



Fall-Nr.: AW.2019.76
Stelle: Kantonsgericht
Rubrik: Anwaltskammer
Publikationsdatum: 13.03.2020
Entscheiddatum: 02.03.2020

Entscheid Anwaltskammer, 02.03.2020

Art. 12 lit. a BGFA (SR 935.61). Grenzen des zulässigen Kontakts eines Rechtsanwalts mit einem Zeugen, insbesondere im Zivilprozess (Kantonsgericht, Anwaltskammer, 2. März 2020, AW.2019.76).

aus den Erwägungen:

II.

1. Die Anwaltskammer des Kantons St. Gallen beaufsichtigt die Anwältinnen und Anwälte, die auf dem Gebiet des Kantons St. Gallen Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten (Art. 14 BGFA [SR 935.61]). Sie ist u.a. zuständig für das Disziplinarwesen (Art. 5 Abs. 2 lit. f AnwG [sGS 963.70]). Nachdem sich die Anzeige gegen einen im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen eingetragenen Rechtsanwalt richtet und es sich vorliegenden Fall um Handlungen im Zusammenhang mit einem Verfahren vor dem Kreisgericht Z. handelt, ist die Zuständigkeit der Anwaltskammer gegeben. Das Disziplinarverfahren richtet sich nach Art. 14 ff. BGFA. Im Übrigen kommen im Verfahren vor der Anwaltskammer grundsätzlich die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRP; sGS 951.1) sachgemäss zur Anwendung (Art. 41 AnwG).



2. Hintergrund der Anzeige bildet ein vor dem Kreisgericht Z. hängiger Forderungsprozess (Minderwert einer Eigentumswohnung aufgrund zweier Entrauchungsschächte bzw. Nachströmöffnungen der Tiefgarage) von A. und B. gegen C. Gemäss dem Antrag der Kläger, vertreten von Rechtsanwalt Y., wurde E., Mitarbeiter der von C. mit der Überbauung als Generalunternehmerin beauftragten F., vor dem Kreisgericht Z. als Zeuge befragt. Dabei bejahte er, vorgängig mit D., der Geschäftsführerin der C., über den Prozessgegenstand gesprochen zu haben. Sie habe ihn bei einem Treffen über den Fall aufgeklärt und die Sachlage der Kläger geschildert bzw. auf die Klage wegen der Nachströmöffnungen hingewiesen. Zudem hätten sie die Chronologie des Bauablaufs gemeinsam rekapituliert. Bei diesem Gespräch sei auch Rechtsanwalt X., Rechtsvertreter der C. im Prozess, anwesend gewesen. Diesem werfen die Anzeiger nun vor, mit dem von ihnen angerufenen Zeugen E. ohne sachlichen Grund in Kontakt getreten zu sein und damit zumindest die Gefahr einer unzulässigen Beeinflussung des Zeugen in Kauf genommen zu haben. Der Angezeigte bestreitet das Treffen, den Inhalt des Gesprächs und seine Anwesenheit grundsätzlich nicht. Den Vorwurf der Inkaufnahme einer Zeugenbeeinflussung bzw. Berufsregelverletzung weist er indes als unbegründet zurück.

3. Nach Art. 12 lit. a BGFA üben die Anwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus. Hierzu gehört auch, dass der Anwalt grundsätzlich jegliches Verhalten unterlässt, das die Gefahr einer Beeinflussung von Zeugen zur Folge haben könnte. Mit Zeugen nimmt er nur ausnahmsweise Kontakt auf, wenn dies zu Instruktionszwecken unerlässlich ist (Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2011, Art. 12 N 22 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht hielt in BGE 136 II 551 fest, dass eine Kontaktaufnahme mit einem potentiellen Zeugen nur ausnahmsweise mit der anwaltlichen Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung vereinbar sei bzw. nur mit Zurückhaltung und Vorsicht vorgenommen werden solle. Generell sei die Wahrheitsfindung bzw. die Zeugenbefragung Aufgabe des Gerichts und nicht der Parteien oder ihrer Anwälte. Die



Kontaktierung eines möglichen Zeugen sei nur dann zulässig, wenn hierfür ein sachlicher Grund bestehe. Als solcher sei namentlich auch das Einschätzen der Erfolgsaussichten von Prozesshandlungen wie etwa die Prozesseinleitung, das Einlegen bzw. der Rückzug eines Rechtsmittels oder das Stellen eines Beweisantrages anzusehen; entscheidend seien aber die Umstände des konkreten Einzelfalles. Um der Gefahr einer Beeinflussung des potentiellen Zeugen bzw. dem blossen Anschein einer unzulässigen Einflussnahme in solchen Fällen entgegenzuwirken, seien entsprechende Vorsichtsmassnahmen zu treffen. So solle der Anwalt den Zeugen schriftlich um ein Gespräch ersuchen und ihn darauf hinweisen, dass er weder verpflichtet sei zu erscheinen noch auszusagen. Ebenfalls habe der Anwalt dem Zeugen mitzuteilen, im Interesse welches Mandanten das Gespräch stattfinden solle. Das Gespräch solle ohne den Mandanten und wenn immer möglich in den Räumlichkeiten des Anwalts stattfinden, wobei gegebenenfalls eine Drittperson als Gesprächszeugin hinzugezogen werden solle. Der Anwalt dürfe keinen Druck auf den Zeugen ausüben und ihn insbesondere nicht zu einer bestimmten Aussage oder überhaupt zu irgendeiner Aussage drängen und ihm für den Fall des Schweigens nicht mit Nachteilen drohen. Verpönt sei auch das Stellen von Suggestivfragen. Eine private Zeugenbefragung durch den Rechtsanwalt sei somit grundsätzlich nur dann mit der anwaltlichen Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung im Sinne von Art. 12 lit. a BGFA vereinbar, wenn eine sachliche Notwendigkeit für die Befragung bestehe, diese zudem im Interesse des Mandanten liege und die Befragung so ausgestaltet werde, dass jede Beeinflussung vermieden und die störungsfreie Sachverhaltsermittlung durch das Gericht bzw. die Untersuchungsbehörde gewährleistet bleibe (a.a.O., E. 3; vgl. auch BGer 2C_909/2010 E. 2.1). In BGer 2C_536/2018 bestätigte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung (vgl. a.a.O., E. 2.3) und ergänzte, dass es grundsätzlich unerheblich sei, ob die Kontaktnahme vornehmlich im Zusammenhang mit einem konkreten Verfahren erfolge. Nicht massgeblich sei zudem, auf wessen Initiative die Kontaktnahme zurückgehe. Von Relevanz sei vielmehr, dass durch ein solches Treffen – objektiv betrachtet – die Gefahr einer (selbst unbeabsichtigten) Beeinflussung eines (potentiellen) Zeugen bestehe und dies der betreffende Anwalt nach den konkreten Umständen des Einzelfalles hätte erkennen können (vgl. a.a.O., E. 3.3).



4. a) Es ist unbestritten und durch das Einvernahmeprotokoll des Zeugen E. belegt, dass das fragliche Gespräch im Vorfeld der Befragung vor Kreisgericht stattfand und der Angezeigte daran teilnahm. Letzterer ergriff freilich nicht sämtliche Vorsichtsmassnahmen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, um der Gefahr einer allfälligen Beeinflussung des Zeugen bzw. dem blossen Anschein einer unzulässigen Einflussnahme in solchen Fällen entgegenzuwirken: So fand das Gespräch gemäss eigenen Angaben des Angezeigten zwar in dessen Kanzlei, aber in Anwesenheit seiner Mandantin, D., und damit ohne den Beizug einer neutralen Drittperson als Gesprächszeugin bzw. ohne Erstellung einer Tonaufnahme, statt. Auch ersuchte er den Zeugen E. nicht vorgängig schriftlich um das Gespräch und wies ihn nicht darauf hin, dass keine Pflicht zum Erscheinen oder zur Aussage bestehe. Jedoch war der Kontakt von einem sachlichen Grund gedeckt, im Interesse der Mandantin des Angezeigten und der Zeuge E. in objektiver Hinsicht keiner, selbst unbeabsichtigten Beeinflussungsgefahr ausgesetzt. Der Angezeigte führt in diesem Zusammenhang Folgendes aus: Seit dem Jahr 2009 berate er die C. im Rahmen der Überbauung "G.". E. habe als Bauleiter der Totalunternehmerin fungiert und sei im betreffenden Prozess, der kurz vor dem Abschluss stehe, von beiden Parteien als Zeuge bezeichnet worden. Während der Baurealisierung sei es regelmässig zu Sitzungen zwischen Bauherrschaft und Unternehmern bzw. wiederholt zu Gesprächen zwischen dem Zeugen E. – aufgrund seiner Stellung als Bauleiter – und der Bauherrschaft gekommen. Auch telefonischen Kontakt und Emailverkehr habe es gegeben. Im Zivilprozess sei der Kontakt zu einem Zeugen nicht per se verpönt. Ein solcher sei erlaubt, wenn er im Interesse des Mandanten liege, eine sachliche Notwendigkeit bestehe und die störungsfreie, also unbeeinflusste Sachverhaltsermittlung gewährleistet bleibe. Vorliegend sei der fragliche Kontakt mit dem Zeugen aufgrund der geschäftlichen Beziehungen auch während des erwähnten Prozesses unvermeidbar gewesen. Es hätten auch mit dem Bauleiter E. regelmässig Besprechungen hinsichtlich Mängelbehebungen und Garantieabnahmen geführt werden müssen. Gemäss interner Leistungserfassung habe das Treffen in seiner Kanzlei stattgefunden, aber nicht auf sein Betreiben und im Hinblick auf die bevorstehende Zeugenbefragung hin. D. habe die Besprechung initiiert und terminiert. Bei diesem Treffen sei dann die bevorstehende Zeugenbefragung zur Sprache gekommen. Der Zeuge E. habe wissen wollen, worum es beim Prozess gehe. Gemäss eigenen Aussagen vor Kreisgericht sei der Zeuge von



D. über die Klage allgemein informiert worden und er wiederum habe D. den Bauablauf betreffend die Nachströmöffnungen geschildert. Dabei habe es sich um rein sachliche Informationen gehandelt; dies sei vom Zeugen auch so aufgefasst worden. Die Informationen über den Bauablauf, und damit auch die Anwesenheit des Angezeigten, seien für die Bauherrschaft von Interesse gewesen. Instruktionen habe der Zeuge keine erhalten. Auch sei er vom Angezeigten nicht befragt worden. Schon die blossе Gefahr einer Beeinflussung habe nicht bestanden. Die gerichtliche Sachverhaltsermittlung sei durch den Kontakt weder gestört noch beeinträchtigt worden. Eine private Zeugenbefragung habe gar nicht stattgefunden. Das Treffen sei vom Zeugen vor Kreisgericht ohne Weiteres offengelegt worden, dies in Anwesenheit des Angezeigten. Ferner habe der Zeuge mit seinen Aussagen zur Sache dem Standpunkt der vom Angezeigten vertretenen Partei eher widersprochen. Den Vorwurf der Inkaufnahme einer Zeugenbeeinflussung bzw. einer Berufsregelverletzung weist der Angezeigte als unbegründet zurück und hält abschliessend fest, es sei befremdend, dass die Anzeige rund dreieinhalb Jahre nach der Zeugenbefragung (und somit nach Kenntnis des Gesprächs), kurz vor Abschluss des erstinstanzlichen Prozesses erfolge.

b) Diesen nachvollziehbaren Ausführungen des Angezeigten kann gefolgt werden, werden sie doch durch die Aussagen des Zeugen E. vor Kreisgericht gestützt. Schon die Antwort des Zeugen auf die Frage des Einzelrichters, ob er im Zusammenhang mit der heutigen Befragungen mit jemandem gesprochen habe ("Ja, ich habe D. getroffen"), ist mit Blick auf die Relevanz der Präsenz des Angezeigten für den Zeugen bezeichnend. Die Anwesenheit des Angezeigten erwähnte der Zeuge denn auch erst ein paar Fragen später, unaufgefordert und eher beiläufig ("[...] X. war auch dabei"). Auch die vom Zeugen geschilderte Gesprächsleitung und -richtung deuten auf eine fehlende Einflussnahme durch den Angezeigten hin ("Sie [D.] hat mich über den Fall aufgeklärt, um was es geht, die Sachlage der Kläger. Dass es eine Klage gibt über die Nachströmöffnungen, so in diesem Rahmen"; "Ja, wir haben den Bauablauf nochmals angeschaut, wie das damals war. X. war auch dabei"; "So in etwa, ja. Ich habe kurz den Bauablauf nochmals aufgezeigt, weil das ist ja zwei Jahre her"). Sodann verneinte der Zeuge ausdrücklich eine allfällige Instruktion durch bzw. ein Gespräch mit Dritten und den Gegenstand der Befragung detailliert bzw. den Grund für seine Vorladung



überhaupt zu kennen ("Ja, rudimentär schon. Die Nachströmöffnungen weisen eine Abweichung des Kaufvertrages auf, nach meinem Kenntnisstand. Ich weiss aber nicht, aus welchem Grund ich hier bin"). Weder aufgrund dieser noch der anschliessenden Aussagen des Zeugen E. zur Sache ergeben sich Hinweise für eine Beeinflussung durch den Angezeigten; in diese Richtung äusserte sich der Zeuge denn auch nicht. Einen gegenteiligen Verdacht hegte offensichtlich auch der Anzeiger zunächst nicht, deponierte er doch vor Kreisgericht weder einen entsprechenden Protest zuhanden des Protokolls, noch stellte er entsprechende Ergänzungsfragen an den Zeugen. Zwar erhob er einige Tage nach der Befragung den vorliegenden Vorwurf gegenüber dem Angezeigten persönlich, reichte die vorliegende Anzeige aber erst knapp dreieinhalb Jahre später ein. Konkrete Hinweise, dass der Angezeigte beim fraglichen Treffen die störungsfreie Sachverhaltsermittlung zu vereiteln versuchte, eine solche Störung zumindest in Kauf nahm oder eine für den Angezeigten erkennbare Gefahr einer Beeinflussung des Zeugen bestand, sind den Akten nicht zu entnehmen. Die bloss passive Anwesenheit des Angezeigten beim fraglichen Gespräch vermag eine unter anwaltsrechtlichen Gesichtspunkten zu beanstandende Zeugenbeeinflussung jedenfalls nicht zu begründen.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Ergebnis keine Verletzung der Berufsregeln (Art. 12 lit. a BGFA) durch Rechtsanwalt X. vorliegt. Das Disziplinarverfahren ist deshalb einzustellen.

Über den vorliegenden Fall hinaus stellt sich namentlich im Zivilprozess die Frage, welche Art von Kontakt eines Rechtsanwalts zu einem (potentiellen) Zeugen vor einem resp. ausserhalb und während eines hängigen Verfahrens unter anwaltsrechtlichen Gesichtspunkten (noch) zulässig ist. Während der direkte und gezielte Zeugenkontakt samt "Befragung" durch den Anwalt – richtigerweise – lediglich unter den strengen Voraussetzungen von BGE 136 II 551 erlaubt ist, kann ein anderweitiger Kontakt unter Umständen zulässig sein. Gestattet ist ohne Weiteres der sachliche und zeitlich kurze Hinweis des Anwalts, dass und weshalb ein solcher Kontakt unzulässig sei, um diesen



sogleich wieder zu beenden. Unproblematisch erscheint auch die – zufällige oder absichtliche – rein passive Anwesenheit des Anwalts bei einem Gespräch, Telefonat oder dergleichen mit einem (potentiellen) Zeugen, solange dies Letzterem bewusst ist und bei ihm zu keiner vom Anwalt wahrnehmbaren Beeinflussung führt. Ferner ist der Kontakt erlaubt, wenn er keinerlei – für den Anwalt erkennbaren – konkreten, direkten oder indirekten Zusammenhang zu einem bestehenden oder sich anbahnenden Verfahren aufweist. Eine spezielle Konstellation kann sich für den Anwalt bei der Instruktion durch den Mandanten ergeben, wenn dieser die Einzelheiten des Falles selbst nicht umfassend kennt, sondern für die Instruktion zum Beispiel einen besser informierten Mitarbeiter beiziehen muss. Auch wenn dieser Mitarbeiter in einem möglichen späteren Prozess als Zeuge in Betracht kommen könnte, erscheint der Kontakt mit ihm zwecks Instruktion jedenfalls dann unbedenklich, wenn der Anwalt blosser Empfänger von Informationen ist und er nicht auf eine Beeinflussung des potentiellen Zeugen hinwirkt (vgl. Nater, Zur Zulässigkeit anwaltlicher Zeugenkontakte im Zivilprozess, SJZ 102 [2006], S. 258). Sollte es im Prozess tatsächlich zu einer Zeugenbefragung kommen, soll der Anwalt dann aber auch von sich aus das Gericht und die Gegenpartei darüber in Kenntnis setzen, dass der Zeuge an der Instruktion beteiligt war.