

# IM FOKUS DES VORSTANDS SAV

## BERUFSGEHEIMNIS

DR. SERGIO GIACOMINI

Präsident SAV

Im Nachgang an die «Panama-Papers-Enthüllungen» im letzten Frühjahr ergingen diverse parlamentarische Vorstösse, die sich auch mit der Rolle der Rechtsanwälte beschäftigten. Zur Diskussion gestellt wurde etwa das Berufsgeheimnis der unabhängigen Rechtsanwältin. Das anwaltliche Berufsgeheimnis soll nur für «Prozess-» nicht jedoch für «Geschäfts-»-Anwälte gelten.<sup>1</sup> Diese Forderung ist Alltagspolitik-getrieben und erfolgt, ohne dass man die Thematik «Berufsgeheimnis der unabhängigen Rechtsanwältin» in einem umfassenderen Rahmen beleuchtet. Weshalb dem Berufsgeheimnis der unabhängigen Rechtsanwältin eine herausragende Bedeutung zukommt, wird in diesem alltagspolitischen Kontext nicht erläutert.

### I. Worum es dem SAV bei der Verteidigung des Berufsgeheimnisses *nicht* geht

Der SAV setzt sich nicht für die umfassende Sicherung des Berufsgeheimnisses ein, um seinen Mitgliedern einen Dienst zu erweisen und ihnen einen «Wettbewerbsvorteil» zu verschaffen. Der SAV sieht sich auch in dieser Frage nicht als Lobbying-Organisation zugunsten eines Berufsstandes. Vielmehr ist der SAV davon überzeugt, dass es das Berufsgeheimnis des unabhängigen Rechtsanwaltes für das Funktionieren des Rechtsstaates braucht. Das Berufsgeheimnis schützt nicht den Anwalt, sondern den Klienten, und zwar eben zugunsten eines Rechtsstaates, der diesen Namen auch verdient.

### II. Geschichtliches

Das Berufsgeheimnis des Anwaltes war schon immer Bestandteil des Selbstverständnisses der aufgrund ihrer juristischen Ausbildung *geschulden* und deshalb von der politischen Obrigkeit *unabhängigen* Anwaltschaft. Bereits der römische *advocatus* hatte eine harte Bestrafung zu gewärtigen, verletzte er das Berufsgeheimnis.<sup>2</sup> Der *Rechtsweiser* des Früh- und Hochmittelalters und der *Vorsprecher* im Spätmittelalter waren nicht mit diesem geschulden *advocatus* zu vergleichen. In jener Zeit ging es bei der Gerichtsbarkeit denn auch nicht um die Durchsetzung individueller Interessen. Vielmehr diente die autoritative Entscheidungsfindung primär dem Sicherheitsbedürfnis des Kollektivs.<sup>3</sup> Das Berufsgeheimnis spielte in diesem Umfeld keine (entscheidende) Rolle. In der (deutschsprachigen) Schweiz setzte die Entwicklung hin

zum gebildeten Advokaten erst mit der allmählichen Verwissenschaftlichung des Rechts im ausgehenden Ancien Régime ein.<sup>4</sup> Damit einher ging die Anerkennung des *gebildeten*, von der Obrigkeit *unabhängigen* Advokaten, dessen Berufsgeheimnis ein wichtiger Bestandteil für eben diese Unabhängigkeit war. Die Ideen der Aufklärung – «Aufklärung ist der Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit»<sup>5</sup> – beschleunigten die Entwicklung des unabhängigen und geschulden Anwaltes, dem sich der Bürger wegen dessen Unabhängigkeit und dessen Berufsgeheimnis vorbehaltlos anvertrauen konnte. Das Berufsgeheimnis des Anwaltes war somit immer eng mit dessen Unabhängigkeit verbunden.

1 So die parlamentarische Initiative Nr. 16.433 von Nationalrat Carlo Sommaruga «Panama Papers. Pour une distinction claire entre les avocats judiciaires et les avocats d'affairs.»

2 ROBERT PICCARD, *Considérations sur le secret professionnel de l'avocat*, SJZ 62, 1966, S. 54.

3 RENÉ PAHUD DE MORTANGES/ALAIN PRÊTRE, *Anwaltsgeschichte der Schweiz*, Zürich 1998, S. 11.

4 Die Entwicklung in der Westschweiz verlief anders. Dort fasste die gebildete Advokatur bereits mit dem Beginn der frühen Neuzeit Fuss. Siehe dazu die äusserst lesenswerte «Anwalts-geschichte der Schweiz» von RENÉ PAHUD DE MORTANGES/ALAIN PRÊTRE (Fn. 3).

5 IMMANUEL KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, in: *Berlinische Monatszeitschrift*, Dezemberheft 1784, S. 481.

### III. Das Berufsgeheimnis der unabhängigen Anwältin: eine zur Rechtspflicht erhobene moralische Pflicht

Dass man nicht ausplaudert, was einem jemand unter dem Siegel der Verschwiegenheit anvertraut, ist eine «Gebot der Anständigkeit».<sup>6</sup> Aber nicht jede moralische Pflicht muss – zumindest nicht im *freiheitlich* konzipierten Rechtsstaat – zwingend als rechtliche Pflicht ausgestaltet werden. Grundsätzlich ist ein jeder selber dafür verantwortlich, dass er sich verschwiegene Geheimnisträger aussucht. Der Gesetzgeber hat die Verschwiegenheit – eine moralische Pflicht – in Art. 321 StGB nur für einen bestimmten Kreis von Geheimnisträgern zur strafbewehrten Rechtspflicht erhoben. Nur Personen, die «vermöge ihres Berufs zur Kenntnis von Geheimnissen gelangen», werden durch die Rechtsordnung zur Verschwiegenheit verpflichtet.<sup>7</sup> Das Berufsgeheimnis der unabhängigen Anwältin ist somit moralisch *und* rechtlich geschuldet, es ist «geronnene Moral».<sup>8</sup>

### IV. Das anwaltliche Berufsgeheimnis als fester Bestandteil der schweizerischen Gesetzgebung gilt absolut

Das Berufsgeheimnis des unabhängigen Anwaltes wurde vom Gesetzgeber wiederholt «bestätigt».<sup>9</sup> Es ist in diversen Gesetzen (StGB, BGFA, ZPO, StPO, JStPO) unter verschiedenen Blickwinkeln fest verankert und besitzt *absolute* Geltung. Der Anwalt kann schweigen, selbst wenn er vom Geheimnis entbunden wird.<sup>10</sup>

### V. Individualrechtlicher Teilgehalt des Berufsgeheimnisses

Aufgrund seiner aus den prozessualen Grundrechten fließenden grundrechtlichen Aspekte kommt dem Berufsgeheimnis ein *individualrechtlicher* Teilgehalt zu. «Im Fokus steht hier nicht der Anwalt, sondern die Klientschaft respektive die an einem Verfahren beteiligte Person.»<sup>11</sup> Das Berufsgeheimnis schützt nicht den Anwalt, sondern den Klienten. Dieser individualrechtliche Teilgehalt wird auch vom Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung bestätigt und hochgehalten.<sup>12</sup>

### VI. Institutioneller Teilgehalt des Berufsgeheimnisses

Dem Berufsgeheimnis kommt überdies ein *institutioneller* Charakter zu. Dieser institutionelle Teilgehalt ist *das* Alleinstellungsmerkmal im Vergleich zu anderen Berufsgeheimnissen.<sup>13</sup> Das Bundesgericht umschreibt die institutionelle Bedeutung wie folgt: «Der anwaltlichen Berufspflicht kommt eine herausragende Bedeutung zu. Das anwaltliche Berufsgeheimnis als ein im *öffentlichen Interesse* geschaffenes, für einen funktionierenden und den Zugang zur Justiz garantierenden Rechtsstaat *unerlässliches Institut* [...] garantiert die Vertraulichkeit sämtlicher Einblicke, welche der Klient im Rahmen einer berufs-

spezifischen Tätigkeit der Anwältin oder dem Anwalt in seine Verhältnisse gewährt hat [...] [E]rst die *Vertraulichkeit* [ermöglicht] dem Rechtssuchenden, der Anwältin oder dem Anwalt die für eine zutreffende Beratung und wirksame Rechtsvertretung notwendigen Grundlagen vorbehaltlos zu offenbaren, weshalb sie unerlässliche Grundlage für deren Berufsausübung und damit für eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Justiz bildet.»<sup>14</sup> Beim anwaltlichen Berufsgeheimnis geht es somit um mehr als «nur» um den strafrechtlichen Schutz von *privatrechtlichen* Geheimhaltungsvorschriften.<sup>15</sup>

### VII. Keine Zweiteilung der unabhängigen Anwaltschaft – das Berufsgeheimnis gilt auch für die Rechtsberatung

Unumstritten ist, dass das anwaltliche Berufsgeheimnis nicht nur die Rechtsvertretung vor Gericht und Verwaltungsbehörden umfasst, sondern sich gleichermaßen auch auf die *Rechtsberatung* bezieht.<sup>16</sup> Dies hängt unter anderem damit zusammen, dass es in der Schweiz – gleichermaßen wie in den meisten Rechtsordnungen in Europa<sup>17</sup> – keine funktionale Zweiteilung in beratende und prozessierende Anwälte gibt. Die Rechtsanwältin führt nicht nur Prozesse, sie berät ihre Klienten auch und verschafft ihnen durch eben diese Rechtsberatung ebenfalls den Zugang zum Recht. Diese konsultative anwaltliche Tätigkeit dient der «Prozessprophylaxe»<sup>18</sup> und unterliegt dem Berufsgeheimnis.

6 ERNST LOHSING, Der Begriff des Berufsgeheimnisses, in SJZ 39, 1942/43, S. 79.

7 ERNST LOHSING (Fn. 6), S. 80.

8 Siehe zu diesem Begriff im Zusammenhang mit der Trennung von Recht und Moral im Rechtspositivismus HORST DREIER, Naturrecht und Rechtspositivismus: Pauschalurteile, Vorurteile, Fehlurteile, in: Wilfried Härle/Bernhard Vogel (Hrsg.), «Vom Rechte, das mit uns geboren ist». Aktuelle Probleme des Naturrechts, Freiburg/Br. 2007, S. 146.

9 BENOÎT CHAPPUIS, Le secret de l'avocat – Quelques questions actuelles, in RdA 2/2016, p. 55.

10 Siehe auch AnwR 1/2017, S. 4.

11 BERNHARD EHRENZELLER/RETO PATRICK MÜLLER, Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses unter besonderer Berücksichtigung der Frage des behördlichen Zugriffs auf Unterlagen, in: Festgabe für Walter Straumann, Solothurn 2013, S. 271.

12 Statt vieler ein Entscheid aus der jüngsten Rechtsprechung: BGer vom 9. 5. 2016, 2C\_586/2015, E. 2.2 und 2.3.

13 «Die «rechtsstaatsbezogenen Elemente» unterscheiden das Anwaltsgeheimnis von allen übrigen ebenfalls rechtlich geschützten Geheimnissen» (BERNHARD EHRENZELLER/RETO PATRICK MÜLLER [Fn. 11] S. 275).

14 BGer vom 9. 5. 2016, 2C\_586/2015, E. 2.1.

15 Bei den übrigen Berufsgeheimnissen, deren Verletzung Art. 321 StGB unter Strafe stellt, ist dagegen der Schutz *privater* Interessen im Fokus, siehe BSK StGB-NIKLAUS OBERHÖLZER, Art. 321, N 1.

16 BERNHARD EHRENZELLER/RETO PATRICK MÜLLER (Fn. 11) S. 267.

17 Mit Ausnahme des englischen und teilweise des französischen Rechts, siehe RENÉ PAHUD DE MORTANGES/ALAIN PRÊTRE (Fn. 3), S. 10.

18 WOLFGANG SALZMANN, Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, Diss. Fribourg 1976, S. 81.

### VIII. Nur die *anwaltstypische* Tätigkeit wird vom Berufsgeheimnis erfasst

Das Berufsgeheimnis bezieht sich nur auf *anwaltstypische* Tätigkeiten, «*uneigentliche*» Anwaltstätigkeiten<sup>19</sup> fallen nicht darunter. Betätigt sich der Anwalt als reiner Vermögensverwalter oder beschafft, überbringt oder platziert er Geld, so unterliegen diese Tätigkeiten nicht dem Berufsgeheimnis. Diesbezüglich besteht kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf, das Berufsgeheimnis ist bereits *de lege lata* gegen eine «Zweckentfremdung» geschützt.

### IX. Das anwaltliche Berufsgeheimnis schützt den Anwalt nicht vor einer Rechtsverfolgung, wenn er sich nicht an das Gesetz hält

Anwälte müssen sich, wie jedermann, an die Gesetze halten. Dies gilt für ihre Beratungstätigkeit, das Erbringen von Treuhanddienstleistungen oder die Vertretung eines Mandanten vor Gericht. Zu den Gesetzen, die einzuhalten sind, gehören unter anderem das Strafgesetzbuch, aber auch alle Steuergesetze. Es wird oft verkannt, dass z. B. Art. 305<sup>bis</sup> des Strafgesetzbuches – um wieder zum «Panama-Papers»-Kontext zurückzukehren – auch auf Anwälte anwendbar ist; dies unabhängig davon, ob sie als Finanzintermediär oder beratend tätig sind. Gemäss dieser Bestimmung ist es verboten, eine Handlung vorzunehmen, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Aufindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, von welchen der Anwalt weiss oder annehmen muss, dass sie aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren. Zu beachten ist, dass seit dem 1.1.2016 auch qualifizierte Steuervergehen als Vortat, aus welchem «verbotene» Vermögenswerte stammen können, gelten. Auch unter diesem Aspekt sind die einleitend erwähnten, von der Alltagspolitik getriebenen und den Gesamtrahmen ausser Acht lassenden parlamentarischen Vorstösse unnötig.

### X. Disziplinaufsicht als zusätzliches repressives Mittel gegenüber fehlbaren Anwälten

Die im Anwaltsregister eingetragene Rechtsanwältin unterliegt einem rigiden Berufsrecht. Verstösst sie gegen dieses, riskiert sie – und zwar unabhängig davon, ob ein Straftatbestand erfüllt ist (und sie verurteilt wurde) oder nicht – eine *Disziplinar massnahme*, die bis hin zu einem dauernden Berufsausübungsverbot reichen kann. Art. 12 lit. a BGFA, der vom Rechtsanwalt eine sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung verlangt, ist äusserst weitreichend: «Der Anwalt darf nicht versuchen, die bestehende Rechtsordnung zu umgehen oder zu durchkreuzen, sondern er hat diese peinlich zu respektieren, sich an Recht und Gesetz zu halten. Er soll die Interessen seines Klienten nicht mit Lug und Trug, sondern nach Recht und Billigkeit verfechten. [...] Der Rechtsanwalt darf nicht bewusst das Unrecht fördern [...]. Er soll keine verwerflichen, ungehörigen, verbotenen, sittenwidrigen oder unrechtmässigen Ansinnen vertreten.»<sup>20</sup> Es braucht in Bezug auf

das Berufsgeheimnis keine unterschiedliche Behandlung von «Prozessanwälten» und «Geschäftsanwälten»,<sup>21</sup> wie dies die parlamentarische Initiative Sommaruga<sup>22</sup> will. Auch – im Anwaltsregister eingetragene – «Geschäftsanwälte» unterliegen dem Berufsrecht. Sie werden gleichermaßen wie die «Prozessanwälte» sanktioniert, wenn sie bewusst das Unrecht fördern.

### XI. Fazit

1. Das anwaltliche Berufsgeheimnis ist von jeher ein unverzichtbarer Bestandteil der Tätigkeit der von der Obrigkeit unabhängigen Anwaltschaft. Ihm kommt ein institutioneller Charakter zu: Ohne umfassendes Anwaltsgeheimnis gibt es keinen funktionierenden und den Zugang zur Justiz garantierenden Rechtsstaat.
2. Das anwaltliche Berufsgeheimnis schützt den Klienten und nicht die Rechtsanwältin.
3. Die unabhängige Anwaltschaft kennt keine «Zweiklassengesellschaft» von Prozess- und Geschäftsanwälten. Vom Berufsgeheimnis umfasst sind Rechtsvertretung und Rechtsberatung.
4. Die bestehende Rechtsordnung bietet genügend Schutz vor einer «Zweckentfremdung» des Berufsgeheimnisses: Nur die *anwaltstypische* Tätigkeit fällt in den Bereich des Berufsgeheimnisses. Hält sich der Anwalt nicht an das Gesetz, so kann er sich nicht unter Berufung auf das Berufsgeheimnis einer Strafverfolgung entziehen. Auch das Berufsrecht mit seinen Disziplinar massnahmen sorgt dafür, dass der Rechtsanwalt nicht «ungestraft» die bestehende Rechtsordnung umgehen kann.

Der parlamentarische Aktivismus, der sich im Nachgang an die «Panama-Papers-Enthüllungen» entwickelt hat, trägt diesen Überlegungen nicht Rechnung. Es braucht keine zusätzlichen gesetzlichen Regelungen, um allfälligen Missbräuchen im Zusammenhang mit dem anwaltlichen Berufsgeheimnis zu begegnen. Das vorhandene Instrumentarium ist fein austariert und trägt der herausragenden Bedeutung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses für das Funktionieren des Rechtsstaates Rechnung.

<sup>19</sup> Siehe zur Begriffsvielfalt bezüglich dieser uneigentlichen Anwaltstätigkeiten KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, S. 6 und S. 77 ff.

<sup>20</sup> FELLMANN, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 12, N 37, mit Verweis auf das Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zürich 1988.

<sup>21</sup> Dass man das Berufsgeheimnis nach Massgabe der Unterscheidung in «Prozessanwälte» und «Geschäftsanwälte» zuweisen kann ist ohnehin eine Chimäre. Zum einen entziehen sich diese Begriffe einer klaren und nachvollziehbaren Definition. Zum andern sollte auch der «Prozessanwalt» (was auch immer man unter diesem Begriff verstehen mag) in erster Linie darauf bedacht sein, Prozesse zu vermeiden, und zwar durch Beratung seines Klienten. Soll die Beratung im Rahmen der Prozessvermeidung denn vom Berufsgeheimnisschutz ausgenommen sein?

<sup>22</sup> Siehe oben Fn. 1.

«Wir haben  
Grosses vor.  
Darin unterstützt  
uns die  
Credit Suisse.»

Manuel Grenacher,  
Gründer und CEO Coresystems AG



**Credit Suisse – die Bank für Unternehmer**  
[credit-suisse.com/unternehmer](https://credit-suisse.com/unternehmer)