

Michael Pfeifer*

Art. 321 StGB als Grundlage eines uneingeschränkten Anwaltsgeheimnisses – mit Ausführungen zu einem Berufsgeheimnis von Unternehmensjuristen, eine Replik auf Niggli

Stichworte: Anwaltsgeheimnis, Berufsgeheimnis, Unternehmensjuristen, Strafrecht

I. Vorbemerkungen

Es sind zwei Pole, die gleichsam das *Spannungsfeld* erzeugen, in dem die Diskussion um das Anwaltsgeheimnis und das Berufsgeheimnis von Unternehmensjuristen¹ geführt wird.

Bis zu MARCEL NIGGLI hätte niemand daran gedacht, dass Art. 321 StGB auch Unternehmensjuristen erfassen könnte. Deutlich, und in der internationalen Business-Community wahrgenommen, kommt diese, wenn man so will «traditionelle» *Sicht des Geltungsbereiches von Art. 321 StGB* bei PETER BURCKHARDT,² zum Ausdruck: «Most remarkably, and in contrast to many other jurisdictions, especially common law jurisdictions, under Swiss Law, in-house counsels do not qualify as «lawyers» and are not subject to legal professional secrecy obligations.» Auch die älteren und jüngeren Lehrbücher und Kommentare verstehen unter dem «Anwalt» des Textes von Art. 321 StGB ausdrücklich oder stillschweigend nur Anwälte, die in «freie(r) Advokatur» (HAFTER³) resp. als «Angehörige freier Berufe» (OBERHOLZER⁴) praktizieren. Der Rückgriff auf einen «offiziellen» Beleg bestätigt diese herkömmliche Sichtweise. Ziff. 4 des Merkblatts der Wettbewerbskommission zur Vorgehensweise bei Haussuchungen lautet: «Kein Anwaltsgeheimnis für Unternehmensjuristen. Ein

Unternehmensjurist ist ein Arbeitnehmer des betroffenen Unternehmens. Ihm mangelt es an der für die Gewährung des Anwaltsgeheimnisses notwendigen Unabhängigkeit vom Unternehmen. Es kommt ihm folglich kein anderer Status zu, als allen anderen Arbeitnehmern des Unternehmens.» Diesen Ansatz vertrat auf europäischer Ebene auch schon der von FRANZ HOFFET, DOROTHEA SECKLER⁵ zitierte JONATHAN FAULL⁶ bei der Behandlung der Frage des Unterschieds von In-house Lawyers zu Outside Counsel, wenn er fragte: «Are legal departments different in this regard (legal professional privilege) from those dealing with production, sales or finance?»

Heute vertreten Unternehmensjuristen (statt vieler siehe HERBERT WOHLMANN⁷) und Unternehmen (stellvertretend für sie in der Schweiz die Industrie-Holding⁸ [heute SwissHoldings]) die Ansicht, *Bedürfnisse der Praxis* sprächen für eine Anwendung von Art. 321 StGB auf die Unternehmensjuristen. Zur Begründung dieser Bedürfnisse wird auf neuere Unternehmen erfassende Kontrollverfahren, insbesondere im Kartell- und Wettbewerbsrecht⁹ sowie die Compliance Erfordernisse im Bereich von GwG und Corporate Governance verwiesen. In derartigen Fragen hätten die Unternehmensjuristen einen unmittelbaren Zugriff auf die relevanten Informationen, und «es dürfe nicht sein, dass nur um Honorare zu generieren, eine Kommunikationslinie zwischen Unternehmen und freiem Anwalt aufgebaut werden muss».¹⁰

Während MARCEL A. NIGGLI eine Möglichkeit sieht, Art. 321 StGB so auszulegen, dass auch Unternehmensjuristen davon erfasst werden, sehen andere die Lösung in einer entsprechenden neuen Gesetzgebung. Die Ansicht NIGGLI ist bekannt. Meine Ansicht ist bekannt.

Im vorliegenden Beitrag lege ich meine Argumente nochmals kursivisch dar und versuche mich, mit einem Blick in die EU und

* Dr. iur., Rechtsanwalt bei Vischer Anwälte und Notare, Basel. – Die Replik beruht auf erweiterten und ergänzten Ausführungen anlässlich einer Veranstaltung des Instituts für Recht und Wirtschaft an der Universität Fribourg in Zusammenarbeit mit Bär & Karrer, Rechtsanwälte, vom 29. Juni 2006, in Zürich zum Thema: «Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB in der Anwaltspraxis und die In-house Counsel». Sie antwortet auf den Beitrag von MARCEL A. NIGGLI, Unterstehen dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch Unternehmensjuristen?, in: *Anwaltsrevue* 8/2006, S. 277 ff. (zitiert: «NIGGLI, *Anwaltsrevue*»). Ausgelöst wurde die Diskussion zwischen MARCEL A. NIGGLI und MICHAEL PFEIFER durch einen Artikel in der NZZ am Sonntag vom 22. 1. 2006, S. 19, (zitiert «NIGGLI, NZZ»), in dem NIGGLI, gestützt auf ein Gutachten vom 5. 8. 2005 für die Industrie-Holding (heute SwissHoldings), behauptete, das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB gelte auch für Unternehmensjuristen. Darauf antwortete PFEIFER mit einem Beitrag, Gilt das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch für Unternehmensjuristen?, in: *Anwaltsrevue* 4/2006, S. 166 ff.

1 Mit der Berufsbezeichnung «Unternehmensjurist» ist immer auch die «Unternehmensjuristin» gemeint. Gleiches gilt für Anwalt und Anwältin.
2 PETER BURCKHARDT, Legal Professional Secrecy and Privilege in Switzerland, in: *International Litigation News* October 2004, S. 33 ff., der IBA Section on Business Law.
3 ERNST HAFTER, Schweizerisches Strafrecht, Berlin 1943, besonderer Teil, zweite Hälfte, S. 853.
4 NIKLAUS OBERHOLZER, in: BS Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 321 StGB, Rz. 3, Marcel A. Niggli, Hans Wiprächtiger (Hrsg.).

5 FRANZ HOFFET und DOROTHEA SECKLER, Vom Anwaltsgeheimnis zum «Legal Privilege», SJZ 101 (2005), S. 399, Fn. 62.
6 JONATHAN FAULL, In-house Lawyers and Legal Professional Privilege: A Problem Revisited, Arbeitspapier Brüssel, 8. 10. 1997. Abrufbar über <http://ec.europa.eu/comm/competition/Speeches/text/sp1997_049_en.html>.
7 Eine Kopie seiner Stellungnahme zu meinem Aufsatz, «Gilt das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch für Unternehmensjuristen?» kann beim Verfasser bezogen werden und soll demnächst publiziert werden.
8 Siehe Jahresbericht 2004/2005 der Industrie-Holding, S. 48 f.
9 HOFFET/SECKLER (Fn. 5), S. 337.
10 HERBERT WOHLMANN, Stellungnahme, Ziff. 2 i. f.

insbesondere nach Belgien, vom Image des Verhinderers zu lösen. Dass dabei aus der Sicht des praktisch tätigen Anwalts im Strafrecht und im Verfahrensrecht die Verankerung dieser Rechtsgebiete im Verfassungsrecht höher gewichtet wird als die Mechanik des Strafrechts, dass der Verfasser also tatsächlich zu den «Freunden des Verfassungsrechts»¹¹ gehört, mag ihm sein das materielle Strafrecht verteidigender und strafrechtlich viel qualifizierterer Kontrahent nachsehen.

Im Verhältnis zu MARCEL A. NIGGLI ist betreffend den Umgang mit Zitaten auch meinerseits eine Replik angezeigt. Der Umgang mit Zitaten erscheine bei mir – so MARCEL A. NIGGLI in seiner Antwort auf meinen Aufsatz – «zumindest höchst eigenwillig».¹² MARCEL A. NIGGLI kritisiert meinen Vorwurf, er sage das Berufsgeheimnis schütze keine öffentlichen Interessen, als unseriös, denn diese Äusserung finde sich in seinem Text nicht. NIGGLI kritisiert ferner, ich schriebe seine Feststellung, das Berufsgeheimnis werde oft als Privileg verstanden, ihm selbst zu, so als ob er diese Position vertrete.

Wie MARCEL A. NIGGLI¹³ richtig feststellt, lag mir bei der Arbeit zu meinem Aufsatz sein Gutachten nicht vor. Mein publizierter Aufsatz bezog sich auf den Beitrag in der NZZ am Sonntag vom 22. Januar 2006, S. 19, «Das Berufsgeheimnis gilt auch für angestellte Anwälte». Dieser publizierte Beitrag, dem ein Foto von MARCEL NIGGLI beigefügt war, enthielt im Klappentext den Hinweis: «Firmen lagern heikle Fälle oft an selbstständige Anwälte aus, weil nur diese dem Anwaltsgeheimnis unterstehen. Das ist eine verbreitete aber falsche Ansicht, argumentiert Marcel Niggli.» Darauf galt es in einem ebenfalls publizierten Beitrag zu erwidern. Dafür bot sich die Anwaltsrevue an, denn die NZZ am Sonntag lehnte eine Antwort auf den Beitrag vom 22. Januar 2006 ab und zwar mit dem Hinweis, die Angelegenheit sei zu technisch juristisch, es sei schon ein Irrtum gewesen, den Beitrag vom 22. Januar 2006 zu publizieren.

Im Text in der NZZ am Sonntag vom 22. Januar 2006 findet sich der Satz «würde die Norm (Art. 321 StGB, der Verfasser) öffentliche Interessen schützen, wäre nicht nachzuvollziehen, dass ein Einzelner durch seine Einwilligung die Strafbarkeit aufzuheben vermöchte».¹⁴ Was soll daraus anderes abzuleiten sein, als dass primäres Schutzobjekt dieser Bestimmung in den Augen des Autors des Beitrages nicht die Öffentlichkeit ist? Ferner braucht es schon einen sehr differenzierten Blick, wenn die Ausführungen von MARCEL A. NIGGLI in der NZZ am Sonntag vom 22. Januar 2006, wonach eine «genaue Analyse... ergibt, dass das Anwaltsgeheimnis... als Privileg verstanden wird», nicht als eigene Position NIGGLIS zu verstehen ist, sondern nur als Darstellung eines bei anderen existierenden Verständnisses.

Andererseits muss nun auch ich einen unzulässigen Umgang mit Zitaten rügen. Wenn MARCEL A. NIGGLI sagt, die beiden Ge-

heimnisse (Art. 321 StGB und Art. 13 BGFA, der Verfasser) gleich zu behandeln, wie dies PFEIFER vorschlägt, sei «beeindruckend leichtfertig»¹⁵, und wenn MARCEL A. NIGGLI diesen Vorwurf auf S. 168 meines Aufsatzes in der Anwaltsrevue 4/2006 abstützt, so findet das dort keine Stütze. Auf S. 168 forderte ich nicht Gleichbehandlung für die Geheimnisse, sondern führte aus, die unterschiedliche Menge an durch Art. 321 StGB und Art. 13 BGFA geschützten Informationen sei nicht entscheidend für den Schutz durch das Berufsgeheimnis.

II. Einleitung

Die Diskussion um das Berufsgeheimnis der Unternehmensjuristen ist eine Diskussion um die Frage, ob eine bisher nur auf freie Anwälte angewendete Strafnorm auch auf Unternehmensjuristen angewendet werden soll. Es geht um die *Anwendbarkeit* von Art. 321 StGB. Ich denke nicht, dass im Zusammenhang mit den Situationen, wie sie von Unternehmensjuristen geschildert werden (z. B. im Kartellrecht, in der Compliance), an eine Verbesserung der Stellung der Unternehmensjuristen durch ihren Einbezug in den Geltungsbereich des BGFA und damit an das Anwaltsgeheimnis des Art. 13 BGFA gedacht ist. Die hier behandelte Problematik des Berufsgeheimnisses unterscheidet sich von anderen Problemen im Zusammenhang mit den Folgen, die sich daraus ergeben, dass Unternehmensjuristen nicht in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen werden (z. B. keine berufliche Vertretung von Klienten möglich). Auf die Problematik des persönlichen Geltungsbereichs des BGFA ist hier nicht einzugehen. Die Frage der Organisation, Kontrolle und Selbstkontrolle als Pendant zum Berufsgeheimnis kommt aber später bei der Vorstellung des belgischen Modells zur Sprache.

Schon an dieser Stelle sei aber darauf hingewiesen, dass z. B. der ehemalige Präsident des CCBE, RA Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig, Frankfurt a. M., Unternehmensjuristen zur Anwaltschaft zulassen möchte und dafür eintritt, diese Frage von der Frage der Erfassung der Unternehmensjuristen durch das Berufsgeheimnis zu trennen.¹⁶

III. Bedürfnisse für ein Berufsgeheimnis der Unternehmensjuristen

Die in meinem Aufsatz in der Anwaltsrevue 4/2006 erwähnten Bedürfnisse der Industrie-Holding (heute SwissHoldings) und von Unternehmen, wie sie¹⁷ auch dem zitierten französischen Vorstoss zugrunde liegen, sind ernst zu nehmen. HERBERT WOHLMANN, der General Counsel von Clariant, fasste diese Bedürfnisse anschaulich zusammen. In den Vorbemerkungen wurde darauf hingewiesen. Ich kann dazu nur wiederholen, was ich schon immer sagte: Die Bedürfnisse nach einem Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen zu negieren wäre realitätsfremd. Wie ihnen

11 Der Untertitel des Aufsatzes von NIGGLI, Anwaltsrevue, lautet: «Eine Verteidigung des materiellen Strafrechts gegen die Freunde des Verfassungsrechts, zugleich eine Antwort auf Pfeifer».

12 NIGGLI (Fn. *), Anwaltsrevue, S. 277.

13 NIGGLI (Fn. *), Anwaltsrevue, S. 277.

14 NIGGLI (Fn. *), NZZ, S. 19.

15 NIGGLI (Fn. *), Anwaltsrevue, S. 246.

16 Siehe etwa das CCBE President Memorandum re: A more powerful legal profession in Europe/In-house Counsel, Brüssel, 17. 11. 2004.

17 PFEIFER (Fn. *), Anwaltsrevue, S. 166.

zu begegnen ist, das ist hier die Frage und darüber sind sich MARCEL A. NIGGLI und ich nicht einig.

Die ganze Palette von Argumenten für aber auch gegen ein Berufsgeheimnis der Unternehmensjuristen findet sich übrigens schon in einem Aufsatz von JONATHAN FAULL von 1997, dem damaligen Direktor der DG IV der Kommission. Faull referierte auch die damalige Rechtsprechung des EUGH und den damaligen Zustand in den damaligen Mitgliedstaaten der EU sehr umfassend. Nicht ganz unerwartet stammen die weniger von Form als von Substanz geprägten Zitate, die das Bedürfnis nach einem Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen argumentierten (insbesondere der auch heute noch sehr aktive damalige Advocate General Slynn (der heutige Law Lord Slynn of Hadley) aus dem englischen Rechtsbereich.

IV. Herkömmliche Sichtweise des Berufsgeheimnisses der Anwälte

Das «traditionelle» Verständnis der Anwaltsgeheimnisse sei hier nur der Vollständigkeit halber nochmals erwähnt. In den Vorbemerkungen wurde schon kurz darauf eingegangen. Seit Inkrafttreten von Art. 321 StGB am 1. Januar 1942 wurde bis MARCEL A. NIGGLI nie in Erwägung gezogen, den Anwendungsbereich auf Unternehmensjuristen auszudehnen. Nicht einmal WERNER DE CAPITANI, der Altmeister in der Vertretung der Sache der Unternehmensjuristen, scheint so weit zu gehen wie MARCEL A. NIGGLI. Zwar fragt sich WERNER DE CAPITANI, «ob der (traditionell ausgelegte) persönliche Geltungsbereich in Art. 321 StGB geglückt ist»,¹⁸ er anerkennt aber, «dass er sich auf patentierte Anwälte, soweit sie der berufsspezifischen Anwaltstätigkeit nachgehen», erstreckt.¹⁹

Den Ausführungen von HOFFET/SECKLER²⁰ zu einem «erweiterten Verständnis des Anwaltsgeheimnisses» und zur Abkehr vom «engen Anwaltsgeheimnis im Schweizer Recht» ist vorbehaltlos zuzustimmen. Wie HOFFET/SECKLER in ihrem Beispiel zum gelöschten E-Mail-Attachment schön demonstrieren und mit der Besprechung der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte in der Rechtswirklichkeit der EU erläutern, ist das Bedürfnis nach einem erweiterten Verständnis des Anwaltsgeheimnisses nachgewiesen. Die «Erweiterung» durch einen Verzicht auf das Gewahrsamerfordernis und ein institutionelles Verständnis des Anwaltsgeheimnisses zu befördern, ist ohne Gesetzesänderung möglich. Die «Erweiterung» dadurch zu erreichen, dass auch Unternehmensjuristen durch ein Berufsgeheimnis erfasst werden, erfordert meines Erachtens eine neue gesetzliche Grundlage.

In Strafverfahren kommt der Wahrung rechtsstaatlicher Standards und damit der Vertraulichkeit der Anwalts-/Klientenbeziehung eine zentrale Bedeutung zu. Das stellen FRANZ HOFFET/DOROTHEA SECKLER²¹ für das Kartellverfahren fest. Das ist angesichts des

unterschiedlichen Konzepts von KG und etwa UWG sehr verständlich. Während Art. 15 UWG den Richter anweist, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren, allenfalls dadurch, dass nur das Gericht alle Informationen erhält und sie der Gegenpartei nur selektiv zugänglich macht, sieht das KG die Pflicht zur unbeschränkten wahrheitsgemässen Beweisaussage vor.

Meines Erachtens stehen FRANZ HOFFET/DOROTHEA SECKLER mit ihrer Forderung nach der Wahrung rechtsstaatlicher Standards in kartellrechtlichen Verfahren in einem direkten Gegensatz zur Ansicht MARCEL A. NIGGLIS, «dass die rechtsstaatlichen Aspekte für den Anwendungsbereich von Art. 321 StGB belanglos sind».²² Sowohl im Strafverfahren des KG als auch in Strafverfahren des gemeinen Strafrechts sind Fragen zu Art. 321 StGB in Berücksichtigung rechtsstaatlicher Aspekte zu entscheiden. Auch die Bestimmung des Anwendungsbereichs einer Norm folgt rechtsstaatlichen Prinzipien.

V. Umgang mit den Bedürfnissen nach einem Berufsgeheimnis der Unternehmensjuristen

Wie in den verschiedenen Rechtsordnungen mit einem Berufsgeheimnis der Unternehmensjuristen umgegangen wird, sei kurz dargestellt. Es ist hier nicht im Detail darauf einzugehen, was der ehemalige Präsident des CCBE dazu ausführte und wozu mehrere Aufsätze und Beiträge vorliegen.²³ Als Möglichkeit einer besonderen gesetzlichen Regelung sei das belgische Modell kurz vorgestellt und auf die Entwicklung in Frankreich verwiesen. Die Bestrebungen der Industrie-Holding (heute SwissHoldings) und die Sicht MARCEL A. NIGGLIS sind bekannt.

1. Europäische Ansätze

Die Situation in der EU-Rechtsprechung nach den Entscheidungen des EUGH 1982 i. S. AM&S und des Gerichts erster Instanz i. S. Akzo wurde mehrfach dargestellt. Zuzufolge unterschiedlicher Ansätze in den verschiedenen Mitgliedstaaten der EU zur Frage des Berufsgeheimnisses der Unternehmensjuristen lässt sich noch nichts Definitives sagen. Gewiss ist, dass die Angelegenheit Akzo vom EUGH noch nicht entschieden wurden. Eingehend besprochen wird der Rechtszustand in der EU nach neuen Entwicklungen von CLAUDIA SEITZ.²⁴

Die Haltung von HANS-JÜRGEN HELLWIG, des ehemaligen Präsidenten des CCBE, zur Frage des Berufsgeheimnisses der Unternehmensjuristen wurde mehrfach erwähnt. Sein Ansatz, die Anwaltschaft auch für Unternehmensjuristen zu öffnen, dürfte für die Schweiz, so sympathisch dieser Ansatz erscheint, in nächster Zeit eingedenk der Diskussion um das Unabhängigkeitserfordernis bei der Beratung des BGFA im Parlament kaum zum Erfolg führen.

22 NIGGLI (Fn. *), Anwaltsrevue, S. 280.

23 Siehe HANS-JÜRGEN HELLWIG, ehemaliger Präsident CCBE, CCBE President Memorandum re: A more powerful legal profession in Europe/In-house Counsel, Arbeitspapier Brüssel, 17. 11. 2004.

24 CLAUDIA SEITZ, Unternehmensjuristen und das Anwaltsprivileg ein europäisches Wettbewerbsverfahren – Wandel der europäischen Rechtsprechung?, EuZW 8/2004, S. 231 ff.

18 WERNER DE CAPITANI, Anwaltsgeheimnis und Unternehmensjurist, Rz. 167.

19 DE CAPITANI (Fn. 18), Rz. 160.

20 HOFFET/SECKLER (Fn. 5), S. 333 ff.

21 HOFFET/SECKLER (Fn. 5), S. 333 ff.

2. Das belgische Modell

In Belgien wurde mit Gesetz vom 1. März 2000 la Loi Créant un Institut des juristes d'entreprise geschaffen. Dessen Art. 5 lautet: «Les avis rendus par le juriste d'entreprise, au profit de son employeur et dans le cadre de son activité de conseil juridique, sont confidentiel». Das Gesetz legt in Art. 4 die Voraussetzungen fest, unter denen die Qualifikation und der Titel eines juriste d'entreprise erworben und beibehalten werden kann. Ferner wird die Errichtung und das Funktionieren eines Instituts des juristes d'entreprise fixiert. Es handelt sich um eine Parallelorganisation zum Anwaltsverband. Dies wird auch aus der ebenfalls im Gesetz (Art. 14 ff.) enthaltenen Kompetenz des Instituts zu Disziplinarmaßnahmen deutlich. Gestützt auf das Gesetz wurde ein Code de Déontologie erlassen, der sich wie Landesregeln für Anwälte liest. Gefordert wird *Honneur et Dignité* und – darüber liesse sich eine eigene Veranstaltung durchführen – eine *Indépendance intellectuelle*. Art. 9 des Code de Déontologie fordert unter dem Titel *caractère confidentiel des informations*, dass der juriste d'entreprise «respecte le caractère confidentiel de toute l'information qui lui est donnée égard à sa qualité». Art. 10 spezifiziert die Confidentialité der avis rendus.

Belgien hat also gerade anders als Hellwig dies empfiehlt, den Weg einer eigenen Gesetzgebung gewählt. Um die Unternehmensjuristen zu Adressaten eines Berufsgeheimnisses zu machen, werden sie in eine anwaltsverbands-ähnliche Organisation zusammengeschlossen. Dabei ist nicht zu übersehen, dass die Mitgliedschaft im Institut des juristes d'entreprise freiwillig ist und keine zusätzliche, über ein abgeschlossenes juristisches Studium hinausgehende Qualifikation erfordert. Es wird interessant sein, wie die Praxis dieses belgische Modell eines Berufsgeheimnisses für Unternehmensjuristen die Confidentialité des informations auslegt und anwendet.

3. Entwicklungen in Frankreich

In meinem Aufsatz in der Anwaltsrevue 4/2006 erwähnte ich die Bestrebungen der vom damaligen Justizminister Dominique Perben ins Leben gerufenen Guillaume-Kommission. Anscheinend gehen die Bestrebungen dieser Kommission, in der auch Vertreter der Association Française des juristes d'entreprise Einsitz nehmen, in Richtung des belgischen Modells, eines den Unternehmensjuristen erfassenden, durch die Gesetzgebung neu einzuführenden Berufsgeheimnisses.

4. Die Forderungen der Industrie-Holding (heute SwissHoldings) und das Gutachten Marcel A. Niggli

Ein strukturelles Problem mit der Forderung von MARCEL NIGGLI ergibt sich neben anderen (z. B. institutionellen) Bedenken daraus, dass Art. 321 StGB nicht auf Unternehmensjuristen zugeschnitten ist.

Wenn Unternehmensjuristen nicht als Adressaten von Art. 321 StGB erscheinen und vorgeschlagen wird, auf dem Wege der Gesetzgebung ein Berufsgeheimnis für sie einzufüh-

ren, dann deshalb, weil Art. 321 StGB einen Informationsfluss, einen Kommunikationsstrang schützt, den es beim Unternehmensjuristen nicht gibt und nicht geben kann. Der Unternehmensjurist ist in seiner Funktion als ein im Unternehmen Rechtsfragen behandelnder Mitarbeiter nichts vom Unternehmen Verschiedenes, im Gegenteil er vertritt das Unternehmen geradezu.

Den Unternehmensjuristen in den Kreis der Adressaten von Art. 321 StGB einzubeziehen hiesse positiv, im von ihm betreuten Geschäftsbereich den Geheimnisschutz über Art. 162 StGB hinaus auszudehnen und damit neue Ungleichbehandlungen zu schaffen, nämlich zwischen Unternehmen mit und Unternehmen ohne Unternehmensjuristen mit Anwaltspatent. Es hiesse negativ, den Unternehmensjuristen, der eine nicht als Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 162 StGB geschützte Information verrät und sei sie noch so unbedeutend, nach Art. 321 StGB zu bestrafen. Damit hätte das Unternehmen seinen General Counsel fester in der Hand als mit jedem Konkurrenzverbot.

Zudem, während das Anwaltsgeheimnis des freien Anwalts im Rechtsstaat für den Rechtszugang der Bürger unverzichtbar ist,²⁵ kann Gleiches für das Berufsgeheimnis des Unternehmensjuristen nicht gesagt werden. Der Schutz der Geschäftsgeheimnisse nach Art. 162 StGB und die Treuepflicht des Arbeitsverhältnisses galten bisher als ausreichend, um den Diskretionsanspruch der Unternehmen in der Rechtsordnung zu gewährleisten. Die verfassungsrechtliche Komponente des Anwaltsgeheimnisses ist fassbar, die eines Berufsgeheimnisses der Unternehmensjuristen ist nicht zu sehen. Das heisst indessen nicht, dass nicht auf Stufe der Gesetzgebung ein Berufsgeheimnis der Unternehmensjuristen Platz hätte, wirtschaftliche Gründe dafür gibt es genügend.

VI. Polemik um das Berufsgeheimnis der Anwälte und ein Berufsgeheimnis der Unternehmensjuristen und ihre Hintergründe

Im Zusammenhang mit einem Berufsgeheimnis der Unternehmensjuristen und dem Anwaltsgeheimnis wird bei der Diskussion um die Unabhängigkeit des Anwalts immer wieder die Frage der wirtschaftlichen Unabhängigkeit aufgeworfen und, je nach Standpunkt, auf fehlende wirtschaftliche Unabhängigkeiten hingewiesen. Ist der angestellte Unternehmensjurist mit sechsmonatiger Kündigungsfrist oder der im sofort kündbaren Auftragsverhältnis tätige Rechtsanwalt wirtschaftlich abhängiger? Ist der Lohn nur von einer Quelle, nämlich seinem Arbeitgeber, beziehende Unternehmensjurist, oder der seinen Ertrag mit mehreren Mandaten erwirtschaftende Anwalt wirtschaftlich abhängiger? Wie sieht die Faktizität aus, mit anderen Worten, wie viele Unternehmensjuristen wurden schon wegen ihrem Arbeitgeber unbequemen Ansichten entlassen resp. wurden aus denselben Gründen schon Anwälten Mandate entzogen? Die Erfahrung des

²⁵ WALTER SCHLUEP, Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat, Schriftenreihe des ZAV Nr. 1, Schulthess, Zürich 1994.

Lebens, um Einzelfälle bereinigt, und die *communis opinio* dürfte auf das Stichwort «Unabhängigkeit» eher mit der Antwort «Anwälte» als mit der Antwort «Unternehmensjuristen» kontern.

Im Hinblick auf die neue schweizerische Strafprozessordnung stellt sich die zentrale Frage, ob sie ein, den Klienten und den Anwalt zum Entscheid «Stillschweigen oder Reden» berufendes, absolutes oder ein relatives, nur den Klienten als Geheimnisherrn zulassendes Berufsgeheimnis, enthält.²⁶ Aus Sicht der Befürworter eines uneingeschränkten, absoluten Berufsgeheimnisses ist die von MARCEL A. NIGGLI gezogene Schlussfolgerung, Art. 321 StGB schütze vorrangig Partikularinteressen,²⁷ nicht willkommen. Die Ansicht MARCEL A. NIGGLIS, die rechtsstaatlichen Aspekte des Anwaltsberufs und des Anwaltsgeheimnisses seien für den Anwendungsbereich von Art. 321 StGB belanglos,²⁸ kann nicht geteilt werden. Wenn mit der Argumentation MARCEL A. NIGGLIS der Anwendungsbereich von Art. 321 StGB auf Unternehmensjuristen ausgedehnt wird, fallen Klient und Anwalt in einer Person zusammen. Damit wird der Forderung nach einem absoluten Berufsgeheimnis in der neuen schweizerischen Strafprozessordnung der Boden entzogen. Das kann nicht das Interesse einer Rechtsstaatlichkeit verpflichteten Rechtsordnung und damit auch nicht das Interesse der Wirtschaft und der ein Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen Fordernden sein.

VII. Strafrecht und Verfassungsrecht – Bestehen auf einem uneingeschränkten Anwaltsgeheimnis in der neuen schweizerischen Strafprozessordnung

Es kann nicht darum gehen, materielles Strafrecht (und darum handelt es sich bei Art. 321 StGB) «aus Gründen der wirtschaftlichen oder politischen Opportunität auf die eine oder andere Weise auszulegen».²⁹ Da ist MARCEL A. NIGGLI absolut zuzustimmen. Massgebend, und auch hier folge ich MARCEL A. NIGGLI, ist die Schutzrichtung der Norm selbst. Um diese zu ergründen, gilt es aber den ganzen Kanon der Auslegungsgesichtspunkte zu berücksichtigen. Damit werden dann die von MARCEL A. NIGGLI in eine Gegenposition zu den «Verteidigern des materiellen Strafrechts» gesetzten «Freunde des Verfassungsrechts» auf die Berücksichtigung einer verfassungskonformen Auslegung des materiellen Strafrechts drängen.³⁰

Es ist in diesem Zusammenhang auch auf die systematische Einordnung von Art. 321 StGB ins System des Strafgesetzbuches hinzuweisen. Das Berufsgeheimnis ist im 18. Titel unter den strafbaren Handlungen gegen die Amts- und Berufspflichten und

damit unter den Delikten gegen die Allgemeinheit eingeordnet. Das gesteigerte öffentliche Interesse, der in der Rechtsordnung verankerte verfassungsrechtliche Aspekt des Berufsgeheimnisses lassen grüssen.

MARCEL A. NIGGLI hat grösste Mühe mit dem behaupteten, in Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BGFA zum Ausdruck kommenden, institutionellen verfassungsrechtlichen Aspekt.³¹ Es ist MARCEL A. NIGGLI «schleierhaft», wie Art. 13 BGFA einen verfassungsrechtlichen Aspekt von Art. 321 StGB zum Ausdruck bringen könnte. Es sei versucht, das nochmals zu erläutern. Wenn der Anwalt, seine Unabhängigkeit und Verschwiegenheit, ein unverzichtbares Element des Rechtsstaates und einer modernen Rechtsordnung ist, dann muss inhaltlich der Klient und der Anwalt und nicht nur der Klient allein über die Frage *Schweigen oder Reden* entscheiden. Diesen Entscheid nur dem Kompetenzbereich des Klienten zuzuordnen, heisst, den Anwalt zu instrumentalisieren und auf die Form, jedoch nicht auf die Sache festzulegen. Der Text von Art. 321 StGB ist bezüglich der Frage, ob der Anwalt nach einer Entbindung vom Anwaltsgeheimnis durch den Klienten selbst auch noch entscheiden kann, ob er schweigen oder reden will, still. Umso begrüssenswerter ist die Präzisierung von Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BGFA. Das ist mit dem institutionellen verfassungsrechtlichen Aspekt von Art. 13 BGFA angesprochen. Daran ändert der neben Anwalt und Klient als Hauptbeteiligte noch hinzu tretende unterschiedlich grosse Kreis von Akteuren und die unterschiedliche Mengen von geschützten Informationen (man könnte von unterschiedlichen Schnittmengen von Art. 321 StGB und Art. 13 BGFA sprechen) nichts.

VIII. Was wird vom Berufsgeheimnis erfasst?

Mit der Frage, was vom Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB erfasst wird, muss sich u. a. auseinandersetzen, wer das Merkblatt der Wettbewerbskommission zur Vorgehensweise bei Haussuchungen zur Hand nimmt und dort in Ziff. 3., Schutz der Verteidigerkorrespondenz, unter Berufung auf «einen kürzlich ergangenen Leitentscheid des Bundesgerichts (1P. 133/2004)»³² liest, die beim Unternehmen aufgefundene Verteidigerkorrespondenz sei von der Beschlagnahme ausgenommen. Der Begriff der Verteidigerkorrespondenz wird im Merkblatt der Wettbewerbskommission sogleich eingeschränkt auf «Korrespondenz, welche die Verteidigung im aktuellen Verfahren zum Inhalt hat», während «andere von Anwälten erstellte Dokumente, die sich beim Unternehmen befinden» der Beschlagnahme unterliegen sollen. Im einschlägigen im Merkblatt zitierten Bundesgerichtsentscheid (Erwägung 3.1 findet sich die Aussage «zwar stehe den Anwälten gestützt auf das Berufsgeheimnis grundsätzlich ein Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht zu. Ein strafprozessuales Durchsuchungsverbot folge jedoch daraus nur für Unterlagen, die sich

26 Siehe dazu ALAIN BRUNO LEVY, *Le secret professionnel et l'obligation de témoigner prévue à l'article 168 du projet de code de procédure pénale suisse*, *Anwaltsrevue* 8/2006, S. 275 f.

27 NIGGLI (Fn. *), *Anwaltsrevue*, S. 279.

28 NIGGLI (Fn. *), *Anwaltsrevue*, S. 280.

29 NIGGLI (Fn. *), *Anwaltsrevue*, S. 278.

30 Ohne diesen Aspekt in diesem Beitrag breit darzustellen, sei verwiesen auf STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., Zürich 1997, Rz. 18 zu Art. 1.: «Es gilt aber auch im Strafrecht die Regel, dass im Zweifelsfalle die Auslegung vorzuziehen ist, die besser mit der Verfassung im Einklang steht».

31 NIGGLI (Fn. *), *Anwaltsrevue*, S. 279.

32 Es handelt sich um ein Urteil der 1. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 13. August 2004, Beschwerdeführer X gegen Untersuchungsamt des Kantons Aargau, Präsidium der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Aargau, Strafprozess, Entsigelung von beschlagnahmten Akten (staatsrechtliche Beschwerde).

im Gewahrsam des betroffenen Anwalts befinden, oder falls dessen Gewahrsam gegen seinen Willen gebrochen wurde.» Dem ist entgegenzuhalten, dass die Antwort auf die Frage, wo sich die Informationen, die es zu beschlagnahmen gilt, befinden, nicht ausschlaggebend sein kann. Wenn unbestrittenermassen z. B. ein Memorandum zur Frage aktienrechtlicher Verantwortung, das ein vom Unternehmen unabhängiger Anwalt erstellte und dem Unternehmen zuleitete, beim Anwalt (in dessen Gewahrsam) von der Beschlagnahme ausgenommen wird, dann gibt es keinen vernünftigen Grund, weshalb das gleiche Dokument in Gewahrsam des Klienten beschlagnahmt werden kann. In der heutigen Welt der umfassenden Information und Kommunikation kann nicht das Stadium der Kommunikation, in dem eine Information behändigt und allenfalls beschlagnahmt wird, massgebend sein. Entscheidend muss vielmehr sein, dass der Kommunikationsstrang, der die in Frage stehende Information transponiert, vom Anwalt ausgeht und beim Klienten endet. Die vom Anwalt ausgehende Information wird auf dem Weg, den sie in diesem Kommunikationsstrang zurücklegt, unabhängig davon, von wem sie ausgeht, und wo sie endet und sich im Zeitpunkt des Zugriffs befindet, vom Berufsgeheimnis erfasst. Oder mit anderen Worten, es ist weder der Inhalt der Information, noch der Weg, den diese Information zurücklegt, unter dem Aspekt des Berufsgeheimnisses entscheidend. Massgebend für das Berufsgeheimnis ist, dass die Information im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Anwalt und Klient dem Anwalt zugeht. Die Freiwilligkeit der Beziehung zwischen Anwalt und Klient dürfte eine bisher noch wenig untersuchte aber zentrale Rolle für die Beantwortung der Frage spielen, was dem Berufsgeheimnis unterliegt. Die Strafdrohung von Art. 321 StGB will denjenigen sanktionieren, der in ihn gesetztes Vertrauen enttäuscht. Das bedarf der Begründung. Warum ist dieser Vertrauensbruch strafwürdig? Ein Grund dürfte darin liegen, dass in der Begründung des Vertrauensverhältnisses zum Anwalt der Klient seinen Entscheid vorbereitet, frei zu entscheiden, ob er Rechtszugang will oder darauf verzichtet. Das ist eine Betätigung der Freiheit und eine Freiwilligkeit, die im Rechtsstaat garantiert wird. Wo diese gestört wird, müssen Sanktionen zur Bestrafung des Störers vorhanden sein. Von diesem Ansatz her wird klar, dass Informationen vom Berufsgeheimnis erfasst werden, die im Zusammenhang mit dieser Freiheit der Entscheidung, mit dieser Freiwilligkeit stehen. Und von diesem Ansatz her wird auch klar, dass Informationen, die dem Unternehmensjuristen im Unternehmen zugehen, ihm nicht in einer von Art. 321 StGB pönalisierten Konstellation zugehen.

Eng mit der Frage verbunden, was vom Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB erfasst wird, ist die Frage nach der eigentlichen anwaltlichen Tätigkeit. Dieser Frage ist das Bundesgericht in mehreren Entscheiden detailliert nachgegangen. Diese Fragestellung nimmt ja auch die interessante bordeauxrote Schriftenreihe von ZAV und Schulthess mit ihren einzelnen Publikationen auf. Nicht zu verkennen ist die Tendenz des Bundesgerichts, anwaltliche Tätigkeit nach ihrer Nähe zum Monopolbereich der eigentlichen anwaltlichen Tätigkeit zuzuordnen. Dies wirft in der heutigen auch

für den Anwalt arbeitsteiligen und immer fachspezifischer werdenden Realität der Berufswelt Probleme auf. Übt der Anwalt als Berater, im Gegensatz zum Anwalt als (idealerweise im Monopolbereich tätiger) Vertreter gesehen, auch eine eigentliche anwaltliche Tätigkeit aus? Dieser Frage widmet sich am Rande ein Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juli 2005 (1P.32/2005).³³ Zunächst wird in Erwägung 3.2 durchaus beruhigend betont «die Unabhängigkeit und Diskretion der anwaltlichen Interessenvertretung ist von hoher Bedeutung für das ordnungsgemässe Funktionieren der Justiz». Dann wird in Erwägung 3.4 ausgeführt «reine Inkasso- und Zahlungsmandate auf Rechnung Dritter würden jedenfalls keine berufsspezifische anwaltliche Tätigkeit in engerem Sinne darstellen», wobei dann immerhin koinzidiert wird «anders sieht es aus, wenn der Anwalt mit Zahlungen betraut wird, die in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen mit berufstypischen anwaltlichen Bemühungen» (etwa Überweisungen für Prozesszwecke, Akonto-Zahlungen für anwaltliche Dienstleistungen und Substitutionen oder Zahlungen im Zusammenhang mit anwaltlich geführten Vertrags- oder Vergleichsverhandlungen) stehen. Das Bundesgericht beschreibt das Dilemma zutreffend wie folgt: «insofern lassen sich akzessorische Inkasso- und Zahlungsaufträge von den anwaltlichen nicht sachgerecht trennen». Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall war der von Zwangsmassnahmen (Herausgabe Verfügungen) betroffene Rechtsanwalt nicht bevollmächtigter anwaltlicher Vertreter und er führte auch keine privatrechtlichen Vergleichsverhandlungen. Vielmehr hatte der Anwalt «im Drittinteresse» an Vergleichsverhandlungen teilgenommen. Nach Ansicht der Strafverfolgungsbehörden bestand, so das Bundesgericht «kein Zweifel, dass die Umstände ... von welchen der Anwalt im Rahmen seines anwaltlichen Mandates Kenntnis nahm, dem Anwaltsgeheimnis unterstehen». Nach Auffassung des Bundesgerichts liegt deshalb keine nur kaufmännische bzw. nicht berufsspezifische anwaltliche Geschäftstätigkeit vor und damit unterlagen die in Frage stehenden Dokumente grundsätzlich dem Anwaltsgeheimnis. Im zitierten Entscheid interpretiert das Bundesgericht den Begriff eigentlicher anwaltlicher Tätigkeit für einmal weit resp. folgt der entsprechend weiten Interpretation der Strafverfolgungsbehörden. Danach genügte es, dass der Anwalt Interessen Dritter, die in den zu Zwangsmassnahmen führenden Verfahren durch andere Anwälte vertreten waren, in einem zivilrechtlichen Vergleichsverfahren, das in einem Vertrag zugunsten Dritter endete, wahrgenommen hatte. Zur Intensität und formellen Seite der Interessewahrung (z. B. zur Frage, ob eine Vollmacht vorgelegen hatte) äusserte sich der Bundesgerichtsentscheid nicht.

Dass das Berufsgeheimnis als Anwaltsgeheimnis auch öffentliche Interessen schützt und zwar über den allgemeinen Reflex hinaus, wonach jede Norm, um Norm zu sein, letztlich öffentliche Interessen schützt, dürfte nach der grundlegenden Arbeit von

33 Es handelt sich um ein Urteil der 1. öffentlich-rechtlichen Abteilung in Sachen X gegen Untersuchungsrichteramt des Kantons Zug, Obergericht des Kantons Zug, Justizkommission, Strafverfahren, anwaltliches Editions- und Zeugnisverweigerungsrecht, strafprozessuale Informationssperre (staatsrechtliche Beschwerde).

WALTER R. SCHLUEP über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat unbestritten sein.³⁴ Eine Besonderheit liegt darin, dass der Schutz der öffentlichen Interessen sich in der konkreten Ausgestaltung des Schutzes des Klienten manifestiert, an dessen Klientwerdung, an seiner Möglichkeit Klient zu sein, ein öffentliches Interesse besteht. In dieser Sicht stört dann auch nicht, dass andere Personen als der Klient, die dem Anwalt zufolge seines Berufes oder in Ausübung seines Berufes Informationen zukommen lassen, sich auch auf das Anwaltsgeheimnis berufen können. Auch diese beruflich zugeordneten Informationen des Anwaltes beziehen sich auf ein Mandatsverhältnis, das immer den Anwalt und mindestens einen Klienten voraussetzt. Indem Art. 321 StGB die geschützten Informationen an den Beruf knüpft, wird das Mandatsverhältnis, also die Zweierbeziehung zwischen Anwalt und Klient impliziert. Das sprechen ANDREAS DONATSCH/WOLFGANG WOHLERS an, wenn sie sagen «Art. 321 (StGB) will es jedem Menschen ermöglichen, Angehörige bestimmter Berufe als Vertrauenspersonen zu Rate zu ziehen und sie zu diesem Zweck vorbehaltlos über ihre Probleme zu orientieren, ohne die Weitergabe solcher Informationen an andere Personen befürchten zu müssen».³⁵ Mit dem Anwaltsgeheimnis ist immer ein Verhältnis angesprochen, typischerweise ein Verhältnis zwischen Anwalt und Klient und in diesem Verhältnis die mit dem Verhältnis

verbundenen Informationen. Wiederum typischerweise handelt es sich um Informationen, die vom Klienten dem Anwalt kommuniziert werden, aber auch umgekehrt, und zuweilen um Informationen, die von Dritten in diesen Kommunikationsstrang zwischen Anwalt und Klient eingespielen werden.

IX. Conclusio: Das Eine tun und das Andere nicht lassen oder Einführung eines auf die Bedürfnisse der Unternehmensjuristen abgestimmten Berufsgeheimnisses und Stärkung des Anwaltsgeheimnisses

Anwälte und Unternehmensjuristen sind aufgefordert, alles in ihrer Macht stehende zu tun, um das Anwaltsgeheimnis zu stärken und zu erweitern. Je stärker und absoluter das Anwaltsgeheimnis, desto umfassender der Schutz vor rechtsstaatlich bedenklichen Praxen von Verwaltungs- und Strafbehörden. Es sind aber auch alle aufgefordert, sich dafür einzusetzen, dass auf dem Wege der Gesetzgebung ein Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen geschaffen wird. Das Bedürfnis danach ist ausgewiesen und dafür taugliche Systeme und Instrumente sind bekannt. Wünschbar ist, dass alle Bestrebungen zur Stärkung des Anwaltsgeheimnisses und zur Einführung eines Berufsgeheimnisses für Unternehmensjuristen dazu führen, Verfahrensrecht und Strafrecht verfassungskonform und damit rechtsstaatlichen Standards folgend auszulegen und anzuwenden. ■

34 SCHLUEP (Fn. 25).

35 ANDREAS DONATSCH und WOLFGANG WOHLERS, Strafrecht IV, Schulthess, Zürich, 2004, S. 477.