

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV

DR. SERGIO GIACOMINI

Präsident SAV

Unabhängige Rechtsanwältin vs. Unternehmensjurist, *in-house-counsel* vs. Unternehmensjurist, anwaltschaftliches Berufsgeheimnis vs. *attorney-client-privilege*, oder wenn Äpfel mit Birnen verglichen werden.

Die USA als Treiber der Forderung der Unternehmensjuristen (UJ) nach einem Berufsgeheimnis

Die UJ kämpfen seit Jahren für ein «eigenes» Berufsgeheimnis. Begründet wird dies in erster Linie damit, dass man gleich lange Spiesse schaffen wolle zu den Berufskollegen v.a. in den USA, welche als sogenannte *in-house-counsel* eben ein Berufsgeheimnis (in Form des angelsächsischen *attorney-client-privilege*) beanspruchen könnten. Das Fehlen eines Berufsgeheimnisses für UJ führe – so die UJ – dazu, dass schweizerische Unternehmen gezwungen werden können, das Ergebnis von internen (durch die UJ erbrachten) Rechtsberatungsdienstleistungen offenzulegen. Die Konkurrenz in den USA verstecke sich dagegen hinter dem *attorney-client-privilege* zwischen Unternehmen und seinem *in-house-counsel* und brauche die entsprechenden Arbeitsprodukte des internen Rechtsdienstes nicht zu offenbaren. Das Insistieren der UJ auf ein Berufsgeheimnis hat seinen Ursprung somit in den USA.

Der SAV wehrt sich nicht gegen eine spezialgesetzliche Regelung in der Zivilprozessordnung

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) stellte sich immer auf den Standpunkt, dass das (umfassende und absolute) Berufsgeheimnis des Anwaltes allein dem unabhängigen Anwalt zusteht, nicht jedoch dem UJ. Einer auf die UJ zugeschnittenen spezialgesetzlichen Regelung eines Zeugnis- und Editionsverweigerungsrechts in der Zivilprozessordnung, welche sich spezifisch auf die UJ bezieht, opponiert der SAV dagegen nicht. Aus diesem Grunde unterstützt der SAV die parlamentarische Initiative von Frau Nationalrätin Christa Markwalder betreffend eines in Art. 160a ZPO eng umschriebenen Verweigerungsrechts zugunsten der Unternehmensjuristen.

Der SAV wehrt sich aber gegen eine Gleichstellung von UJ und unabhängigen Rechtsanwältinnen

Der SAV widersetzt sich dagegen allen Bestrebungen, die darauf abzielen, ein allfälliges Verweigerungsrecht der UJ auszuweiten und es an das Berufsgeheimnis des unabhän-

gigen Rechtsanwaltes anzulehnen. Im Zusammenhang mit der Forderung der UJ nach «Gleichberechtigung» in Bezug auf das «Berufsgeheimnis» der UJ werden wesentliche Unterschiede zwischen den betroffenen Berufsbildern und Verweigerungsrechten sowie dem regulatorischen Umfeld in den USA ausgeklammert. Es sind aber gerade diese Unterschiede, die es nicht rechtfertigen, dass die UJ den unabhängigen Rechtsanwältinnen in Bezug auf das Berufsgeheimnis gleichgestellt würden.

Öffentliches Interesse am Berufsgeheimnis des unabhängigen Rechtsanwaltes

Entsprechend der romanischen Rechtstradition wird die (unabhängige) Rechtsanwältin als Teil des Justizsystems betrachtet. Rechtsanwälte sind Garanten für das Funktionieren des Rechtsstaates, sie sind unter diesem Aspekt (auch) der Öffentlichkeit verpflichtet. Es ist insbesondere dieses öffentliche Interesse an der Tätigkeit der unabhängigen Anwaltschaft, was ein umfassendes und absolutes Berufsgeheimnis rechtfertigt.

Unabhängiger Rechtsanwalt und UJ: zwei unterschiedliche Berufe

Der UJ stellt seine Rechtsberatungsdienstleistung ausschliesslich einem einzigen Klienten, seinem Arbeitgeber, zur Verfügung. Aufgrund des Arbeitsvertrages schuldet der UJ dem Arbeitgeber Treue, und er hat sich streng an die Weisungen des Letzteren zu halten. Dies unterscheidet die Tätigkeit des UJ wesentlich von jener der unabhängigen Rechtsanwältin. Dieser ist es berufsrechtlich untersagt, für einen einzigen Klienten tätig zu sein. Die Mandatsstruktur hat vielmehr so beschaffen zu sein, dass kein (finanzielles) Klumpenrisiko besteht. Die finanzielle Abhängigkeit von einigen wenigen Klienten gefährdet die anwaltschaftliche Unabhängigkeit und ist berufsrechtlich zu sanktionieren. Der unabhängige Rechtsanwalt steht überdies nicht in einem Subordinationsverhältnis zu einem Arbeitgeber. Er bietet seine Dienste unbeschränkt vielen an und ist Bestandteil des Justizsystems. UJ und Rechtsanwältin üben unterschiedliche Berufe aus.

In-house-counsel und UJ: zwei unterschiedlich regulierte Berufe

In der Schweiz darf jedermann Rechtsrat erteilen. Reguliert ist allein die gewerbsmässige Rechtsvertretung von Rechtsunterworfenen vor gewissen Verwaltungsbehörden und Gerichten. Diese ist registrierten Rechtsanwälten vorbehalten, die einem strengen Berufsrecht unterstehen. Für ein allfälliges Fehlverhalten werden registrierte Rechtsanwälte sanktioniert.

Die UJ dürfen zwar (wie jedermann in der Schweiz) Rechtsrat erteilen, sie sind aber nicht im Anwaltsregister eintragen. Aus diesem Grunde müssen sich UJ auch nicht an das rigide Berufsrecht der unabhängigen Anwaltschaft halten, und sie können nicht disziplinarisch sanktioniert werden.

In den USA dagegen dürfen nur registrierte Rechtsanwälte Rechtsberatungsdienstleistungen erbringen. Die Regulierung ist somit umfassender als die unsrige (wo eben nur die Rechtsvertretung reguliert ist). *In-house-counsel*, die ja ebenfalls Rechtsrat erteilen, müssen deshalb auch registriert sein. Sie unterliegen denselben strengen berufsrechtlichen Regeln wie die *outside counsel*.

In-house-counsel und UJ sind somit unterschiedlich reguliert. Für *in-house-counsel* gilt das gleiche Berufsrecht wie für die als *outside counsel* tätigen Rechtsanwälte. Das unterscheidet *in-house-counsel* wesentlich von UJ.

US-amerikanisches attorney-client-privilege und Berufsgeheimnis des unabhängigen Schweizer Anwaltes: zwei völlig unterschiedliche Verschwiegenheitspflichten

Das Berufsgeheimnis des unabhängigen Anwaltes ist in der Schweiz in diversen Gesetzen verankert (StGB, BGFA, ZPO, StPO). Soweit es die Verteidigungsrechte im Strafverfahren betrifft, geniesst das Berufsgeheimnis gar den Rang eines (indirekt geschützten) verfassungsmässigen Rechtes (Art. 32 Abs. 2 BV). Das anwaltliche Berufsgeheimnis ist ein absolutes. Selbst bei Entbindung durch den Klienten kann der Rechtsanwalt schweigen. Der Rechtsanwalt darf das ihm Anvertraute nicht einmal dann offenbaren, wenn er dadurch ein Verbrechen verhindern könnte. Der anwaltlichen Schweigepflicht kommt in der Schweiz ein höheres Interesse zu als der Ermittlung der materiellen Wahrheit. Wegen des öffentlichen Interesses an der Tätigkeit der unabhängigen Anwältin wird deren Berufsgeheimnis eine institutionelle Funktion zuerkannt.

Demgegenüber ist das *attorney-client-privilege* viel weniger umfassend und weitreichend. Rechtsgrundlage bildet grundsätzlich das *common law*. Das *privilege* ist nicht in einem staatlichen Erlass verankert, schon gar nicht in der Verfassung. Das *attorney-client-privilege* hat auch alles andere als umfassende Gültigkeit. Es ist beschränkt auf den blossen *legal advice*. Sobald die Klientenbeziehung auch *business information* enthält, entfällt das *attorney-client-privilege*. Die Gerichte in den USA gehen sehr schnell davon aus, dass ein *waiver* vorliegt und sich der Anwalt nicht mehr auf das *privilege* berufen kann. So wird

ein Verzicht auf das *privilege* beispielsweise bereits dann angenommen, wenn der Anwalt einen Dritten (bezüglich dessen man im Nachhinein nicht nachweisen kann, dass er unbedingt Kenntnis haben musste von der betreffenden Kommunikation) via «cc» in eine Kommunikation mit dem Klienten einbindet. Noch deutlicher wird der schwache Schutz, den das *attorney-client-privilege* im Vergleich zu unserem Berufsgeheimnis bietet, im Zusammenhang mit der *crime-fraud-exception*: Sobald Indizien vorhanden sind, die den Schluss nahelegen, der Klient habe den Anwalt nur deshalb aufgesucht, um auszuloten, wie er am besten das Gesetz umgehen kann, muss der Anwalt die Klienteninformation auf Aufforderung hin offenbaren. Noch schlimmer: Wenn der Anwalt im Zuge der Klientenbeziehung herausfindet, dass der Klient im Begriffe ist, ein *crime* zu begehen, steht er zuweilen gar in der Pflicht, seinen Klienten aus eigenem Antrieb zu verraten.

Schlussfolgerungen

1. Die unabhängige Rechtsanwältin ist als Teil des Justizsystems eine Garantin für das Funktionieren des Rechtsstaates. Die Rechtsberatungs- und -vertretungstätigkeit, die sie zugunsten einer unbestimmten Anzahl von Klienten erbringt, liegt im öffentlichen Interesse. Der Unternehmensjurist dagegen erbringt seine Dienstleistungen zugunsten eines einzelnen Privaten, seines Arbeitgebers, dem er Treue schuldet. Die Tätigkeit des Unternehmensjuristen erfolgt nicht im öffentlichen Interesse wie jene des unabhängigen Rechtsanwaltes. Unabhängiger Rechtsanwalt und Unternehmensjurist üben verschiedene Berufe aus.
2. Amerikanische *in-house-counsel* sind registriert, und sie unterliegen dem gleichen Berufsrecht wie die als *outside counsel* tätigen Rechtsanwälte. Unternehmensjuristen unterstehen dem strengen Berufsrecht der unabhängigen Rechtsanwälte dagegen nicht.
3. Das *attorney-client-privilege* schützt den Klienten bei Weitem nicht im gleichen Umfang, wie dies das Berufsgeheimnis der unabhängigen kontinentaleuropäischen Rechtsanwältin tut. Das Berufsgeheimnis der unabhängigen schweizerischen Rechtsanwältin ist umfassend und absolut.
4. Die Situation in Bezug auf die Beziehung zwischen unabhängiger Rechtsanwältin und Unternehmensjurist ist in den USA eine ganz andere als in der Schweiz. Es würde der Grundkonzeption des Funktionierens unseres Rechtsstaates und des Justizsystems widersprechen, wenn den Unternehmensjuristen das gleiche umfassende Berufsgeheimnis zugestanden würde wie den unabhängigen Rechtsanwälten. Ein umfassendes Berufsgeheimnis für einen Unternehmensjuristen, der im ausschliesslich privaten Interesse einzig seinen Arbeitgeber berät, wäre vollkommen sachfremd.
5. Der SAV wehrt sich dagegen nicht gegen ein in der Zivilprozessordnung geregeltes, auf die Unternehmensjuristen zugeschnittenes, eng umschriebenes Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht.