

Leitfaden „Die Rechtsanwältin/Der Rechtsanwalt als Zeuge“

Strafprozess	1
Zivilprozess / Außerstreitverfahren	2
Finanzverfahren / Finanzstrafverfahren	5
Verwaltungsverfahren / Verwaltungsstrafverfahren	5
Deutschland	6
Schweiz	6

Dieser Überblick soll den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten eine Hilfestellung bieten, um im Falle, in dem sie als Zeugen einvernommen werden, die ihnen obliegende Verschwiegenheitspflicht nicht zu verletzen.

§ 9 RAO als berufsrechtliche Grundlage normiert die Pflicht der Rechtsanwälte, über die ihnen anvertrauten und ihnen in ihrer beruflichen Eigenschaft bekannt gewordenen Tatsachen, denen ein Geheimhaltungsinteresse der Partei immanent ist, Stillschweigen zu bewahren. Der Verschwiegenheitspflicht wird in verschiedensten Verfahrensgesetzen durch Aussageverweigerungsrechte Rechnung getragen.

Eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht kann zu disziplinarrechtlichen Konsequenzen nach dem Disziplinarstatut (DSt) der Rechtsanwälte führen und u.U. auch Schadenersatzforderungen begründen.

Strafprozess

Rechtsanwälte dürfen gem. § 157 Abs 1 Z 2 StPO im Strafverfahren die Aussage über das verweigern, was ihnen in der Eigenschaft als Rechtsanwalt bekannt geworden ist. Unwesentlich ist, ob die privilegierende Funktion als Rechtsanwalt noch zur Zeit der Zeugenvernehmung besteht. Es kommt darauf an, dass sie zur Zeit des Informationszuflusses gegeben war.

Begrenzt ist das Zeugnisverweigerungsrecht auf die bei der Berufsausübung bekannt gewordenen Tatsachen, somit auf Umstände, die ihnen bei Tätigkeiten, die sie bei der Berufsausübung regelmäßig zu verrichten haben oder sonst in unmittelbarem Bezug dazu stehen, zur Kenntnis gelangen. Irrelevant ist, ob der Rechtsanwalt diese Informationen vom Mandanten oder einem Dritten erhalten hat. Erfasst sind dabei nur Tätigkeiten der Rechtsberatung, -vertretung und Verteidigung. Informationen, die der Berufsgeheimnisträger außerhalb seiner beruflichen Tätigkeit wahrnimmt, sind daher nicht vom Aussageverweigerungsrecht umfasst.

Basierend auf dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen dem Parteienvertreter und dem Mandanten, welches § 157 Abs 1 Z 2 StPO innewohnt, sind nicht alle Berufsgeheimnisse geschützt, sondern nur jene, die ein Aussageverweigerungsrecht erfordern. Steht die Weitergabe von Informationen nicht unter dem Schutz dieses besonders schützenswerten Vertrauensverhältnisses überwiegt das Interesse der Wahrheitsfindung das Berufsgeheimnis.



Trotz Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht durch den Mandanten verliert der Rechtsanwalt nicht das Recht zur Verweigerung der Aussage, zumal es sich hierbei um ein höchstpersönliches Recht handelt, welches nicht der Disposition anderer unterliegt. Selbst bei erfolgter Entbindung ist der Rechtsanwalt im Sinne einer adäquaten Berufsausübung zur Wahrung der Verschwiegenheit verpflichtet, wenn dem Mandanten sonst Nachteile drohe. Da nur der Rechtsanwalt eine sachgerechte Entscheidung treffen kann, ob eine Zeugenaussage im besten Interesse des Klienten liegt, liegt die Entscheidung, ob er aussagt oder nicht, daher letztendlich immer beim Rechtsanwalt.

Dieses Aussageverweigerungsrecht darf gem § 157 Abs 2 leg cit bei sonstiger Nichtigkeit nicht umgangen werden.

Kein Zeugnisverweigerungsrecht hat nach der Rechtsprechung (OGH 09.07.2013, 14 Os 104/12v) ein Rechtsanwalt in einem Strafprozess, wenn er ausschließlich zu Wahrnehmungen aus dem Konkursverfahren in seiner Eigenschaft als Masseverwalter befragt wird, weil er dort nicht in der Funktion eines in einem besonderen Vertrauensverhältnis zum Angeklagten stehenden Parteienvertreters tätig ist. Auch bei Tätigwerden des Berufsgeheimnisträgers als Aufsichts- oder Stiftungsrat ist das Aussageverweigerungsrecht mangels besonders schützenswerten Vertrauensverhältnisses zu verneinen.

Wird der Rechtsanwalt als bloßer Verwahrer von Urkunden oder sonstigen Unterlagen tätig, besteht im Hinblick auf den Inhalt dieser Dokumente kein Aussageverweigerungsrecht. Durch die bloße Übergabe an einen Berufsgeheimnisträger ohne Rechtsberatung können solche Dokumente nicht immunisiert werden.

Neben gesetzlichen Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht können sich auch Ausnahmen in jenen Fällen ergeben, in denen Parteieninteressen nicht betroffen sind, oder eine Interessensabwägung den Ausschlag zu Gunsten eines höherwertigen Rechtsgutes eine Durchbrechung rechtfertigt. Eine gesetzliche Ausnahme stellen zB die Melde- und Auskunftspflichten iZm Geldwäsche nach den §§8a ff RAO dar. Es wäre widersprüchlich, den Berufsgeheimnisträger einerseits zu verpflichten, bestimmte Tatsachen den Strafverfolgungsbehörden zu melden und andererseits das Recht einzuräumen, über dieselben Tatsachen im Rahmen einer Einvernahme die Aussage zu verweigern.

Trotz Aussageverweigerungsrecht ist der Rechtsanwalt verpflichtet, bei der Hauptverhandlung zu erscheinen. Auch ist der Rechtsanwalt gem. § 159 Abs 1 StPO über sein Aussageverweigerungsrecht zu informieren. Ein ausdrücklicher Verzicht auf das Aussageverweigerungsrecht ist für eine rechtmäßig zustande gekommene Aussage nicht erforderlich, es genügt die Information an den Zeugen, nicht aussagen zu müssen. Die Belehrung und die darüber allenfalls abgegebene Erklärung des Zeugen sind in das Protokoll aufzunehmen. Die Inanspruchnahme des Zeugnisverweigerungsrechts ist kein in der Beweiswürdigung verwertbarer Umstand.

Zivilprozess / Außerstreitverfahren

Die konkrete Verfahrensvorschrift, die das Aussageverweigerungsrecht des Rechtsanwalts im Zivilprozess festschreibt, findet sich in § 321 Abs 1 Z 3 und Z 4 ZPO. Kraft Verweises in § 35 AußStrG

findet § 321 ZPO auch im Verfahren außer Streitsachen Anwendung (OGH 27.07.2017, 2 Ob 162/16m). Die Aussage darf jedoch nicht uneingeschränkt verweigert werden, sondern nur die Beantwortung einzelner Fragen. Dies gilt jedoch nur insoweit, als der Rechtsanwalt nicht ausdrücklich von der Verschwiegenheitspflicht entbunden wurde. Die Aussageverweigerungsgründe sind nicht von Amts wegen wahrzunehmen, das Gericht muss den Zeugen aber vor der Vernehmung über diese Gründe belehren. Die Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts gilt zeitlich unbegrenzt, also unabhängig von der Dauer des Mandats. Auch der Umstand, dass Tatsachen bereits Dritten oder gar allgemein bekannt sind, ändert nichts am Bestehen der Verschwiegenheitspflicht.

Umfasst sind die dem Rechtsanwalt in seiner beruflichen Eigenschaft bekannt gewordenen Tatsachen. Es ist allerdings gleichgültig, ob es tatsächlich zu einem Vertretungsverhältnis kommt.

Solange keine gültige Entbindung vorliegt, trifft den Zeugen die Pflicht zur Aussageverweigerung. Die Folgen bei einer vorliegenden Entbindung sind im Bereich des Zivilverfahrens strittig:

Eine Ansicht vertritt, dass für den gültig Entbundenen eine Pflicht zur Aussage bestehe, was sich schon aus der jeden Zeugen treffenden Aussagepflicht ergebe. Dies ist auch durch die Erwägung gerechtfertigt, dass kein Grund mehr bestehe, Interessen des Betroffenen zu wahren, vielmehr die Ablegung der Aussage im offenkundigen Interesse des Betroffenen sei (OGH 21.12.2004, 4 Ob 228/04i; 21.06.2007, 6 Ob 128/07b; *Frauenberger in Fasching/Konieczny*³ III/1 § 321 ZPO Rz 18, 22).

Die Gegenansicht geht davon aus, dass trotz Entbindung die Pflicht des Rechtsanwaltes besteht, gewissenhaft zu prüfen, ob seine Aussage nachteilig für seinen Mandanten sein könnte und daher keine unbedingte Zeugnispflicht bestehe (*Csoklich*, JBl 2016, 819; RS0072296; *Schur*, AnwBl 2009, 257). Es ist anwaltliche Pflicht, zu prüfen, ob durch die Preisgabe des Geheimnisses ins Gewicht fallende Nachteile zu befürchten sind. Bejahendenfalls besteht – ungeachtet erfolgter Entbindung – eine Pflicht zur Verschwiegenheit.

Vermittelnd führt die dritte Auffassung aus, dass eine Pflicht zur Aussage dann bestehe, wenn die Entbindung nach umfassender Aufklärung des Mandanten durch den Rechtsanwalt über die rechtliche Natur, über den Umfang der von der Verschwiegenheit umfassten Tatsachen und über allfällige Nachteile bei der Aussage erklärt werde (*Lehner in Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek*, RAO¹⁰ § 9 Rz 53).

Die Entbindung ist eine nach der jeweiligen materiell-rechtlichen Regelung zu beurteilende Erklärung. Die durch Verschwiegenheitsnormen geschützten Rechtsverhältnisse sind zumeist privatrechtlicher Natur, daher kann auch für den Verzicht auf einen Teil der Rechte durch den Geschützten nichts anderes gelten. Dem zur Verschwiegenheit Verpflichteten ist deshalb der Einwand verwehrt, der Betroffene könne die Tragweite seiner Entbindungserklärung nicht voll beurteilen, da er zumeist nicht Sachwalter der geschützten Person ist. Für die Reichweite der Entbindungserklärung kann der Umstand, dass die geschützte Person von einer geheimzuhaltenden Tatsache gar nichts weiß oder davon falsche Vorstellungen hat, allerdings von Bedeutung sein. Folglich kann (mangels ausdrücklicher, anders lautender Erklärung) in diesen Fällen u. U. keine wirksame Erklärung vorliegen. Nicht in der Beweiswürdigung berücksichtigt werden darf nach hA die Verweigerung der Entbindung. Der Geschützte soll nicht verpflichtet sein, seine Motive für eine solche Entscheidung preiszugeben. Es liefe

dem Gesetz auch zuwider, den gesetzlich gestatteten Wegfall eines Beweisumstandes selbst zum Beweisumstand zu erheben. Anderes könnte nur gelten, wenn es eine Pflicht zur Entbindung gäbe, was praktisch wohl nur selten in Betracht kommt (vgl. *Frauenberger in Fasching/Konecny*³ III/1 § 321 ZPO Rz 20). Möglich wäre beispielsweise eine vertragliche Vereinbarung zur Auskunft über die von ihm zur Erfüllung der Verträge erbrachten Leistungen.

Sind mehrere Personen durch die Verschwiegenheit geschützt, ist grundsätzlich die gleichlautende Entbindung durch alle erforderlich. Handelt es sich jedoch um einen „gemeinsamen Zweck“ reicht im Rechtsstreit unter den Berechtigten die Entbindung bloß durch einen von ihnen aus (RS0122555).

Nach der Rechtsprechung (RS0040559) kann sich ein Rechtsanwalt, der im Auftrag von Vertragsparteien einen Vertrag verfasst, nicht darauf berufen, er sei von einem der Vertragspartner seiner Verschwiegenheitspflicht nicht entbunden worden, wenn es darum gehe, über Vereinbarungen anlässlich der Abfassung des Vertrages auszusagen. Was in seiner Gegenwart zwischen den Parteien vereinbart werde, sei nicht als ihm von einem der Vertragspartner anvertraut anzusehen. Bei der Vertragsverfassung für beide Parteien gehe es nicht um die Beratung nur einer Partei, sondern um die Erarbeitung und entsprechende Dokumentation des rechtsgeschäftigen Willens beider Parteien.

Inwiefern diese Rechtsprechung auf den Fall, wenn ein Rechtsanwalt eine Scheidungsfolgenvereinbarung aufsetzt, übertragen werden kann, erscheint fraglich. Nach dem Wortlaut in § 93 Abs 1 AußStrG ist die Vertretung beider Parteien durch denselben Rechtsanwalt unzulässig. Streng genommen ist der Rechtsanwalt hier nicht Berater bzw. Vertragsverfasser für beide Parteien, sondern nur für eine. Eine Übertragung der Rechtsprechung RS0040559 ist für diesen Fall eher nicht anzunehmen.

Leb vertritt hingegen, dass zwar die Vertretung beider Parteien unzulässig sei, nicht jedoch die Beratung beider. Somit müsse ein Rechtsanwalt für beide Ehegatten eine Scheidungsfolgenvereinbarung konzipieren dürfen (*Leb in Schneider/Verweijen*, AußStrG § 93 Rz 6). Dem folgt auch *Nademleinsky* der keinen Unterschied bei der Errichtung eines Gesellschaftsvertrages oder Liegenschafts Kaufvertrages, bei welchen der Rechtsanwalt die Interessen mehrerer Parteien vertreten darf und der Errichtung eines Scheidungsvergleichs oder Trennungsvereinbarung, wo das nicht gelten solle, sieht (*Nademleinsky in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 93 Rz 8). Würde man dieser Meinung folgen, wäre iZm RS0040559 eine Entbindung durch eine Partei ausreichend, damit der Rechtsanwalt in einem Folgeprozess zwischen den beratenen Ehegatten aussagen dürfte.

Nach zutreffender Ansicht ist im Honorarprozess des Rechtsanwalts gegen seinen (ehemaligen) Klienten die Preisgabe der Informationen zur Verfolgung des Anspruchs erlaubt, da dies unabdingbar nötig ist.

Ein Verstoß gegen § 321 ZPO ist bereits bei der Einvernahme im erstinstanzlichen Verfahren im Rahmen der Rügepflicht nach § 196 ZPO geltend zu machen. Sollte eine Aussage ohne Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht getätigt worden sein, stellt dies prozessrechtlich keinen Verfahrensmangel dar. Es handelt sich nämlich um keinen Stoffsammlungsmangel iSv § 503 Z 2 ZPO und mangels eines Vernehmungsverbotes können die Aussage bzw. Unterlagen trotz Verletzung der Verschwiegenheitspflicht gerichtlich gewürdigt werden.

Finanzverfahren / Finanzstrafverfahren

Im Abgabenverfahren bzw. verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren (§ 104 Abs 1 lit d und Abs 2 FinStrG; § 171 Abs 1 lit c und Abs 2 BAO) ähnelt das Aussageverweigerungsrecht dem des Zivilprozesses.

Im Abgabenverfahren erstreckt sich die Aussageverweigerung auf die Beantwortung einzelner Fragen, im gerichtlichen Verfahren auf die Ablegung eines Zeugnisses an sich.

Auch im Falle der Entbindung der Verschwiegenheitspflicht können berufsmäßige Parteienvertreter die Aussage entschlagen. Somit obliegt die Entscheidung, ob er seine Verschwiegenheit wahrt und die Aussage verweigert oder diese verletzt und aussagt ausschließlich ihm.

Erfolgt keine Entbindung und steht eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht damit der Auskunftserteilung entgegen, so dürfen daraus von den Behörden keine Schlussfolgerungen für das weitere Verfahren gezogen werden (VwGH vom 13. Dezember 1989, 85/13/0041; BMF vom 24. September 1999, ARD 5080/31/99). Es läge sonst ein Fall negativ vorwegnehmender Beweiswürdigung vor. Während die Entbindung im Zivil-, Außerstreit-, Verwaltungs- und Verwaltungsstrafverfahren grundsätzlich zur Aussagepflicht führt, bleibt das Aussageverweigerungsrecht im Abgaben-, Straf- und verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren trotz erfolgter Entbindung erhalten.

Anders als im gerichtlichen Verfahren führt eine Aussage eines Berufsgeheimnisträgers im verwaltungsrechtlichen Finanzstrafverfahren trotz vorliegender Entschlagungsgründe nicht zur Nichtigkeit der Aussage.

Verwaltungsverfahren / Verwaltungsstrafverfahren

Die relevanten Bestimmungen finden sich in § 49 AVG und § 24 VStG. Gemäß § 49 Abs 1 Z 2 AVG kann sich der Anwalt entschlagen, wenn er durch die Beantwortung einer Frage eine ihm obliegende staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit, von der er nicht gültig entbunden wurde, verletzen würde. Ferner normiert § 49 Abs 2 AVG ausdrücklich, dass zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugte Personen die Zeugenaussage jedenfalls darüber verweigern können, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Vertreter einer Partei von dieser anvertraut (*Harbich*, AnwBl 1983, 672f) wurde. Die Aussage darf nicht vollständig verweigert werden, sondern nur über Fragen, deren Beantwortung die geschützten Interessen verletzen würden. Die Aussageverweigerungsgründe sind nicht von Amts wegen wahrzunehmen, die Behörde hat den Zeugen jedoch von Amts wegen auf diese Tatbestände aufmerksam zu machen. Der Zeuge ist verpflichtet, der Ladung Folge zu leisten. Er hat - ungeachtet des Bestehens eines Aussageverweigerungsrechtes – vor der Behörde zu erscheinen.

Wird ein Zeuge zu Unrecht – durch Androhung von Sanktionen – zur Aussage verhalten, kann der die Angelegenheit erledigende Bescheid bekämpft werden. Die Behörde darf derart rechtswidrig erlangte Zeugenaussagen bei der Feststellung des Sachverhalts dennoch berücksichtigen, außer dies würde dem Zweck der durch seine Gewinnung verletzten Vorschrift widersprechen.

Das Aussageverweigerungsrecht steht unter der ausdrücklichen Bedingung, dass der Zeuge von der Verschwiegenheitspflicht nicht (gültig) entbunden wurde. Es wird angenommen, dass derjenige, dessen Interessen die Geheimhaltungspflicht dient (= Geheimnisherr), den Zeugen davon entbinden kann. Angenommen wird auch, dass die Entbindung des berufsmäßigen Parteienvertreters von der Verschwiegenheitspflicht sein Entschlagungsrecht nach § 49 Abs 2 AVG beseitigt.

Deutschland

In § 43a Abs 2 Bundesrechtsanwaltsordnung und § 2 Berufsordnung der Rechtsanwälte findet sich die Verschwiegenheitspflicht für Rechtsanwälte. Diese bezieht sich auf alles, was in Ausübung des Berufes bekannt geworden ist, außer für Tatsachen, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen. Das Zeugnisverweigerungsrecht der Rechtsanwälte ist in den einzelnen Verfahrensvorschriften verankert (§§ 383 Abs 1 Nr 6, 385 Abs 2 ZPO, §§ 53 Abs 1 Nr 3, 53a StPO, § 98 VwGO, §§ 46 Abs 2, 80 Abs 2 ArbGG, §§ 84 Abs 1 FGO, § 102 Abs 1 Nr 3 AO). Im Strafprozess entspricht die deutsche Rechtslage beispielsweise der Österreichischen (vgl § 53 Abs 1 Z 2 und 3 dStPO). Zur Verweigerung des Zeugnisses sind demnach Personen berechtigt, denen kraft ihres Amtes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschriften geboten ist, bezogen auf die Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht. Die Verschwiegenheitspflicht entfällt, wenn die Aussage durch Einwilligung oder vorrangige Interessen gerechtfertigt ist.

Schweiz

Das Berufsgeheimnis wird in der Schweiz in Art 13 Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) normiert. Dort heißt es, dass Anwältinnen und Anwälte zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist, unterstehen. Die Entbindung verpflichtet sie nicht zur Preisgabe von Anvertrautem. Der Anwalt kann sich von seinem Klienten oder von der Aufsichtsbehörde vom Berufsgeheimnis entbinden lassen. Eine Entbindung erfolgt im Kanton Zürich nur dann, wenn das Interesse an der Offenbarung deutlich höher ist als das Interesse der Klientschaft an der Geheimhaltung. Beispielsweise kommt es in der Praxis oft zur Entbindung, wenn der Anwalt sein ausstehendes Honorar gerichtlich geltend machen muss.

Literatur:

Csoklich, JBl 2016, 819; Csoklich/Huber, AnwBl 2015, 80; Csoklich/Scheuba, Standesrecht der Rechtsanwälte³; Ellinger/Sutter/Urtz, BAO³ § 171; Frauenberger in Fasching/Konieczny³ III/1 § 321 ZPO; Hengstschläger/Leeb, AVG § 49; Kirchbacher/Keglevic in Fuchs/Ratz, WK StPO § 157; Kirchbacher in Fuchs/Ratz, WK StPO § 159; Kodek, AnwBl 2019, 136; Lehner in Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek, RAO¹⁰ § 9; Manhart, AnwBl 2014, 161; Rechberger/Klicka, ZPO: Kommentar⁵, §§ 321-322 ZPO; Schur, AnwBl 2009, 257; Stricker, ÖJZ 2015, 310; Tanzer in Althuber/Tanzer/Unger, BAO: Handbuch § 171; Urban, RdW 2013, 248, Schur, AnwBl 2009, 257; Dietrich/Höcher in Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess, StPO – Linzer Kommentar zur Strafprozessordnung, zu § 157; Bertel ua, StPO Strafprozessordnung, zu § 157; Urban, RdW 2013, 248; Klauser/Kodek, JN – ZPO¹⁸ § 321 ZPO; Kröber-Risak in Höllwerth/Ziehensack, ZPO: Taschenkommentar,

§ 321 ZPO; *Mascha/Obermann*, ÖJZ 2021, 604; *Seiler/Seiler*, FinStrG Finanzstrafgesetz, zu § 104 FinStrG; *Tannert* in *Tannert*, Finanzstrafrecht § 104 FinStrG; *Fellner*, Finanzstrafgesetz: Kommentar, Verweigerung der Zeugenaussage (§ 104 FinStrG); *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 49; *Joklik-Fürst*, RdW 2018, 59; *Kier*, Die Hausdurchsuchung in einer Rechtsanwaltskanzlei sowie die Sicherstellung des Mobiltelefons eines Rechtsanwalts im Strafverfahren

Dieser Leitfaden dient als allgemeine Information. Eine Haftung der Oberösterreichischen Rechtsanwaltskammer für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität ist ausgeschlossen.

Aus Gründen der Lesbarkeit wurde auf eine geschlechtsneutrale Formulierung verzichtet. Es sind jedoch immer alle Geschlechter im Sinne der Gleichbehandlung angesprochen.

Linz, im Dezember 2022