

Grundfragen anwaltlicher Verschwiegenheit

Angriffe auf die anwaltliche Verschwiegenheit
Kölner Anwaltsrechtstag 2018
23. November 2018

Prof. Dr. Martin Henssler

Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht
Institut für Anwaltsrecht
Universität zu Köln
Gastprofessor Universitäten Florenz / Siena

Übersicht

- I. Einführung
- II. Verfassungsrechtliche Absicherung
- III. Berufliche Kenntniserlangung (§ 43a Abs. 2 S. 2 BRAO)
- IV. Verbot der Offenbarung
- V. Entbindung von der Schweigepflicht
- VI. Grenzen der Verschwiegenheitspflicht
- VII. Externe Dienstleister
- VIII. Rechtsfolgen eines Verstoßes
- IX. Verhältnis zum Datenschutz
- X. Ausblick

Der Anwalt kann nur dann das Vertrauen des Mandanten erwarten, wenn er über das ihm Anvertraute schweigt

I. Einführung

- Historische Entwicklung
 - Reichskammergerichtsordnungen von 1495 und 1555
- Bedeutung als statusbildende Grundpflicht
 - Starke Ausdifferenzierung durch jüngste Reformen
- Rechtsvergleich
 - Im Ausland ist der Schutz teils weiter, teils enger
 - Ausland kennt weiter reichende Offenbarungspflichten gegenüber staatlichen Behörden
 - In D dafür nur begrenzter Schutz der Kommunikation zwischen Rechtsanwälten

Die anwaltliche Pflicht zur Verschwiegenheit

§ 43a Abs. 2 BRAO:

„¹Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit verpflichtet. ²Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekanntgeworden ist. ³Dies gilt nicht für die Tatsachen, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen. ⁴Der Rechtsanwalt hat die von ihm beschäftigten Personen in schriftlicher Form zur Verschwiegenheit zu verpflichten und sie dabei über die strafrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung zu belehren. ⁵Zudem hat er bei ihnen in geeigneter Weise auf die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht hinzuwirken. ⁶Den von dem Rechtsanwalt beschäftigten Personen stehen die Personen gleich, die im Rahmen einer berufsvorbereitenden Tätigkeit oder einer sonstigen Hilfstätigkeit an seiner beruflichen Tätigkeit mitwirken. ⁷Satz 4 gilt nicht für Referendare und angestellte Personen, die im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht den gleichen Anforderungen wie der Rechtsanwalt unterliegen. ⁸Hat sich ein Rechtsanwalt mit anderen Personen, die im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht den gleichen Anforderungen unterliegen wie er, zur gemeinschaftlichen Berufsausübung zusammengeschlossen und besteht zu den Beschäftigten ein einheitliches Beschäftigungsverhältnis, so genügt auch der Nachweis, dass eine andere dieser Personen die Verpflichtung nach Satz 4 vorgenommen hat.“

Die anwaltliche Pflicht zur Verschwiegenheit

§ 43e BRAO:

- „(1) ¹Der Rechtsanwalt darf Dienstleistern den Zugang zu Tatsachen eröffnen, auf die sich die Verpflichtung zur Verschwiegenheit gemäß § 43a Abs. 2 S. 1 bezieht, **soweit dies für die Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlich** ist. ²Dienstleister ist eine andere Person oder Stelle, die vom Rechtsanwalt im Rahmen seiner Berufsausübung mit Dienstleistungen beauftragt wird.
- (2) ¹Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, den Dienstleister sorgfältig auszuwählen.
- (3) ¹Der Vertrag mit dem Dienstleister bedarf der Textform. ²In ihm ist
- (4) Bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, die im **Ausland** erbracht werden, darf der Rechtsanwalt dem Dienstleister den Zugang zu fremden Geheimnissen unbeschadet der übrigen Voraussetzungen dieser Vorschrift **nur dann eröffnen**, wenn der dort bestehende Schutz der Geheimnisse dem Schutz im Inland vergleichbar ist, es sei denn, dass der Schutz der Geheimnisse dies nicht gebietet.
- (5) Bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, die unmittelbar einem **einzelnen Mandat** dienen, darf der Rechtsanwalt dem Dienstleister den Zugang zu fremden Geheimnissen **nur dann eröffnen, wenn der Mandant darin eingewilligt hat**.
- (6) Die Absätze 2 und 3 gelten auch im Fall der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, in die der Mandant eingewilligt hat, sofern der Mandant nicht ausdrücklich auf die Einhaltung der in den Absätzen 2 und 3 genannten Anforderungen verzichtet hat.“

§ 2 BORA Verschwiegenheit (Fassung v. 1.11.2018)

§ (1) ¹Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit verpflichtet und berechtigt. ²Dies gilt auch nach Beendigung des Mandats.

(2) Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Verschwiegenheit (§ 43a Abs. 2 BRAO) liegt nicht vor, soweit Gesetz und Recht eine Ausnahme fordern oder zulassen.

(3) Ein Verstoß ist nicht gegeben, soweit das Verhalten des Rechtsanwalts

a) mit Einwilligung erfolgt oder

b) zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erforderlich ist, z.B. zur Durchsetzung oder Abwehr von Ansprüchen aus dem Mandatsverhältnis oder zur Verteidigung in eigener Sache, oder

c) im Rahmen der Arbeitsabläufe der Kanzlei, die außerhalb des Anwendungsbereichs des § 43e liegen, objektiv einer üblichen, von der Allgemeinheit gebilligten Verhaltensweise im sozialen Leben entspricht (Sozialadäquanz).

(4) ¹Die Verschwiegenheitspflicht gebietet es dem Rechtsanwalt, die zum Schutze des Mandatsgeheimnisses erforderlichen organisatorischen und technischen Maßnahmen zu ergreifen, die risikoadäquat und für den Anwaltsberuf zumutbar sind. ²Technische Maßnahmen sind hierzu ausreichend, soweit sie im Falle der Anwendbarkeit der Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten deren Anforderungen entsprechen. ³Sonstige technische Maßnahmen müssen ebenfalls dem Stand der Technik entsprechen. ⁴Abs. 3 lit. c) bleibt hiervon unberührt.

(5) Die Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten bleiben unberührt.

II. Verfassungsrechtliche Absicherung

- Freie Advokatur nimmt an der verfassungsrechtlichen Garantie der Rechtsstaatlichkeit teil
- Berufsgeheimnis als unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung des Anwaltsberufs (BVerfG)
 - Erst auf seinem Fundament kann sich das Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt entwickeln
 - Damit über Art. 12 Abs. 1 GG geschützt (wichtig für Datenschutz!)
- **Schutzzweck**
 - Mandantenschutz
 - Schutz der anwaltlichen Berufsausübung (Art. 12 GG)
 - Gemeinwohlbezug: Schutz des Rechtspflegesystems
- **Berufsverschwiegenheit** ist ein Markenzeichen der Anwaltschaft
 - Schutz gegen staatliche Eingriffe
 - Schutz gegen Aushöhlung von innen durch Anwaltschaft selbst

III. Reichweite: Berufliche Kenntniserlangung

„Alles“, was dem Anwalt „in Ausübung seines Berufs bekannt geworden“ ist

- **Alles, also auch die Identität des Mandanten!**
 - Problem: Konfliktcheck in Bürogemeinschaften und Kooperationen
- Vertragsanbahnung ist bereits geschützter Bereich
- **Nicht erfasst:**
 - Nebentätigkeiten (Vormund, Betreuer, Schiedsrichter)
 - Abgrenzen von anwaltlichen Tätigkeiten, die nicht zum Vorbehaltsbereich zählen (Insolvenzverwaltung, Testamentsvollstreckung, Treuhandtätigkeiten)
 - Offenkundiges und Bedeutungsloses.
 - Werbung mit Gegnerliste?

III. Reichweite / Dauer

- **Erfasst:**

- Mediation, vgl. auch 4 MediationsG
- Information von dritter Seite; Zufallswissen; eigene mandatsbezogene Recherchen
- Ausnahmen: Drittgeheimnisse ohne Mandatsbezug
 - Aber: Anwalt als Ombudsperson? Freier Mitarbeiter?

- **Zeitlich unbegrenzt**

- Auch nach Mandatsende
- Über den Tod des Mandanten hinaus
 - Verfügungsrecht geht nicht auf Erben über
 - Probleme bei wirtschaftlich relevanten Informationen
- Auch nach Aufgabe der Zulassung?
 - Keine berufsrechtlichen Sanktionen, aber § 203 StGB

IV. Verbot der Offenbarung

- **Geltung gegenüber jedermann**
 - Familienangehörige, Kollegen (Weitergabe als „vertraulich“ rettet nicht!)
 - Auch gegenüber Rechtsschutzversicherer
 - Versicherer hat Anspruch auf Entbindung
- **Aber: Kein Verwertungsverbot** für sensible Informationen
 - Gesetzliche Lücke, da auch § 43a Abs. 4 BRAO nur begrenzt greift
- **Fahrlässige** Offenbarung ist berufsrechtswidrig
 - Liegenlassen von Akten im Gerichtsflur

V. Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht

- Mandant als Herr des Geheimnisses
- Geheimhaltungsinteresse Dritter?
 - Str.: m.E. auch hier allein Mandant Verfügungsbefugt
- **Sonderfälle:**
 - Mediator? Entbindung durch alle Medianten
 - Ombudsperson? Hinweisgeber ist mitgeschützt
 - Juristische Person? Vertretungsorgan (*Kämpfer*)
 - Insolvenz? Insolvenzverwalter
- **Schlüssige** Entbindung möglich
 - Einschaltung anderer (Korrespondenz-)Anwälte?
 - Kommunikation per Internet? (Einwilligung in Gefährdung)
 - Erstberatung im Café?

V. Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht

- **Einschränkungen der Entbindung**
 - Zulässig und vom Anwalt strikt zu beachten
- **Jederzeitige Widerrufbarkeit**
 - Anders als bei Einwilligung nach § 43a Abs. 4 BRAO
- **Folgen der Entbindung**
 - **Kein Zeugnisverweigerungsrecht**
 - Aussagepflicht auch zum Nachteil des Mandanten?
 - „Anwalt muss die Wahrheit sagen, aber nicht die ganze Wahrheit“

Sonstige Grenzen der Schweigepflicht (§ 2 Abs. 2 und 3 BORA)

1. Ausnahmen in Gesetz und Recht
 - Gesetzliche Auskunftspflichten
 - Von BORA angeordnete Auskunftspflichten?
2. Wahrnehmung berechtigter Interessen
 - Wahrnehmung von Rechten gegen Mandanten
 - Verteidigung gegen staatliche Instanzen
 - Verteidigung gegenüber Angriffe von Dritten
3. Sozialadäquanz (§ 2 Abs. 3 BORA)
 - Einschaltung von Dritten in die anwaltliche Berufsausübung

VI. Grenzen der Verschwiegenheitspflicht

1. Gesetzliche Ausnahmen

- Offenbarungspflichten (§ 139 StGB)
- Pflichtenkollisionen
 - Rettung eines Unschuldigen vor Fehlurteil?
Freie Gewissensentscheidung als Organ der Rechtspflege
- Geldwäsche (*Uwer*)
- Schutz vertraulicher Geschäftsinformationen (*Uwer*)
- Zeugenstellung/Beschlagnahme
- Zwangsvollstreckung und Insolvenz
- Aber: Vorrang gegenüber § 43a Abs. 4 BRAO

VI. Grenzen der Verschwiegenheitspflicht

2. Wahrnehmung berechtigter Interessen

- Vergütungsforderungen
- Abtretung von Honoraransprüchen (§ 49b IV BRAO)
- Abwehr von Schadensersatzansprüchen
- Berufsrechtliche Verfahren
 - Beispiel: Externe berufsrechtliche Gutachten, vgl. auch § 43e BRAO
- Zulassungswiderruf
- Verteidigung gegen öffentlich erhobene Vorwürfe?
- Hinweispflichten bei Tätigkeit für den Gegner? (BGH; str.)

Einschaltung von Dritten in die anwaltliche Dienstleistung

Nach neuem Recht sind drei Fallgruppen zu unterscheiden:

- 1) Eigene Mitarbeiter/Arbeitnehmer
 - Regelung durch § 43a Abs. 2 Sätze 4 – 8 BRAO
- 2) Externe Rechtsanwälte / Juristen („Legal outsourcing“)
 - Regelung durch § 2 Abs. 3 BORA („Sozialadäquanz“)
- 3) Externe nicht mandatsbezogene Dienstleister („Non legal outsourcing“)
 - Regelung durch § 43e BRAO

Einschaltung von Dritten

Folgende Fragen stellen sich jeweils:

- 1) Ist die Einschaltung auch ohne Einwilligung des Mandanten zulässig?
 - Ja, in allen drei Fällen, aber Einschränkungen
- 2) Welche Auswahl-, Informations- und Überwachungs-pflichten muss der Rechtsanwalt beachten?
 - Ja, § 43a Abs. 2 S. 4; § 43e Abs. 2 und 3 BRAO, § 2 Abs. 4 BORA
- 3) Ist der Dritte einer eigenen Verschwiegenheitspflicht unterworfen?
 - Ja, in allen drei Fällen, vgl. § 203 StGB n.F.

VI. Grenzen der Verschwiegenheitspflicht

3. Sozialadäquanz

§ 2 Abs. 3 lit. c) BORA. Kein Verstoß gegen die Schweigepflicht, wenn die Offenbarung:

„im Rahmen der Arbeitsabläufe der Kanzlei, die außerhalb des Anwendungsbereichs des § 43e Bundesrechtsanwaltsordnung liegen, objektiv einer üblichen, von der Allgemeinheit gebilligten Verhaltensweise im sozialen Leben entspricht (Sozialadäquanz).“

- Betrifft seit 1. 11. 2018 nur noch das sog. „Legal Outsourcing“, da das non legal outsourcing von § 43e BRAO erfasst wird.
- Offene Frage: Kann die Einschaltung externer anwaltlicher Berater überhaupt im Rahmen der Sozialadäquanz erfolgen?
- Freie Mitarbeiter einer Kanzlei, die nicht benannt werden?
- Unterstützende juristische Gutachter?

Externe Dienstleister

§ 43e BRAO Inanspruchnahme von Dienstleistungen:

- „(1) ¹Der Rechtsanwalt darf Dienstleistern den Zugang zu Tatsachen eröffnen, auf die sich die Verpflichtung zur Verschwiegenheit gemäß § 43a Abs. 2 S. 1 bezieht, **soweit dies für die Inanspruchnahme der Dienstleistung erforderlich** ist. ²Dienstleister ist eine andere Person oder Stelle, die vom Rechtsanwalt im Rahmen seiner Berufsausübung mit Dienstleistungen beauftragt wird.
- (2) ¹Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, den Dienstleister sorgfältig auszuwählen.
- (3) ¹Der Vertrag mit dem Dienstleister bedarf der Textform. ²In ihm ist
- (4) Bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, die im **Ausland** erbracht werden, darf der Rechtsanwalt dem Dienstleister den Zugang zu fremden Geheimnissen unbeschadet der übrigen Voraussetzungen dieser Vorschrift **nur dann eröffnen**, wenn der dort bestehende Schutz der Geheimnisse dem Schutz im Inland vergleichbar ist, es sei denn, dass der Schutz der Geheimnisse dies nicht gebietet.
- (5) Bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, die unmittelbar einem **einzelnen Mandat** dienen, darf der Rechtsanwalt dem Dienstleister den Zugang zu fremden Geheimnissen **nur dann eröffnen, wenn der Mandant darin eingewilligt hat**.
- (6) Die Absätze 2 und 3 gelten auch im Fall der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, in die der Mandant eingewilligt hat, sofern der Mandant nicht ausdrücklich auf die Einhaltung der in den Absätzen 2 und 3 genannten Anforderungen verzichtet hat.“

VII. Externe Dienstleister, § 43e BRAO

- Generelle Neuregelung 2017 für verschiedene Beratungsberufe
- Möglichkeit der Kenntnisnahme durch DL genügt
- Anknüpfung am Geheimnisbegriff des § 43a Abs. 2 BRAO
- Erforderlichkeit (Abs. 1 S. 1)?
 - Restriktives Verständnis geboten
 - technische Sicherungsmöglichkeiten sind auszuschöpfen
- Dienstleister (Legaldefinition in Abs. 1 S. 2)
 - IT- und Bürodienstleister, beratende (Steuersachen) und bewertende (Zertifizierer) Dienstleistungen; nicht: Rechtsdienstleister
- Sonderregelung für Dienstleistungen aus dem Ausland (Abs. 4)

VIII. Rechtsfolgen

- Anwaltsgerichtliche Maßnahmen (§ 114 Abs. 1 BRAO)
- Strafgerichtliche Verurteilung (§ 203 StGB)
- Schadensersatz nach § 280 BGB (Schweigepflicht als schuldrechtliche Pflicht)
- Deliktische Haftung gem. § 823 Abs. 2 BGB iVm § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB bzw. § 43a Abs. 2 BRAO
- Nichtigkeit von (Kanzleiübertragungs-)Verträgen gem. § 134 BGB (BGH NJW 2018, 2319 Rn. 16).
- Keine UWG Ansprüche aus § § 3, 3a UWG)

IX. Verhältnis zum Datenschutz

Kollisionsfälle:

- Informationspflichten gegenüber betroffenen Personen bei der Erhebung von personenbezogenen Daten
- Auskunftsrechte der betroffenen Personen, ob und welche Daten erhoben wurden
- Auskunfts- und Zutrittsrechte der Datenschutzaufsichtsbehörden

IX. Verhältnis zum Datenschutz

Gesetzliche Regelungen:

§ 1 Abs. 2 S. 3 BDSG: gesetzliche Geheimhaltungspflichten und sogar solche Berufsgeheimnisse, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen, bleiben vom BDSG „unberührt“

§ 2 Abs. 5 BORA: Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten bleiben „unberührt“

Art. 14 Abs. 5 lit. d) DSGVO: Pflichten zur Information der betroffenen Personen finden keine Anwendung, wenn und soweit die personenbezogenen Daten gemäß dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten dem Berufsgeheimnis, einschließlich einer satzungsmäßigen Geheimhaltungspflicht, unterliegen und daher vertraulich behandelt werden müssen.

IX. Verhältnis zum Datenschutz

- Verhältnis nicht abschließend geklärt
- Unterschiede in berufsrechtlicher und datenschutzrechtlicher Literatur

Entscheidende Kriterien:

- Strafrechtlich sanktionierte Schweigepflicht genießt immer Vorrang - auch gegenüber auch gegenüber Datenschutzaufsichtsbehörden und individuell Betroffenen
- Verfassungsrechtlich abgesichertes Berufsgeheimnis setzt sich grundsätzlich gegenüber Datenschutz durch – öffentliche Belange müssen zurückstehen

X. Zusammenfassung und Ausblick

- Natürliches Spannungsverhältnis zwischen staatlichem Interesse an effektiver Verbrechensbekämpfung und dem Gemeinwohlinteresse an möglichst lückenlosem anwaltlichem Berufsgeheimnis.
- Hohe Wachsamkeit der Anwaltsverbände beim Schutz der Verschwiegenheit gegen staatliche Eingriffe und missbräuchlicher Nutzung der EDV geboten.
- Aktive Verteidigung gegenüber ausufernden Datenschutz Tendenzen und sonstigen Eingriffen (Geschäftsgeheimnisgesetz) geboten