

Grundfragen anwaltlicher Verschwiegenheit

Was Anwältinnen und Anwälte wissen sollten, um die Pflicht zur Verschwiegenheit als Recht zu leben*

Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

Die Pflicht zur Verschwiegenheit – abgesichert in § 203 StGB – gehört zu den Kernpflichten von Anwältinnen und Anwälten. Doch sie wird, weil auf den ersten Blick alles klar zu sein scheint, häufig nicht sonderlich ernst genommen. Der Autor stellt die Grundfragen der anwaltlichen Verschwiegenheit konsequent aus Sicht der anwaltlichen Praxis dar. Pflichtlektüre für alle Anwältinnen und Anwälte, die sich mit der Verschwiegenheitspflicht länger nicht beschäftigt haben.

I. Einführung: Die Pflicht und das Recht zum Schweigen

Der Anwalt kann nur dann das Vertrauen des Mandanten erwarten, wenn er über das ihm Anvertraute schweigt – diese Erkenntnis ist so alt wie der Anwaltsberuf selbst. Schon nach den Reichskammergerichtsordnungen von 1495 und 1555 mussten die beim Reichskammergericht zugelassenen Advokaten schwören, „*Heimlichkeit ... ihren Parteien zum Schaden niemandem (zu) offenbaren*“.¹ Die Verschwiegenheit steht im Rang gleichberechtigt neben den beiden anderen „core values“ – der Unabhängigkeit und dem Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen². Nach Bedeutung und Wertschätzung, die ihr der Gesetzgeber zubilligt, gebührt ihr in jüngster Zeit sogar klar die Spitzenposition. Die Regelungstiefe ihrer normativen Ausgestaltung geht weit über diejenige der in § 43a Abs. 1 und 4 BRAO eher schlagwortartig umschriebenen anderen Grundpflichten hinaus. Mit den umfangreichen Novellierungen in § 43a Abs. 2 S. 4–8 BRAO und § 43e BRAO und der ergänzenden Satzungsnorm des § 2 BORA sind wichtige Praxisfragen einer detaillierten Regelung zugeführt worden.

Das anwaltliche Berufsrecht fasst die Pflicht zur Verschwiegenheit, die zusätzlich strafrechtlich von § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB abgesichert wird, sehr weit. Sie bezieht sich gemäß § 43a Abs. 2 S. 2 BRAO auf alles, was dem Anwalt „in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist“. Der Verfasser dieses Beitrags hatte die Gesetzesfassung 1994 kritisiert;³ sie schien ihm einseitig, weil sie nur die Pflicht, nicht auch das damit einhergehende Recht des Anwalts auf Verschwiegenheit erwähnt. Die Satzungsversammlung hat diese Kritik dann später – durchaus im Rahmen ihrer Kompetenzen – aufgegriffen und in § 2 Abs. 1 BORA auch die Berechtigung des Anwalts zur Verschwiegenheit hervorgehoben. Das korrespondierende Schweigerecht ist in den zahlreichen kodifizierten Zeugnisverweigerungsrechten in den verschiedenen Verfahrensordnungen gesetzlich verankert.

II. Verfassungsrechtliche Absicherung und aktuelle Gefährdungen

Eine staatsfreie Advokatur ist gemeinsam mit dem Recht des Mandanten auf freie Wahl des Anwalts seines Vertrauens eine Grundbedingung für jedes rechtsstaatliche System. Der Schutz der Verschwiegenheit ist seinerseits eine unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung des auf diese Weise institutionell abgesicherten Anwaltsberufs, da sich erst auf dem Fundament des anwaltlichen Berufsgeheimnisses das notwendige Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt entwickeln kann.⁴ Als anwaltliche Grundpflicht und Voraussetzung für die sachgerechte anwaltliche Berufsausübung nimmt das Berufsgeheimnis teil am Schutz des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG. Ohne gesetzliche Garantie von Recht und Pflicht zur Verschwiegenheit stünde die anwaltliche Berufsausübung überhaupt in Frage.⁵

Die Verschwiegenheit schützt nicht nur Individualinteressen der Mandanten und der Rechtsanwälte. Sie hat einen unbestreitbaren Gemeinwohlbezug,⁶ der das Individualinteresse des Mandanten überlagert, es im Konflikt mit anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern aber auch stärken kann. Dem Gewicht des geschützten Gemeinschaftsinteresses widerspricht es nicht, dass nach deutschem Recht der Mandant „Herr des Geheimnisses“ ist, der Anwalt also reden darf und als Zeuge auch reden muss, wenn er von seiner Schweigepflicht entbunden ist.⁷ Das Vertrauen der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit der Anwälte erfordert nur, dass diese das ihnen Anvertraute nicht gegen oder ohne Willen des Klienten offenbaren.⁸

Aktuell ist die Schweigepflicht ungeachtet ihrer für das anwaltliche Berufsbild konstitutiven Bedeutung vielfältigen „Angriffen“ ausgesetzt. Die Entwicklung der Informationstechnologie, der staatliche Zugriff auf persönliche Daten und Fakten, Auskunftsrechte von Datenschutzbeauftragten und investigativer Journalismus erschweren es zunehmend, die Vertraulichkeit persönlicher Lebenssachverhalte zu wahren. Die Anwaltschaft muss hier ein Gegengewicht bilden, die **Berufverschwiegenheit muss als ihr Markenzeichen** hervorgehoben und gegen die vielfältigen Angriffe verteidigt werden. Strikt abzulehnen sind daher, die – teilweise leider auch vom Berufsstand selbst geförderten – Tendenzen, mit der Verschwiegenheitspflicht eher großzügig umzugehen. Es ist ein offenes Geheimnis, dass keine Berufspflicht so häufig verletzt wird wie gerade die anwaltliche Schweigepflicht. Mit diesem unbefriedigenden Befund verliert der berechtigte und dringend notwendige Widerstand der Anwaltschaft gegen staatlich-

* Schriftliche Fassung des Vortrags, den der Verfasser am 23. November 2018 aus Anlass des dreißigjährigen Bestehens des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln zum Thema „Angriff auf die anwaltliche Verschwiegenheit?“ gehalten hat. Ebenso wie der Vortrag klammert der Beitrag Themen, die Gegenstand weiterer Referate auf der in Kooperation mit dem Anwaltsblatt veranstalteten Tagung waren, aus. Siehe dazu die weiteren Beiträge in diesem Heft.

1 Zitiert von Weßler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, 1905, S. 127.

2 Dazu jüngst Henssler, AnwBl 2018, 342ff.

3 Henssler, NJW 1994, 1817, 1818 mit rechtsvergleichenden Hinweisen; siehe auch Kleine-Cosack, NJW 1994, 2249, 2251.

4 BVerfGE 76, 171, 190 = NJW 1988, 191, 193; BVerfGE 110, 226, 252, 259 = NJW 2004, 1305, 1307, 1309; BVerfGE 113, 29, 49 = NJW 2005, 1917, 1919; BVerfGE NJW 2006, 3411, 3412; BVerfGE NJW 2007, 2752, 2753; Henssler, NJW 1994, 1817, 1820; ders., ZZP 115 (2002), 321, 324f.; siehe auch Rick, Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, 1998, S. 128f.; Gaier, BRAK-Mitt. 2006, 2, 4.

5 BVerfGE 110, 226, 259 = NJW 2004, 1305, 1309.

6 A.A. BGHZ 109, 261, 268f. = NJW 1990, 510, 511f.; LG Karlsruhe, NJW-RR 2002, 706; Frenzel, Die Unlauterkeit anwaltlicher Berufsrechtsverstöße, 2005, S. 112 (vorrangiger Schutz des Individualinteresses des Mandanten).

7 Vgl. BGHZ 109, 261, 268f. = NJW 1990, 510, 511f.; Henssler, NJW 1994, 1817, 1819f.

8 So zutreffend Schönke/Schröder/Eisele, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 30.

che Eingriffe in das Berufsgeheimnis massiv an Überzeugungskraft.⁹

III. Von der Schweigepflicht erfasste Kenntnisse

1. Berufliche Kenntniserlangung

Befasst man sich näher mit dem Tatbestand der anwaltlichen Schweigepflicht, so setzt sie nach § 43a Abs. 2 BRAO zunächst einen Zusammenhang zwischen der Kenntniserlangung und der anwaltlichen Berufsausübung voraus. Im Einzelfall kann die Abgrenzung, ob eine **anwaltliche oder nicht-anwaltliche Tätigkeit** vorliegt, Schwierigkeiten bereiten. Anders als beim Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen zählt bereits die Anbahnung des Mandats zum geschützten Bereich. Der Anwalt ist also zum Schweigen verpflichtet, auch wenn er das ihm angetragene Mandat ablehnt.¹⁰ Schon die Tatsache, dass überhaupt jemand einen Anwalt konsultiert hat, fällt unter die Schweigepflicht.¹¹

Nicht zum Schweigen verpflichtet eine Kenntniserlangung generell bei der Ausübung von nichtanwaltlichen Nebentätigkeiten, etwa als gesetzlicher Vertreter, Vormund, Pfleger, Betreuer¹² oder Verfahrensbeistand.¹³ Zur anwaltlichen Berufsausübung gehört dagegen die Tätigkeit als Vermittler, Schlichter oder Mediator (vgl. § 18 BORA).¹⁴ Insoweit ist zu beachten, dass § 4 MediationsG inzwischen eine originäre Pflicht zur Verschwiegenheit für alle Mediatoren unabhängig von ihrem jeweiligen Grundberuf vorsieht.¹⁵ Auch insoweit orientiert sich das Berufsrecht der Mediatoren an anwaltsrechtlichen Grundpflichten. Für den als Schiedsrichter tätigen Rechtsanwalt soll dagegen wegen seiner strikten Neutralitätspflicht die anwaltliche Schweigepflicht nicht gelten.¹⁶

2. Informationen von dritter Seite

Von wem und auf welche Weise der Anwalt sein Wissen erworben hat, ist ohne rechtliche Bedeutung. Nicht nur die Informationen des Mandanten fallen unter das Schweigegebot, sondern auch alles, was der Anwalt **von dritter Seite** erfahren oder **aufgrund eigener Recherchen** festgestellt hat, sofern diese Kenntnisse im Rahmen des Mandats von Interesse sind.¹⁷ Bei dem als anwaltliches Betätigungsfeld zuletzt immer bedeutender werdenden Auftreten als Ombudsperson sind daher regelmäßig nicht nur die dem Anwalt offenbarten Informationen des vertraglichen Mandanten, sondern auch die Informationen des Hinweisgebers, der nicht Vertragspartner des Rechtsanwalts ist, von der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht erfasst.¹⁸ Auch **Zufallwissen** ist geheimhaltungsbedürftig, wenn es gerade die berufliche Tätigkeit war, die dem Anwalt die Möglichkeit gab, dieses Wissen zu erwerben.¹⁹

Berühren die von Dritten erlangten Informationen allerdings nicht zumindest auch die Interessen des Mandanten, fallen sie nicht unter § 43a Abs. 2 BRAO.²⁰ Solche Drittgeheimnisse braucht der Rechtsanwalt nicht zu verschwiegen, da er dem Dritten keine Vertraulichkeit schuldet. In engen Grenzen kann dem Dritten allerdings aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB analog in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 GG erwachsen. Weitere Grenzen ziehen das berufsrechtliche Sachlichkeitsgebot (§ 43a Abs. 3 BRAO) sowie der zivil- und strafrechtliche Schutz der Ehre.

Von dem, was der Anwalt in Ausübung seines Berufs erfährt, ist dasjenige zu unterscheiden, was ihm nur **anlässlich seiner beruflichen Tätigkeit** zur Kenntnis kommt. Es bedarf also eines inneren Zusammenhangs mit dem Mandat.²¹ Ein

solcher fehlt etwa, wenn der Anwalt als Zuhörer einer Gerichtsverhandlung Kenntnisse erlangt, die sich nicht auf seine Mandate beziehen.²² Bei der Verwertung privat erworbenen Wissens ist der Anwalt ebenfalls frei. Das gilt auch, wenn er vorher oder nachher dieselben Informationen noch kraft seines Berufs erlangt.²³ Der Anwalt sollte in solchen Fällen allerdings sorgfältig prüfen, ob die privat und beruflich erworbenen Kenntnisse tatsächlich deckungsgleich sind. Sind privat und beruflich erlangte Informationen untrennbar miteinander verwoben, muss er schweigen.²⁴ Auch kann sich aus dem Anwaltsvertrag als Ausfluss des allgemeinen Gebots zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) eine zivilrechtliche Schweigepflicht ergeben, die noch über § 43a Abs. 2 BRAO hinausgeht.²⁵

3. Werbung mit Prozessgegnern?

Das BVerfG hat jüngst betont, dass es Rechtsanwältinnen nicht untersagt werden dürfe, mit dem Namen von Prozessgegnern zu werben. Sie werden also nicht von der Schweigepflicht erfasst. Zu den von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Tätigkeiten einer Anwaltssozietät gehört die berufliche Außendarstellung einschließlich der Werbung für die Inanspruchnahme ihrer Dienste. Dies gilt ohne Einschränkung auch bei der Werbung über elektronische Medien und ist im Rahmen der Abwägung zwischen den Rechten der Rechtsanwältinnen und denjenigen der Prozessgegner zu berücksichtigen, die in einer zu Werbezwecken veröffentlichten „Gegnerliste“ benannt werden.²⁶ Zu beachten ist, dass in dem vom BVerfG konkret beurteilten Sachverhalt eine sachliche und unkommentierte Benennung von Unternehmen in Gegnerlisten zu Werbezwecken erfolgte. Werden dagegen Privatpersonen (bekannte Persönlichkeiten) in eine derartige Liste aufgenommen, kann sich aufgrund des für sie stärker streitenden Allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine andere Beurteilung ergeben.²⁷

- 9 Henssler, NJW 1994, 1817; Henssler/Streck/Deckenbrock, Handbuch Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2011, M Rn. 83; Schons, AnwBl 2007, 441; Hagemeister, AnwBl 2007, 748.
- 10 BGHSt 33, 148, 151 = NJW 1985, 2203, 2204 (zu Ärzten); Knöfel, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwältinnen, 2005, S. 741; Deckenbrock, Strafrechtlicher Parteiverrat und berufsrechtliches Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, 2009, Rn. 75.
- 11 BVerfGE 135, 77 Rn. 37 = NVwZ 2010, 837; KG NJW 1989, 2893; LG Dresden, NJW 2007, 2789; Kleine-Cosack, BRAO, 7. Aufl. 2015, § 43a Rn. 14; Kilian/Koch, Anwaltsliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2018, B Rn. 891; Dombek/Ottersbach/Schulze zur Wiesche/von Lewinski, Die Anwaltssozietät, 2. Aufl. 2015, § 4 Rn. 105.
- 12 BGH NJW 2013, 2961 Rn. 9; Kleine-Cosack (Fn. 11), § 43a Rn. 19; a. A. Hartung/Scharmer/Hartung, BORA/FAO, 6. Aufl. 2016, § 2 BORA Rn. 53; Gaier/Wolf/Göcken/Zuck, Anwaltsliches Berufsrecht, 2. Aufl. 2014, § 43a BRAO/§ 2 BORA Rn. 18.
- 13 OLG Braunschweig, Beschl. v. 20.2.2012 – 1 WF 19/12, BeckRS 2012, 05478.
- 14 Gaier/Wolf/Göcken/Zuck (Fn. 14), § 43a BRAO/§ 2 BORA Rn. 18; Hartung/Scharmer/Scharmer (Fn. 12), § 18 BORA Rn. 22; a. A. Deckenbrock (Fn. 10), Rn. 94ff., 263.
- 15 Dazu Henssler/Deckenbrock, DB 2012, 159, 165f.
- 16 Prütting, AnwBl 2012, 28, 31f.
- 17 KG JW 1920, 1040; so wohl auch Gaier/Wolf/Göcken/Zuck (Fn. 14), § 43a BRAO/§ 2 BORA Rn. 13ff.
- 18 Baranowski/Pant, CCZ 2018, 250, 251.
- 19 BGH NJW 2011, 1077 Rn. 10; Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 203 Rn. 9; Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 8), § 203 Rn. 15.
- 20 AnwG Rostock, AnwBl 2007, 716f.; Hartung/Scharmer/Hartung (Fn. 12), § 2 BORA Rn. 57; Kleine-Cosack (Fn. 11), § 43a Rn. 22ff.; a. A. OLG Köln, NJW 2000, 3656.
- 21 Vgl. BGH NJW 2018, 2319 Rn. 23.
- 22 BGH NJW 2011, 1077 Rn. 10; Feuerich/Weyland/Träger, BRAO, 9. Aufl. 2016, § 43a Rn. 16; Hartung/Scharmer/Hartung (Fn. 12), § 2 BORA Rn. 53; a. A. Hartung, Berufspflichten des Strafverteidigers und Sanktionierung pflichtwidrigen Verhaltens, 2008, S. 128.
- 23 Friedlaender/Friedlaender, RAO, 3. Aufl. 1930, § 28 Exkurs I Rn. 17 u. 18; Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 8), § 203 Rn. 19; vgl. auch Borgmann/Jungk/Schwaiger/Jungk, Anwaltschaftung, 5. Aufl. 2014, § 24 Rn. 174.
- 24 OLG Köln, MDR 1973, 857.
- 25 Vgl. Lingenberg/Hummel/Zuck/Eich/Zuck, Kommentar zu den Grundsätzen des anwaltlichen Ständesrechts, 2. Aufl. 1988, § 42 Rn. 5; Borgmann/Jungk/Schwaiger/Jungk (Fn. 23), § 24 Rn. 174.
- 26 BVerfGE 13, 51 = NJW 2008, 838; siehe auch OLG Hamm, NJW-RR 2008, 640, 641.
- 27 Vgl. Gravel/Mehari, MMR-Aktuell 2010, 307.094.

4. Offenkundiges und Bedeutungsloses

Offenkundige Tatsachen und solche, die ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen, unterliegen gemäß § 43a Abs. 2 S. 3 BRAO nicht der Schweigepflicht. Die Gesetzesfassung entspricht wörtlich der Formulierung in der für Beamte geltenden Ausnahmeregelung des § 67 Abs. 2 Nr. 2 BBG. Der Gesetzgeber will zum einen Geheimniskrämerei mit Bagatellen ausschließen und zum anderen der vermeintlichen Selbstverständlichkeit Rechnung tragen, dass Offenkundiges nicht mehr offenbart werden kann. Ganz so selbstverständlich, wie es auf den ersten Blick den Anschein hat, ist die letztgenannte Aussage allerdings nicht. Der Begriff der Offenkundigkeit wirft in der Praxis viele Fragen auf, wie Literatur und Rechtsprechung zu den verfahrensrechtlichen Vorschriften der § 291 ZPO und § 244 Abs. 3 S. 2 StPO zeigen.²⁸ Offenkundigkeit wird dort als Oberbegriff für Allgemein- und Gerichtskundigkeit verwandt.

Offenkundig kann eine Tatsache aus zweierlei Gründen sein: Verständige und erfahrene Menschen müssen sie entweder in der Regel kennen oder sich über sie aus allgemein zugänglichen und zuverlässigen **Quellen** unschwer unterrichten können. Wissen, das man sich nur mit besonderen Fachkenntnissen aus allgemein zugänglichen Quellen aneignen kann, ist danach nicht offenkundig.²⁹ Bei **Pressemeldungen** muss zwischen der Tatsache selbst und der verbreiteten Tatsachenbehauptung unterschieden werden: Offenkundig ist die von den Medien verbreitete Behauptung, in vielen Fällen aber nicht ihr Wahrheitsgehalt.³⁰ Offenkundig soll auch sein, was Gegenstand öffentlicher Gerichtsverhandlungen war.³¹ Dies kann aber nicht gelten, wenn die Öffentlichkeit tatsächlich keine Notiz von der Verhandlung genommen hat oder die Verhandlung zeitlich lange zurückliegt.³² Für die Beurteilung der Offenkundigkeit kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung an; maßgebend ist der Zeitpunkt der Weitergabe der Information. So kann der Inhalt eines in öffentlicher Hauptverhandlung erörterten Strafregisterauszugs nach Ablauf der Tilgungsfrist wieder zu einem Geheimnis werden.³³ Angesichts der vielen Zweifelsfragen empfiehlt sich aus anwaltlicher Sicht Zurückhaltung bei einer Weitergabe unter Berufung auf Offenkundigkeit.

Kennt der Empfänger das Offenbarte schon, verhält sich der Anwalt bei einer erneuten Mitteilung nach dem Rechtsgedanken des § 43a Abs. 2 S. 3 BRAO berufsrechtskonform.³⁴ Gleichwohl ist der Anwalt gut beraten, nicht vorschnell einen entsprechenden Kenntnisstand beim Empfänger zu unterstellen. Oft hat der Informierte nicht exakt den gleichen Wissensstand wie der Informant. So liegt eine Verschwiegenheitspflichtverletzung vor, wenn einem Dritten etwas bestätigt wird, worüber dieser nur eine Vermutung hatte oder was er nur gerüchteweise kannte.³⁵ Die vorstehenden Beispiele zeigen: Als Richtschnur für anwaltliches Verhalten bewährt sich die Maxime aus der alten Volkweisheit: „Schweigen ist Gold“.

5. Dauer

Die Verschwiegenheitspflicht gilt **zeitlich unbegrenzt**, auch über das Mandatsende hinaus. § 2 Abs. 1 S. 2 BORA bekräftigt dies ausdrücklich. Soweit im Schrifttum darauf hingewiesen wird, dass sie auch nach dem Ausscheiden aus der Anwaltschaft (nach Verlust oder Rückgabe der Zulassung) zu beachten sei,³⁶ betrifft dies allerdings nicht die berufsrechtliche Ebene, sondern nur mögliche Vertragsverletzungen und die Strafbarkeit des (früheren) Anwalts. Für § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB genügt es, dass das Geheimnis dem Täter in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt anvertraut wurde. Berufsrecht-

liche Sanktionen sind dagegen nach Zulassungsverlust nicht mehr möglich, sie setzen eine Kammermitgliedschaft voraus.³⁷

Die Verschwiegenheitspflicht gilt folgerichtig über den **Tod des Geheimnisherrn** hinaus. Als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts des Mandanten erlischt dessen Verfügungsrecht über Geheimnisse, die den persönlichen Lebensbereich betreffen, mit seinem Tode, es geht also nicht auf die Erben über.³⁸ Die Konsequenz, dass dem Anwalt auf ewig der Mund verschlossen wäre, liefe allerdings in vielen Fällen dem Interesse des verstorbenen Mandanten zuwider.³⁹ Einen Ausweg aus diesem Dilemma bietet das Institut der mutmaßlichen Einwilligung. Ob es dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspricht, zu reden oder zu schweigen, kann der Anwalt letztlich nur selbst in eigener Verantwortung entscheiden.⁴⁰ Umstritten ist, ob Besonderheiten dann gelten, wenn das Geheimnis zumindest primär einen wirtschaftlichen Wert verkörpert. Da der Erbe mit dem Erwerb des Vermögens zugleich Träger der entsprechenden Geheimnisse wird, sollte ihm auch die Verfügungsbefugnis hierüber zugebilligt werden.⁴¹

IV. Das Verbot der Offenbarung

1. Geltung gegenüber jedermann

Die Verschwiegenheitspflicht gilt gegenüber jedermann, also auch gegenüber Familienangehörigen und anderen Rechtsanwälten.⁴² Leider ist immer wieder festzustellen, dass im Gespräch unter Kollegen mit der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht zu großzügig umgegangen wird. Offenbar vertraut man auf die Verschwiegenheit des Gesprächspartners, obwohl dieser berufsrechtlich ersichtlich nicht gehindert ist, die Informationen weiterzugeben.⁴³ Auch eine **ausdrücklich vertraulich erfolgte Weitergabe anvertrauten Wissens ist berufsrechtswidrig**. Die Vertraulichkeit ist im Verhältnis des Rechtsanwalts zu seinem Mandanten allerdings nur einseitig abgesichert. Mangels rechtlicher Bindungen des Mandanten kann sich der Anwalt nicht darauf verlassen, dass dieser die Vertraulichkeit wahrt und seine Äußerungen nicht an Dritte weitergibt.⁴⁴

Die Schweigepflicht besteht auch gegenüber dem **Rechtschutzversicherer**. Eine Verschwiegenheitspflichtverletzung

28 Siehe nur Meyer-Göbner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 244 Rn. 50 ff.; Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 291 Rn. 1 f. jeweils m. w. N.

29 BGHSt 6, 292, 293 = NJW 1954, 1656; Daten, die man durch eine Melderegisterauskunft erfragen kann, sind dagegen offenkundig, BGH NSTz 2000, 596, 597.

30 BGHSt 6, 292, 293 = NJW 1954, 1656, 1657; BGHSt 26, 56, 59.

31 BGHZ 40, 288, 292 f. = NJW 1964, 449, 451; BGHZ 122, 115, 118 = NJW 1993, 1638, 1640; KG NJW 1972, 1909.

32 OLG Köln, NJW 2000, 3656; AnwG Freiburg, BRAK-Mitt. 2002, 94.

33 OLG Köln, NJW 2000, 3656.

34 Kleine-Cosack (Fn. 11), § 43 a Rn. 34 sowie (jeweils zu § 203 StGB) BGHSt 27, 120, 121; Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 8), § 203 Rn. 21; a. A. AG Bonn, NJW-RR 2007, 355, 356; Dahs Handbuch des Strafverteidigers, 8. Aufl. 2015, Rn. 45; Stöber, ZIP 2007, 1492, 1494.

35 Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 8), § 203 Rn. 21.

36 Kilian/Koch (Fn. 11), B Rn. 896; Harting (Fn. 22), S. 127.

37 Vgl. BGH, Beschl. v. 12.6.2009 – AnwSt (B) 14/08, BeckRS 2009, 19915.

38 Feuerich/Weyland/Träger (Fn. 22), § 43 a Rn. 24; Kleine-Cosack (Fn. 11), § 43 a Rn. 32.

39 Lingenberg/Hummel/Zuck/Eich/Zuck (Fn. 25), § 42 Rn. 12.

40 LG Koblenz, AnwBl 1983, 328; Feuerich/Weyland/Träger (Fn. 22), § 43 a Rn. 24.

41 OLG Hamburg, NJW 1962, 689, 691; OLG Stuttgart, NJW 1983, 1070 (Ls.); OLG Düsseldorf, NJW-RR 2018, 1160, 1162; Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 8), § 203 Rn. 38; a. A. Kleine-Cosack (Fn. 11), § 43 a Rn. 32. Ohne abschließende Stellungnahme BGH NJW 1983, 2627, 2629 zur ärztlichen Schweigepflicht.

42 BVerfGE 135, 77 Rn. 37 = NVwZ 2010, 837; BGHZ 116, 268, 272 = NJW 1992, 737, 739; BayObLG NJW 1995, 1623; bedenklich Michalski/Römermann, NJW 1996, 1305, 1310.

43 Vgl. auch Streck, NJW 2001, 3605.

44 BVerfG NJW 2010, 2937 Rn. 22; BGH NJW 2009, 2690 Rn. 23.

ist daher bejaht worden, wenn der Rechtsanwalt nach Erteilung der Deckungsschutzzusage und Zahlungen durch die Rechtsschutzversicherung A nach deren Übernahme durch die Rechtsschutzversicherung B dieser Auskünfte erteilt.⁴⁵ Die Rechtsschutzversicherung kann gegenüber ihrem Versicherungsnehmer einen Anspruch auf Entbindung des Anwalts von seiner Verschwiegenheitspflicht haben. Der Versicherungsnehmer ist nämlich verpflichtet, seinen Versicherer bei der Durchsetzung eines übergegangenen Anspruchs zu unterstützen.

2. Kein Verwertungsverbot

Eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht verlangt, dass das Wissen einer anderen Person mitgeteilt wurde. Die bloße Verwertung von beruflich erlangtem Wissen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit (oder im privaten Bereich) kann bei der Vertretung widerstreitender Interessen relevant werden, ist aber keine Verletzung der Schweigepflicht. § 43a Abs. 2 BRAO verbietet nur ein unbefugtes Offenbaren anvertrauter Tatsachen, nicht jedoch ein schlichtes Handeln unter Ausnutzung der Kenntnisse aus einem Mandat. Die Pflicht zum Schweigen versteht sich somit als bloßes Verbot der Kundgabe vertraulicher Informationen. Wer letztere dagegen seinem Handeln zugrunde legt, ohne sie zu offenbaren, redet nicht und verletzt folglich auch nicht seine Schweigepflicht.⁴⁶ Das Berufsrecht kennt kein § 204 StGB vergleichbares Verwertungsverbot.⁴⁷

3. Fahrlässige Preisgabe

Die Verschwiegenheitspflicht kann auch fahrlässig verletzt werden, etwa durch das versehentliche Liegenlassen der Gerichtsakte auf dem Gerichtsflur⁴⁸, die ungesicherte Arbeit am Bildschirm des Notebooks im Zug oder zu lautes Telefonieren mit dem Handy in der Öffentlichkeit.⁴⁹ In den Kanzleiräumen ist darauf zu achten, dass Personen, die keiner Verschwiegenheitspflicht unterliegen, bei unbeaufsichtigten Reinigungs-, Wartungs- und Reparaturarbeiten nicht die Handakten einsehen können.⁵⁰ Ein berufsrechtlich relevanter Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht liegt allerdings erst vor, wenn es tatsächlich zu einer Weitergabe beziehungsweise Kenntnisnahme des sensiblen Wissens gekommen ist. Die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme durch einen Dritten genügt generell nicht. Hat der Anwalt also zwar die Gerichtsakte auf dem Gerichtsflur liegengelassen, wurde sie aber dort von niemandem eingesehen, ist § 43a Abs. 2 BRAO nicht verletzt.

V. Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht

1. Der Mandant als Geheimnisträger

Allein der Mandant ist nach deutschem Verständnis der „**Herr des Geheimnisses**“, er kann den Anwalt jederzeit von dieser Pflicht entbinden. Soweit es sich um Tatsachen handelt, die sich auf das Mandat beziehen, gilt das auch, wenn sie von Dritten, zum Beispiel von Familienangehörigen des Auftraggebers oder vom Prozessgegner, dem Anwalt mitgeteilt worden sind.⁵¹ Hat der Mandant seinem Anwalt Tatsachen anvertraut, an deren Geheimhaltung Dritte ein Interesse haben, wird im Strafrecht weithin die Auffassung vertreten, dieser Dritte sei als Träger des Geheimnisses darüber verfügungsberechtigt.⁵² Dem ist nicht zu folgen. Da die Verschwiegenheitspflicht im Interesse einer funktionsfähigen Rechtspflege das Vertrauensverhältnis Anwalt – Mandant sichert, besteht sie nicht gleichsam abstrakt gegenüber jedem, den es angeht,

sondern nur gegenüber demjenigen, der dem Anwalt sein Vertrauen geschenkt hat. Der Mandant und kein anderer soll auf die Verschwiegenheit seines Anwalts bauen dürfen.

Macht ein Anwalt einen Mandanten seiner ehemaligen Sozietät auf einen haftungsrechtlich relevanten Fehler seiner ehemaligen Kollegen aufmerksam, so ist dies nicht beruflich, sondern allenfalls gesellschafts- oder arbeitsrechtlich (Verletzung nachwirkender Pflichten zur Rücksichtnahme) relevant.⁵³ Der Anwalt darf daher **Geheimnisse eines Dritten** vor Gericht vortragen, wenn er sie von seinem Mandanten erfahren hat und dieser mit der Offenlegung einverstanden ist. Die gegenteilige Auffassung hätte die widersinnige Konsequenz, dass zwar der Mandant das Geheimnis preisgeben dürfte, nicht aber der in seinem Auftrag und Interesse handelnde Anwalt. Der anwaltliche Mediator kann dagegen von seiner Verschwiegenheitspflicht nur von allen Beteiligten gemeinsam entbunden werden.⁵⁴ Entsprechendes gilt für die von § 4 MediationsG allen Mediatoren unabhängig von ihrem Grundberuf auferlegte Schweigepflicht.⁵⁵

Beim Einsatz einer anwaltlichen **Ombudsperson** besteht abhängig von der sehr heterogenen Ausgestaltung des jeweiligen Mandatsvertrags nicht selten die Besonderheit, dass der Rechtsanwalt damit beauftragt wird, als vertrauliche Anlaufstation für den sich offenbarenden Dritten zu fungieren. Denkbar ist dies insbesondere in Whistleblower-Systemen, wie sie für effektive CMS (Compliance Management Systeme) verlangt werden. Der Informationsfluss über einen nicht mandantierenden Dritten sowie der normative Schutz des Hinweisgebers ist dann ein ausgewiesener Zweck der anwaltlichen Ombudsstelle.⁵⁶ Dies rechtfertigt es, den Fortbestand der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht nicht allein vom Willen des Mandanten, sondern auch von demjenigen des Hinweisgebers abhängig zu machen. Folgerichtig ist eine entsprechende Erweiterung dann, wenn sich die Tätigkeit der Ombudsperson als anwaltliche Berufsausübung darstellt, mit der der Dritte substanzial und zweckgerichtet in Berührung kommt. Die qualifizierte Einbeziehung des Drittgeheimnisses in das anwaltliche Berufsgeheimnis ist dann die Grundlage des Mandatsverhältnisses. Der Hinweisgeber nimmt eine mandatsähnliche Vertrauensposition wahr.

Ist der **Mandant eine juristische Person**, ist das Einverständnis durch deren vertretungsbefugtes Organ zu erteilen. Dass bei der Informationserteilung an den Anwalt ein inzwischen

45 AG Bonn, NJW-RR 2007, 355, 356; vgl. auch *van Bühren*, NJW 2007, 3606, 3609.

46 Siehe bereits *Henssler*, ZZZP 115 (2002), 321, 329 sowie *Feuerich/Weyland/Träger* (Fn. 22), § 43a Rn. 19; *Kleine-Cosack* (Fn. 11), § 43a Rn. 36; *Harting* (Fn. 22), S. 130; *Westerwelle*, Rechtsanwaltssozietäten und das Verbot widerstreitender Interessen, 1997, S. 91; *Deckenbrock*, BB 2002, 2453, 2459; a.A. *Offermann-Burckart*, AnwBl 2005, 312, 318 (siehe aber nun *Kilian/Offermann-Burckart/vom Stein/Offermann-Burckart* § 13 Rn. 156); *Grunewald*, AnwBl 2005, 437, 441 sowie für den Steuerberater *Koslowski*, StBerG, 7. Aufl. 2015, § 57 Rn. 60.

47 Dazu *Henssler/Streck/Deckenbrock* (Fn. 9), M Rn. 85.

48 So auch *Langhut*, NStZ 1994, 6 für die vergleichbaren ärztlichen Patientenakten.

49 *Harting* (Fn. 22), S. 129.

50 *Henssler/Streck/Deckenbrock* (Fn. 9), M Rn. 86.

51 BGH NJW 2011, 1077 Rn. 12; *Gurlitt/Zander*, BRAK-Mitt. 2012, 4, 6; a.A. KG JW 1920, 1040; OLG Düsseldorf JW 1923, 1265.

52 OLG Köln, NJW 2000, 3656, 3657; eingeschränkt auch LK-StGB/Schünemann, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 203 Rn. 99.

53 AnwG Köln, AnwBl 2009, 792, 794; *Henssler/Streck/Deckenbrock* (Fn. 9), M Rn. 87.

54 *Henssler/Koch/Henssler*, Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl. 2004, § 3 Rn. 47 sowie *Hartung/Scharmer/Scharmer* (Fn. 12), § 18 BORA Rn. 32.

55 BT-Drucks. 17/5335, S. 17.

56 Hierzu und zum Folgenden *Baranowski/Pant*, CCZ 2018, 250, 253.

ausgeschiedenes Vorstandsmitglied für die juristische Person gehandelt hat, ändert nichts, mag dieses auch persönliche Geheimhaltungsinteressen haben.⁵⁷ Im Insolvenzfall geht die Dispositionsbefugnis des „Geheimnisherrn“ auf den Insolvenzverwalter über.⁵⁸ Obwohl das Geheimhaltungsinteresse des Insolvenzschuldners höchstpersönlicher Art ist, muss es zurückstehen, weil dem Insolvenzverwalter ansonsten Informationen vorenthalten werden könnten, die er zur optimalen Verwertung der Masse benötigt. Geht es allerdings nicht um wirtschaftliche Interessen, sondern hat der Anwalt den Insolvenzschuldner in anderer, zum Beispiel strafrechtlicher oder familienrechtlicher, Hinsicht vertreten, bleibt das Verfügungsrecht beim Insolvenzschuldner.⁵⁹

2. Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung

a) Konkludente Einwilligung

Die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht kann grundsätzlich konkludent erfolgen. Anders als beim Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 3 Abs. 2 S. 3 BORA) sieht das Berufsrecht noch nicht einmal eine Empfehlung für eine Erklärung in Textform vor. Lediglich § 6 Abs. 2 S. 2 BORA macht für werbende Hinweise auf Mandate und Mandanten eine Ausnahme und verlangt hier eine ausdrückliche Einwilligung des Mandanten, die allerdings ebenfalls an keine besondere Form gebunden ist.⁶⁰

Vor der **Einschaltung anderer Anwälte** ist grundsätzlich die Zustimmung des Auftraggebers einzuholen, wenn er nicht schon bei Abschluss des Mandatsvertrags über die Notwendigkeit der Einschaltung weiterer Anwälte belehrt worden war und die Auswahl dem beauftragten Anwalt überlassen hatte. In der anwaltlichen Praxis wird dies häufig großzügig gehandhabt, insbesondere bei der in Großstädten verbreiteten Übung, bei sog. „Durchrufterminen“ in Zivilprozessen die Antragstellung einem anderen im Gerichtssaal anwesenden Kollegen zu überlassen. Das hat zur Folge, dass der beauftragte Anwalt Kollegen, die nicht einmal er selbst näher kennt, Einblick in seine Handakte ermöglicht. Umso weniger kann er annehmen, dass der Mandant mit einer solchen Handhabung einverstanden ist.

Hinsichtlich der **Kommunikation per Internet** wird die durchaus reale Gefahr betont, dass unbefugte Dritte davon Kenntnis nehmen könnten. Wickele der Anwalt seine Korrespondenz per E-Mail ab, gefährde er die ihm obliegende Verschwiegenheitspflicht, es sei denn, er verschlüssele seine Nachrichten. Die Übermittlung von vertraulich zu behandelnden Fakten auf diesem Wege bedürfe deshalb grundsätzlich der Zustimmung des Mandanten.⁶¹ Eine stillschweigende Entbindung des Anwalts von der Verschwiegenheitspflicht sei nur dann anzunehmen, wenn der Mandant seinerseits diesen Kommunikationsweg wähle.⁶² Diese sehr pauschale Sichtweise erscheint angesichts der heutigen Verbreitung des Internets und der geänderten Kommunikationswege wenig zeitgemäß, sondern betont über Gebühr die mit dem E-Mail-Verkehr verbundenen Gefahren.⁶³ Kein Kommunikationsmittel gewährt eine absolute Sicherheit; auch Brief, Fax und Telefon können abgefangen, zufällig zur Kenntnis genommen oder abgehört werden. Entscheidend muss im Einzelfall sein, ob bei lebensnaher Betrachtung mit dem Zugriff Unbefugter auf E-Mails gerechnet werden muss.⁶⁴ Macht der Mandant daher dem Anwalt seine E-Mail-Adresse zugänglich (etwa durch Abdruck auf seinem Briefbogen oder der Visitenkarte), berechtigt dies den Anwalt in der Regel zur schlichten Kontaktaufnahme auf diesem Wege.⁶⁵ Insoweit handelt es sich frei-

lich nicht um eine Entbindung des Anwalts von der Verschwiegenheitspflicht, sondern um eine **Einwilligung in die Gefährdung des Berufsgeheimnisses**, die aber erst recht zulässig sein muss. Besonderheiten greifen, wenn es um hochsensible Informationen geht.⁶⁶ Generell gilt: Je sensibler der Inhalt des anwaltlichen Schreibens, desto strenger sind die Anforderungen an die Sicherung der Daten vor unbefugtem Zugriff.

Die strengeren Anforderungen, die § 31a BRAO für das **besondere elektronische Anwaltspostfach (beA)**⁶⁷ aufstellt, wobei vorerst nur eine Pflicht zur passiven Nutzung des beA besteht, erklären sich vor dem Hintergrund, dass dieses Postfach die elektronische Erreichbarkeit von Rechtsanwältinnen für gerichtliche Zustellungen sicherstellen soll. Ziel ist es, die bislang weit hinter den Erwartungen zurückbleibende Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zwischen den Rechtsanwältinnen zu fördern (vgl. § 130a ZPO). Auf die Kommunikation zwischen Mandant und Anwalt lassen sich diese sehr strengen Vorgaben nicht ohne Weiteres übertragen.⁶⁸

b) Besonderheiten

Da das Interesse des Mandanten an der Wahrung der Vertraulichkeit höchstpersönlicher Natur ist, setzt eine wirksame Einwilligung die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Erklärenden voraus, es sei denn, das Anvertraute ist vermögensrechtlicher Natur; dann finden §§ 105 ff. BGB entsprechende Anwendung.⁶⁹ Die **Grenzen für eine konkludente Einwilligung** zu eng zieht eine Entscheidung des OLG Düsseldorf zur Zulässigkeit einer anwaltlichen Erstberatung in einem Café. Zwar erkennt das Gericht, dass ein Rechtsuchender, der sich von seinem Anwalt in aller Öffentlichkeit beraten lässt, damit rechnen muss, dass die Verschwiegenheit nur eingeschränkt gewährleistet ist. Bei dem mit einem solchen Angebot angesprochenen unerfahrenen Personenkreis soll es indes der anwaltlichen Fürsorgepflicht widersprechen, wenn die Mandanten der Gefahr einer leichtfertigen Preisgabe von persönlichen Umständen ausgesetzt würden.⁷⁰

Der Einwilligende muss sich der Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung bewusst sein, was bei formularmäßigen erteilten, pauschalen Ermächtigungen sorgsam zu prüfen ist. Eine erste Grenze setzt § 305 c BGB, nach dem **überraschende**

57 BGHZ 109, 260, 271 = NJW 1990, 510, 512; BGH NJW 2018, 2319 Rn. 17; OLG Hamm, NZI 2018, 499, 501; Tully/Kirch-Heim, NSTZ 2012, 657 ff.

58 RGZ 59, 85, 87; BGHZ 109, 260, 271 = NJW 1990, 510, 512; Deckenbrock/Fleckner, ZIP 2005, 2290, 2291; Kiethe NZI 2006, 267, 269.

59 OLG Düsseldorf, StV 1993, 346; LG Saarbrücken, wistra 1995, 293; Krause, FS Dahs, 2005, S. 349, 366 ff.: a. A. OLG Oldenburg, NJW 2004, 2176; LG Hamburg, NSTZ-RR 2002, 12, 13.

60 Für konkludente Einwilligung Hagemeyer, AnwBl 2007, 748, 749.

61 Feuerich/Weyland/Träger (Fn. 22), § 43 a Rn. 25 b; Wagner/Lerch, NJW-CoR 1996, 380, 385.

62 Strenger Feuerich/Weyland/Träger (Fn. 22), § 43 a Rn. 25 b.

63 Vgl. auch Schöttle, BRAK-Mitt. 2018, 118, 119 f.

64 Hartung/Scharmer/Hartung (Fn. 12), § 2 BORA Rn. 89; Kleine-Cosack (Fn. 11), § 43 a Rn. 80; von Lewinski, BRAK-Mitt. 2004, 12; Axmann/Degen, NJW 2006, 1457, 1458; Hartung, MDR 2001, 61, 62.

65 Vgl. Sassenberg, AnwBl 2006, 196.

66 Axmann/Degen, NJW 2006, 1457, 1458; Reus, MDR 2012, 882, 883; vgl. jetzt auch Schöttle, BRAK-Mitt. 2018, 118.

67 Dazu Brosch/Sandkühler, NJW 2015, 2760.

68 Zur Nutzung des beA Löschn, MMR 2018, 204, 208.

69 Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 8), § 203 Rn. 33.

70 OLG Düsseldorf, BRAK-Mitt. 2007, 274, 275; Dombek/Ottersbach/Schulze zur Wiesche/von Lewinski (Fn. 11), § 3 Rn. 15.

Klauseln kein Vertragsbestandteil werden. Insoweit kommt es auf den Anlass der Schweigepflichtentbindung und die Gestaltung der Klausel an. Im Übrigen muss die Klausel der *Wirksamkeitskontrolle* nach §§ 307 ff. BGB standhalten. Vor dem Hintergrund, dass selbst konkludente Einwilligungen wirksam sind, wird man eine unangemessene Benachteiligung des Mandanten verneinen müssen, wenn der Anwalt den Anlass für die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht offenlegt.⁷¹

Einschränkungen der Einwilligung in sachlicher und personeller Hinsicht sind zulässig und vom Anwalt strikt zu beachten. Sie können sich auch aus den Umständen ergeben. Besondere Vorsicht ist angebracht, wenn der Mandant nicht vollständig darüber informiert ist, welche Kenntnisse sein Anwalt aus Akten oder von Dritten erlangt hat. Die Entbindung von der Schweigepflicht bezieht sich grundsätzlich nicht auf Fakten, die der Mandant nicht kennt oder von denen er annimmt, dass sie dem Anwalt unbekannt sind.⁷²

c) Widerrufbarkeit des Einverständnisses

Der *Widerruf* des Einverständnisses ist jederzeit und **ohne besondere Voraussetzungen** möglich. Als „Herr des Geheimnisses“ muss es dem Mandanten nicht nur gestattet sein, den Anwalt von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, sondern sich auch durch einen *actus contrarius* von dieser Erklärung wieder zu distanzieren.⁷³ Insoweit besteht kein Widerspruch zum Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen. Dass dort dem Widerruf der nur ausnahmsweise möglichen Einwilligung in die Interessenvertretung keine Bedeutung zukommt,⁷⁴ hat seine Ursache in der Besonderheit, dass außerhalb der Anwalt-Mandanten-Beziehung noch die Interessen eines Dritten, nämlich der anderen Partei, berührt sind, dem sonst der Anwalt seines Vertrauens entzogen werden könnte.⁷⁵

3. Folgen einer Einwilligung für das anwaltliche Schweigerecht

Das mit der Schweigepflicht korrelierende Schweigerecht verliert der Anwalt, wenn ihn der Mandant von der Verschwiegenheitspflicht entbindet. § 53 Abs. 2 StPO und § 385 Abs. 2 ZPO begründen eine Aussagepflicht des Anwalts bei einer solchen Entbindung. Dies gilt selbst dann, wenn die Aussage seiner Ansicht nach den Interessen seines Mandanten zuwiderläuft. Auch insoweit gilt, dass „**Herr des Schweigerechts**“ nicht der Anwalt, sondern der „Träger des Geheimhaltungsinteresses“ ist.⁷⁶ In Ausnahmefällen kann das Berufsgeheimnis als Wesenselement des Anwaltsberufs gleichwohl unabhängig vom Willen des Mandanten Wirkungen entfalten.

Grenzen für eine Informationspflicht ergeben sich aus der Stellung des Rechtsanwalts im Rechtspflegesystem. Die Verschwiegenheit ist ein Element der beruflichen Haltung. Allein der Wunsch des Mandanten nach Öffentlichkeitsarbeit begründet für den Anwalt keine Aussagepflicht. Die berufsethische Bindung des Rechtsanwalts besteht unabhängig von den Erklärungen des Mandanten. So kann – ja, muss – ein Verteidiger sich dem Wunsch seines skandalfreudigen Mandanten versagen, wenn die Strafsache mit seiner Hilfe zu einer medienwirksamen Sensation aufgebauscht werden soll.⁷⁷ Ein unmittelbar in den Schutzbereich des Art. 12 GG fallendes, **eigenes Geheimhaltungsinteresse des Anwalts** besteht auch bei solchen Unterlagen, die höchstpersönliche Wahrnehmungen des Anwalts oder vertrauliche „Hintergrundinformationen“ betreffen.⁷⁸

VI. Allgemeine Grenzen der Verschwiegenheitspflicht

Unter engen Voraussetzungen ist der Anwalt berechtigt, das ihm Anvertraute auch ohne Zustimmung des Mandanten zu offenbaren. § 2 BORA nennt in den Abs. 2 und 3 – neben der Einwilligung – drei Fallgruppen, in denen eine Offenbarung möglich ist, nämlich: (1) von Gesetz und Recht angeordnete Ausnahmen, (2) die Wahrnehmung berechtigter Interessen und (3) die Sozialadäquanz der Offenbarung.

1. Gesetzliche Ausnahmen

Soweit gesetzliche Vorschriften den Anwalt zur Offenbarung des ihm Anvertrauten verpflichten oder berechtigen, tritt die Schweigepflicht zurück. Auskunftspflichten, die das Gesetz jedermann oder einer nicht nach dem Beruf abgegrenzten Gruppe auferlegt, treffen grundsätzlich auch Rechtsanwälte.⁷⁹ Im Folgenden seien nur einige praktisch relevante Ausnahmen aufgrund gesetzlicher Vorschriften thematisiert.⁸⁰

a) Anzeigepflicht

Das **Strafverfolgungsinteresse des Staates** rechtfertigt grundsätzlich keine Verletzung der Schweigepflicht. In einem rechtsstaatlichen System muss sich auch der Straftäter an den Anwalt seines Vertrauens wenden können, ohne befürchten zu müssen, angezeigt zu werden. § 138 StGB verpflichtet zwar an sich jedermann zur Anzeige geplanter schwerer Straftaten, jedoch wird diese Pflicht für den Rechtsanwalt durch § 139 Abs. 3 S. 2 StGB eingeschränkt. Bemüht er sich ernsthaft um die Abwendung des Erfolgs der Tat, darf er schweigen mit Ausnahme bei besonders gravierenden Straftaten. Dies bedeutet indes nicht, dass ein Anwalt, der eine geplante Straftat zur Anzeige bringt, die zwar im Katalog des § 138 StGB, nicht jedoch in § 139 StGB aufgeführt ist, sich zwingend einer Verletzung seiner Schweigepflicht schuldig macht. § 139 Abs. 3 S. 2 StGB sieht insoweit ein **Wahlrecht des Anwalts** vor.⁸¹ Die berufsmäßigen Gehilfen sind dem Anwalt nach § 139 Abs. 3 S. 3 StGB gleichgestellt.

Die Rettung eines Unschuldigen vor der Verurteilung muss einem Rechtsanwalt darüber hinaus immer möglich bleiben. Folgt er nach eingehender Prüfung der **Stimme seines Gewissens** und verhindert er, dass ein Unschuldiger leidet, so darf ihm hieraus kein straf- oder berufsrechtlicher Vorwurf erwachsen. Ein rechtlich schutzwürdiges Vertrauen auf unverbrüchliches Schweigen kann gegenüber einem „Organ der Rechtspflege“ nicht entstehen. Es geht darum, neues Unrecht zu verhindern, eine Aufgabe, der sich der Anwalt als Rechtspflegeorgan stellen darf. Ähnlich wie bei der Anzeige

⁷¹ Vgl. Blattner, AnwBl 2012, 237, 241 f.

⁷² Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 8), § 203 Rn. 37.

⁷³ MüKo-StGB/Cierniak/Niehaus, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 203 Rn. 64; NK-StGB/Kargl, 5. Aufl. 2017, § 203 Rn. 57; LK-StGB/Schünemann (Fn. 52), § 203 Rn. 105.

⁷⁴ Henssler/Prütting/Henssler, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 3 BORA Rn. 20; Deckenbrock, AnwBl Online 2018, 209, 211.

⁷⁵ Deckenbrock (Fn. 10), Rn. 553.

⁷⁶ Henssler, NJW 1994, 1817, 1823.

⁷⁷ Henssler, NJW 1994, 1817, 1823 f.; Wild, Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht in Deutschland und Frankreich unter besonderer Beachtung der sich aus dem grenzüberschreitenden Rechtsverkehr ergebenden Kollisionsfälle, 2008, S. 72 f.

⁷⁸ Vgl. BGHZ 109, 261, 268 f. = NJW 1990, 510, 511 f.; BGH NJW 2018, 2319 Rn. 15; Hartung/Scharmer/Hartung (Fn. 12), § 43 a Rn. 32; Kühne, Der Schutz der Verschwiegenheit von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Notaren vor strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen, 2013, S. 99 f.; Henssler, NJW 1994, 1817, 1824; Wild (Fn. 77), S. 73 f.

⁷⁹ BVerwG NJW 2012, 1241 Rn. 20 ff. m. zust. Anm. Kleine-Cosack, EWIR 2012, 325, 326.

⁸⁰ Vgl. im Übrigen Henssler/Prütting/Henssler (Fn. 74), § 43 a Rn. 89 ff.

⁸¹ NK-StGB/Kargl (Fn. 73), § 203 Rn. 71.

von geplanten Straftaten ist diese rechtstreue Position gerechtfertigt, wenn das Unrecht nicht auf anderem Weg sicher verhindert werden kann. Die Pflichtenkollision zwischen Schweigepflicht und Verhütung neuen Unrechts, für das der Mandant verantwortlich ist, darf der Anwalt frei nach seinem subjektiven Gewissen entscheiden.⁸²

b) Geldwäsche/vertrauliche Geschäftsinformationen⁸³

Eine praktisch bedeutsame gesetzliche Anzeigepflicht und damit Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht sieht das **Geldwäschegesetz** vor, das mit der am 26. Juni 2017 in Kraft getretenen⁸⁴ Novelle erneut auch für Rechtsanwälte relevante Änderungen erfahren hat.⁸⁵ Im Juli 2018 hat die Bundesregierung außerdem den Regierungsentwurf eines Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)⁸⁶ in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht, mit dem u.a. die §§ 17 bis 19 UWG abgeschafft werden sollen.⁸⁷ Das am 11. Oktober 2018 im Bundestag in erster Lesung⁸⁸ beratene Gesetz soll die Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung umsetzen. Auf Drängen der Anwaltsverbände ist in den Entwurf eine Ausnahmeregelung für Geschäftsgeheimnisse aufgenommen worden, die einem berufs- oder strafrechtlichen Schutz unterliegen und deren unbefugte Offenbarung von § 203 StGB erfasst wird (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 GeschGehG-E).

c) Zeugenstellung/Beschlagnahme

Eine Ladung als Zeuge verpflichtet den Anwalt nicht zum Offenbaren, vielmehr steht ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht zur Seite. Mit dem strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrecht des Anwalts korrespondiert das in § 97 StPO geregelte Beschlagnahmeverbot unter der Voraussetzung, dass nur der Mandant und nicht auch der Anwalt selbst beschuldigt wird. Macht der Anwalt von seinem **Aussageverweigerungsrecht** keinen Gebrauch, verletzt er die Verschwiegenheitspflicht.⁸⁹ Versagt ihm das Prozessgericht zu Unrecht das Schweigerecht, muss er sich dieser Entscheidung beugen und aussagen. Allerdings wird man ihm wegen des hohen Rangs der Verschwiegenheitspflicht zumuten müssen, zuvor alle zulässigen Rechtsmittel auszuschöpfen.⁹⁰ Das Gericht muss die Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses überprüfen und sich auf der Grundlage der vom Anwalt gelieferten Sachverhaltsangaben ein Bild davon machen können, um was es geht. Die Angaben müssen derart detailliert sein, dass dem Richter ein Urteil über den Weigerungsgrund möglich ist. Verlangt werden kann, dass der Anwalt in beweisgeeigneter Weise darlegt, dass Tatsachen betroffen sind, die ihm im Rahmen der Berufsausübung anvertraut oder bekannt geworden sind.⁹¹ In geeigneten Fällen bedarf es einer vollständig anonymisierten Darstellung, die Bezüge zu den beteiligten Personen sicher ausschließt.⁹²

2. Wahrnehmung berechtigter Eigeninteressen

Die Verschwiegenheitspflicht findet ihre Grenze dort, wo die Verteidigung des Rechtsanwalts in eigener Sache die Offenbarung beruflich erlangten Wissens rechtfertigt.⁹³ Der in § 193 StGB zum Ausdrucks kommende und in § 2 Abs. 3 lit. b BORA aufgegriffene Gesichtspunkt der Wahrung berechtigter Interessen räumt dem Anwalt das Recht ein, ihm vom Mandanten anvertraute Fakten auch ohne dessen Zustimmung zu offenbaren. Es handelt sich um Fälle, in denen die **Verschwiegenheitspflicht mit anderen Rechtsgütern und Interessen kollidiert** und eine Güterabwägung zu dem Ergebnis führt, dass das Berufsgeheimnis weniger schutzwürdig ist und des-

halb zurücktreten muss. Bei den überwiegenden Rechtsgütern kann es sich sowohl um solche des Gemeinwohls als auch um gewichtige Individualinteressen, insbesondere um solche des Anwalts selbst, handeln.

a) Durchsetzung und Übertragung von Vergütungs-forderungen

Macht der Anwalt seinen Honoraranspruch gerichtlich geltend, ist er nicht gehindert, das zur Erfüllung seiner Darlegungs- und Beweislast Notwendige vorzutragen, auch wenn er dadurch gegen das Schweigegebot verstößt.⁹⁴ Die **Substantiierung des Anspruchs** ist schon deshalb rechtmäßig, weil das Gesetz in §§ 11 Abs. 5 S. 2, 14 Abs. 2 RVG solche Klagen vorsieht.⁹⁵ Auf § 34 StGB beziehungsweise § 228 BGB, die allgemein bei der Verfolgung höherwertiger Interessen als Rechtfertigungsgründe zur Verfügung stehen, muss daher nicht zurückgegriffen werden.⁹⁶ Dem hohen Rang der Verschwiegenheit muss im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgebots Rechnung getragen werden.⁹⁷ So dürfen zur Durchsetzung minimaler Honoraransprüche keine Geheimnisse von hochrangiger Bedeutung offenbart werden⁹⁸ und dem Anwalt ist es auch verwehrt, leichtfertig offensichtlich unbegründete Honoraransprüche einzuklagen.⁹⁹ Generell darf in den Prozess nicht mehr eingeführt werden, als zur Begründung der Klage erforderlich ist. Unverhältnismäßig wird es in der Regel sein, auf eine bloß angedrohte Klage des Mandanten auf Rückzahlung der Vergütung mit einer vorbeugenden negativen Feststellungsklage zu reagieren. Dem Anwalt kann hier zugemutet werden, die tatsächliche Klageerhebung abzuwarten. Ist die Klage verhältnismäßig, steht es einem Rechtsanwalt auch frei, Zeugenbeweis – durch angestellte Anwälte oder durch Büropersonal – anzutreten, sofern keine anderen Beweismittel verfügbar sind. Auch die Zeugen verletzen dann mit ihrer Aussage nicht ihre eigenständige¹⁰⁰ Schweigepflicht als Mitarbeiter.¹⁰¹

82 Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 8), § 203 Rn. 58; Henssler, NJW 1994, 1817, 1823; a. A. Harting (Fn. 22), S. 139f.

83 Überblick bei Zentes/Glaab, BB 2017, 67 ff.; Klugmann, NJW 2017, 2888 ff.

84 BGBl. I 2017, S. 1822.

85 Auf Ausführungen hierzu wird verzichtet, da auf dem Kölner Anwaltsrechtssymposium ein eigenes Referat von Uwer (Abdruck in diesem Heft) gehalten wurde.

86 BT-Drucks. 19/4724.

87 Dazu Westhoff, AnwBl 2018, 563.

88 BT-Plenarprotokoll 19/55, S. 6070B–6076D.

89 Die Aussage bleibt in diesem Fall aber verwertbar, vgl. BGHSt 9, 59, 61f. = NJW 1956, 599, 600.

90 A. A. Friedlaender/Friedlaender (Fn. 23), § 28 Exkurs I Rn. 30 und Kalsbach, BRAO, 1960, § 30 Rn. 6.

91 BGH NJW 2018, 2319 Rn. 19.

92 BGH NJW 2018, 2319 Rn. 19.

93 BVerfGE 110, 226, 259 = NJW 2004, 1305, 1309.

94 BGHSt 1, 366, 368 = NJW 1952, 151; BGHZ 115, 123, 129 = NJW 1991, 2955, 2957; BGHZ 122, 115, 120 = NJW 1993, 1638, 1639f.; BGH NJW 1993, 2371, 2372; Henssler, NJW 1994, 1817, 1822.

95 Hartung/Scharmer/Hartung (Fn. 12), § 2 BORA Rn. 95; Henssler, NJW 1994, 1817, 1822.

96 So Feuerich/Weyland/Träger (Fn. 22), § 43 a Rn. 28; Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 8), § 203 Rn. 56, 60; Stöber, ZIP 2007, 1492, 1495.

97 Schönke/Schröder/Eisele (Fn. 8), § 203 Rn. 56, 60; Stöber, ZIP 2007, 1492, 1495.

98 Friedlaender (Fn. 23), § 28 Exkurs I Rn. 29.

99 Lingenberg/Hummel/Zuck/Eich/Zuck (Fn. 25), § 42 Rn. 17.

100 Seit 2017 sind „mitwirkende Personen“ über § 203 Abs. 4 S. 1 StGB einer eigenen Verschwiegenheitspflicht unterworfen, dazu Henssler/Prütting/Henssler (Fn. 74), § 43 a Rn. 81 g.

101 OLG Stuttgart, MDR 1999, 192; OLG Brandenburg, MDR 2002, 905, 906.

Entsprechendes gilt, wenn ein Rechtsanwalt eine Honorarforderung an einen anderen Rechtsanwalt abtritt. Nach § 49b Abs. 4 S. 1 BRAO ist eine solche **Abtretung unbedenklich**, zumal § 49b Abs. 4 S. 4 BRAO dem anwaltlichen Zessionar die gleiche Verschwiegenheitspflicht auferlegt wie dem beauftragten Anwalt. Der Zedent bleibt seinerseits im Vergütungsprozess im gleichen Umfang zur Aussage berechtigt, wie er es als Anspruchsinhaber wäre.¹⁰² Die Abtretung einer anwaltlichen Vergütungsforderung an **sonstige nichtanwaltliche Zessionare** verletzt dagegen grundsätzlich die Schweigepflicht, da bereits der Umstand, dass jemand einen Anwalt in Anspruch genommen hat, dem Berufsgeheimnis unterliegt. § 49b Abs. 4 S. 2 BRAO erlaubt dementsprechend die Abtretung nur bei einer ausdrücklichen, schriftlichen Einwilligung des Mandanten oder bei rechtskräftig festgestellten Forderungen.¹⁰³ Anwaltliche Verrechnungsstellen nach dem Vorbild der privatärztlichen sind danach zwar zulässig, nach Satz 3 der Vorschrift muss der Anwalt seinen Mandanten aber darauf hinweisen, dass er gesetzlich (§ 402 BGB) beziehungsweise vertraglich verpflichtet ist, dem neuen Gläubiger oder dem Einziehungsermächtigten die Informationen zu erteilen und Unterlagen auszuhändigen, die zur Geltendmachung der Forderung benötigt werden. Die Verschwiegenheitspflicht wird nach § 49 Abs. 4 S. 4 BRAO auch an den nichtanwaltlichen Zessionar übertragen, allerdings kennt die BRAO Sanktionen nur für Rechtsanwälte, so dass die Folgen der Verletzung einer solchen nichtanwaltlichen Pflicht unklar bleiben.¹⁰⁴

§ 49b Abs. 4 S. 1 BRAO erlaubt unproblematisch auch solche Abtretungen von Vergütungsforderungen, die im Zuge einer **Kanzleiveräußerung** erfolgen. Umstritten ist, ob von der Vorschrift auch die Übertragung der Handakten und Mandantendaten auf den Erwerber gedeckt ist oder ob es insoweit der Einwilligung aller Mandanten bedarf. Verlangt man eine Einwilligung, so wäre ein Kanzleikaufvertrag, der die Übertragung der Mandate vorsieht, ohne sie an die vorherige Zustimmung der Mandanten zu koppeln, gemäß § 134 BGB nichtig.¹⁰⁵ Auch eine salvatorische Klausel rettet die Wirksamkeit des Vertrags dann nicht, da die Übertragung der Mandate eine wesentliche Vertragsbestimmung ist.¹⁰⁶ Für ein großzügiges Verständnis spricht, dass die Durchsetzung von abgetretenen Vergütungsansprüchen ohne die Überlassung der Handakten im Hinblick auf eventuell geleistete Zahlungen, Einwendungen des Mandanten etc. in der Praxis nur sehr eingeschränkt möglich ist. Erlaubt der Gesetzgeber aber ohne Weiteres die Abtretung einer Vergütungsforderung an einen Anwalt, spricht dies dafür auch bei der Aktenübergabe an einen wiederum uneingeschränkt zur Verschwiegenheit verpflichteten Anwalt großzügig zu sein.¹⁰⁷

Auch nach der strengeren Gegenansicht ist der **Kanzleikaufvertrag** jedenfalls dann wirksam, wenn der Erwerber den Akteninhalt aufgrund früherer Mitarbeit in der Kanzlei des Veräußerers kannte¹⁰⁸ oder als Abwickler bestellt war.¹⁰⁹ Gleiches gilt bei der Gründung einer Übergangs-Sozietät zwischen Käufer und Verkäufer („sanfter Übergang“).¹¹⁰ Da der Erwerber hier alle relevanten Informationen rechtmäßig zur Kenntnis genommen hat, können diese ihm gegenüber nicht mehr unbefugt offenbart werden.¹¹¹

b) Anwaltshaftung

Die Schutzwürdigkeit des Anwalts tritt deutlich hervor, wenn der Mandant von ihm Schadensersatz verlangt. Hier ist er ebenso wie im Aktivprozess über Vergütungsforderungen beauftragt, das ihm Anvertraute zu offenbaren, soweit es zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist.¹¹² Dazu zählt auch die Er-

langung des Versicherungsschutzes, so dass er seinen **Haftpflichtversicherer** unterrichten darf. Die Nichterfüllung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten kann mit der Schweigepflicht nicht legitimiert werden.¹¹³

c) Berufrechtliche Verfahren

Hat der Mandant ein berufrechtliches Verfahren gegen seinen Anwalt initiiert, darf sich dieser gegen die Vorwürfe auch um den **Preis der Offenbarung von Anvertrautem** wehren. Er muss sogar gemäß § 56 Abs. 1 S. 1 BRAO seine Handakte dem Vorstand der Kammer vorlegen. Wird ein Verfahren dagegen ohne Zutun des Mandanten von Amts wegen oder auf Beschwerden Dritter eingeleitet, genießt die Vertraulichkeit weiterhin Vorrang. Der Anwalt geht damit kein Risiko ein, denn § 56 Abs. 1 S. 2 BRAO berechtigt ihn, unter Berufung auf seine Verschwiegenheitspflicht Auskunft und Vorlage der Handakte zu verweigern. Gerade im berufrechtlichen Verfahren wird man den **Vorrang des Berufsgeheimnisses** akzeptieren müssen. Beauftragt der Anwalt in solchen Verfahren Dritte mit einem Gutachten – etwa um seine Rechtsposition abzusichern –, so dürfen vertrauliche Informationen offenbart werden, wenn ohne sie das Gutachten nicht erstellt werden kann. Der Gutachter muss vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichtet werden.

d) Richtigstellung öffentlich erhobener Vorwürfe

Ähnlich ist zu differenzieren bei öffentlichen Angriffen, die das berufliche Ansehen des Anwalts beeinträchtigen. Gehen sie vom Mandanten aus und entspricht dessen Darstellung nicht der Wahrheit, darf der Anwalt das ihm Anvertraute offenbaren, soweit dies zur Richtigstellung der Vorwürfe notwendig ist. Hat der Mandant die Angriffe weder unmittelbar noch mittelbar ausgelöst, geht die Verschwiegenheitspflicht des Anwalts vor.¹¹⁴ Der Anwalt sollte sich um eine **Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht** bemühen, wird sie verweigert, ist die Offenbarung des anvertrauten Wissens als *ultima ratio* gerechtfertigt, wenn die dem Anwalt drohenden Nachteile schwer wiegen, alle anderen Wege, Ruf und Ansehen zu wahren, nicht zielführend sind und die Geheimnisse für den Mandanten von vergleichsweise untergeordneter Bedeutung sind.¹¹⁵

102 Siehe aber den Bericht über die 5. Berufsrechtsreferentenkonferenz bei *Kopp*, BRAK-Mitt. 2007, 102, 103.

103 Ebenso für PKH-Gebührenforderungen OLG Hamm, MDR 2008, 654.

104 Dazu *Henssler/Deckenbrock*, DB 2008, 41, 48.

105 BGHZ 116, 268, 272 ff. = NJW 1992, 737, 739 f.; BGH NJW 1995, 2026; BGH NJW 1996, 393; BGH NJW 1996, 2087; BGH NJW 1999, 1404, 1406; BGHZ 148, 97, 101 ff. = NJW 2001, 2462, 2463 f.; OLG Naumburg, NJW-RR 2002, 1285 f.; OLG Hamm, NJW 2012, 1743 (1745).

106 BGH NJW 1996, 773, 774; OLG München, NJW 2000, 2592, 2595.

107 LG Baden-Baden, NJW-RR 1998, 202, 203; *Hartung/Scharmer/Hartung* (Fn. 12), § 2 BORA Rn. 87; *Henssler/Kilian*, MDR 2001, 1274, 1275 f.; a. A. OLG Hamm, NJW 2012, 1743, 1744; *Henssler/Streck/Deckenbrock* (Fn. 9), M Rn. 98; *Römermann*, NJW 2012, 1694, 1697.

108 BGH NJW 1995, 2915, 2916.

109 BGH NJW 1997, 188.

110 BGHZ 148, 97, 102 = NJW 2001, 2462, 2463.

111 *Henssler/Kilian*, MDR 2001, 1274.

112 Vgl. BGH NJW-RR 1986, 646, 648, zum Steuerberater.

113 *Borgmann/Jungk/Schwaiger/Jungk* (Fn. 23), § 24 Rn. 189; *Stöber*, ZIP 2007, 1492, 1495.

114 *Schönke/Schröder/Eisele* (Fn. 8), § 203 Rn. 60.

115 So nun auch *Gaier/Wolf/Göcken/Zuck* (Fn. 14), § 43 a BRAO/§ 2 BORA Rn. 46; *Hartung/Scharmer/Hartung* (Fn. 12), § 2 BORA Rn. 48.

e) Rechenschaftspflicht über nachvertraglichen Wettbewerb
Ist ein aus einer Sozietät ausscheidender Anwalt durch ein **nachvertragliches Wettbewerbsverbot** oder eine **Mandantenschutzklausel** gebunden, so können sich Streitigkeiten ergeben, wenn der Verdacht besteht, dass der Anwalt weiterhin ehemalige Mandanten der Sozietät betreut. Die grundsätzlich zulässigen Vertragsklauseln liefen leer, wenn der Anwalt unter Berufung auf die Verschwiegenheitspflicht entsprechende Auskünfte verweigern könnte. Dem Mandanten wird mit dieser Durchbrechung der Schweigepflicht nur ein sehr begrenzter Eingriff in sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung zugemutet, da lediglich die bisherigen Berater, die seine Verhältnisse ohnehin bestens kennen, erfahren, dass er nun von dem ehemaligen Sozius weiterbetreut wird.¹¹⁶

3. Sozialadäquanz – Einschaltung von Dritten in die anwaltliche Dienstleistung

a) Überblick über die Einschaltung von Zuarbeitern des Rechtsanwalts

§ 2 Abs. 3 lit. c BORA nennt als dritte Einschränkung der Verschwiegenheit neben Gesetz und berechtigten Interessen die Sozialadäquanz. Angesprochen ist damit ein kleiner Ausschnitt aus einem aktuellen Grundlagenproblem der Verschwiegenheit, nämlich dem Schutz der Vertraulichkeit bei der Einschaltung von Dritten in die Erbringung von anwaltlichen Dienstleistungen. Dieses lange von Gesetz- und Satzungsgeber vernachlässigte Gebiet ist in der jüngeren Zeit umfassend neu geregelt worden, allerdings ist der Zugang zur Gesamtsystematik durch die unterschiedlichen Regelungsstandorte nicht gerade leicht. Zu unterscheiden sind nach neuem Recht drei Fallgruppen:

- Die erste Gruppe bilden die **Kanzleimitarbeiter**, die vom Rechtsanwalt beziehungsweise der Rechtsanwaltsgesellschaft im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses beschäftigt werden. Ihre Einschaltung ist grundsätzlich zulässig, jedoch legen die neuen Sätze 4 bis 8 des § 43 a Abs. 2 BRAO dem Rechtsanwalt besondere Pflichten zum Schutz der Vertraulichkeit auf.¹¹⁷
- Die zweite Gruppe betrifft die **externen Dienstleister**, die selbst keine anwaltlichen beziehungsweise juristischen Dienstleistungen erbringen, sondern als selbstständige Dienstleister außerjuristische Aufgaben übernehmen, insbesondere die Beratung in IT-Fragen (sog. non legal outsourcing). Der Schutz der Verschwiegenheit bei ihrer Einschaltung ist nun in § 43 e BRAO ebenfalls einer sehr detaillierten Regelung zugeführt worden (dazu VII.).
- Als dritte, etwas stiefmütterlich behandelte Gruppe verbleiben die **externen anwaltlichen Zuarbeiter** (sog. „legal outsourcing“, Beispiel: freie Mitarbeiter). Offenbarungen gegenüber den Angehörigen dieser dritten Gruppe sind nach § 2 Abs. 3 lit. c BORA im Rahmen der Sozialadäquanz möglich.

In allen drei Fallgruppen stellen sich jeweils die Fragen, ob die Einschaltung des Dritten auch ohne Zustimmung des Mandanten zulässig ist, ob der Rechtsanwalt bestimmten Auswahl-, Überwachungs- und Informationspflichten unterworfen ist und ob den Dritten eine eigenständige, eventuell strafrechtlich sanktionierte Schweigepflicht trifft.

b) Die Regelung in § 2 Abs. 3 lit. c BORA

Nach der zum 1. November 2018 geänderten Fassung des § 2 Abs. 3 lit. c BORA soll ein Verschwiegenheitsverstoß ausscheiden, wenn die Offenbarung *„im Rahmen der Arbeitsabläufe der Kanzlei, die außerhalb des Anwendungsbereichs des § 43 e*

Bundesrechtsanwaltsordnung liegen, objektiv einer üblichen, von der Allgemeinheit gebilligten Verhaltensweise im sozialen Leben entspricht (Sozialadäquanz).“

Die Norm erfasste ursprünglich vor allem das Non-Legal-Outsourcing, mithin die Inanspruchnahme externer nicht-anwaltlicher Dienstleister für Büro- oder IT-Leistungen. Da das „Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen“¹¹⁸ diese Fälle nun in § 43 e BRAO detailliert regelt, reagierte die Satzungsversammlung mit einer entsprechenden Beschränkung des Anwendungsbereichs. Genau genommen können mit der Vorschrift nur noch die **Fälle des Legal-Outsourcings** angesprochen sein, also die Einschaltung von freien Mitarbeitern zur Erbringung anwaltlicher Dienstleistungen. Der durchschnittliche Mandant wird freilich kaum davon ausgehen, dass im Rahmen seines Mandats Informationen an externe anwaltliche Dienstleister weitergegeben werden. Schließlich hat er sich den Anwalt seines Vertrauens und gerade nicht einen beliebig erweiterbaren Kreis von in die Vertragserfüllung eingeschalteten Rechtsbeiständen ausgesucht. Denkbar erscheint die Einschaltung eines Korrespondenzanwalts zur Wahrnehmung von auswärtigen Gerichtsterminen, wenn es sich lediglich um Durchlauftermine handelt. Im Übrigen dürfte die Einschaltung externer Anwälte gerade kein sozialadäquates Verhalten darstellen,¹¹⁹ so dass die Einwilligung des Mandanten nach § 2 Abs. 3 lit. a BORA unverzichtbar ist. Die Bedeutung des § 2 Abs. 3 lit. c BORA dürfte damit gering sein. Angesichts der Rechtsunsicherheit empfiehlt es sich, bei Einschaltung externer Anwälte stets die Zustimmung des Mandanten einzuholen.

VII. Externe Dienstleister (§ 43 e BRAO)

1. Die Neuregelung des Jahres 2017

Dem tradierten Idealtypus des Freien Berufes entspricht die persönliche Leistungserbringung durch den Berufsträger, der als Vertrauensperson bei der Vertragserfüllung ganz im Vordergrund steht. Angestellte Mitarbeiter werden nach diesem Berufsverständnis nur im engen Umfang beschäftigt, erst recht sollte die Inanspruchnahme externer Dienstleistungen auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Die persönliche Vertragserfüllung, die als Charakteristikum der Freiberuflichkeit den Anwaltsberuf prägt, verliert heute aus einer Vielzahl von Gründen ihre bisherige Bedeutung. Die Digitalisierung drängt die persönliche Leistung generell zurück, viele zur Führung eines Kanzleibetriebs notwendige Arbeitsprozesse lassen sich nicht einmal mehr durch angestellte Mitarbeiter des Rechtsanwalts oder eigene technische Vorkehrungen, geschweige denn den Anwalt selbst erledigen. Das Berufsrecht vieler Freier Berufe ist hinter diesen Veränderungen lange Zeit hinterhergehinkt, bis mit der Novelle des Jahres 2017¹²⁰ eigenständige Erlaubnisnormen für verschiedene Beratungsberufe (vgl. § 26 a BNotO, § 39 c PatAnwO, § 62 a StBerG, § 50 a WPO), geschaffen wurden.

¹¹⁶ Henssler, FS Geiß, 2000, S. 271, 290; Henssler/Streck/Deckenbrock (Fn. 9), M Rn. 100.

¹¹⁷ Dazu Henssler/Prütting/Henssler (Fn. 74), § 43 a Rn. 81 ff.

¹¹⁸ BGBl. I 2017, S. 3618.

¹¹⁹ Vgl. Raschke, BB 2017, 579.

¹²⁰ BGBl. I 2017, S. 3618.

2. Einschränkung der Schweigepflicht

Für Rechtsanwälte erlaubt nunmehr § 43e BRAO die Offenbarung verschwiegenheitspflichtiger Tatsachen gegenüber **nichtanwaltlichen Dienstleistern**, soweit dies für die Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlich ist. Der Wortlaut des Erlaubnistatbestands „den Zugang zu Tatsachen eröffnen“ ist parallel zum „Offenbaren eines Geheimnisses“ in § 203 StGB gefasst. Verschwiegenheitspflichtige Tatsachen sind solche im Sinne des § 43a Abs. 2 S. 1 BRAO (dazu oben III.). War für § 203 StGB früher umstritten, ob schon die Verschaffung der Möglichkeit einer Kenntnisnahme genügt oder ob das Offenbaren eine tatsächliche Kenntnisnahme erfordert, erklärt die neue Fassung der Strafnorm bereits die bloße Möglichkeit für ausreichend.¹²¹ Diese Wertung ist auf den parallelen Wortlaut des § 43e BRAO zu übertragen, so dass es auch im Berufsrecht für die Eröffnung des Zugangs zu Tatsachen ausreicht, dass der Dienstleister die Information erhalten könnte. Die Erweiterung wirkt insbesondere bei Cloud-Dienstleistungen neue Rechtsfragen auf.¹²²

3. Erforderlichkeit

Die **Eröffnung des Zugangs** muss „erforderlich“ sein, wobei dieser Begriff restriktiv auszulegen ist, um dem Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt Rechnung zu tragen.¹²³ Kann etwa durch technische Vorkehrungen ein uneingeschränkter Zugriff auf Daten verhindert werden, muss hiervon Gebrauch gemacht werden. Das gilt etwa, wenn ein Rechtsanwalt Speicherplatz auf einem externen Server anmietet und durch eine verschlüsselte Speicherung der Daten eine Kenntnisnahme des Dienstleisters von konkreten Inhalten verhindert werden kann.¹²⁴ Auf der anderen Seite hat auch die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Anwalts Verfassungsrang, ihm kann daher nicht abverlangt werden, die Dienstleistung durch eigene Mitarbeiter verrichten zu lassen.¹²⁵ Der unbestimmte Rechtsbegriff der Erforderlichkeit birgt neuen Zündstoff, er lässt einen weiten Interpretationsspielraum, der, weil vollumfänglich gerichtlich überprüfbar,¹²⁶ erst einmal von den Gerichten präzisiert werden muss.¹²⁷ Nicht selten wird eine Datenverschlüsselung aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich sein.¹²⁸ So können beispielsweise bei der Inanspruchnahme von Cloud-Dienstleistungen Daten derzeit nicht verschlüsselt werden, soweit sie in der Cloud auch verarbeitet werden sollen.¹²⁹

4. Die Legaldefinition des „Dienstleisters“

§ 43e Abs. 1 S. 2 BRAO definiert den Dienstleister als eine andere Person oder Stelle, die vom Rechtsanwalt im Rahmen seiner Berufsausübung mit Dienstleistungen beauftragt wird. Im Blick hatte der Gesetzgeber **vor allem IT- und Bürodienstleister**, aber auch beratende (Steuersachen) und bewertende (Zertifizierungsagenturen) Unternehmen.¹³⁰ **Cloud-Dienstleistungen** werden in den Gesetzesmaterialien eher am Rande erwähnt, obwohl sie sicherlich einen der wichtigsten Anwendungsfälle bieten.¹³¹ Ergänzend zur nicht abschließend gedachten¹³² Aufzählung in der Gesetzesbegründung ist an Reinigungs- und Entsorgungsunternehmen, an die Rückführung von Geräten oder Festplatten an Hersteller oder an Security-Unternehmen zu denken, wobei es bedeutungslos ist, ob die Tätigkeit auf der Grundlage eines Werk- oder Dienstvertrags erfolgt.¹³³ Um der Gefahr einer Qualifizierung der entsandten Arbeitnehmer als (verdeckte) Leiharbeiter entgegenzuwirken, wird man bei auf Dauer angelegten Beziehungen zu externen Dienstleistern bemüht sein, das Vertragsverhältnis möglichst als Werkvertrag auszugestalten.

5. Dienstleistungen aus dem Ausland

Werden ausländische Dienstleister in Anspruch genommen, kommt es nach § 43e Abs. 4 BRAO maßgeblich darauf an, ob der im Herkunftsstaat bestehende Schutz der Geheimnisse mit dem Schutz in Deutschland vergleichbar ist, es sei denn, dass der Schutz der Geheimnisse dies nicht gebietet. Verzichtbar soll ein **vergleichbarer Schutzstandard im Ausland**¹³⁴ bei Übermittlungen sein, die einen Vorgang nicht komplett, sondern nur auszugsweise dokumentieren und somit aus sich heraus gar nicht verständlich sind. Auch die Fernwartung aus dem Ausland soll im Gegensatz zur physischen Datenübermittlung über die Landesgrenzen hinweg eher geringe Gefahren in sich bergen. In der Regel erfolgt eine verschlüsselte Informationsübertragung in einem begrenzten Zeitfenster, so dass eine Beschlagnahme durch ausländische staatliche Stellen unwahrscheinlich ist.¹³⁵

VIII. Rechtsfolgen

Fahrlässige Verletzungen der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht können berufsrechtlich mit einer anwaltsgerichtlichen Maßnahme im Sinne des § 114 Abs. 1 geahndet werden. Bei **Vorsatz** droht dem Anwalt neben einer berufsrechtlichen Sanktion eine strafgerichtliche Verurteilung. Ihm durch die Offenbarung **entstandene Schäden** kann der Mandant über § 280 Abs. 1 BGB liquidieren,¹³⁶ ergänzend kommt eine deliktische Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB beziehungsweise § 43a Abs. 2 BRAO in Betracht.¹³⁷ Ein Vertrag, der entweder direkt oder dessen Erfüllung die anwaltliche Schweigepflicht verletzt, ist gemäß § 134 BGB nichtig.¹³⁸ Da die berufsrechtswidrige Weitergabe sensibler Daten dem Anwalt keinen Wettbewerbsvorteil verschafft, weist § 43a Abs. 2 BRAO keine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion auf, so dass §§ 3, 3a UWG (Rechtsbruch) nicht anwendbar sind.¹³⁹

121 BT-Drucks. 18/11936, S. 28.

122 Vgl. M. Hartung, KammerForum RAK Köln 2018, 3, 5.

123 BT-Drucks. 18/11936, S. 34; W. Hartung, AnwBI Online 2018, 460, 462; a.A. Brügge-mann/Rein, DStR 2017, 2572, 2574, die ein gegenteiliges Verständnis aus der Gesetzesbegründung gewinnen.

124 BT-Drucks. 18/11936, S. 34.

125 BT-Drucks. 18/11936, S. 34.

126 M. Hartung, KammerForum RAK Köln 2018, 3, 5.

127 So auch Grupp, AnwBI 2017, 816, 820; Härting/Dimov, MDR 2018 1, 3; M. Hartung, KammerForum RAK Köln 2018, 3, 5; Lange, ZAP 2017, 1097, 1098.

128 Gasteyer, BRAK-Magazin 2/2017, Editorial.

129 Klugmann/Leenen/Salz, AnwBI Online 2018, 283, 285.

130 BT-Drucks. 18/11936, S. 34.

131 Kritisch M. Hartung, KammerForum RAK Köln 2018, 3, 5f.

132 Nicht erfasst werden allerdings externe Anbieter von Rechtsdienstleistungen, Raschke, BB 2017, 579, 581.

133 Knierim/Oehmichen/Beck/Geisler/Knierim, Gesamtes Strafrecht, 2018, Kap. 4 Rn. 61.

134 BT-Drucks. 18/12940, S. 13.

135 BT-Drucks. 18/12940, S. 13f.

136 BGH NJW 2018, 2319 Rn. 16.

137 BGH NJW 2018, 2319 Rn. 16.

138 Siehe nur BGHZ 116, 268, 272 ff. = NJW 1992, 737, 739f.; BGH NJW 1995, 2026; BGH NJW 1996, 393; BGH NJW 1996, 2087; BGH NJW 1999, 1404, 1406; BGHZ 148, 97, 101 ff. = NJW 2001, 2462, 2463f.

139 OLG Köln, GRUR-RR 2006, 166, 167; Frenzel, Die Unlauterkeit anwaltlicher Berufsrechtsverstöße, 2005, S. 112f.; a.A. Köhler, GRUR-RR 2006, 209, 211; Bieber, WRP 2008, 723, 727f. und wohl auch Kilian, AnwBI 2006, 235, 236; offengelassen von OLG Düsseldorf, BRAK-Mitt. 2007, 274, 275.

IX. Ausblick

Eingangs wurde beklagt, dass in krassem Gegensatz zur ihrer Bedeutung keine Berufspflicht so häufig verletzt werde wie die anwaltliche Schweigepflicht. Es scheint, als hätte sich die Anwaltschaft mit diesem durchaus erkannten Missstand achselzuckend abgefunden. Von einem empörten Aufschrei ist jedenfalls nichts zu hören. Der Beitrag versteht sich vor diesem Hintergrund als Weckruf, denn vor den Folgen einer solchen Abwertung der Verschwiegenheit durch den Berufsstand selbst kann nicht eindringlich genug gewarnt werden. Geschwätzigkeit, Wichtigtuerei und Prahlen mit brisanten Informationen passen nicht zum Persönlichkeitsprofil eines vorbildlichen Anwalts. Wissen, allenfalls stilles Genießen und Schweigen müssen die Richtschnur für das alltägliche Verhalten der Anwältinnen und Anwälte sein.

Nur wenn die Anwaltschaft dies verinnerlicht, wird sie langfristig im Abwehrkampf gegen Eingriffe in das Berufsgeheimnis erfolgreich sein. Nicht nur sind die Gefahren aufgrund der elektronischen Datenverarbeitung, big data und den vielfältigen hiermit verbundenen Missbrauchsmöglichkeiten gestiegen, auch die staatlichen Informationsbegehrlichkeiten sind in den letzten Jahren kontinuierlich gewachsen. Hierfür gibt es gute Gründe, besteht doch ein natürliches Spannungsverhältnis zwischen dem staatlichen Interesse an effektiver Verbrechensbekämpfung und dem Gemeinwohlinteresse an einem möglichst lückenlosen anwaltlichen Berufsgeheimnis. Das Gebot der Stunde ist daher eine hohe Wachsamkeit der Anwaltsverbände beim Schutz der Verschwiegenheit, wie sie erfreulicherweise bei den Berufsverbänden BRAK und DAV vorbildlich zu beobachten ist. Die Anwaltschaft sollte ihre Verbände bei diesen Bemühungen auch im Alltagsgeschäft tatkräftig unterstützen.



Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

Der Autor ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, des dortigen Instituts für Anwaltsrecht sowie des Europäischen Zentrums für Freie Berufe.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.

Anwaltsrecht

Anwaltliche Verschwiegenheit und berufliche Zusammenarbeit

Ein Beitrag auch im Hinblick auf die Erweiterung des Kreises der sozietätsfähigen Berufe



Dr. Christian Deckenbrock, Köln

Der Autor ist Akademischer Rat an der Universität zu Köln und arbeitet vor allem mit Prof. Dr. Martin Henssler zusammen.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.

Thema: Wenn es Mitwisser gibt ...

Wie bei allen anwaltlichen Berufspflichten: Die einzelne Anwältin, der einzelne Anwalt muss sie beachten, nicht die Berufsausübungsgesellschaft. Die Verschwiegenheitspflicht ist sogar durch den Straftatbestand des § 203 StGB gesichert. Doch auch bei der Verschwiegenheitspflicht gilt: Mandate werden von Anwaltssozietäten bearbeitet, es gibt die interprofessionelle Sozietät (von Anwälten, Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern) und Sonderformen der Zusammenarbeit wie die Bürogemeinschaft. Doch wer muss dann wie schweigen?

Inhalt: Die Klimzüge des Berufsrechts

Um die Wirklichkeit der Mandatsbearbeitung in Berufsausübungsgesellschaften aller Art abzubilden, arbeitet das Berufsrecht vor allem mit stillschweigenden Einwilligungen. Die Grenzen zeigt der Autor auf. Sie liegen da, wo die Weitergabe von Informationen nur der Kanzlei, aber nicht mehr dem Mandanten nützlich ist. Besonders schwierig kann die Grenzziehung in der Bürogemeinschaft sein. Denn zum einen wird der Mandant von den weiteren Bürogemeinschaftsmitgliedern gar nichts wissen, zum anderen verlangt die Berufsordnung eine Kollisionsprüfung auch in der Bürogemeinschaft.

Kontext: Neue sozietätsfähige Berufe

Aktuell ist das Thema, weil der DAV den Kreis der sozietätsfähigen Berufe – über die vom BVerfG zugelassenen Ärzte und Apotheker – ausdehnen will und die Einbeziehung von externen Dienstleistern in das Anwaltsgeheimnis durch das Gesetz zum Outsourcing von 2017 leichter geworden ist. Der Autor sieht hier keine unlösbaren Probleme.

Warum lesen?

Weil der Autor als Spezialist des Berufsrechts nicht nur die unübersichtliche Rechtslage darstellt, sondern Leitplanken setzt, an denen sich die Praxis orientieren kann.

nil



Thema und Inhalt hat die Anwaltsblatt-Redaktion zusammengefasst.

Der vollständige Aufsatz (AnwBl Online 2019, 321) erscheint:

- ▶ in der Anwaltsblatt-App
- ▶ als PDF unter www.anwaltsblatt.de/ao/2019-321 (6 Seiten)
- ▶ in der Anwaltsblatt-Datenbank (www.anwaltsblatt.de).