Instituts für Sozialdienste

²⁶⁴ *Frauenberger in Fasching & Konecny*³ § 321 Abs 1 Z 3 ZPO Rz 13 (Stand: 1.7.2017, rdb.at)

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.

5.3.4. Mögliche Konsequenzen einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

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

5.4. *Sachwalter, Patientenanwälte, Bewohnervertreter*

5.4.1. Grundsätzliches

Gemäß § 6 ErwSchVG 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 § 10 Abs 2 HeimAufG wird sie nochmals ausdrücklich für den Bewohnervertreter normiert:

§ 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 ErwSchVG als auch die Bestimmungen des HeimAufG strafrechtliche Konsequenzen für den ungerechtfertigten Bruch der Verschwiegenheitspflicht vorsehen.

5.4.2. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Im Zusammenhang mit den Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht darf auf die Ausführungen im Kapitel 4 verwiesen werden.

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 HeimAufG²⁶⁵ genannten Behörden gilt. Bei Sachwaltern und Patientenanwälten ist die Schweigepflicht gemäß § 6 Abs 1 ErwSchVG gegenüber dem PflEGschafts- und Unterbringungsgericht aufgehoben.

5.4.3. Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflicht

Da es sich bei den Trägern der Sachwalterschaft, Patientenanwaltschaft und Bewohnervertretung um anerkannte Einrichtungen zur psychosozialen Beratung und Betreuung 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 PflEGschafts- und Unterbringungsgericht – gemäß § 321 Abs 1 Z 3 ZPO ein **Aussageverweigerungsrecht** zu, da es sich bei § 6 ErwSchVG und den Bestimmungen im HeimAufG um generell-abstrakte Normen und somit um staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflichten handelt.

5.4.4. 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 ErwSchVG 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.

²⁶⁵ die für die Aufsicht über die Einrichtung oder zur Bearbeitung von Beschwerden zuständigen Behörden

5.4.5. 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 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 Arztes, 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 in seinem Wirkungskreis auch die Befugnis zu, für den Betroffenen Klagen zu erheben, sich im Strafverfahren als Privatbeteiligter anzuschließen oder als Vertreter für den Betroffenen aufzutreten, um eine Forderung abzuwenden. 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, sodass in diesem Zusammenhang die notwendigen Informationen offen gelegt werden dürfen (müssen), ohne dass der Sachwalter an die Verschwiegenheit gebunden wäre. Entsprechendes gilt auch im Rahmen der Personensorge, wenn der Sachwalter Betreuungsaufträge an Institutionen vergibt und Informationen über den Betroffenen weitergibt (Krankheitsbild etc.), welche für einen Auftrag unumgänglich sind.

Am 1.7.2018 tritt das **2. Erwachsenenschutz-Gesetz** in Kraft, mit welchem die Autonomie von Menschen, die nicht (mehr) in der Lage sind, ihre Angelegenheiten zu besorgen, erweitert wird. Es werden Vertretungsmodelle und Alternativen zur Sachwalterschaft ausgebaut und auch längst überfällige terminologische Anpassungen vorgenommen.

5.5. *Berater einer anerkannten Schuldenberatungsstelle*

5.5.1. Grundsätzliches

Gemäß § 192 Insolvenzordnung können sich Schuldner im Schuldenregulierungsverfahren durch eine anerkannte Schuldenberatungsstelle vertreten lassen. Die ifs Schuldenberatung 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.

5.5.2. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Hinsichtlich der Ausnahmen darf auf die allgemeinen Ausführungen in Kapitel 4 verwiesen werden.

5.5.3. 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 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 Parteienvertreterers möglicherweise ein Beweismittel gegen sich selbst zu schaffen, weil sein Gesprächspartner als Zeuge aussagen müsste oder Aufzeichnungen über das Gespräch beschlagnahmt werden könnten.²⁶⁶ Es lässt sich mE kein vernünftiger Grund bzw. eine sachliche Rechtfertigung dafür finden, weshalb die **analoge Anwendung des in § 157 Abs 2 StPO normierten Aussageverweigerungsrecht** auf den vorliegenden Fall nicht in Frage kommen sollte. Ergänzend sei an dieser Stelle festgehalten, dass die ifs Schuldenberatung in meinen Augen auch die Kriterien einer anerkannten Einrichtung zur psychosozialen Beratung und Betreuung erfüllt, da nicht nur die Vertretung von

²⁶⁶ vgl. *Foregger/Fabrizy*⁹, § 152 StPO a.F. Rz 14

Schuldern in einem Schuldenregulierungsverfahren, sondern auch die Motivation, Beratung und Unterstützung („ganzheitliche“ Beratung) im Vorfeld des und parallel zum Schuldenregulierungsverfahren eine große Rolle spielt. Zu diesem Zweck erhält die ifs Schuldenberatung auch eine finanzielle Unterstützung durch die öffentliche Hand (Vorarlberger Sozialfonds). Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass die Berater der ifs Schuldenberatung ihr Aussageverweigerungsrecht im Strafverfahren mE 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.**²⁶⁷ Entsprechendes muss in meinen Augen auch für die Berater einer anerkannten Schuldenberatungsstelle gelten, womit sich die Berater der ifs Schuldenberatung im Zivilverfahren auf § 321 Abs 1 Z 4a ZPO berufen und somit die Aussage verweigern können.

5.5.4. 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.

²⁶⁷ vgl. Frauenberger in Fasching/Konecny³ § 321 ZPO Rz 25 (Stand: 1.8.2017, rdb.at)

5.6. Ärzte

5.6.1. Grundsätzliches

§ 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** a) der öffentlichen Gesundheitspflege, b) der Rechtspflege oder c) von **einwilligungsunfähigen Patientinnen/Patienten** im Zusammenhang mit der Bereitstellung der für die **Behandlungskontinuität** unerlässlichen Eckdaten gegenüber den mit der Pflege betrauten Personen 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**²⁶⁸ herbeigeführt wurde, so **hat** der Arzt, **sofern** Abs 5 nichts anderes bestimmt, der Sicherheitsbehörde **unverzüglich Anzeige zu erstatten**. Gleiches gilt im Fall des*

²⁶⁸ iSd § 84 StGB ist eine länger als 24 Tage dauernde Gesundheitsschädigung / Berufsunfähigkeit oder an sich schwere Verletzung / Gesundheitsschädigung zu verstehen

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 StGB²⁶⁹), so **kann** die Anzeige so lange unterbleiben, als dies das **Wohl** des Minderjährigen erfordert **und** eine Zusammenarbeit mit dem **Kinder- und Jugendhilfeträger** 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 Kinder- und Jugendhilfeträger zu erstatten.

Gemäß § 54 Abs 1 ÄrzteG sind Ärzte sowie deren Hilfspersonen²⁷⁰ grundsätzlich an die Verschwiegenheit über alle ihnen anvertrauten oder im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit bekannt gewordenen Geheimnisse verpflichtet.

5.6.2. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Im Allgemeinen kann auf die Ausführungen in Kapitel 4. verwiesen werden.

Es bestehen gemäß § 54 ÄrzteG **weitgehende Ausnahmeregelungen**, wann die Verschwiegenheitspflicht durchbrochen wird bzw. werden kann. Die näheren Ausführungen in diesem Skriptum beziehen sich auf § 54 Abs 2 Z 4 und § 54 Abs 4, 5 ÄrzteG. Der Vollständigkeit halber sei hier lediglich angeführt, dass in § 54 Abs 2 Z 3 ÄrzteG die Möglichkeit einer **Entbindung** durch den Patienten ausdrücklich vorgesehen wurde.

§ 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

²⁶⁹ Ehegatte, Verwandte in gerader Linie (Eltern, Großeltern, Kinder, Enkelkinder) und Geschwister sowie andere Angehörige, mit denen er in einer Hausgemeinschaft lebt.

²⁷⁰ etwa Ordinationshilfe etc.

um für die Erreichung des Zwecks der behördlichen Tätigkeit absolut erforderliche Tatsachen handelt, die der Arzt entgegen seiner Verschwiegenheitspflicht preisgeben darf. Seit 01.12.2016 ist gesetzlich klargestellt, dass die Weitergabe von für die Behandlungskontinuität unerlässlichen Eckdaten gegenüber den mit der Pflege betrauten Personen zum Schutz höherwertiger Interessen von einwilligungsunfähigen Patienten / Patientinnen zulässig ist (vgl. § 54 Abs 1 Z 4 lit c ÄrzteG 1998).

Interessen der Strafrechtspflege würden dem Schutz des Geheimnisses, auf den die ärztliche Verschwiegenheitspflicht abziele, soweit es um den Schutz höherwertiger Rechtsgüter ginge, idR prävalieren.²⁷¹ 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.²⁷²

Die Erwähnung der Bereiche der „öffentlichen Gesundheitspflege“ und „Rechtspflege“ dürfe zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zu § 121 Abs 5 StGB allerdings nicht dahingehend interpretiert werden, dass es außerhalb dieser Bereiche keine anderen Interessen gebe, die als höherwertig angesehen werden dürften. Auch das Interesse dritter Personen in ihrer eigenen Gesundheit muss den von § 54 Abs 2 Z 4 ÄrzteG 1998 genannten Bereichen zumindest gleichgesetzt werden.²⁷³

§ 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 Opferschutzeinrichtungen²⁷⁴ hinzuweisen.

²⁷¹vgl. Aigner/Kierein/Kopetzki, Ärztegesetz 1998 – samt erläuternden Bemerkungen² (2001) § 54 ÄrzteG, Rz 8

²⁷² vgl. Stolzlechner in RdM 2000, 67

²⁷³ vgl. RIS-Justiz RS0117236

²⁷⁴ ifs Gewaltschutzstelle Vorarlberg

§ 54 Abs 4 ÄrzteG: Anzeigepflicht bei Verdacht des Misshandelns, Quälens, Vernachlässigen oder sexuellen Missbrauchs einer volljährigen Person, die ihre Interessen nicht selbst wahrzunehmen vermag

Der Arzt hat eine Anzeige zu erstatten, wenn sich in Ausübung seines Berufes der Verdacht ergibt, dass eine volljährige Person, die ihre Interessen nicht selbst wahrzunehmen vermag,²⁷⁵ Opfer einer Misshandlung, eines Quälens, eines Vernachlässigens oder eines sexuellen Missbrauchs geworden ist.

Misshandeln

Misshandeln ist jede unangemessene Behandlung eines anderen, die das körperliche Wohlbefinden nicht ganz unerheblich beeinträchtigt, also Schmerzen oder Unbehagen hervorruft.²⁷⁶ Als Beispiele können etwa Fußtritte, Ohrfeigen, Faustschläge, Umstoßen, Zu-Boden-Werfen genannt werden.²⁷⁷

Quälen

Unter Quälen wird die Zufügung körperlicher Qualen, darunter werden länger dauernde Schmerzen, oder auch die Zufügung seelischer Qualen verstanden. **Körperliche Qualen** können sowohl durch Verletzungen als auch durch Misshandlungen oder Freiheitsbeschränkungen bewirkt werden, **seelische Qualen** hingegen auch durch (verbale) Bedrohungen und Beschimpfungen oder durch sonstige Erniedrigungen. Von Qualen kann nur bei **erheblichen Beeinträchtigungen des Wohlbefindens** gesprochen werden. Auch die Begehung durch Unterlassung ist möglich, etwa bei Versagen der Nahrung oder Verweigerung einer Schmerzmedikation.²⁷⁸

Vernachlässigen

Vernachlässigung der Pflege ist, wenn längere Zeit hindurch entsprechende Pflichten entweder überhaupt nicht oder in einem viel zu geringen Maß erbracht werden. Vernachlässigen bedeutet einen erheblichen Mangel an Bereitschaft, seinen Pflichten

²⁷⁵ Etwa aufgrund einer geistigen Behinderung oder psychischen Erkrankung nicht einsichts- und urteilsfähig ist

²⁷⁶ vgl. *Fabrizy* in StGB und ausgewählte Nebengesetze, Kurzkommentar¹² § 83 Rz 4

²⁷⁷ vgl. *Burgstaller/Fabrizy* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2016) § 83 Rz 24

²⁷⁸ vgl. *Fabrizy*¹² § 92 Rz 5

nachzukommen, typischer Weise also **qualifizierte Untätigkeit**. Vom Täter gut gemeinte, aus objektiver Sicht aber falsche Entscheidungen sind im Regelfall nicht erfasst.²⁷⁹

Sexuell Missbrauchen

Eine Person wird durch sexuell motivierte Handlungen des Täters missbraucht. Ein Missbrauch wird nur dann gegeben sein, **wenn der Täter das Tatopfer in einer gegen dessen Interessen gerichteten Weise ausnützt, etwa in dem es seinen Zustand** (geistige Behinderung / psychische Erkrankung) oder seine **Position gegenüber dem Opfer** (Arzt, Psychologe, Psychotherapeut, Angehöriger eines Gesundheits- und Krankenpflegeberufes oder Seelsorger) **missbraucht**.

Zu berücksichtigen ist aber, dass ein Missbrauch dann zu verneinen ist, wenn eine nur körperlich widerstandsunfähige Person in die geschlechtliche Handlung aktuell und wirksam einwilligt.²⁸⁰

§ 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 auch Mitteilung an den zuständigen Kinder- und Jugendhilfeträger zu erstatten ist. Dem behandelnden Arzt kommt insofern bei einem entsprechenden Verdacht **kein** Handlungsspielraum zu.

Ausnahme von der Anzeigepflicht

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

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

²⁷⁹ vgl. *Jerabek in Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch², § 92 Rz 15

²⁸⁰ vgl. *Fabrizy*¹² § 205 Rz 4

Die Ausnahme werde dahingehend zu verstehen sein, dass die in Abs 5 – wenngleich 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 dem Kinder- und Jugendhilfeträger 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.²⁸¹ Selbiges gilt gemäß § 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 folgendes festgehalten: Sofern der Verdacht im Raum steht, ein Minderjähriger wäre gequält, vernachlässigt, misshandelt oder sexuell missbraucht worden, ist in jedem Fall – unabhängig von einer Anzeige – unverzüglich eine Mitteilung an den Kinder- und Jugendhilfeträger zu erstatten (vgl. § 54 Abs 6 zweiter Satz ÄrzteG 1998).

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.*“²⁸² 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

²⁸¹vgl. Aigner/Kierein/Kopetzki² (2001) § 54 ÄrzteG, Rz 12 - 13

²⁸² vgl. Stolzlechner in RdM 2000, 67 zitiert nach RV 924 BlgNR 18. GP, 20 f).

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.²⁸³ *Hochmayr/Schmoller* zufolge müsse die teleologische Interpretation sogar ergeben, dass ein Arzt bei Bestehen einer Mitteilungspflicht an den Kinder- und Jugendhilfeträger eine Strafanzeige nur bei Gefahr im Verzug, nämlich wenn der zuständige Kinder- und Jugendhilfeträger nicht rasch genug erreicht werden könne, erstatten dürfe.²⁸⁴

Im Jahr 2001 wurden die Melde- und Anzeigepflichten wiederum 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 Anzeigenerstattung dem Kindeswohl entspricht und eine Zusammenarbeit mit dem Kinder- und Jugendhilfeträger sowie gegebenenfalls der 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.²⁸⁵

Für die im Bereich der Gesundheitsfürsorge (Pflege, Geburtshilfe etc.) beschäftigten Personen besteht ebenfalls eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit. Diese ist in zahlreichen Gesetzesbestimmungen festgelegt.²⁸⁶ Es finden sich aber auch Bestimmungen, in denen Berufsangehörige gesetzlich zur Anzeige bzw. Meldung verhalten werden.

²⁸³ vgl. *Stolzlechner* in RdM 2000, 67

²⁸⁴ vgl. *Schmoller* (2000) 19

²⁸⁵ Vgl. *Jäger* in Kindeswohl und Meldepflicht bei Gewalt am Kind. Die gesetzlichen Bestimmungen insbes. Im Jugendwohlfahrtsgesetz, Ärztegesetz, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (2008) 4

²⁸⁶ 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)

5.6.3. Exkurs: Verschwiegenheit, Anzeige- und Meldepflichten für Gesundheits- und Krankenpflegeberufe

In § 6 Abs 1 GuKG wird für den gehobenen Dienst der Gesundheits- und Krankenpflege sowie die Pflegefachassistenz und die Pflegeassistenz²⁸⁷ eine **Verschwiegenheitsverpflichtung** über alle ihnen in Ausübung ihres Berufes anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse normiert. Auch § 6 Abs 2 Z 1 GuKG sieht – neben anderen Ausnahmen, auf welche hier nicht weiter eingegangen wird – vor, dass die Patienten die Berufsangehörigen der Gesundheits- und Krankenpflege rechtswirksam von ihrer Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbinden können.

Gemäß § 7 GuKG sind Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe **verpflichtet**, der Sicherheitsbehörde unverzüglich **Anzeige** zu erstatten, **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. Da Fundament jeder effektiven Beratungs- oder Betreuungstätigkeit die Möglichkeit zur Sicherung und Wahrung der Vertraulichkeit ist, sieht § 7 Abs 2 GuKG eine **Ausnahme für jene Fälle** vor, in denen die Anzeige eine Tätigkeit beeinträchtigen würde, deren Wirksamkeit eines persönlichen Vertrauensverhältnisses bedarf.²⁸⁸ Ein wirksames Vertrauensverhältnis kann in meinen Augen aber nur dann belastet werden, wenn das Pflegepersonal nur deshalb Kenntnis von den strafrechtlich relevanten Übergriffen erlangt, weil sich der Patient ihnen anvertraut hat. Das setzt in aller Regel das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit voraus. Wird hingegen eine demenzerkrankte Person, die nicht (mehr) in der Lage ist, sich zu artikulieren, Opfer eines Übergriffs, der etwa einen Bruch ihrer Hand zur Folge hat, ist der Ausnahmetatbestand eines persönlichen Vertrauensverhältnisses nur schwer vorstellbar.

Wird vom Ausnahmetatbestand Gebrauch gemacht und **von einer Anzeige Abstand genommen**, hat der Angehörige des Gesundheits- und Krankenpflegeberufes die betroffene Person jedenfalls über **bestehende anerkannte Opferschutzeinrichtungen zu informieren** (vgl. § 7 Abs 2 letzter Satz GuKG).

§ 8 Abs 1 GuKG sieht eine **Ermächtigung**, persönlich betroffenen Personen, Behörden oder öffentlichen Dienststellen Mitteilung zu machen, wenn sich in Ausübung ihres

²⁸⁷ welche unter Gesundheits- und Krankenpflegeberufe zu verstehen sind (vgl. § 1 GuKG)

²⁸⁸ vgl. *Weiss-Faßbinder/Lust* in Gesundheits- und Krankenpflegegesetz – GuKG samt ausführlichen Erläuterungen⁶ (2010) § 7 Anm 4

Berufes der Verdacht ergibt, dass durch eine gerichtlich strafbare Handlung der Tod oder die Körperverletzung eines Menschen herbeigeführt wurde oder ein Minderjähriger oder eine sonstige Person, die ihre Interessen nicht selbst wahrzunehmen vermag, misshandelt, gequält, vernachlässigt oder sexuell missbraucht wurde, vor. Voraussetzung dafür ist „nur“, dass das Interesse an der Mitteilung das Geheimhaltungsinteresse überwiegt.

Zu beachten ist die in § 8 Abs 2 GuKG normierte **Verpflichtung**, den zuständigen Kinder- und Jugendhilfeträger bei Minderjährigen bzw. das Pflegschaftsgericht²⁸⁹ bei Personen, die ihre Interessen nicht wahrzunehmen vermögen über eine Misshandlung, ein Quälen, ein Vernachlässigen oder einen sexuellen Missbrauch in Kenntnis zu setzen, sofern dies zur Verhinderung einer weiteren erheblichen Gefährdung des Wohls der betroffenen Person erforderlich ist.

5.6.4. 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 1998 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 beherrschte Außerstreitverfahren vorgenommen. 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 Aussageverweigerungsrecht eingeräumt wird. 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 Aussageverweigerungsrecht im Strafverfahren**

²⁸⁹ Das ist das für den Bezirk zuständige Bezirksgericht

zukomme.²⁹⁰ Zu erwähnen bleibt, dass sich aber auch die Verschwiegenheitspflicht der **Psychiater**, die unter das ÄrzteG fallen, nach § 54 ÄrzteG 1998 richtet. Daraus folgt, dass ein Psychiater jedenfalls hinsichtlich solcher Umstände nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, die er gemäß § 54 ÄrzteG 1998 sogar von sich aus zur Anzeige bringen müsste.²⁹¹

Am Rande sei hier noch vermerkt, dass **Amtsärzte**, die zu den Beamten zu zählen sind, zusätzlich dem Amtsgeheimnis²⁹² unterliegen. Amtsärzte unterliegen daher bei ihrer amtsärztlichen Tätigkeit nicht der Verschwiegenheitspflicht des § 54 Abs 1 ÄrzteG 1998, sondern dem verfassungsrechtlich abgesicherten Institut der Amtsverschwiegenheit gemäß Art 20 Abs 3 B-VG.²⁹³

Interessant ist die Entscheidung des OGH vom 23.11.1999, 1 Ob 254/99f, welcher sich folgende Aussagen entnehmen lassen:

- Selbst wenn die Patientin, welche die behandelnden Ärzte aufgrund eines Behandlungsfehlers in Anspruch nimmt, diese nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbindet, kommt ihnen in **Bezug auf die Aufklärung kein Aussageverweigerungsrecht zu**. Erwägungen über die Wahrung der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht sei voranzustellen, dass der Umstand, ob und bejahendenfalls, inwieweit die Patientin vor dem ärztlichen Eingriff über dessen Gefahren und Folgen aufgeklärt wurde im Allgemeinen kein dem Arzt in Ausübung dessen Berufs anvertrautes oder bekannt gewordenes Geheimnis zum Gegenstand hat. Soweit der Arzt über den Ablauf und den Inhalt der Aufklärung auch ohne konkrete Bezugnahme auf ein ihm in Ausübung seines Berufes anvertrautes oder bekannt gewordenes Geheimnis an ihn gerichtete Fragen beantworten kann, ist er durch die ärztegesetzlich verankerte Verschwiegenheitspflicht nicht gebunden. **Nur soweit der Inhalt der Aufklärung ohne Aufdeckung der dem Arzt schon vor oder erst bei dem Aufklärungsgespräch anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse nicht verständlich dargestellt werden könnte**, obliegt es dem als Zeugen vernommenen Arzt darauf Bedacht zu nehmen und in diesem Umfang unter

²⁹⁰ vgl. *Schmoller* (2000) 22 - 23

²⁹¹ vgl. *Schmoller* (2000) 24

²⁹² vgl. diesbezüglich die Ausführungen zu Punkt 5.7.

²⁹³ vgl. *Zenz*, JRP 2005, 230

Berufung auf seine insoweit wirksame Verschwiegenheitspflicht die Beantwortung der in dieser Richtung an ihn gestellten Fragen zu verweigern, sofern er von der Patientin nicht entbunden wurde.

- **Jene Tatsachen, die von der Klägerin im Verfahren selbst offen gelegt wurden, sind nicht mehr Gegenstand der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht, auch wenn sie ohne eine solche Aufdeckung gegebenenfalls vom Geheimnisschutz umfasst wären.** Diese Rechtsansicht ist in ihrer Allgemeinheit mE als problematisch zu werten, weil das hieße, dass ein Aussageverweigerungsrecht dann nicht bestünde, wenn der Klient selbst Informationen aus dem Beratungskontext offen legt, über deren Zutreffen der Arzt auch ohne Entbindung durch den Klienten aussagen müsste und ihm mitunter durch wahrheitsgemäße Angaben schaden könnte, ohne dass sich der Klient dessen zum Zeitpunkt seines Vorbringens bewusst gewesen wäre.²⁹⁴

5.6.5. 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 Arzneimittellkunde 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

²⁹⁴ Klient bringt vor, dass die Behandlung aufgrund des zufriedenstellenden Verlaufs abgeschlossen wurde; der Psychiater sagt aus, dass der Abschluss erfolgte, weil sich der Klient nicht kooperativ zeigte.

Interessen des Dritten beeinträchtigen,²⁹⁵ 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 eine Strafbarkeit nach § 121 StGB vielfach ausscheidet, besteht für den Arzt, falls er eine Geheimhaltungspflicht einmal ungerechtfertigt verletzt, primär nur das Risiko einer **diszipliniären** Ahndung nach § 136 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.

Eine ungerechtfertigte Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht würde jedenfalls ein Vertragsbruch darstellen, da allgemein anerkannte Nebenpflichten des Behandlungsvertrages 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: Mögliche Konsequenzen bei der Verletzung der Anzeigepflicht²⁹⁶

Verletzt ein Arzt die ihn treffende Anzeigepflicht, hat das mitunter **zivilrechtliche Konsequenzen**, weil jede, der in den Abs 4 bis 6 des § 54 ÄrzteG normierten Anzeigepflichten zumindest auch dem Schutz des Patienten dient.

Auch eine **diszipliniäre Ahndung** ist denkbar, nicht hingegen eine verwaltungsstrafrechtliche Ahndung, weil hierfür die notwendige Rechtsgrundlage fehlt.

Zuguter letzt begründet die **Anzeigepflicht keine Garantenstellung** des Arztes, weil bloße Informations- und Meldepflichten an eine Behörde ihrem Inhalt und Schutzzweck zufolge nicht dazu geeignet sind. Es trifft den Arzt demnach keine persönliche Erfolgsabwendungsverpflichtung an weiteren Übergriffen, sondern „nur“ eine Anzeige- und Mitteilungspflicht, damit die zuständigen Behörden die notwendigen Schritte in die

²⁹⁵ vgl. *Schmoller* (2000) 25

²⁹⁶ vgl. *Krauskopf/Fister* in RdM 2013/2

Wege leiten können. Aus diesem Grund ist eine strafrechtliche Verantwortung bei Unterlassen einer Anzeige – trotz entsprechender Verpflichtung – ebenfalls nicht gegeben.

5.7. *Beamte*

5.7.1. 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.²⁹⁷

5.7.2. 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. Wesentlich für die Behördeneigenschaft ist die Befehls- und Zwangsgewalt, die sich in der Erlassung von Urteilen oder Bescheiden und in der Ausübung unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt äußert.²⁹⁸ **Öffentliche Dienststellen** sind die anderen Amtsstellen der Gebietskörperschaften, die kein Imperium besitzen.²⁹⁹ Lediglich der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle angeführt, dass **private Unternehmen oder Vereine**, selbst wenn ihnen bestimmte öffentliche (behördliche) Aufgaben übertragen wurden, nicht von § 78 StPO erfasst werden. Deshalb unterliegt auch der mit den Aufgaben der Bewährungshilfe betraute Verein Neustart als privater Verein nicht der Anzeigepflicht.³⁰⁰

²⁹⁷ vgl. Schelling (1990) 3

²⁹⁸ vgl. Schwaighofer in Fuchs/Ratz, WK-StPO (Stand: 22.2.2017, rdb.at) § 78 Rz 4, SS 8/105

²⁹⁹ vgl. Schwaighofer in Fuchs/Ratz, WK-StPO (Stand: 22.2.2017, rdb.at) § 78 Rz Rz 5

³⁰⁰ vgl. Schwaighofer in Fuchs/Ratz, WK-StPO (Stand: 22.2.2017, rdb.at) § 78 Rz 9 und 15

Eingeschränkt wird die Anzeigepflicht durch den Konnex „zum gesetzlichen Wirkungsbereich“, womit die Anzeigepflicht auf den Bereich der Hoheitsverwaltung und Gerichtsbarkeit eingeengt und ein Zusammenhang zwischen Amt und Tat verlangt wird.³⁰¹ Verantwortlich für eine Anzeige ist immer der Leiter der Behörde bzw. der Dienststelle, bei Schulen etwa der Schuldirektor. Damit die anzeigepflichtigen Stellen die für die Anzeigepflicht erforderlichen Informationen bekommen, sind iaR dienstrechtliche Meldepflichten für die in der Behörde bzw. Dienststellen tätigen Bediensteten vorgesehen.³⁰²

In § 78 Abs 2 werden **Ausnahmen** von dieser Verpflichtung vorgesehen, nämlich dann, wenn

- 1.) die Anzeige eine amtliche Tätigkeit beeinträchtigen würde, deren Wirksamkeit eines persönlichen **Vertrauensverhältnisses** bedarf³⁰³ oder
- 2.) wenn und solange hinreichende Gründe für die **Annahme** vorliegen, die **Strafbarkeit** der Tat werde binnen kurzem durch schadensbereinigende Maßnahmen **entfallen**.

Bedingung für die Ausnahme ist allerdings, dass die Behörde oder öffentliche Dienststelle alles unternimmt, was zum Schutz des Verletzten oder anderer Personen vor einer (weiteren) Gefährdung notwendig ist. Dementsprechend besteht auch bei Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes die 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 ist, die ihm anvertrauten Jugendlichen, Eltern oder Lehrer anzuzeigen, wenn er erfährt, dass sich diese Personen an Schülern (oder anderen) sittlich vergangen haben sollen,³⁰⁴ es sei denn, dieser Schritt ist zum Schutz des Opfers notwendig. Durch das Anvertrauen 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 / Therapeuten an einer Veränderung zu arbeiten.³⁰⁵ **Letztlich wird durch die Ausnahmebestimmung den Organen, die in**

³⁰¹ vgl. *Bachner-Foregger*, StPO¹⁸ (2008). Stand 1.1.2008 mit neuem Vorverfahren, § 78 Anm I

³⁰² vgl. *Schwaighofer* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (Stand: 22.2.2017, rdb.at) § 78 Rz Rz 10

³⁰³ 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

³⁰⁴ vgl. *Dvorak* (1995) 3

³⁰⁵ vgl. *Dvorak* (1995) 4

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 sprechen. Für den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe könne davon ausgegangen werden, dass immer dann, wenn Maßnahmen nach § 211 ABGB (behördlich angeordnete Pflege- und Erziehungsmaßnahmen zum Wohl eines Minderjährigen) erforderlich sind, eine Anzeige zu erstatten sein werde. Im Anzeigenerlass des Landes Vorarlberg wird festgehalten, dass 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 Haft- und Rechtsschutzrichter 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.³⁰⁶

Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle anzuführen, dass die **Verjährung** bei strafbaren Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit oder gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung erst mit dem 28. Lebensjahr beginnt, wenn das Opfer zur Zeit der Tatbegehung minderjährig war (vgl. § 58 Abs 3 Z 3 StGB). Diese Bestimmung ist insofern von Bedeutung, als in vielen Fällen ohne Zweifel hinreichend zeitlicher Spielraum für die Möglichkeit, das Opfer in dieser Frage zu beraten und vor allem zu motivieren, besteht. **Erfahrungsgemäß sind die Erfolgsaussichten, den Täter in einem**

³⁰⁶ vgl. Hutter (2001) Anzeige-Erlass des Amtes der Vorarlberger Landesregierung

Strafverfahren tatsächlich zur Rechenschaft zu ziehen, vor allem dann gegeben, wenn das Opfer hinter der Anzeige steht.

Diese oben angeführte Ausnahmeregelung gilt nicht für **Sicherheitsbehörden**: Die Anzeigepflicht der Sicherheitsbehörden und ihrer Organe ergebe sich aus deren Organisationsbestimmungen und mittelbar aus § 100 Abs 2 StPO.³⁰⁷ 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 Kinder- und Jugendhilfe bekannt geworden, so kann gegebenenfalls nach der Ausnahmeregelung des § 78 Abs 2 Z 1 StPO vorgegangen werden.³⁰⁸ Soweit 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.

5.7.3. 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.

³⁰⁷ vgl. *Bachner-Foregger* § 78 Anm II

³⁰⁸ vgl. *Hutter*, 2001

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 hievon nicht durch ihren Vorgesetzten entbunden wurden.

5.7.4. 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 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 bzw. § 5 Vertragsbedienstetengesetz 1948 bzw. den analog geregelten Dienstrechten der Länder Verschwiegenheitsverpflichtungen vorgesehen, deren Verletzung zu **dienstrechtlichen** Konsequenzen führen kann.³⁰⁹ Im Übrigen wird der ungerechtfertigte Bruch der Amtsverschwiegenheit schadenersatzrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen (AHG).

5.8. *Mitarbeiter der Kinder- und Jugendhilfe*³¹⁰

5.8.1. Grundsätzliches³¹¹

Der Kinder- und Jugendhilfeträger (KJHT; ehemals: Jugendwohlfahrtsträger) ist unter den Begriff der **Behörde** zu subsumieren. Eine Anzeigepflicht besteht allerdings nur dann, wenn die Kinder- und Jugendhilfe mit **imperium** tätig wird. Das ist etwa bei der Bewilligung von privaten Pflegeverhältnissen oder Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen bzw. Aufsicht über dieselben der Fall.³¹²

Gemäß § 3 B-KJHG 2013 hat die Kinder- und Jugendhilfe unter Berücksichtigung der Grundsätze des Übereinkommens über die Rechte des Kinds u.a. über förderliche Pflege und Erziehung von Kindern und Jugendlichen zu informieren, in Erziehungs- und Entwicklungsfragen und familiären Problemen zu beraten, das Familiensystem bei der

³⁰⁹ vgl. Dvorak (1995) 9

³¹⁰ vgl. Wehinger in EF-Z 2013/105, Anzeigepflicht der Kinder- und Jugendhilfe, S. 158 ff

³¹¹ Es darf in diesem Zusammenhang angemerkt werden, dass zwischenzeitlich alle Bundesländer – in Entsprechung ihrer Verpflichtung gemäß § 47 Abs 3 B-KJHG 2013 – Ausführungsgesetze erlassen haben, die zwar im Einklang mit dem B-KJHG 2013 stehen, jedoch mitunter detaillierter sind. Der Einfachheit halber wurde nur auf die Bestimmungen des B-KJHG 2013 Bezug genommen, bei einer konkreten Fragestellung ist aber das jeweils gültige Landesgesetz heranzuziehen.

³¹² vgl. Schwaighofer in Fuchs/Ratz, WK-StPO (Stand: 22.2.2017, rdb.at) § 78 Rz Rz 15

Bewältigung von familiären Problemen und Krisen zu unterstützen und Kinder- und Jugendliche vor Kindeswohlgefährdungen zu schützen.

Bei **Gefahr in Verzug** hat die Kinder- und Jugendhilfe die erforderliche Erziehungshilfe unverzüglich zu gewähren (bis hin zur Fremdunterbringung) und gemäß § 211 ABGB die erforderlichen Anträge beim Pflegschaftsgericht zu stellen.

Die Kinder- und Jugendhilfe hat im Rahmen der Erziehungshilfen nach §§ 25 ff B-KJHG 2013 einzugreifen, wenn dies zum Wohl des Minderjährigen notwendig ist. Was unter dem Begriff „Kindeswohlgefährdung“ tatsächlich zu verstehen ist, beantwortet das B-KJHG 2013 nicht. Lediglich aus § 2 Z 4 B-KJHG 2013 bzw. § 37 Abs 1 B-KJHG 2013 lässt sich schlussfolgern, dass **alle Formen von Gewalt jedenfalls als Kindeswohlgefährdung verstanden werden. Anhaltspunkte dafür, was unter „anderen Kindeswohlgefährdungen“** hinsichtlich Pflege und Erziehung gemeint wird, lassen sich mE – im Umkehrschluss – aus den in § **138 ABGB** erstmals normierten „wichtigen Kriterien bei der Beurteilung des Kindeswohles“ gewinnen.³¹³

Gemäß § 6 Abs 1 B-KJHG 2013 sind Mitarbeiter der Kinder- und Jugendhilfeträger und jene der beauftragten privaten Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen zur **Verschwiegenheit** über Tatsachen des Privat- und Familienlebens, die werdende Eltern, Eltern oder sonst mit Pflege und Erziehung betraute Personen, Familien, Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene mittelbar oder unmittelbar betreffen und ausschließlich in dieser Tätigkeit bekannt geworden sind, verpflichtet, **sofern die Offenlegung nicht im überwiegenden berechtigten Interesse der betroffenen Kinder, Jugendlichen und jungen Erwachsenen liegt**. Die Verschwiegenheitspflicht besteht nötigenfalls auch gegenüber den gesetzlichen Vertretern von Minderjährigen. Würde z.B. durch die verfrühte Konfrontation eines Elternteiles mit dem Vorwurf der Kindeswohlgefährdung der Druck auf die Kinder und Jugendlichen verstärkt, wodurch eine Aufdeckung und Hilfestellung nicht möglich wäre, ist die Information über diesbezüglichen Kenntnisse nicht zulässig.³¹⁴

³¹³ vgl. *Wehinger* in EF-Z 2013/105

³¹⁴ vgl. Erläuternde Bemerkungen zu § 6 B-KJHG 2013, S. 13

5.8.2. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht

Überwiegendes berechtigtes Interesse der betroffenen Kinder, Jugendlichen und jungen Erwachsenen

Die **Verschwiegenheitspflicht** der Kinder- und Jugendhilfe findet **ihre Grenzen** dort, wo die Berufung auf dieselbe dem überwiegenden berechtigten Interesse der betroffenen Kinder, Jugendlichen und jungen Erwachsenen entgegenstehen würde.

Das bedeutet, dass die Kinder- und Jugendhilfe bei Installierung von Hilfen berechtigt ist, sämtliche Informationen, die für den Beratungs- bzw. Betreuungskontext der mit der Hilfe betrauten Einrichtung / Person notwendig sind, offen zu legen. Ohne Frage kann in diesem Zusammenhang ein überwiegendes, berechtigtes Interesse der betroffenen Kinder, Jugendlichen und jungen Erwachsenen argumentiert werden.³¹⁵ Gleiches gilt in meinen Augen, wenn Informationen von der Kinder- und Jugendhilfe zur Erwirkung von (allenfalls sogar von der Kinder- und Jugendhilfe empfohlenen) gerichtlichen Maßnahmen benötigt werden.³¹⁶

Anzeigepflicht der Kinder- und Jugendhilfe

Die Kinder- und Jugendhilfe ist grundsätzlich zur Anzeige jener Straftaten verpflichtet,

- die von den Bediensteten der Behörde unmittelbar bei ihrer amtlichen Tätigkeit oder unter Ausnutzung ihrer Amtsstellung begangen wurden³¹⁷
- die von Außenstehenden begangen wurden, der Kinder- und Jugendhilfe im Rahmen ihrer Tätigkeit bekannt werden und einen Bereich ihrer Tätigkeit betreffen, in denen die Kinder- und Jugendhilfe hoheitlich tätig wird³¹⁸

Gelangt der Kinder- und Jugendhilfe etwa der Verdacht eines sexuellen Missbrauchs zum Nachteil eines Kindes zur Kenntnis, ist nach der überwiegenden Lehre für die Frage der Anzeigepflicht zunächst zu prüfen, ob der Verdacht ihren gesetzmäßigen Wirkungsbereich, d.h. den Bereich der Hoheitsverwaltung betrifft. **Denn nur im Bereich der Hoheitsverwaltung trifft die Kinder- und Jugendhilfe nach der hM – und entgegen meiner Rechtsauffassung – eine Anzeigepflicht.**

³¹⁵ vgl. Erläuternde Bemerkungen zu § 6 B-KJHG 2013, S. 14

³¹⁶ Etwa: Informationen zu Gewalt / Drohung / psychischer Belastung bei der beabsichtigten Erwirkung einer Einstweiligen Verfügung oder gerichtliche Beschränkung des Kontaktrechts auf einen geschützten Rahmen.

³¹⁷ vgl. *Schwaighofer* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (Stand: 22.2.2017, rdb.at) § 78 Rz Rz 11

³¹⁸ vgl. *Schwaighofer* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (Stand: 22.2.2017, rdb.at) § 78 Rz Rz 12

Die Zuordnung, wann die Kinder- und Jugendhilfe hoheitlich und wann im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung handelt, ist angesichts der unterschiedlichen Rechtsauffassung der Höchstgerichte schwierig: Während die Höchstgerichte des öffentlichen Rechts davon ausgehen, dass die Kinder- und Jugendhilfe auch bei der Ergreifung einstweiliger Maßnahmen (d.h. Kindesabnahmen bei Gefahr in Verzug) nicht im Rahmen der Hoheitsverwaltung tätig wird,³¹⁹ vertritt der OGH in diesem Zusammenhang die gegenteilige Rechtsauffassung.³²⁰

Würde man die Rechtsauffassung vertreten und die Anzeigepflicht nur für den Bereich der Hoheitsverwaltung und Gerichtsbarkeit bejahen, hätte das – darauf verweist *Schick* mE zu Recht – zur Folge, dass Dienststellen von der Anzeigepflicht ausgenommen wären, die eigentlich von vornherein nicht zum Adressatenkreis der Bestimmung gemäß § 78 Abs 1 StPO zählen würden. Dies wäre jedoch denklogisch nicht möglich, denn es könnte nur etwas von der Anzeigepflicht gemäß § 78 Abs 2 StPO ausgenommen werden, das an sich von § 78 Abs 1 StPO umfasst sei.³²¹

In meinen Augen ist deshalb davon auszugehen, dass die Kinder- und Jugendhilfe im Kontext der Gefährdungsabklärung und Hilfeplanung auch der Anzeigepflicht unterliegt.³²²

Möglichkeit, trotz der Anzeigepflicht von einer Anzeige Abstand zu nehmen

Die Inanspruchnahme von Hilfseinrichtungen, zu denen auch die Kinder- und Jugendhilfe gehört, hängt vielfach von der Absicherung des Vertrauensverhältnisses ab.³²³ **Wenn die Gefahr einer Strafverfolgung besteht, können betroffene Personen die Hilfe mitunter nicht annehmen oder es werden wesentliche Umstände verschwiegen,** sodass eine effektive Unterstützung nicht möglich ist. Auch die Erläuterungen zum B-KJHG 2013 sprechen davon, dass der Vertraulichkeitsschutz für eine erfolgreiche Sozialarbeit – insb. bei der Abklärung einer möglichen Kindeswohlgefährdung – unabdingbar sei.³²⁴ Die Erfahrung zeigt im Übrigen, dass primäres Ziel einer Familie, die

³¹⁹ vgl. VfGH 20.6.2007, B881/06 VfSlg 18154; VwGH 22.9.1995, 93/11/0221 VwSlg 14326A/1995; VwGH 26.06.2012, 2011/11/0005, VwSlg 18446 A/2012

³²⁰ vgl. 1 Ob 49/05 w, RIS-Justiz RS0120111

³²¹ vgl. *Brandstetter*, Die Amtsanzeige (2008) 153

³²² vgl. *Wehinger* in EF-Z 2013/105

³²³ *Schwaighofer* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (Stand: 22.2.2017, rdb.at) § 78 Rz 23

³²⁴ Erläuternde Bemerkungen zu § 6 B-KJHG, S. 14

sich hilfeschend an Betreuungseinrichtungen oder auch die Kinder- und Jugendhilfe wendet, in aller Regel nicht jenes ist, den Täter strafrechtlich zur Rechenschaft zu ziehen, sondern vielmehr Hilfe und Unterstützung zu erhalten. Eine Anzeige, die vom Opfer und / oder dem Familiensystem (d.h. Kernfamilie samt externen Bezugspersonen) nicht mitgetragen wird, löst vielfach das Gegenteil von Schutz aus: Seitens der Beteiligten wird gerade in Fällen des Kindesmissbrauchs oder der Kindesmisshandlung vielfach 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 (oder übernehmen muss). Die betroffenen Minderjährigen geraten in der Folge häufig in einen Loyalitätskonflikt und nehmen die ganze Last, die Familie zu erhalten, auf sich. Oft berufen sich die Angehörigen in diesen Konstellationen auf ihr Aussagebefreiungsrecht gemäß § 156 Abs 1 Z 1 StPO, was in der Regel die Einstellung des Strafverfahrens nach sich zieht oder einen Freispruch des Beschuldigten zur Folge hat. Teilweise fühlen sich Opfer sogar „genötigt“, ihre ursprünglichen Angaben zu widerrufen.

Spricht ein Opfer nicht mehr über die Gewalt, stößt nicht nur das Strafgericht an seine Grenzen, sondern auch die Kinder- und Jugendhilfe bzw. das Pflschaftsgericht, das über entsprechende Anträge der Kinder- und Jugendhilfe zu entscheiden hat. Die zur Sicherung des Wohles des Kindes nötigen Verfügungen erfordern eine (festgestellte) Gefährdung durch die Eltern. Die Entziehung der Obsorge kann nur eine äußerste Notmaßnahme darstellen, d.h. nur dann ausgesprochen werden, wenn gelindere Mittel im Interesse des Kindeswohls nicht ausreichend sind. Schützt das Familiensystem den Täter, ist eine Entziehung der Obsorge in den wenigsten Fällen denkbar, es sei denn, es liegen „handfeste“ und objektive Beweise³²⁵ für eine Kindeswohlgefährdung vor.

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 gerichtliche Konsequenz stattfindet, sondern aufgrund der „negativen“ Erfahrung oftmals keine Hilfe mehr beansprucht wird.

Erziehungshilfen setzen überdies die Kooperationsbereitschaft der Kindeseltern voraus. Wenn Kindeseltern wissen, dass die Kinder- und Jugendhilfe zur Anzeige verpflichtet ist und nicht im Einzelfall abwägt, ob die Anzeige zum Schutz des Kindes überhaupt erforderlich ist, werden sie – angesichts der Berichtspflicht des privaten Trägers

³²⁵ Arztberichte über Verletzungen etc.

bei einem entsprechenden Auftrag zur Unterstützung der Erziehung – vielfach nicht offen über ihre Probleme sprechen. Dies hat wiederum zur Folge, dass die gewährte Hilfe mitunter nicht greifen kann, womit ein effektiver und vor allem nachhaltiger Schutz der betroffenen Minderjährigen nicht möglich ist. Vor diesem Hintergrund erweist sich der vertrauliche Rahmen der Beratungstätigkeit als unumgänglich, um Defizite in der Pflege und Erziehung nachhaltig angehen zu können.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass ein Strafverfahren nicht immer jene Maßnahme ist, die den meisten Schutz für die Betroffenen bietet, schon gar nicht, wenn sie vom Betroffenen selbst nicht mitgetragen wird.

Ungeachtet dessen: Sofern dies zum Schutz des Betroffenen erforderlich ist, ist trotz allem – mitunter auch gegen seinen Willen – eine Anzeige zu erstatten. Zu beachten ist aber, dass eine allgemeine Gefahr (etwa: Täter bleibt in Freiheit) nicht ausreicht, um die Anzeigenbeschränkungen des Abs 2 aufzuheben. **Eine unbedingte (sofortige) Anzeigenpflicht besteht nur, wenn ohne Anzeige eine erhebliche Gefahr besteht, dass es zu (weiteren) Angriffen auf die physische und psychische Integrität von Personen kommt.** Wesentliche Kriterien dafür sind, ob und in wie weit Schutzmaßnahmen bereits greifen und sich das betroffene Familiensystem kooperativ zeigt. Auch die Schwere der angelasteten Straftat(en), die Schutzwürdigkeit der betroffenen Person(en) und die Konkretheit des Verdachts müssen in die Interessensabwägung einfließen.³²⁶

Als Maßstab für die im Fall zu treffenden Maßnahmen kommen ausschließlich **fachliche Kriterien** in Frage. Hier zu beachten ist, dass nicht der Schutz der Verschwiegenheit selbst durch § 78 Abs 2 Z 1 StPO im Vordergrund steht, sondern das Interesse an der Funktionsfähigkeit der Einrichtung aus Sicht des hilfsbedürftigen Klienten bzw. der durch den spezifischen Wirkungsbereich der Behörde oder öffentlichen Dienststelle „geschützten“ Personen. **Diese Ausnahme intendiert nicht den Schutz der Verschwiegenheit um ihrer selbst willen, sondern ermöglicht Verschwiegenheit um der Menschen willen.**³²⁷ Ziel muss es sein, das betroffene Familiensystem bestmöglich vor einer weiteren Gefährdung zu schützen. Nicht immer ist eine Strafanzeige notwendig oder – wie die obigen Ausführungen zeigen sollten – hilfreich, um dieses Ziel zu erreichen. Bei einer räumlichen Trennung von Opfer und Täter ist eine sofortige Anzeige zum Schutz des Kindes jedenfalls nicht zwingend erforderlich. Vielmehr kann das Erarbeiten einer

³²⁶ *Schwaighofer in Fuchs/Ratz, WK-StPO (Stand: 22.2.2017, rdb.at) § 78 Rz 26*

³²⁷ vgl. *Brandstetter. Die Amtsanzeige (2008) S. 184 ff*

bewussten Entscheidung in Richtung eines Strafverfahrens – sinnvollerweise unter Einbeziehung von Opferschutzeinrichtungen oder Installierung von psychosozialer und / oder juristischer Prozessbegleitung – dieses Ziel eher verwirklichen als eine Strafanzeige von Seiten der Kinder- und Jugendhilfe, zu der das Familiensystem und insb. das Opfer noch nicht bereit ist. Die Erfahrung zeigt, dass Hilfe dort am ehesten möglich ist, wo sie von den Betroffenen mitgetragen werden kann. Nicht zuletzt aus diesem Grund normiert § 24 Abs 1 B-KJHG 2013 die Beteiligung von Kindern, Jugendlichen, Eltern oder sonst mit Pflege und Erziehung betrauten Personen im Rahmen der Gefährdungsabklärung. **Die Problembearbeitung und Behebung setzt einen offenen Umgang mit kritischen, allenfalls auch strafrechtlich relevanten Anteilen voraus. Diese Offenheit erfordert aber ihrerseits wiederum, dass sich das Familiensystem auf die vertrauliche Behandlung von Informationen – soweit der Schutz der betroffenen Personen keine weiteren Maßnahmen zur Abwendung einer (weiteren) Gefährdung erfordert – verlassen kann.** Klienten sollen nicht in die Zwangslage versetzt werden, Hilfe und Rat deshalb nicht in Anspruch nehmen zu können, weil ansonsten die Gefahr bestünde, dass ein bedeutsames Geheimnis verraten würde.³²⁸ Eben dieses Wissen erfordert einen sensiblen Umgang mit dem Vertrauensverhältnis und vor allem eine bewusste Abwägung, ob eine Strafanzeige wirklich jene Maßnahme ist, die zum Schutz des Opfers oder anderer Personen und unter Berücksichtigung der damit allenfalls verbundenen Nachteile tatsächlich notwendig ist.

Keine Schweigepflicht in bestimmten Strafverfahren gegenüber Staatsanwaltschaft und Gericht

Gemäß § 6 Abs 4 B-KJHG 2013 besteht die Verschwiegenheitspflicht der Kinder- und Jugendhilfe in bestimmten Verfahren³²⁹ nicht gegenüber Auskunftersuchen der Staatsanwaltschaft und Gerichte. **Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle angemerkt, dass diese Verpflichtung nur den öffentlichen Kinder- und Jugendhilfeträger, nicht aber die beauftragten, privaten Kinder- und**

³²⁸ vgl. Zenz, JRP 2005, 230 ff

³²⁹ Ermittlungen wegen des Misshandelns, Quälens, Vernachlässigens oder sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen

Jugendhilfeeinrichtungen trifft.³³⁰ Durch den Verweis auf § 112 StPO ist sichergestellt, dass auch der Kinder- und Jugendhilfeträger im Einzelfall dem Auskunftersuchen unter Berufung auf eine zu erwartende Verletzung eines gesetzlich anerkannten Rechts auf Verschwiegenheit, das bei sonstiger Nichtigkeit auch nicht durch Sicherstellung umgangen werden darf, widersprechen kann.³³¹ Diese Fallkonstellation liegt mE dann vor, wenn sich der Psychologe des Kindes berechtigterweise im Strafverfahren auf sein Aussageverweigerungsrecht beruft und durch Befragung des betreffenden Mitarbeiters der Kinder- und Jugendhilfe versucht wird, an Therapieinhalte zu gelangen. In diesem Fall sind die bezug habenden Unterlagen auf geeignete Art und Weise gegen unbefugte Einsichtnahme oder Veränderung zu sichern und ist sodann entsprechend § 112 StPO vorzugehen. Die Unterlagen dürfen in diesem Fall vor einer entsprechenden Entscheidung von Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei nicht eingesehen werden.³³²

Den Erläuterungen zum B-KJHG 2013 ist überdies zu entnehmen, dass die Auskunftersuchen von Staatsanwaltschaften und Gerichten möglichst konkret zu formulieren sind. Aufgrund der inhaltlichen Determination dieser Auskunftersuchen werde sichergestellt, dass etwa keine Aktenübersendung zum Zwecke der Verfolgung von Gefährdungsmeldern wegen des Verdachts auf Verleumdung möglich wäre.³³³

5.8.3. Sonstige Verpflichtung der Kinder- und Jugendhilfe in einem Strafverfahren

§ 79 StPO normiert die Verpflichtung der Kinder- und Jugendhilfe, die als solche einer gesetzlichen Anzeigepflicht unterliegt, der Kriminalpolizei, den Staatsanwaltschaften und den Gerichten von Amts wegen oder aufgrund von Ersuchen zur Aufklärung einer Straftat Ablichtungen der Akten und sonstigen schriftlichen Aufzeichnungen zu übermitteln oder Akteneinsicht zu gewähren. Eine Berufung auf bestehende gesetzliche Verschwiegenheitspflichten ist insoweit unzulässig.

Die Regierungsvorlage³³⁴ führt aus, dass die Übermittlungspflicht (auch) dann bestehe, wenn die Leitung der Behörde oder Dienststelle im Einzelfall aus einem der in § 78 Abs 2 StPO genannten Gründe von einer Anzeige Abstand genommen habe, die

³³⁰ vgl. Schreiben von Dr. Heinz Wittmann vom 19.03.2013; Schreiben von Ribi Steibl, ÖVP-Familiensprecherin vom 19.03.2013

³³¹ vgl. *Staffe-Hanacek/Weitzenböck*, Kinder- und Jugendhilferecht (2015) § 6 B-KJHG Anm. 5

³³² *Staffe-Hanacek/Weitzenböck*, Kinder- und Jugendhilferecht (2015) § 6 B-KJHG Anm. 5

³³³ vgl. Erläuternde Bemerkungen zu § 6 B-KJHG 2013, S. 14

³³⁴ Vgl. RV zum Strafprozessreformgesetz, 25 BlgNR 22. GP 112

Strafverfolgungsbehörden jedoch auf andere Weise Kenntnis vom Sachverhalt erlangt hätten. Derartige Ersuchen um Aktenübermittlung und Akteneinsicht würden nicht gegen das Umgehungsverbot des § 152 Abs 3 und § 157 Abs 2 StPO verstoßen, es sei denn, es handle sich um Schriftstücke oder Informationen von Personen, die aufgrund spezieller berufsrechtlicher Verschwiegenheitspflichten berechtigt sind, die Aussage zu verweigern, z.B. Rechtsanwälte, Psychiater oder Mitarbeiter anerkannter Einrichtungen zur psychosozialen Beratung und Betreuung.³³⁵

5.8.4. Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflicht

Für Mitarbeiter des öffentlichen Kinder- und Jugendhilfeträgers gelangen die in § 155 Abs 1 Z 2 StPO und § 320 Z 3 ZPO genannten Beweisaufnahmeverbote zur Anwendung, weil sie mE funktional als Beamte anzusehen sind. Beamter ist jede physische Person, die entweder bestellt ist, im Namen der im Gesetz aufgezählten Rechtsträger – als deren Organ allein oder mit einem anderen – Rechtshandlungen vorzunehmen oder die sonst mit Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung betraut ist.³³⁶ Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle angemerkt, dass ein dienstrechtliches Ernennungs- oder Angestelltenverhältnis oder die Einbindung in die Organisationsstruktur des Rechtsträgers keine Voraussetzung für die Beamteneigenschaft ist.³³⁷

Ungeachtet der Vernehmungsverbote, können sich Mitarbeiter öffentlicher Kinder- und Jugendhilfeträger mE zudem auf das Aussageverweigerungsrecht gemäß § 157 Abs 1 Z 3 StPO³³⁸ oder § 321 Abs 1 Z 3 ZPO berufen.

5.8.5. Mögliche Konsequenzen bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

Ein Beamter oder ehemaliger Beamter, der ein ihm ausschließlich kraft seines Amtes anvertrautes oder zugänglich gewordenes Geheimnis offenbart oder verwertet, dessen Offenbarung oder Verwertung geeignet ist, ein öffentliches oder ein berechtigtes privates Interesse zu verletzen, ist gemäß § 310 StGB, wenn die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu

³³⁵ vgl. *Schwaighofer* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (Stand: 22.2.2017, rdb.at) § 79 Rz 3

³³⁶ vgl. *Jerabek/Reindl-Krauskopf/Ropper/Schroll* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2017) § 74 Rz 3

³³⁷ vgl. *Jerabek/Reindl-Krauskopf/Ropper/Schroll* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2017) § 74 Rz 4

³³⁸ vgl. *Schwaighofer* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (Stand 01.10.2013, rdb.at) § 157 Rz 26

bestrafen. Wenn der Beamte Amtsgeheimnisse pflichtwidrig weitergibt und dafür Vorteile fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, verwirklicht er das Tatbild des § 304 StGB.³³⁹

Amtsgeheimnisse sind Tatsachen, die ein Geheimnis sind, die dem Täter ausschließlich durch seine amtliche Tätigkeit bekannt werden und auf die sich die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit erstreckt. **Geheimnisse** sind Umstände, die nicht allgemein bekannt und nicht allgemein zugänglich sind.³⁴⁰ Ein Amtsgeheimnis **offenbart**, wenn der Täter Informationen weitergibt, die der Empfänger bisher nicht gekannt hat.³⁴¹ Der Beamte **verwertet** ein Amtsgeheimnis, wenn er daraus für sich oder Dritte einen wirtschaftlichen Nutzen zieht.³⁴²

Voraussetzung für eine Strafbarkeit ist, dass die Geheimhaltung geboten war, d.h. die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht geschützte Interessen beeinträchtigen kann.³⁴³

In den Ausführungsgesetzen zum BKJH-G 2013 werden mitunter weitere Strafbestimmungen für die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht vorgesehen. So wird in § 47 Abs 1 lit i VlbG Kinder- und Jugendhilfegesetz etwa normiert, dass eine Übertretung begeht, wer die Verschwiegenheitspflicht nach § 38 verletzt. Gemäß § 47 Abs 2 VlbG Kinder- und Jugendhilfegesetz sind diese Übertretungen, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer, in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist, von der Bezirkshauptmannschaft mit einer Geldstrafe bis zu 2.000,00 Euro zu bestrafen.

Unabhängig davon, kann ein Bruch der Verschwiegenheit zivilrechtliche und dienstrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

³³⁹ Bertel in Höpfel/Ratz; Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2010) § 310 Rz 1

³⁴⁰ Bertel in Höpfel/Ratz; Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2010) § 310 Rz 4

³⁴¹ vgl. Bertel in Höpfel/Ratz; Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2010) § 310 Rz 7

³⁴² Bertel in Höpfel/Ratz; Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2010) § 310 Rz 9

³⁴³ vgl. Bertel in Höpfel/Ratz; Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2010) § 310 Rz 10

5.9. *Bewährungshelfer*

5.9.1. 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 2 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 Bewährunghilfegesetz festgeschriebene Pflicht während der Probezeit Informationen über den Klienten zu erhalten. Dementsprechend werden in § 20 Bewährunghilfegesetz 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.

Darüber hinaus ist der Bewährungshelfer jedermann gegenüber zur Verschwiegenheit über die in Ausübung seiner Tätigkeit gemachten Wahrnehmungen verpflichtet, soweit die Geheimhaltung im Interesse eines Beteiligten erforderlich ist (vgl. § 20 Abs 5, Umkehrschluss aus § 7a Bewährunghilfegesetz, Art 20 Abs 3 B-VG).

5.9.2. Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht

Hauptamtliche Bewährungshelfer dürfen sich mit Personen, die zu diesem Zweck bestellt und mit der Beratung von hauptamtlichen Bewährungshelfern betraut wurden, besprechen (vgl. § 7a Bewährunghilfegesetz). Wie bereits eingangs angeführt, sind Bewährungshelfer gegenüber dem Gericht berichtspflichtig, d.h. sie haben dem Gericht über ihre Tätigkeit und ihre Wahrnehmungen zu berichten, soweit dies das Gericht verlangt oder es erforderlich oder zweckmäßig ist, um den Zweck der Bewährungshilfe zu erreichen, wenn Anlass besteht, die Bewährungshilfe aufzuheben und in jedem Fall sechs Monate nach

Anordnung der Bewährungshilfe sowie deren Beendigung (vgl. § 20 Abs 2 Bewährungshilfegesetz).

Ansonsten gelten die in Kapitel 4 dargelegten Grundsätze sinngemäß.

5.9.3. Prozessualer Schutz der Verschwiegenheitspflicht

Das Vertrauen zwischen Bewährungshelfer und Klienten ist 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, jedermann gegenüber zur Verschwiegenheit über die in Ausübung seiner Tätigkeit gemachten Wahrnehmungen verpflichtet ist, soweit die Geheimhaltung im Interesse eines Beteiligten erforderlich ist. Für hauptamtliche Bewährungshelfer ist auf die Ausführungen zu der Verschwiegenheitspflicht von Beamten zu verweisen.³⁴⁴

Für Bewährungshelfer gelangen die in § 155 Abs 1 Z 2 StPO und § 320 Z 3 ZPO genannten Beweisaufnahmeverbote³⁴⁵ zur Anwendung, weil sie mE funktional als Beamte anzusehen sind. Beamter ist jede physische Person, die entweder bestellt ist, im Namen der im Gesetz aufgezählten Rechtsträger – als deren Organ allein oder mit einem anderen – Rechtshandlungen vorzunehmen oder die sonst mit Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung betraut ist.³⁴⁶ Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle angemerkt, dass ein dienstrechtliches Ernennungs- oder Angestelltenverhältnis oder die Einbindung in die Organisationsstruktur des Rechtsträgers keine Voraussetzung für die Beamteneigenschaft ist.³⁴⁷

Ungeachtet der Vernehmungsverbote, können sich Bewährungshelfer mE zudem auf das Aussageverweigerungsrecht gemäß § 157 Abs 1 Z 3 StPO³⁴⁸ oder § 321 Abs 1 Z 3 ZPO berufen.

³⁴⁴ vgl. § 2 Abs 1 Bewährungshilfegesetz: „Für jede Dienststelle für Bewährungshilfe sind als hauptamtliche Bewährungshelfer geeignete Beamte ... zu bestellen.“

³⁴⁵ Zu beachten ist, dass das Vernehmungsverbot / Aussageverweigerungsrecht nicht gegenüber jenem Gericht geltend gemacht werden kann, das die Bewährungshilfe angeordnet hat.

³⁴⁶ vgl. *Jerabek/Reindl-Krauskopf/Ropper/Schroll* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2017) § 74 Rz 3

³⁴⁷ vgl. *Jerabek/Reindl-Krauskopf/Ropper/Schroll* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2017) § 74 Rz 4

³⁴⁸ vgl. *Schwaighofer* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (Stand 01.10.2013, rdb.at) § 157 Rz 26

5.9.4. 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. Für die Verbotene Veröffentlichung wird eine Sanktion von einer Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten oder eine Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen vorgesehen.

Ungeachtet dessen kommt mE bei einem Bruch der Verschwiegenheit die Verletzung des Amtsheimnisses in Frage, das mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 3 Jahren bestraft wird (vgl. § 310 StGB).

Eine Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht wird idR auch **schadenersatzrechtliche** und dienstrechtliche Konsequenzen haben.

6. Zusammenfassung

Der Schutz der Vertrauensbeziehung setzt einen verantwortungsvollen Umgang mit diesem Thema voraus. Eine Vernetzung des Helfersystems ist sinnvoll und erwünscht, erfordert aber grundsätzlich das Einverständnis³⁴⁹ des Klienten oder eine besondere Rechtfertigung, warum gegen oder ohne den Willen des Klienten ein Austausch stattfindet.

Ohne Einverständnis des Klienten oder Vorliegen einer besonderen Rechtfertigung³⁵⁰ dürfen keine Informationen an Dritte³⁵¹ weitergegeben werden (Schweigepflicht).

Informationen, die vom Auftraggeber im Kontext eines Auftrages verlangt werden,³⁵² unterliegen nicht der Schweigepflicht. Dasselbe gilt für Rahmenbedingungen, die bereits als Bedingung für die Auftragsannahme definiert wurden.³⁵³ Der Klient ist im Zusammenhang mit einer Annahme des Auftrages darüber aufzuklären. Wer Auftraggeber ist oder welche Rahmenbedingungen für die Annahme des Auftrages gegeben sein müssen, ist fachlich zu klären.

Der Klient ist transparent über die Schweigepflicht, allfällige Grenzen und die Auswirkungen (u.a. einer fehlenden Entbindung) auf den Beratungskontext aufzuklären.

Die Klärung folgender Fragen hilft bei der konsequenten und fachlich korrekten Handhabung der Schweigepflicht:

- Wer ist mein Klient?
- Gibt es einen Auftrag / Rahmenbedingung?
- Liegt eine Verpflichtung zu Handeln vor? (Garantenstellung; gesetzliche Verpflichtung)
- Liegt eine besondere Rechtfertigung vor?

³⁴⁹ Mündliches Einverständnis ist ausreichend.

³⁵⁰ Ein **Handeln ohne Zustimmung** der Klientin liegt im **eindeutigen Interesse** der Klientin bzw. ist zum Schutz einer anderen Person zwingend erforderlich, d.h. die Notwendigkeit zu Handeln wird von der Beraterin / Therapeutin höher bewertet, als das Vertrauensverhältnis und das Mittragen einer Entscheidung durch die Klientin, siehe Näheres bei Handeln gegen oder ohne Willen der Klientin.

³⁵¹ Jeder außerhalb des Kernteams und des Auftraggebers

³⁵² Bsp.: Im Zusammenhang mit der Finanzierung werden Verlaufsberichte vom Fördergeber verlangt.

³⁵³ Bsp.: Zusammenarbeit mit anderen Einrichtungen ist notwendig, um die Klientin bei ihrem Anliegen unterstützen zu können.

Es ist in diesem Zusammenhang jedenfalls empfehlenswert, ein Positionspapier zu erarbeiten, das die fachlichen Grundsätze nochmals verschriftlicht. Sofern die Möglichkeit besteht, ist es weiters sinnvoll, eine Person in der Einrichtung mit der Beratung im Kontext Schweigepflicht / Umgang mit der Vertrauensbeziehung zu betrauen.

Vorgangsweise im Umgang mit dem Schutz der Vertrauensbeziehung³⁵⁵

Grundsätze

Der **Schutz der Vertrauensbeziehung** setzt einen verantwortungsvollen Umgang mit diesem Thema voraus.

Eine **Vernetzung des Helfersystems** ist sinnvoll und erwünscht, **erfordert aber** grundsätzlich das **Einverständnis**³⁵⁶ der Klientin oder eine **besondere Rechtfertigung**, warum gegen oder ohne den Willen der Klientin ein Austausch stattfindet.

Ohne Einverständnis der Klientin oder Vorliegen einer besonderen Rechtfertigung³⁵⁷ dürfen **keine Informationen** an Dritte³⁵⁸ weitergegeben werden (Schweigepflicht).

Informationen, die **vom Auftraggeber im Kontext eines Auftrages verlangt werden**³⁵⁹, unterliegen nicht der Schweigepflicht. Dasselbe gilt für

³⁵⁴ Positionspapier des ifs (Stand: November 2015)

³⁵⁵ Um die Lesbarkeit des Dokuments beizubehalten, musste auf die gendergerechte Formulierung verzichtet werden, zu der sich das ifs grundsätzlich bekennt. Sämtliche personen- und funktionsbezogenen Bezeichnungen sind geschlechtsneutral zu verstehen.

³⁵⁶ Mündliches Einverständnis ist ausreichend.

³⁵⁷ Ein **Handeln ohne Zustimmung** der Klientin liegt im **eindeutigen Interesse** der Klientin bzw. ist zum Schutz einer anderen Person zwingend erforderlich, d.h. die Notwendigkeit zu Handeln wird von der Beraterin / Therapeutin höher bewertet, als das Vertrauensverhältnis und das Mittragen einer Entscheidung durch die Klientin, siehe Näheres bei Handeln gegen oder ohne Willen der Klientin.

³⁵⁸ Jeder außerhalb des Kernteams und des Auftraggebers

Rahmenbedingungen, die bereits als **Bedingung für die Auftragsannahme** definiert wurden.³⁶⁰ Die Klientin ist im Zusammenhang mit einer Annahme des Auftrages darüber aufzuklären. Wer Auftraggeber ist oder welche Rahmenbedingungen für die Annahme des Auftrages gegeben sein müssen, ist von Fachbereich zu Fachbereich unterschiedlich (Klärung im Fachbereich!). Die Klientin ist transparent über die Schweigepflicht, allfällige Grenzen und die Auswirkungen (u.a. einer fehlenden Entbindung) auf den Beratungskontext **aufzuklären.**

Hilfreiche Fragestellungen:

- Gibt es einen Auftrag?
- Liegt ein Einverständnis der Klientin vor?
- Liegt eine besondere Rechtfertigung vor?

Verhalten in der Zusammenarbeit

Eine **Vernetzung des Helfersystems** ist sinnvoll und erwünscht, erfordert aber grundsätzlich

- das **Einverständnis** der Klientin³⁶¹ oder
- das Vorliegen einer **besonderen Rechtfertigung**, warum gegen oder ohne den Willen der Klientin ein Austausch stattfindet.

Von einem Einverständnis der Klientin kann auch ausgegangen werden, wenn die Zusammenarbeit bereits bei Beginn der Beratungsbeziehung als Notwendigkeit formuliert wurde und sich die Klientin dazu bereit erklärt hat (= Bedingung für die Auftragsannahme).³⁶² Ist dies nicht der Fall, ist das Einverständnis der Klientin zur Zusammenarbeit einzuholen.

Ohne Einverständnis der Klientin oder dem **Vorliegen einer besonderen Rechtfertigung** dürfen **keine Informationen** an Dritte (außerhalb des Teams)

³⁵⁹ Bsp.: Im Zusammenhang mit der Finanzierung werden Verlaufsberichte vom Fördergeber verlangt.

³⁶⁰ Bsp.: Zusammenarbeit mit anderen Einrichtungen ist notwendig, um die Klientin bei ihrem Anliegen unterstützen zu können.

³⁶¹ Wer als Klientin angesehen werden muss, hängt vom Auftrag ab. Klärung im Fachbereich!

³⁶² Bsp.: ifs Schuldenberatungsstelle erkundigt sich bei Gläubigern nach dem Schuldenstand der Klientin

weitergegeben werden (Schweigepflicht). Der Verschwiegenheit unterliegen all jene Informationen, die dem Anfragenden noch nicht bekannt sind.

Die Schweigepflicht dient dem Schutz der Klientinnen und dem Schutz des Beratungskontextes mit der Klientin. Sie kann nur zum Wohl der Klientinnen eingesetzt werden.

Die Klientin ist transparent über die Schweigepflicht, allfällige Grenzen und die Auswirkungen (u.a. auch einer fehlenden Entbindung) auf den Beratungskontext bzw. den (weiteren) Auftrag **aufzuklären**.

1. Umgang mit Informationen aus der Fallanlage

Besteht **fachlich die Notwendigkeit**, Mehrfachberatungen der Klientin, welche bei einer Fallanlage sichtbar werden, zu thematisieren, dann ist dies in die Beratung zu integrieren (Klärung im Fachbereich!).

Bei **Mehrfachberatungen im gleichen Fachbereich** (bspw. Erwachsenenberatung in der Beratungsstelle Dornbirn und Feldkirch) oder **ähnlichen Fachbereichen** ist von einer fachlichen Notwendigkeit auszugehen, sodass **derartige Mehrfachberatungen in den Beratungsprozess zu integrieren sind**.

Ein **Austausch zwischen den Beraterinnen ist ausschließlich mit Zustimmung der Klientin möglich**.

Falls die **Klientin** dazu nicht ihr Einverständnis erklärt, muss im Zusammenhang mit der besonderen Rechtfertigung die Frage reflektiert werden, was dies für den weiteren Beratungskontext bedeutet.

2. Fallübergabe bzw. Fallvermittlung

Diese ist im Vorfeld mit der Klientin zu besprechen.

Bei Übergaben, Vermittlung sowie Vertretung müssen **fachlich relevante und spezifische Inhalte benannt** werden. Die Klientin wird über das Stattfinden und die besprochenen Inhalte anlässlich der Fallübergabe / Fallvermittlung informiert.

3. Fallbesprechung im Team

Fallbesprechungen im Kernteam unterliegen nicht der Schweigepflicht.

Ein fachlicher Austausch wird als Teil der Fallbearbeitung angesehen und ist sohin notwendiger Bestandteil des Auftrages.

4. Kooperation mehrerer Bereiche

Eine **Vernetzung des Helfersystems** ist sinnvoll und erwünscht, erfordert aber grundsätzlich das Einverständnis der Klientin oder das Vorliegen einer besonderen Rechtfertigung, warum gegen oder ohne den Willen der Klientin ein Austausch stattfindet.

Falls sich die **Klientin** mit einem **Austausch unterschiedlicher Bereiche nicht einverstanden erklärt**, muss im Zusammenhang mit der besonderen Rechtfertigung die Frage reflektiert werden, was dies für den weiteren Beratungskontext bedeutet.

Die Klientin ist **transparent** über den **erfolgten Austausch zu informieren**.

5. Helferkonferenz

Die Klientin ist **grundsätzlich** bei einer Helferkonferenz einzubinden und auch zu einer Helferkonferenz einzuladen.

Wird **davon Abstand genommen**, so ist eine **fachliche Begründung**³⁶³ (für jeden Fachbereich zu klären!) erforderlich.

Kann oder will die Klientin die Einladung zur Helferkonferenz nicht wahrnehmen, ist sie über die entsprechenden Inhalte und Ergebnisse zu informieren.

³⁶³ Etwa: Uneinigkeit der verschiedenen Institutionen

Umgang mit inhaltlichen Anfragen

1. Anfragen von Bezugspersonen (Eltern, Partnerinnen, etc.) über Beratungsbezüge

Dritten gegenüber ist die Beraterin / Therapeutin – ohne dass eine Entbindung im Vorfeld ausdrücklich stattgefunden hätte – zur Verschwiegenheit verpflichtet. Von der Verschwiegenheit wird auch die Information, ob die Betreffende Klientin ist, umfasst (es sei denn, es handelt sich hier um kein Geheimnis³⁶⁴).

Wenn die **Bezugsperson weiß**, dass die **Betreffende Klientin** ist, dann ist die Bezugsperson darauf aufmerksam zu machen, dass die Verschwiegenheitspflicht nur gegenüber der Klientin gilt. D.h. Informationen aus dem Gespräch mit der Bezugsperson können und dürfen an die Klientin weitergegeben werden.

Wenn die **Bezugsperson nicht weiß**, dass die **Betreffende Klientin ist**, wird das Angebot unterbreitet (unabhängig davon, ob die Betreffende tatsächlich Klientin ist), Informationen an sie weiterzuleiten, so sie Klientin ist.

Anschließend wird die Klientin über die Anfrage und das Anliegen der Bezugsperson informiert.

2. Informationswünsche von Obsorgeberechtigten bzw. gesetzlichen Vertretern

Die Zusicherung von **Verschwiegenheit gilt auch gegenüber Minderjährigen und Klientinnen, die unter Sachwalterschaft stehen.**

Auch gegenüber Obsorgeberechtigten bzw. gesetzlichen Vertretern ist die Beraterin / Therapeutin zur **Verschwiegenheit** verpflichtet, **es sei denn**, es liegt eine Entbindung seitens der einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen bzw. der Klientin unter Sachwalterschaft vor oder ein gewisser Informationsfluss wurde mit Einverständnis der Betreffenden als Bedingung für die Auftragsannahme definiert.

Einsichtsfähigkeit bedeutet die Fähigkeit, die Bedeutung ihres Handelns und die Konsequenzen in diesem Zusammenhang einzuschätzen.

Urteilsfähigkeit bedeutet die Fähigkeit, ihr Handeln danach auszurichten.

³⁶⁴ Information, die dem Anfragenden noch nicht bekannt ist.

Für die **Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit** sind **Faktoren** wie Alter, geistige Reife, Gesundheitszustand, Persönlichkeit, Gefährdung etc. heranzuziehen.

Kinder (0 – 7 Jahre)

- Bei Kindern wird in der Regel ein (notwendiger) Informationsfluss zwischen dem Obsorgeberechtigten und der Beraterin / Therapeutin stattfinden. Wurde dem Kind die Verschwiegenheit hinsichtlich bestimmter Informationen zugesichert, dürfen sie ohne Einverständnis des Kindes oder Vorliegen einer besonderen Rechtfertigung nicht weitergeleitet werden.

Unmündige Minderjährige (7 – 14 Jahre)

- Hier ist auf die **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** abzustellen.
- Wenn diese zu **bejahen** ist, ist die Minderjährige hinsichtlich der Verschwiegenheit wie eine Erwachsene zu behandeln, d.h. eine Informationsweitergabe über den Inhalt des Gespräches oder der Therapie darf nur im Einverständnis mit der Minderjährigen bzw. bei Vorliegen einer besonderen Rechtfertigung erfolgen.

Mündige Minderjährige (14 – 18 Jahre)

- Es ist ebenfalls auf die **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** abzustellen, wobei von einer solchen idR auszugehen ist (es sei denn, es liegen besondere Gründe vor, die anderes vermuten lassen).
- Wenn sie zu **bejahen ist**, ist die Minderjährige hinsichtlich der Verschwiegenheit wie eine Erwachsene zu behandeln, d.h. eine Informationsweitergabe über den Inhalt des Gespräches oder der Therapie darf nur im Einverständnis mit der Minderjährigen bzw. bei Vorliegen einer besonderen Rechtfertigung erfolgen.

Klientinnen, die unter Sachwalterschaft stehen

- Hier ist auf die **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** abzustellen.
- Wenn sie zu **bejahen** ist, ist eine Informationsweitergabe über den Inhalt des Gespräches oder der Therapie nur im Einverständnis mit der Klientin bzw. bei Vorliegen einer besonderen Rechtfertigung zulässig.

3. Anfragen von anderen ifs Beraterinnen derselben Klientin über Beratungsbezüge

Anfragen sind fachlich zu begründen, d.h.

- **Ziel** der Auskunft / des Austausches,

- **Verwendung** der Information (in welchem Kontext, wozu) und
- **Information**, ob der Austausch vertraulich ist oder ob das Einverständnis der Klientin eingeholt wurde,

sind zu nennen.

Grundsätzlich besteht auch bei Anfragen von ifs Beraterinnen eines anderen Fachbereiches eine Verschwiegenheitspflicht, sodass die **Zustimmung** der Klientin über derartige Kooperationsgespräche (im Vorfeld) eingeholt werden muss.

Liegt eine Zustimmung nicht vor, ist der Informationsaustausch aber im eindeutigen Interesse der Klientin (Klärung im Fachbereich und Festlegung von Standards!), kann ein solcher auch ohne Zustimmung bzw. Wissen der Klientin erfolgen (Begründung: Vernetzung des Helfersystems). Der Informationsaustausch hat sich dabei aber immer auf das unbedingt Notwendige zu beschränken und setzt das Vorliegen einer **besonderen Rechtfertigung** voraus (siehe Handeln gegen oder ohne Willen der Klientin).

4. Anfragen von externen Beratungseinrichtungen (aks, Pro Mente, Caritas etc.) über Beratungsbezüge

Anfragen sind fachlich zu begründen, d.h.

- **Ziel** der Auskunft / des Austausches,
- **Verwendung** der Information (in welchem Kontext, wozu) und
- **Information**, ob der Austausch vertraulich ist oder ob das Einverständnis der Klientin eingeholt wurde,

sind zu nennen.

Grundsätzlich besteht auch bei Anfragen externen Beratungseinrichtungen eine Verschwiegenheitspflicht, sodass die **Zustimmung** der Klientin über derartige Kooperationsgespräche (im Vorfeld) eingeholt werden muss.

Liegt eine Zustimmung nicht vor, ist der Informationsaustausch aber im eindeutigen Interesse der Klientin (Klärung im Fachbereich und Festlegung von Standards!), kann ein solcher auch ohne Zustimmung bzw. Wissen der Klientin erfolgen (Begründung: Vernetzung des Helfersystems). Der Informationsaustausch hat sich dabei aber immer auf das unbedingt Notwendige

zu beschränken und setzt das Vorliegen einer **besonderen Rechtfertigung** voraus (siehe Handeln gegen oder ohne Willen der Klientin).

5. Anfragen der ifs Sachwalterschaft im Zusammenhang mit Clearing

Im Vorfeld oder im Rahmen eines Sachwalterschaftsverfahrens hat der Verein, insb. auf Ersuchen des Gerichts **zu klären**, welche Angelegenheiten zu besorgen sind, ob Alternativen zur Sachwalterschaft bestehen und ob nahe stehende Personen als Sachwalter in Frage kommen.

Informationen können **mit Einverständnis der Klientin** weitergegeben und Anfragen beantwortet werden, obwohl der Clearingbericht im Rahmen eines Sachwalterschaftsverfahrens Verwendung findet.

6. Anfragen einer Behörde

Informationen können **mit Einverständnis der Klientin** weitergegeben und Anfragen der Behörde beantwortet werden.

Liegt eine Zustimmung **nicht vor**, so ist ein Informationsaustausch gegen oder ohne den Willen der Klientin **nur** bei Vorliegen einer **besonderen Rechtfertigung und Entbindung** durch die **Geschäftsführung** möglich (siehe Handeln gegen oder ohne Willen der Klientin).

7. Anfragen der Kinder- und Jugendhilfe im Rahmen einer Gefährdungsabklärung

Sofern die Beraterin / Therapeutin

- über einzelfallbezogenen Auftrag und Finanzierung der Kinder- und Jugendhilfe mit dem Kind oder Jugendlichen bzw. dessen Eltern arbeitet (= Auftrag ist das Kindeswohl),

sind Anfragen im Rahmen einer Gefährdungsabklärung zu beantworten.

Hintergrund dafür ist nicht die grundsätzliche Mitwirkungspflicht im Rahmen der Gefährdungsabklärung, sondern vielmehr der **Auftrag**, der besagt, dass Informationen, die vom Auftraggeber im Kontext eines Auftrages verlangt werden nicht der Schweigepflicht unterliegen.

- a) Informationen, die außerhalb eines Auftrages im Rahmen der Gefährdungsabklärung verlangt werden

Grundsätzlich besteht – außerhalb eines konkreten Auftrages der Kinder- und Jugendhilfe – die Verpflichtung, **soweit** dies zur Gefährdungsabklärung notwendig ist, der Kinder- und Jugendhilfe die erforderlichen Auskünfte über die betroffenen Kinder und Jugendlichen zu erteilen sowie die notwendigen Dokumente vorzulegen.

Die Mitwirkung ist dann geboten, wenn **die Beraterin / Therapeutin** – aufgrund der Anfrage im Rahmen einer Gefährdungsabklärung – zum Ergebnis gelangt, dass die Mitwirkung im Rahmen der Gefährdungsabklärung **erforderlich** ist, um den **Schutz** des Kindes / Jugendlichen zu gewährleisten **oder die Zustimmung** der Klientin zur Informationsweitergabe vorliegt.

Ansonsten ist lediglich die Auskunft zu erteilen, in welchen Bereichen Unterstützung installiert wurde und dass weder die Voraussetzungen für eine Mitteilung iSd § 37 Abs 1 B-KJHG 2013 noch ein Handlungsbedarf trotz Kenntnis der Gefährdungsabklärung **fachlich bejaht wird**, sodass weitere Auskünfte unter Verweis auf die „fehlende Erforderlichkeit“ verweigert werden.

Vorgehensweise:

- Anfragen werden grundsätzlich **schriftlich über die Geschäftsführung beantwortet** (in Abstimmung mit der fachlich verantwortlichen Mitarbeiterin und Leitung).
- D.h. sowohl Leitung als auch Geschäftsführung sind **umgehend über eine entsprechende Anfrage** zu informieren, damit alles weitere in die Wege geleitet werden kann.
- Die Klientin ist sowohl über die Anfrage der Kinder- und Jugendhilfe im Rahmen der Gefährdungsabklärung als auch die Haltung des ifs aufzuklären.

8. Anfragen von Medien

Medienberichte bzw. Interviews erfordern im Vorfeld die Abstimmung mit der Leitung und der Öffentlichkeitsarbeit. Werden in einem Bericht Fallbeispiele zur

Illustration verwendet, so müssen diese bestmöglich anonymisiert werden. Es werden keine Klientinnenkontakte an die Medien weitergegeben.

Grundsätzlich werden **laufende Fälle nicht kommentiert** und auch **nicht als Fallbeispiele verwendet**, da sich Klientinnen darin wiederfinden können, was im Beratungskontext nachteilige Auswirkungen haben könnte.

Die Klientin ist über entsprechende fallbezogene Anfragen und die Haltung des ifs zu informieren.

9. Reaktionen auf öffentlich formulierte Vorwürfe

Es werden **keine Informationen aus dem Beratungskontext verwendet, um sich zu verteidigen**. Über öffentlich formulierte Vorwürfe sind die Leitung und die Geschäftsführung zu informieren und ist die Reaktion auf derartige Vorwürfe mit der Öffentlichkeitsarbeit abzustimmen.

Handeln gegen oder ohne Willen der Klientin

1.) Fallkonstellationen

a) Allgemeines

Für die Frage, ob ein Handeln gegen oder ohne den Willen der Klientin erforderlich ist, sind folgende Fragen zu klären:

- Erfordert eine **vertragliche Verpflichtung (= Auftrag)** eine Mitteilung gegenüber dem Auftraggeber?
- Sieht eine **gesetzliche Bestimmung** eine Mitteilungspflicht vor (vgl. § 37 Abs 1 B-KJHG 2013³⁶⁵, § 17 Abs 5 KJH-G³⁶⁶)

³⁶⁵ Die Bestimmung besagt, dass bei **begründetem Verdacht** des Misshandelns, des Quälens, des Vernachlässigens oder des sexuellen Missbrauchs von Minderjährigen oder einer sonstigen erheblichen Kindeswohlgefährdung eine Mitteilung an die Kinder- und Jugendhilfe zu erstatten ist, **sofern** die konkrete **erhebliche Kindeswohlgefährdung** eines **bestimmten** Kindes oder Jugendlichen **nicht** anders verhindert werden kann.

³⁶⁶ Die Bestimmung besagt, dass die Bereiche, die mit Kindern und Jugendlichen bzw. deren Erziehungsberechtigten mit Fokus Kindeswohl arbeiten – **soweit dies zur**

- Liegt eine **Garantenstellung**³⁶⁷ vor?
- Liegt eine **allgemeine Pflicht** zur Verhinderung von (schweren) Straftaten iSd § 286 StGB vor?
- Liegt ein **rechtfertigender Notstand**³⁶⁸ vor?

b) Erweiterung des Helfersystems

Ein Handeln ohne Zustimmung der Klientin setzt voraus, dass die Notwendigkeit dafür besteht. Die **Kriterien sind ähnlich wie beim rechtfertigenden Notstand**: Ein **Handeln ohne Zustimmung** der Klientin liegt im **eindeutigen Interesse** der Klientin oder ist zum Schutz einer anderen Person zwingend erforderlich; d.h. die Notwendigkeit zu Handeln wird von der Beraterin / Therapeutin höher bewertet, als das Vertrauensverhältnis und das Mittragen einer Entscheidung durch die Klientin.

Grundsätzlich besteht auch **innerhalb des ifs** in Bezug auf die unterschiedlichen Fachbereiche eine **Schweigepflicht**.³⁶⁹

Selbstverständlich ist es unabhängig davon aber möglich, **fachliche Einschätzungen der Expertinnen** einzuholen. Die Falldarstellungen sind allerdings – es sei denn, es liegt eine Zustimmung der Klientin vor oder es werden die Voraussetzungen für ein Handeln ohne Einbindung der Klientin erfüllt – **anonymisiert** zu halten.

c) Informationen an die Behörde

Eine **Informationsweitergabe gegen oder ohne Willen der Klientin an die Behörde** ist dann **möglich, wenn** die Beraterin / Therapeutin zur Überzeugung gelangt, dass ein Bruch der Verschwiegenheit gerechtfertigt ist, weil die Nachteile

Gefährdungsabklärung notwendig ist – erforderliche Auskünfte über die betroffenen Kinder und Jugendlichen zu erteilen sowie notwendige Dokumente vorzulegen haben.

³⁶⁷ Besondere Verantwortung gegenüber der Klientin aufgrund des Auftrages / Vertrages. Bspw.: Therapeutin bei Selbstmorddrohung durch Klientin.

³⁶⁸ Interessenskollision, wobei die Verletzung des einen Interesses in Kauf genommen werden muss, um Schlimmeres zu verhindern (etwa: Kindeswohl wird aufgrund einer konkreten Gefährdung höher bewertet, als der Schutz der Vertrauensbeziehung).

³⁶⁹ Bsp.: ifs Gewaltschutzstelle und Beratungsdienste

für eine bedrohte Person / mehrere Personen schwerer wiegen würden als die Nachteile, die sich für Klientinnen und Beraterinnen / Therapeutinnen aus dem Bruch der Verschwiegenheit ergeben könnten.

Eine derartige Fallkonstellation kann zum Beispiel gegeben sein, wenn aufgrund der Beratungsinhalte von einer konkreten Gefährdung infolge Radikalisierung ausgegangen wird. **Wird eine derartige Gefährdung infolge Radikalisierung bejaht, so ist die weitere Vorgehensweise mit der Leitung abzustimmen (Vier-Augen-Prinzip). Im Zweifelsfall, d.h. wenn Unsicherheiten darüber bestehen, ob eine Gefährdung infolge Radikalisierung vorliegt, ist ebenfalls die Leitung einzubinden.**

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 oder nicht zielführend sein, bevor die Beraterin / Therapeutin ihre Verschwiegenheitspflicht bricht.

d) Mitteilung an die Kinder- und Jugendhilfe

Sofern eine einzelfallbezogene Zuweisung und Finanzierung über die Kinder- und Jugendhilfe erfolgt (bspw. ifs NASA, ifs Krisenwohngruppe Kompass usw.) hat eine Einbindung der Kinder- und Jugendhilfe in Bezug auf eine Kindeswohlgefährdung bereits aufgrund des **Auftrages** zu erfolgen.

Lediglich, wenn eine Informationsweitergabe an die Kinder- und Jugendhilfe **weder vom Auftrag** umfasst wird, **noch die Zustimmung der Klientin vorliegt**, kann im Übrigen die gesetzliche Verpflichtung zur Mitteilung an die Kinder- und Jugendhilfe bestehen.

*Ergibt sich in Ausübung einer beruflichen Tätigkeit der **begründete Verdacht**, dass Kinder oder Jugendliche misshandelt, gequält, vernachlässigt oder sexuell missbraucht worden sind oder ihr Wohl in **anderer Weise erheblich gefährdet** ist, und kann diese **konkrete erhebliche Gefährdung** eines **bestimmten Kindes oder Jugendlichen nicht** anders verhindert werden, ist unverzüglich schriftlich Mitteilung an den örtlich zuständigen Kinder- und Jugendhilfeträger zu erstatten (§ 37 Abs 1 B-KJHG 2013).*

Die Mitteilungspflicht betrifft eine Beraterin / Therapeutin dann,

- wenn sie direkt mit **Kindern** und **Jugendlichen arbeitet oder**
- die Kinder und Jugendlichen im **Fokus des Beratungsauftrages**³⁷⁰ stehen (= Schutzobjekt).

Kindeswohlgefährdung:

- **Jedenfalls** bei Misshandeln, Vernachlässigen, Quälen oder sexueller Missbrauch
- Im Übrigen ist der Begriff der **konkreten erheblichen Kindeswohlgefährdung fachlich zu klären**, wobei § 138 ABGB als maßgebliche Bestimmung in diesem Zusammenhang angesehen werden kann:
 - o Nicht angemessene Versorgung, insbesondere mit Nahrung, medizinischer und sanitärer Betreuung und Wohnraum, sowie keine sorgfältige Erziehung des Kindes (Z 1)
 - o Fehlende Fürsorge, Geborgenheit und der Schutz der körperlichen und seelischen Integrität des Kindes (Z 2)
 - o Fehlende Wertschätzung und Akzeptanz des Kindes durch die Eltern (Z 3)
 - o Fehlende Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes (Z 4)
 - o Fehlende Berücksichtigung der Meinung des Kindes in Abhängigkeit von dessen Verständnis und der Fähigkeit zur Meinungsbildung (Z 5)
 - o Kind erleidet Übergriffe oder Gewalt bzw. erlebt diese an wichtigen Bezugspersonen mit (Z 7)
 - o Es besteht die Gefahr, dass das Kind rechtswidrig verbracht oder zurückgehalten wird oder sonst zu Schaden kommt (Z 8)
 - o Kind wird in einen Loyalitätskonflikt gebracht und es werden Schuldgefühle geschürt (Z 10)
 - o etc.

Wird die Kindeswohlgefährdung bejaht, so ist die weitere Vorgehensweise mit der Leitung abzustimmen (Vier-Augen-Prinzip). Im Zweifelsfall, d.h. wenn Unsicherheiten darüber bestehen, ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, ist ebenfalls die Leitung einzubinden.

³⁷⁰ Dies betrifft etwa den ifs Kinderschutz

e) Strafanzeige

Das Anzeigerecht kann von einer Beraterin oder der Institution beansprucht werden, wenn sie zur **Überzeugung gelangt**, dass ein **Bruch der Verschwiegenheit gerechtfertigt** ist, **weil** die Nachteile für eine bedrohte Person schwerer wiegen würden, als die Nachteile, die sich für Klientinnen und Beraterinnen / Therapeutinnen 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 oder nicht zielführend sein, bevor die Beraterin / Therapeutin ihre Verschwiegenheitspflicht bricht.

Kriterien:

- Bewusstmachen der Gefährdung und Notwendigkeit eines Handelns
- Hohe Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung der Gefährdung
- **Interessensabwägung:** Notwendigkeit, die Gefährdung abzuwenden wird höher bewertet als der Schutz der Vertrauensbeziehung
- Es stehen keine gelinderen Alternativen zur Verfügung (Einbindung des Helfersystems oder einer Vertrauensperson, Mitteilung an die Kinder- und Jugendhilfe, andere Unterbringung etc.)

Zu beachten ist, dass jede Verständigung der Polizei Ermittlungen nach sich ziehen kann (etwa auch anlässlich einer Zwangseinweisung), da die Polizei bei Kenntnis von einem strafbaren Verhalten verpflichtet ist, Ermittlungen aufzunehmen, unabhängig davon, ob die Beraterin / Therapeutin „Anzeige erstatten will“.

2.) Vorgehensweise bei einer Strafanzeige, Mitteilung an die Kinder- und Jugendhilfe iSd § 37 Abs 1 B-KJHG 2013 und Informationsweitergabe an die Behörde ohne oder gegen den Willen der Klientin

In jedem Fall ist zunächst eine **Interessensabwägung** von jeder Einzelnen vorzunehmen, welches Rechtsgut das Höhere ist (d.h. Abwägung Vertrauensverhältnis und Notwendigkeit zu handeln).

Gelangt die Beraterin / Therapeutin 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**, ist die Fallkonstellation mit der Leitung zu besprechen (Vier-Augen-Prinzip).

Sollte nach dem **Vier-Augen-Prinzip** eine Mitteilung iSd § 37 Abs 1 B-KJHG 2013 / Strafanzeige / Information an die Behörde gegen oder ohne Willen der Klientin nach wie vor befürwortet werden, ist die Geschäftsführung im Vorfeld zu kontaktieren.

Eine Mitteilung an die Kinder- und Jugendhilfe außerhalb des Auftrages / Strafanzeige oder Informationsweitergabe an die Behörde gegen oder ohne den Willen der Klientin ist ausschließlich nach Rücksprache mit der Geschäftsführung zulässig.

Lediglich bei **Gefahr in Verzug** (d.h. **keine Erreichbarkeit** der Geschäftsführung und **notwendiger Handlungsbedarf**, ohne dass ein Zuwarten möglich ist, genaue Prüfung erforderlich!) ist eine Maßnahme auch ohne Entbindung möglich. In diesem Fall ist die Geschäftsführung aber umgehend über die gesetzten Maßnahmen zu informieren.

3.) Transparente Aufklärung der Klientin bei Handeln gegen ihren Willen

Selbst wenn gegen oder ohne den Willen der Klientin eine Strafanzeige oder eine Information an die Behörde weitergegeben wurde, hat die Beraterin / Therapeutin die Aufgabe, die Klientin über die gesetzten Schritte transparent zu informieren.

Verhalten im Gerichtsverfahren

1.) Grundsätzliches

Jede Beraterin / Therapeutin ist zur Verschwiegenheit verpflichtet. **Auch wenn** seitens der Klientin eine **Entbindung** für das laufende Gerichtsverfahren vorgenommen wird, **hat** sich die Beraterin / Therapeutin auf ihre **Verschwiegenheitspflicht zu berufen**.

Ausnahmen sind nur in absoluten Einzelfällen und **ausschließlich in Absprache mit der Geschäftsführung möglich.**

Das kann heißen, dass sich die Beraterin / Therapeutin in einem Fall auch auf ihre Verschwiegenheit berufen muss, in dem eine Aussage günstig wäre.

Gründe:

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

2.) *Fallkonstellationen*

- a) Informationswünsche (Stellungnahme, Ermächtigung zur Einsichtnahme in die über die Klientin geführten Unterlagen, telefonische Anfragen etc.) der Polizei

Angaben gegenüber der Polizei sind – ohne Rücksprache mit der Geschäftsführung oder bei von der Geschäftsführung für einzelne Bereiche definierten Ausnahmen (ifs Prozessbegleitung, ifs Gewaltschutzstelle) – auch mit Entbindung der Klientin **nicht zulässig.**

Vorgehensweise:

- **Inhaltliche Angaben** werden unter Verweis auf die **Schweigepflicht abgelehnt.**
- Es wird allerdings eine **Rückmeldung** nach **Rücksprache** mit der Geschäftsführung zugesagt.
- **Verschriftlichung des Anliegens** (was möchte die Polizei aus welchem Grund über wen wissen?)
- Umgehende **Information** an Leitung und Kontaktaufnahme mit der Geschäftsführung

- b) Informationswünsche und Abklärungsaufträge von Ämtern und Behörden anlässlich eines gerichtlichen Auftrages (Kinder- und Jugendhilfe außerhalb eines konkreten Auftrages, Sachverständige, Familiengerichtshilfe)

Beratung und Therapie sind **keine Instrumente** der Wahrheitsfindung. Beratung / Therapie und Gutachten / Abklärung schließen sich in der Regel aus, sodass die **Schweigepflicht** grundsätzlich auch gegenüber

- Sachverständigen
- der Kinder- und Jugendhilfe außerhalb eines konkreten Auftrages³⁷¹ oder
- der Familiengerichtshilfe,

die aufgrund eines gerichtlichen Auftrages anfragen, besteht.

Angaben sind – ohne Rücksprache mit der Geschäftsführung – auch mit Entbindung der Klientin nicht zulässig (Ausnahme: Anfragen im Rahmen des Clearings).

Vorgehensweise:

- **Inhaltliche Angaben** werden unter Verweis auf die **Schweigepflicht abgelehnt**.
- Es wird allerdings eine **Rückmeldung** nach **Rücksprache** mit der Geschäftsführung zugesagt.
- **Verschriftlichung des Anliegens** (was möchte die anfragende Person aus welchem Grund über wen wissen?)
- Umgehende **Information** an Leitung und Kontaktaufnahme mit der Geschäftsführung.

- c) Ersuchen der Klientin / der Rechtsanwältin um Bestätigung zur Vorlage in einem Gerichtsverfahren

Hard Facts (Beratungsdauer-, Rhythmus, Grund der Beratung / Therapie³⁷²) können bestätigt werden.

³⁷¹ fallbezogene Zuweisung durch die Kinder- und Jugendhilfe

³⁷² Als Grund für die Anmeldung wurden sexuelle Übergriffe und familiär bedingte Belastungen benannt.

d) Zeugenladung

Der Zeugenladung ist grundsätzlich Folge zu leisten. Zu beachten ist, dass auch die Vernehmung bei der Polizei eine gerichtlich verwertbare Aussage darstellt.

Angaben sind trotz einer allfälligen Entbindung durch die Klientin unter Verweis auf die strenge Handhabung der Schweigepflicht in Gerichtsverfahren zu **verweigern.**

Vorgehensweise:

- Umgehende **Information** an Leitung und **Weiterleitung der Ladung** / Information über anstehende Zeugenladung an die Geschäftsführung.
- Dort wird das weitere Procedere im Detail festgelegt.

e) Begleitung einer Klientin zum Gericht

Es kann fachlich sinnvoll sein, Klientinnen zu einer Gerichtsverhandlung zu **begleiten.**

Sofern dies nicht zum Kernauftrag gehört (etwa: ifs Gewaltschutzstelle bei Begleitung im Zusammenhang mit Ev-Anträgen, ifs Prozessbegleitung bei Begleitung im Strafverfahren), ist diese im Einzelfall mit der Leitung zu besprechen.

In aller Regel nimmt die Beraterin / Therapeutin bei der Begleitung der Klientin die Rolle einer **Vertrauensperson** ein, d.h. sie unterstützt die Klientin bei ihrem Weg zum Gericht (Betreuung, Abfangen der emotionalen Belastung etc.), darf aber inhaltlich nicht Position beziehen.

In wenigen Bereichen übernimmt die Beraterin / Therapeutin aufgrund ihres speziellen Kernauftrages des Weiteren die Funktion eines **Sprachrohres** (d.h. hilft der Klientin bei Formulierung **ihres** Anliegen).

Zu beachten ist, dass auch bei einer Begleitung zu Gericht die Beraterin / Therapeutin zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, d.h. dass Aussagen in Bezug auf den Beratungskontext (Einschätzung der Klientin, Zukunftsprognose, Inhalte aus dem Beratungskontext) unter Berufung auf die Schweigepflicht abzulehnen sind (siehe Punkt 1.).

3.) *Transparente Aufklärung der Klientin*

Die Klientin ist in jedem Fall über die Haltung des ifs und die Gründe für die strenge Handhabung aufzuklären.

Prüfung der OPCAT-Kommission

Die Landesvolksanwaltschaft Vorarlberg hat – in Umsetzung völkerrechtlicher Vorgaben – stationäre Angebote, in denen KlientInnen aufgrund einer behördlichen Entscheidung oder über deren Veranlassung untergebracht sind, zu prüfen. Folgende Bereiche des ifs zählen derzeit dazu:

- Krisenwohnung Kompass
- Sozialpädagogische Wohngemeinschaft Unterland
- Sozialpsychiatrische Intensivbetreuung

Prüfungsschwerpunkt ist die präventive Verhütung von Menschenrechtsverletzungen.

Gegenüber der OPCAT-Kommission besteht im Zuge einer (idR unangekündigten) Kontrolle der oben angeführten Bereiche keine Schweigepflicht (d.h. Anfragen können ohne Entbindung beantwortet werden und es ist Einsicht in die betreffenden Unterlagen zu gewähren).

Das Vorgehen bei einer Prüfung wird in der Handlungsanweisung für Mitarbeiterinnen bei Kontrollaufträgen / Besuchen der von der Volksanwaltschaft eingerichteten OPCAT-Kommission für Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe näher geregelt.

Zuständigkeit in der Geschäftsführung

Dr. Sandra Wehinger

Längle Fussenegger Singer Rechtsanwälte Partnerschaft

Lustenauerstraße 64, 6850 Dornbirn

E-Mail: sandra.wehinger@ifs.at oder sandra.wehinger@if-law.at

Tel.: + 43 5572 398899, Handynummer steht für dringende Fälle im Intranet!

Fax.: +43 5572 398899-9

Bei Nichterreichbarkeit:

Dr. Stefan Allgäuer

ifs Geschäftsführung

Interpark Focus 1, 6832 Röthis

E-Mail: stefan.allgaeuer@ifs.at

Tel.: + 43 5 1755 500

Fax: +43 5 1755 9500

Literaturverzeichnis

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

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

Aigner/Kierein/Kopetzki (2001). *Ärztegesetz 1998: samt erläuternden Anmerkungen.*² Wien.

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

Bertel (2010), 28. Lieferung: §§ 302-315. In Höpfel/Ratz; *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (2. Auflage). Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Brandstetter (2008), Die Amtsanzeige. Ausgewählte Probleme der Anzeigepflicht gemäß § 78 StPO

Bundesministerium für Gesundheit (2013), *Information für Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten über die Einholung der Einwilligung in der Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie*

Bundesministerium für Gesundheit (Jänner 2016), *Information betreffend Einwilligung zur klinisch-psychologischen und gesundheitspsychologischen Behandlung von Minderjährigen*

Bundesministerium für Gesundheit (Stand: 2015), *Information des Bundesministeriums für Gesundheit zur Verschwiegenheitspflicht gemäß Musiktherapiegesetz, Psychologengesetz 2013 und Psychotherapiegesetz*

Burgstaller/Fabrizy (2016), 159. Lieferung: §§ 82 – 87 StGB in Höpfel/Ratz, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*² (2. Auflage). Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

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

Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim (2015), DSG²

Drobesh/Grosinger (2000). *Das neue österreichische Datenschutzgesetz*. Juridica Verlag.

Dvorak (1995). *Schweigepflicht - Zeugnisentschlagung - Anzeigepflicht - Berichtspflicht in der Jugendwohlfahrt*. Neuerungen durch das Strafprozessänderungsgesetz 1993. Akademie der Sozialarbeit Bregenz.

Entleitner, Freiberufler im Spannungsfeld zwischen Verschwiegenheits- und Mitteilungspflicht (2016), Wien: Manz

Erläuternde Bemerkungen zum B-KJHG 2013, 2191 der Beilagen XXIV. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen mit WFA

Ethische Standards – Berufspflichten für SozialarbeiterInnen, Generalversammlungsbeschluss des OBDS 17.10.2004 in Salzburg

Fabrizy, Strafgesetzbuch samt ausgewählten Nebengesetzen (2016), Kurzkommentar, 12. Auflage, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Fasching/Konecny (2004). *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen (2. Auflage), 3. Band: §§ 226 bis 460 ZPO*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Foregger/Fabrizy (2004). *Die österreichische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung 1975) samt den wichtigsten Nebengesetzen. Kurzkommentar (9. Auflage)*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Frauenberger in Fasching & Konecny³ (Stand 1.8.2017, rdb.at)

Frottier/Frühwald, S. (1998). "Sei standhaft, duldsam und verschwiegen." Ein Beitrag zur Verschwiegenheitspflicht in der forensischen Psychiatrie. In Wagner/Werdenich, *Forensische Psychiatrie: Therapeutische Arbeit im Zwangskontext von Justiz, Medizin und sozialer Kontrolle* (S. 81 ff). Wien: Facultas.

Fuchs (2004). 17. Kapitel: Die einzelnen Rechtfertigungsgründe II: Notrechte (Notwehr, rechtfertigender Notstand, offensive Selbsthilfe). In Fuchs, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*. Springer-Verlag. Wien.

Fuchs (2000). *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*. 4. Auflage. Springer-Verlag. Wien.

Gamerith (2005) in ÖBl 2005/11: OGH 26.8.2004, 3 Ob 191/04 s; OGH 26.8.2004, 3 Ob 192/04 p

Gitschthaler in Verschwiegenheitspflicht des Zeugen – Rügepflicht der Partei, EF-Z 2011/23

Grabner-Tesar/Laimer, I. (1998). Bewährungshilfe und forensische Psychotherapie. Abgrenzung ermöglicht Kooperation. In Wagner/Werdenich, *Forensische Psychotherapie*:

Therapeutische Arbeit im Zwangskontext von Justiz, Medizin und sozialer Kontrolle (S. 295 ff). Wien: Facultas.

Graf/Krizanac (2017). *Einführung in die Datenschutz-Grundverordnung*. ecolex 2017 / 912

Gruber/Schwarzinger/Wehinger (2016). Teil 7 Mitteilungs- und Verschwiegenheitspflicht in *Freiberger/Mandl/Schwarzinger: Praxishandbuch Kinder- und Jugendschutz*. FVH Forum Verlag Henkert GmbH

Grünberger (2000). *Die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers: Grundlagen, Interessen und Perspektiven des arbeitsrechtlichen Geheimnisschutzes*. Wien: WUV.

Hilf (2005), 59. Lieferung: § 2 StGB. In Höpfel/Ratz, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (2. Auflage). Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Hinterhofer (1995). Zum Anwendungsbereich des § 286 StGB. ÖJZ 1995, S. 495 ff.

Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth (2013), *Kommentar zum Außerstreitgesetz*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Hopf (2014), *Kurzkommentar zum ABGB*. In: Koziol/Bydlinski/Bollenberger, 4. Auflage, Verlag Österreich

Huber (1991). *Psycho-Gesetze*. Eisenstadt: Prugg Verlag Eisenstadt.

Hutter (2001) *Anzeige-Erlass des Amtes der Vorarlberger Landesregierung*

Jäger (2008). *Kindeswohl und Meldepflicht bei Gewalt am Kind*. Die gesetzlichen Bestimmungen insbes. im Jugendwohlfahrtsgesetz, Ärztegesetz, Gesundheits- und Krankenpflegegesetz. Bregenz.

Jerabek (2017), 141. Lieferung: §§ 91 – 95. In Höpfel/Ratz, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (2. Auflage). Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Jerabek/Ropper (2017), 166. Lieferung: §§ 68 – 72, 74 Abs 1 Z 1 – 7, 9, 11, Abs 3. In Höpfel/Ratz, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (2. Auflage). Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Jesionek (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 (1998). Die rechtliche Verankerung der Psychotherapie in Österreich - das Psychotherapiegesetz. In Wagner/Werdenich, *Forensische Psychotherapie: Therapeutische Arbeit im Zwangskontext von Justiz, Medizin und sozialer Kontrolle* (S. 49 ff). Wien: Facultas.

- Kirchbacher** in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 156 (Stand 1.10.2013, rdb.at)
- Kleinbauer** (2007). *Datenschutzgesetz. Gesetzestext. Materialien. Judikatur*. Linz: Pro Libris Verlagsgesellschaft mbH.
- Kopetzki** (2013) *Geheimnisoffenbarung „in eigener Sache“?* RdM 2013/1
- Kopetzki** (2013) *Keine Schweigepflicht bei bereits öffentlich gemachten Kunstfehlervorwürfen*. RdM 2013/32
- Krauskopf/Fister** (2013) *Rechtsfolgen der Verletzung der ärztlichen Anzeigepflicht*. RdM 2013/2
- Lewisch/Reindl-Krauskopf** S., 117. Lieferung §§ 118 – 124. In Höpfel/Ratz, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (2. Auflage)*, Wien:: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung
- Lukas** (2004). Schadenersatz bei Verletzung der Privatsphäre. RZ 2004, S. 33 ff.
- Pilnacek/Pleischl** (2005). *Das neue Vorverfahren. Leitfaden zum Strafprozessreformgesetz*. Wien: Manz Verlag.
- Rechberger** (2014), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁴, Verlag Österreich GmbH
- Regierungsvorlage** zum Psychologengesetz idF BGBl. Nr. 360/1990
- Regierungsvorlage** zum Psychotherapiegesetz idF BGBl. Nr. 360/1990
- Regierungsvorlage** zum Strafprozessreformgesetz, 25 BlgNR 22. GP 112
- Roth/Markowetz** (2004). *Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen - Ein Überblick über die neuen Bestimmungen*. JBl 2004, S. 296 ff.
- Schelling** (1990). *Schweigerecht - Schweigepflicht*. Bregenz: Akademie für Sozialarbeit Vorarlberg.
- Schmoller** (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.
- Schwaighofer**, Strafrechtliche Anmerkungen zum Fall Luca. Gedanken zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Bereich der Jugendwohlfahrt, iFamZ 2011, 105
- Schwaighofer** in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (Stand: 22.2.2017, rdb.at) § 78
- Schreiben** von Dr. Heinz Wittmann vom 19.03.2013; Schreiben von Ribi Steibl, ÖVP-Familiensprecherin vom 19.03.2013

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

Staffe-Hanacek/Weitzenböck (2015). *Kinder- und Jugendhilferecht*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

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

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

Wehinger, Anzeigepflicht der Kinder- und Jugendhilfe, EF-Z 2013/105, S. 158 ff

Weiss/Lust (2016) *Gesundheits- und Krankenpflegegesetz – GuKG samt ausführlichen Erläuterungen*, 6. Auflage

Welser/Zöchling-Jud (2015). *Grundriss des bürgerlichen Rechts (14. Auflage). Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Windisch-Graetz (2012) in Aigner, Kletecka, Kletecka-Pulker & Memmer, *Handbuch Medizinrecht für die Praxis*. Psychotherapeuten und Psychologen. Manzverlag.

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

Entscheidungen

OGH (06. 11 1996). 13 Os 110/96: Umfang des Zeugnisentschlagungsrechts.

OGH (22.09.1988), 13 Os 69/88: Aussageverweigerung gemäß § 321 Abs 1 Z 1 ZPO

OGH (06.12.1988), 15 Os 122/88

OGH (25.05.2000), 1 Ob 341/99z: Entbindung durch den Verlassenschaftskurator

OGH (23.11.1999), 1 Ob 254/99f : Würdigung einer fehlenden Entbindung

OGH (24.06.2005), 1 Ob 49/05 w: Hoheitliches Handeln des Kinder- und Jugendhilfeträgers

OGH (27.7.2017), 2 Ob 162/16 m: Bedeutung der Verschwiegenheitspflicht

Rechtssätze

Beamteneigenschaft iSd § 151 Abs 1 Z 2 StPO, RS0114838 (OGH 25. 01 2001).

Entschlagungsrecht unterliegt nicht der Disposition der Parteien, RS0105932 (OGH 06. 11 1996).

Geltendmachung von **Aussageverweigerungsrechten**, RS0108824

Garantenstellung der Mutter, RS0108869 (OGH 15.04.1997)

Haftung bei ungerechtfertigter Verweigerung der Zeugenaussage, RS0038794 (OGH 13. 10 1981).

Aussagebefreiung nach kontradiktorischer Zeugenvernehmung auch bei Hervorkommen neuer Beweisergebnisse, RS0118084

Entbindung durch mehrere, wenn mehrere durch die Verschwiegenheitspflicht geschützt werden, RS0122555

Zeugenpflichten als Schutzgesetz, RS0038794

Kenntnisnahme ausreichend für **Aussageverweigerungsrecht**, RS0105933

Entschlagungsrecht nicht in der ausschließlichen Disposition des Angeklagten, RS0105932

Tatsache einer **Zeugnisentschlagung** ist **kein Beweisumstand**, RS0097552

Bei **mehreren Geheimnisherrn** ist mehrfache Entbindung erforderlich, RS0122555

Entbindung gilt auch für Erfüllungsgehilfen, RS0122554

Verschwiegenheit nach dem **Tod** des Patienten, RS0009005

Garantenstellung, RS0108869

Verschwiegenheit des **Arztes**, RS0127872

Hoheitliches Handeln des Kinder- und Jugendhilfeträgers, RS0120111 und VfGH 20.6.2007, B881/06 VfSlg 18154; VwGH 22.9.1995, 93/11/0221 VwSlg 14326A/1995; VwGH 26.06.2012, 2011/11/0005, VwSlg 18446 A/2012

Herausgeber:

ifs - Institut für Sozialdienste gemeinnützige GmbH
Interpark FOCUS 40 | A-6832 Röthis | www.ifs.at
UID: ATU37166909

und

Österreichischer Berufsverband der Sozialen Arbeit LG Vorarlberg
Mariahilferstraße 81/1/14 | A-1060 Wien | www.sozialarbeit.at
ZVR-Zahl: 275736079

Kommentare sind erwünscht an:
vorarlberg@sozialarbeit.at

Mit finanzieller Unterstützung von:

