

Franz Hoffet*

Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses im Verfahrensrecht des Bundes

Stichworte: Anwaltsgeheimnis, Verteidigerkorrespondenz, Legal Privilege, Zeugnisverweigerungsrecht, Herausgabeverweigerungsrecht, Beschlagnahmeverbot, Zivilprozessordnung, Strafprozessordnung, Verwaltungsverfahrensgesetz, Verwaltungsstrafrecht, Bundeszivilprozess, Kartellgesetz, Hausdurchsuchungen, Siegelung, Unternehmensjuristen

Seit dem 1. Januar 2011 sind die Bestimmungen der Schweizerischen ZPO und StPO zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses in Kraft. Es ist unklar, inwieweit diese Bestimmungen im übrigen Verfahrensrecht des Bundes analog angewandt werden können. Zudem weisen die Bestimmungen von ZPO und StPO redaktionelle Mängel auf. Mit dem Revisionsvorschlag des Bundesrats vom 26. Oktober 2011 besteht nun – nicht zuletzt dank dem konsequenten Engagement des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV) – die Chance, einen einheitlichen und umfassenden Schutz des Anwaltsgeheimnisses in sämtlichen Verfahrensgesetzen des Bundes zu verwirklichen und die redaktionellen Mängel der ZPO und StPO zu beheben.

1. Gesetzliche Ausgangslage

1.1 Materielles Recht

Das Anwaltsgeheimnis ist materiellrechtlich im Strafgesetzbuch (Art. 321 StGB, «Verletzung des Berufsgeheimnisses») sowie unter den Berufsregeln des Anwaltsgesetzes (Art. 13 BGFA, «Berufsgeheimnis») geregelt.

Nach Art. 321 StGB werden Rechtsanwälte und Verteidiger sowie deren Hilfspersonen auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wenn sie «ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben» (Ziff. 1). Der Täter ist jedoch nicht strafbar, wenn er das Geheimnis aufgrund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer auf Gesuch des Täters erteilten schriftlichen Bewilligung der Aufsichtsbehörde offenbart hat (Ziff. 2). Vorbehalten bleiben zudem die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde (Ziff. 3).

Nach Art. 13 BGFA unterstehen Anwälte «dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer Klientenschaft anvertraut worden ist». Die Entbindung vom Berufsgeheimnis verpflichtet sie dabei nicht zur Preisgabe von Anvertrautem (Abs. 1). Die Anwälte haben zudem für die Wahrung des Berufsgeheimnisses durch ihre Hilfspersonen zu sorgen (Abs. 2).

Überdies wird aus den Verteidigungsrechten gemäss Art. 31 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Abs. 3 Bst. b und c EMRK

der Schutz der im Rahmen eines laufenden Verfahrens ergangenen Verteidigerkorrespondenz vor Beschlagnahme abgeleitet (vgl. etwa Entscheid des Bundesstrafgerichts BE. 2009.21 vom 14. Januar 2010, Erw. 4.2, m.w.H.).

1.2 Verfahrensrecht (vor ZPO und StPO)

Die materiellrechtliche Regelung des Anwaltsgeheimnisses in Art. 321 StGB hat schon vor dem Erlass der eidgenössischen ZPO und StPO ihren Niederschlag in verschiedenen Verfahrensgesetzen des Bundes gefunden.

Im Bereich des *Zivilverfahrens* wurde beispielsweise im Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (BZP) von 1947 ein beschränktes Zeugnis- und Herausgabeverweigerungsrecht für Anwälte verankert. Danach haben die in Art. 321 Ziff. 1 StGB genannten Personen (und somit auch Anwälte) ein Zeugnisverweigerungsrecht über Tatsachen, die nach dieser Vorschrift unter das Berufsgeheimnis fallen, sofern der Berechtigte nicht in die Offenbarung des Geheimnisses eingewilligt hat (Art. 42 Bst. b BZP). Sie sind zudem von der Pflicht Dritter zur Herausgabe von Urkunden befreit, wenn die Urkunden sich auf Tatsachen beziehen, über die sie als Zeugen gemäss Art. 42 BZP die Aussage verweigern könnten (Art. 51 Abs. 1 BZP). Dieses Zeugnis- und Herausgabeverweigerungsrecht gilt sinngemäss auch in *Verwaltungsverfahren* gemäss VwVG (vgl. Art. 16 Abs. 2 und Art. 19 VwVG).

Im Bereich des *Strafverfahrens* wurden im Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege (BStP) von 1934, im Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) von 1974 sowie im Militärstrafprozess (MStP) von 1979 beschränkte Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote zugunsten von Anwälten statuiert. So bestimmt beispielsweise Art. 50 Abs. 2 VStrR, dass «Geheimnisse, die [...] Rechtsanwälten [...] und ihren beruflichen Gehilfen in ihrem [...] Beruf anvertraut wurden» bei einer Durchsuchung von Papieren «zu wahren» seien.

2. Praxis der eidgenössischen Gerichte

Das Bundesgericht und das Bundesstrafgericht haben den Schutzbereich des Anwaltsgeheimnisses im Verfahrensrecht des Bundes traditionell eng definiert.

* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Homburger. Der Autor dankt Dr. iur. Alexander Bürgi, LL.M., für die Mitarbeit bei diesem Beitrag.

2.1 BGer 13.8.2004: Enges Verständnis der geschützten Verteidigerkorrespondenz

In einem Entscheid des Bundesgerichts vom 13. August 2004 (1P.133/2004) ging es um ein Strafverfahren gegen den Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsidenten einer Aktiengesellschaft wegen gewerbmässigen Betrugs und unrechtmässiger Verwendung von Vermögenswerten. In diesem Verfahren waren beim Angeklagten verschiedene Unterlagen beschlagnahmt worden, darunter auch anwaltliche Korrespondenz zu einer allfälligen zivilrechtlichen Haftung des Angeklagten aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR. Das Bundesgericht qualifizierte diese Korrespondenz nicht als geschützte Verteidigerkorrespondenz und lehnte eine weite Auslegung dieses Begriffs ab: «Auch kann der Ansicht nicht gefolgt werden, als Verteidigerkorrespondenz, gleichsam «auf Vorrat», seien alle im Rahmen eines Zivilverfahrens bzw. vor Einleitung einer allfälligen Strafuntersuchung erstellten Unterlagen zu betrachten, welche «eines Tages» von strafprozessualer Bedeutung sein könnten.» (Erw. 3.2)

2.2 BGer 28.10.2008: Schutz grundsätzlich nur für Unterlagen im Gewahrsam des Anwalts

In einem Entscheid des Bundesgerichts vom 28. Oktober 2008 (1B_101/2008) ging es um Unterlagen, die im Rahmen einer Untersuchung der Wettbewerbskommission von deren Sekretariat bei verschiedenen Speditionsunternehmen beschlagnahmt und auf Einsprache der durchsuchten Unternehmen hin versiegelt worden waren. Die betroffenen Unternehmen hatten unter anderem geltend gemacht, das Anwaltsgeheimnis stehe einer Durchsuchung dieser Unterlagen entgegen. Das Bundesgericht hielt demgegenüber fest, dass das Anwaltsgeheimnis grundsätzlich nur für Unterlagen im Gewahrsam des Anwalts gelte und dass es deshalb einer Entsigelung und Durchsuchung der beschlagnahmten Unterlagen nicht entgegenstehe: «Nach der Rechtsprechung kann der Anwalt nur verpflichtet sein, Geheimnisse zu wahren, die ihm vom Klienten anvertraut worden sind. Das Anwaltsgeheimnis erstreckt sich folglich nur auf Unterlagen und Auskünfte, über die der Anwalt Gewahrsam erlangt hat oder die ihm ohne seinen Willen abhanden gekommen sind. Das Anwaltsgeheimnis erstreckt sich dagegen nicht auf Unterlagen, die der Klient in seinem Besitz behalten oder Dritten übergeben hat (...). Das Anwaltsgeheimnis gilt ebenso wenig für die Korrespondenz des Anwalts mit dem Auftraggeber, soweit sie sich bei Letzterem befindet (...).» (Erw. 4.4.1).

Dieser Entscheid erging wohlgermerkt nach Abschluss des Gesetzgebungsprozesses zur Neuregelung des Anwaltsgeheimnisses in der Schweizerischen StPO. Das Bundesgericht liess sich dennoch nicht von der Neuregelung beeinflussen und unterliess auch eine Aussage zur Rechtslage nach deren Inkrafttreten (Erw. 4.4.3).

2.3 BStGer 14.1.2010: Anwaltsdokumente beim Beschuldigten unterliegen der Beschlagnahme, ausgenommen Verteidigerkorrespondenz

In einem Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 14. Januar 2010 (BE.2009.21) ging es um Unterlagen, die vom Sekretariat der Wettbewerbskommission im Rahmen einer Hausdurchsuchung bei einem Bauunternehmen beschlagnahmt und auf dessen Einsprache hin versiegelt worden waren. Das betroffene Unternehmen hatte seine Einsprache unter anderem damit begründet, dass Teile der versiegelten Akten unter das Anwaltsgeheimnis fielen. Das Bundesstrafgericht stellte sich jedoch wie das Bundesgericht auf den Standpunkt, dass von Anwälten erstellte Dokumente, die sich beim Beschuldigten befänden, grundsätzlich der Beschlagnahme unterlägen. Eine Ausnahme machte es einzig für die Korrespondenz zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger im Rahmen eines laufenden Strafverfahrens (Erw. 4.2).

Eine Vorwirkung der Neuregelung in der Schweizerischen StPO lehnte das Bundesstrafgericht wie das Bundesgericht ausdrücklich ab, ebenso eine entsprechende Auslegung von Art. 50 Abs. 2 VStrR (Erw. 4.2).

2.4 BStGer 27.3.2012: Festhalten an der bisherigen Praxis trotz Neuregelung in der StPO

In einem aktuellen Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 27. März 2012 (BE.2011.6) ging es um Unterlagen, die von der Eidgenössischen Steuerverwaltung im Rahmen einer Hausdurchsuchung bei einem Unternehmen beschlagnahmt und auf dessen Einsprache hin versiegelt worden waren. Das beschuldigte Unternehmen machte geltend, dass es sich bei einem der beschlagnahmten Dokumente um ein Anwaltsschreiben handle, das dem Anwaltsgeheimnis unterliege und das deshalb nicht beschlagnahmt werden dürfe. Das Bundesstrafgericht hielt jedoch an seiner bisherigen Praxis fest und führte aus, dass sich der Klient eines Anwalts – abgesehen vom Sonderfall der Verteidigerkorrespondenz im Rahmen eines laufenden Strafverfahrens – nicht auf das Anwaltsgeheimnis berufen könne, um sich der Beschlagnahme von Korrespondenz mit seinem Anwalt zu widersetzen (Erw. 4.2.1.1).

Das Gericht lehnte es ausdrücklich ab, die Neuregelung der Schweizerischen StPO im Verwaltungsstrafverfahren des Bundes analog anzuwenden. Es wies darauf hin, dass der Bundesrat zwar am 26. Oktober 2011 eine Anpassung des VStrR an die StPO vorgeschlagen habe, dass diese Änderung jedoch noch nicht angewandt werden dürfe, weil dies einer unzulässigen Vorwirkung gleichkäme (Erw. 4.2.1.2).

3. Neuregelungen in ZPO und StPO

3.1 Zivilprozessordnung

Die seit dem 1. Januar 2011 in Kraft stehende Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) sieht für Anwälte ein *Mitwirkungsverweigerungsrecht* vor, soweit sich diese wegen Verletzung eines Geheimnisses nach Art. 321 StGB strafbar machen würden

(Art. 163 Abs. 1 Bst. b und Art. 166 Abs. 1 Bst. b ZPO). Diese Regelung entspricht im Wesentlichen dem herkömmlichen Zeugnisverweigerungsrecht der Anwälte in den bisherigen Verfahrensgesetzen des Bundes.

Darüber hinaus gewährt indes die ZPO «Parteien und Dritten» ein *Herausgabeverweigerungsrecht* für «anwaltschaftliche Korrespondenz, soweit sie die berufsmässige Vertretung einer Partei oder einer Drittperson betrifft» (Art. 160 Abs. 1 Bst. b ZPO). Damit wird Anwaltskorrespondenz neu unabhängig vom Lageort bzw. Gewahrsamsinhaber (Anwalt/Klient/Dritte) vor Editionsbegehren geschützt.

3.2 Strafprozessordnung

Die seit dem 1. Januar 2011 in Kraft stehende Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) sieht für Anwälte ein *Zeugnisverweigerungsrecht* vor. Danach können Anwälte das Zeugnis über Geheimnisse verweigern, die ihnen aufgrund ihres Berufes anvertraut worden sind oder die sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben (Art. 171 Abs. 1 StPO). Diese Regelung entspricht im Wesentlichen dem herkömmlichen Zeugnisverweigerungsrecht der Anwälte in den bisherigen Verfahrensgesetzen des Bundes.

Weiter sieht die StPO ein *Beschlagnahmeverbot* für «Unterlagen aus dem Verkehr der beschuldigten Person mit ihrer Verteidigung» vor (Art. 264 Abs. 1 Bst. a StPO). Damit wird im Wesentlichen der Schutz der Verteidigerkorrespondenz im Sinne der bisherigen Praxis kodifiziert. Darüber hinaus statuiert die StPO indes neu ein allgemeines *Beschlagnahmeverbot* für «Gegenstände, namentlich Aufzeichnungen und Korrespondenzen, die aus dem Verkehr zwischen der beschuldigten Person und Personen stammen, die nach den Artikeln 170–173 das Zeugnis verweigern können und die im gleichen Sachzusammenhang nicht selber beschuldigt sind» (Art. 264 Abs. 1 Bst. c StPO). Damit werden Unterlagen aus dem Verkehr des Beschuldigten mit Anwälten neu unabhängig vom Lageort bzw. Gewahrsamsinhaber (Anwalt/Klient/Dritte) vor *Beschlagnahme* geschützt.

3.3 (Scheinbare) Divergenzen zwischen Zivil- und Strafprozessordnung

Die Bestimmungen der ZPO und der StPO zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses unterscheiden sich in zweierlei Hinsicht.

Zum einen scheint der Kreis der von der gesetzlichen Regelung *erfassten Unterlagen* beim Herausgabeverweigerungsrecht der ZPO enger gefasst zu sein als beim *Beschlagnahmeverbot* der StPO («Korrespondenz» gegenüber «Gegenstände, namentlich Aufzeichnungen und Korrespondenzen»). Dies ist jedoch ein Trugschluss, da die Bestimmungen der ZPO und der StPO unabhängig voneinander ausgearbeitet wurden und deshalb aus redaktionellen Divergenzen nichts abgeleitet werden kann. Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zum Revisionsvorschlag vom 26. Oktober 2011 dementsprechend klargestellt, dass der Begriff der «Korrespondenz» gemäss ZPO schon *de lege lata* weit zu verstehen ist und alle Unterlagen aus dem Verkehr mit Anwälten umfasst (vgl. BBl 2011, S. 8187; so auch AmtlBull StR 2012, S. 224, Votum Seydoux-Christe).

Zum anderen scheint der Kreis der *erfassten Anwaltsbeziehungen* in ZPO und StPO unterschiedlich definiert zu sein. Während sich das Herausgabeverweigerungsrecht der ZPO auf Unterlagen aus dem Verkehr von Anwälten mit irgendwelchen Personen erstreckt, ist das *Beschlagnahmeverbot* der StPO seinem Wortlaut nach auf Unterlagen aus dem Verkehr von Anwälten mit der beschuldigten Person beschränkt. Dem Wortlaut nach bezieht sich das *Beschlagnahmeverbot* der StPO somit nicht auf Unterlagen aus dem Verkehr von Anwälten mit Personen, die im konkreten Strafverfahren nicht beschuldigt sind (wie z.B. einem Unternehmen, bei dem die beschuldigte Person angestellt ist).

Dieser Wortlaut dürfte jedoch Sinn und Zweck der Regelung nicht korrekt wiedergeben. Es kann nämlich mit guten Gründen argumentiert werden, dass nach dem Sinn und Zweck dieser Regelung auch Unterlagen aus dem Verkehr von Anwälten mit nicht beschuldigten Dritten vor der *Beschlagnahme* in einem Strafverfahren geschützt sein sollten. So hielt der Bundesrat in seiner Botschaft zum Revisionsvorschlag vom 26. Oktober 2011 fest, dass die engere Fassung der StPO gegenüber der ZPO eine «gesetzgeberische Inkongruenz» darstelle und «nicht aus sachlichen Gründen beabsichtigt» gewesen sei (BBl 2011, S. 8188). In der dazugehörigen Medienmitteilung vom 26. Oktober 2011 führte der Bundesrat aus, dass Anwaltskorrespondenz nach der geltenden StPO (und ZPO) auch dann nicht *beschlagnahmt* werden dürfe, wenn sie sich in den Händen der Klienten *oder Dritter* befinde. Entsprechende Aussagen finden sich auch in der Begründung der Motion 09.3362 der nationalrätlichen Kommission für Rechtsfragen (auf welcher der Revisionsvorschlag vom 26. Oktober 2011 basiert) sowie in der parlamentarischen Beratung der StPO (vgl. AmtlBull StR 2006, S. 1031, Votum Schwaller) und des Revisionsvorschlags vom 26. Oktober 2011 (vgl. AmtlBull StR 2012, S. 221, Votum Seydoux-Christe). Schliesslich geht auch die Wettbewerbskommission in ihrem (überarbeiteten) Merkblatt zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen vom 6. April 2011 davon aus, dass gemäss Art. 264 StPO «die Anwaltskorrespondenz von der *Beschlagnahme* ausgenommen» sei, ohne dabei zwischen Korrespondenz mit dem Beschuldigten und Korrespondenz mit Dritten zu differenzieren.

4. Situation im Verwaltungsverfahren

Beim Erlass der Bestimmungen von ZPO und StPO zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses wurde es vom Gesetzgeber unterlassen, auch die Bestimmungen in den übrigen Verfahrensgesetzen des Bundes (insbesondere BZP, VwVG und VStR) entsprechend anzupassen.

Die Frage erscheint berechtigt, ob eine solche Anpassung überhaupt zwingend erforderlich wäre, da die Bestimmungen von ZPO und StPO schon *de lege lata* im gesamten Verfahrensrecht des Bundes analog angewandt werden könnten. In der parlamentarischen Beratung der ZPO wurde dementsprechend festgehalten, dass sich der darin vorgesehene umfassende Schutz des Anwaltsgeheimnisses schon aus dem Gebot eines fairen Verfahrens und des Handelns nach Treu und Glauben ergebe und da-

her auch ohne entsprechende Regelung gelten würde (vgl. Amtl-Bull StR 2007, S. 515, Voten Bonhöte und Blocher). Auch die Wettbewerbskommission geht in ihrem (überarbeiteten) Merkblatt zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen vom 6. April 2011 davon aus, dass der Schutz des Anwaltsgeheimnisses gemäss Art. 264 StPO in den von ihr geführten Verwaltungs(straf-)verfahren analog anwendbar ist.

Andere Behörden verschliessen sich jedoch nach wie vor einer analogen Anwendung von Art. 264 StPO in den von ihnen geführten Verwaltungs(straf-)verfahren. Das Bundesstrafgericht hat diese Haltung bis anhin gestützt – trotz des Eingeständnisses, dass der Wortlaut des geltenden Art. 50 Abs. 2 VStrR («Bei der Durchsuchung sind [...] Geheimnisse [...] zu wahren.») durchaus einer Auslegung im Sinne von Art. 264 StPO zugänglich wäre (vgl. dazu insbesondere die vorne unter Ziff. 2.3 und 2.4 erläuterten Entscheide vom 14. Januar 2010 und vom 27. März 2012).

Die Rechtslage bezüglich des Schutzes des Anwaltsgeheimnisses in den Verwaltungs(straf-)verfahren des Bundes ist deshalb zumindest unklar. Dies hat der SAV frühzeitig erkannt und auf eine Anpassung der Verfahrensgesetze des Bundes hingewirkt.

Die nationalrätliche Kommission für Rechtsfragen hat demgemäss mit einer Motion vom 23. April 2009 (Motion 09.3362) zu Recht beantragt, die Bestimmungen zum Umfang des anwaltlichen Berufsgeheimnisses seien in den Verfahrensgesetzen des Bundes sachlich gleich wie in der ZPO bzw. StPO zu regeln. Diese Motion wurde auf Antrag des Bundesrats von beiden Räten angenommen.

5. Revisionsvorschlag des Bundesrats vom 26. Oktober 2011

Aufgrund der Motion 09.3362 der nationalrätlichen Kommission für Rechtsfragen hat der Bundesrat einen Vorschlag für eine Gesetzesrevision ausgearbeitet, den er am 26. Oktober 2011 samt dazugehöriger Botschaft publizierte («Bundesgesetz über die Anpassung von verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum anwaltlichen Berufsgeheimnis»; BBl 2011, S. 8181 ff. [Botschaft] bzw. S. 8191 ff. [Entwurf]). Der Bundesrat möchte damit einerseits die (scheinbaren) Divergenzen zwischen ZPO und StPO ausräumen (vgl. zur diesbezüglichen Problematik Ziff. 3.3 vorne sowie BBl 2011, S. 8183 f.) und andererseits die übrigen Verfahrensgesetze des Bundes an die Regelung von ZPO und StPO anpassen (vgl. zur diesbezüglichen Problematik Ziff. 4 vorne).

Der Revisionsvorschlag des Bundesrats sieht für die Verfahrensgesetze des Bundes ein vereinheitlichtes Herausgabeverweigerungsrecht (in Zivil- und Verwaltungsverfahren) bzw. Beschlagnahmeverbot (in Straf- und Verwaltungsstrafverfahren) vor. Er orientiert sich dabei an den folgenden Zielsetzungen (vgl. BBl 2011, S. 8184 und S. 8188 f.):

- Schutz von Gegenständen und Unterlagen aus dem Verkehr einer Person mit einem Anwalt gemäss Anwaltsgesetz;
- Schutz der Gegenstände und Unterlagen unabhängig vom Lageort bzw. Gewahrsamsinhaber (Anwalt/Klient/Dritte);
- Schutz nur von Gegenständen und Unterlagen, die der Anwalt, Klient oder Dritte im Rahmen eines berufsspezifischen anwalt-

lichen Mandats erstellt hat (Prozessführung und Rechtsberatung, nicht jedoch berufsfremde Aktivitäten wie Vermögensverwaltung, Verwaltungsratsmandate, Geschäftsführung oder Sekretariat eines Berufsverbands, Mäkelei, Mediation oder Inkassomandate);

- Schutz nicht nur von Korrespondenz i.e.S. (Briefe und E-Mails), sondern auch von eigenen Aufzeichnungen, rechtlichen Abklärungen im Vorfeld eines Verfahrens, Besprechungsnotizen, Strategiepapieren, Vertrags- oder Vergleichsentwürfen, etc.;
- kein Schutz von Gegenständen und Unterlagen, wenn der Anwalt im gleichen Sachzusammenhang selber beschuldigt ist (in Straf- und Verwaltungsstrafverfahren).

Im Bereich des *Zivil- und Verwaltungsverfahrens* schlägt der Bundesrat konkret vor:

- in der ZPO die Umschreibung des Herausgabeverweigerungsrechts redaktionell zu verbessern;
- im BZP eine Regelung analog der ZPO vorzusehen;
- im VwVG ebenfalls eine Regelung analog der ZPO vorzusehen (mit eigenständiger Regelung des Herausgabeverweigerungsrechts der Parteien bzw. Verweisung auf das BZP bezüglich des Herausgabeverweigerungsrechts Dritter);
- im KG die Verweisung auf das VwVG hinsichtlich des Auskunftsverweigerungsrechts anzupassen; und
- im PatGG das Mitwirkungsverweigerungsrecht in Verfahren vor dem Bundespatentgericht betreffend den Bestand eines Patents auf Unterlagen aus dem Verkehr mit Patentanwälten zu erstrecken.

Im Bereich des *Straf- und Verwaltungsstrafverfahrens* schlägt der Bundesrat konkret vor:

- in der StPO die Umschreibung des Beschlagnahmeverbots redaktionell zu verbessern und dieses ausdrücklich auf Unterlagen aus dem Verkehr von Anwälten mit Nichtbeschuldigten zu erstrecken;
- im VStrR eine Regelung analog der StPO vorzusehen (die aufgrund des bestehenden Verweises im KG auch auf kartellrechtliche Verfahren anwendbar wäre); und
- im MStP ebenfalls eine Regelung analog der StPO vorzusehen.

6. Ausblick

Der Revisionsvorschlag des Bundesrats vom 26. Oktober 2011 wurde vom Ständerat am 14. März 2012 ohne Änderung einstimmig angenommen. Voraussichtlich wird der Revisionsvorschlag in der Sommersession 2012 vom Nationalrat behandelt werden. Sofern der Nationalrat der vorgeschlagenen Revision in der Sommersession 2012 ebenfalls zustimmt, könnte der Bundesrat die Revision beispielsweise auf den 1. Januar 2013 in Kraft setzen.

Mit der Umsetzung des bundesrätlichen Revisionsvorschlags vom 26. Oktober 2011 würde bezüglich des Schutzes des Anwaltsgeheimnisses im Verfahrensrecht des Bundes grundsätzlich Klarheit und Rechtssicherheit geschaffen.

Auch der bundesrätliche Revisionsvorschlag lässt jedoch einzelne Fragen offen bzw. un geregelt. Dies gilt erstens etwa für die Frage, in welchem Umfang Unterlagen aus der präventiven Rechtsberatung ohne Zusammenhang mit einem laufenden oder drohenden Verfahren vom Schutzbereich des Anwaltsgeheimnisses erfasst sind. Zweitens regelt der Vorschlag nicht, inwieweit Unterlagen, für die unter Berufung auf das Anwaltsgeheimnis die Siegelung verlangt wird, von den Behörden bei der Beschlagnahme im Sinne einer Triage gesichtet und geprüft werden dürfen.

Die erste dieser offenen Fragen ist in der ständerätlichen Beratung des Revisionsvorschlags praktisch bereits geklärt worden. Ständerat Janiak hatte dort – unter Bezugnahme auf eine Stelle in der bundesrätlichen Botschaft – die Frage aufgeworfen, ob es mit dem Revisionsvorschlag bei der jetzigen Praxis bleibe, wonach in den Schutzbereich des Anwaltsgeheimnisses nicht nur Unterlagen aus dem Vorfeld eines Verfahrens fielen, sondern sämtliche Unterlagen, die ein Anwalt in Ausübung seiner Tätigkeit bei einem konkreten Mandat produziere (vgl. AmtlBull StR 2012, S. 221 f.). Bundesrätin Sommaruga bestätigte dies mit den folgenden Worten: «Sie haben gefragt, ob die Ausführungen in der Botschaft eine Einschränkung gegenüber der heutigen Praxis bedeuten würden. Nein, dem ist nicht so. [...] Ich muss allerdings auch sagen, dass ein gewisser Zusammenhang mit dem Vertretungsmonopol der Anwälte bestehen muss; das kann aber relativ locker gesehen werden.» (AmtlBull StR 2012, S. 222).

Bei der zweiten offenen Frage geht es um die Abwägung zwischen dem Zweck der Regelung – dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses – und der verfahrensrechtlichen Notwendigkeit, geschützte Dokumente auszusondern, andere jedoch beschlagnahmen zu können. Dabei muss davon ausgegangen werden, dass jede (auch nur teilweise) inhaltliche Sichtung und Prüfung von Unterlagen, für die der Schutz des Anwaltsgeheimnisses angerufen wird, durch eine Behörde dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Neuregelung

widerspräche, da dann geschützte Informationen in die betreffende Untersuchung einfließen und für deren Zwecke verwendet werden könnten. Andererseits besteht die verfahrensrechtliche Notwendigkeit, geschützte und nicht geschützte Dokumente zu trennen. Für letzteren Zweck sollte es genügen, eine formelle Überprüfung des Erstellers, Absenders bzw. Adressaten (sowie nötigenfalls des Titels) eines solchen Dokuments vorzunehmen, um abzuklären, ob der für den Schutz des Dokuments vorausgesetzte Zusammenhang mit einem anwaltlichen Mandat besteht. Die gemäss Bundesgericht erlaubte «kurze Sichtung und summarische Prüfung» (vgl. BGE 106 IV 413, S. 423 Erw. 7b) wäre unter der gesetzlichen Neuregelung in diesem Sinne zu interpretieren. Weiter gebietet es der Schutz der Verteidigungsrechte, dass jede Sichtung und Prüfung von Unterlagen nur in Anwesenheit des Betroffenen oder seines Rechtsvertreters erfolgen darf, um zu vermeiden, dass der Schutz des Anwaltsgeheimnisses unterlaufen wird. Das Interesse der untersuchenden Verwaltungsbehörde an der Verhinderung missbräuchlicher Berufung auf das Anwaltsgeheimnis wird durch die Möglichkeit der Siegelung gewahrt (vgl. Art. 50 Abs. 3 VStrR). Sind sich Betroffene und Behörde über die Schutzwürdigkeit von Dokumenten nicht einig, werden diese gesiegelt und das Gericht entscheidet, ob die Beschlagnahme zulässig ist. Dies mag zwar aufwändig sein (was das Bundesgericht im Entscheid 1B_595/2011 vom 21. März 2012 zum Anlass nahm, sich entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes für unzuständig zu erklären). Trotzdem gebieten der Schutz des Anwaltsgeheimnisses und die Wahrung der Verteidigungsrechte der Betroffenen diese Vorgehensweise.

Es bleibt zu hoffen, dass die parlamentarische Beratung des bundesrätlichen Revisionsvorschlags vom 26. Oktober 2011 auch weiterhin so zügig vorankommt wie bis anhin, so dass der angestrebte einheitliche und umfassende Schutz des Anwaltsgeheimnisses im Verfahrensrecht des Bundes schon bald zur Realität wird. ■