

Hinweis der Redaktion zum Themenbereich «Berufsgeheimnis/Anwaltsgeheimnis»

Sehr geehrte Leserinnen und Leser

Vor dem Hintergrund der Vereinheitlichung der eidgenössischen ZPO resp. StPO sind in diversen Medien bereits Artikel erschienen, welche sich wissenschaftlich oder nach jeweiliger Interessenlage mit verschiedensten Aspekten der erwähnten Revisionen beschäftigen. Zum Thema Berufsgeheimnis/Anwaltsgeheimnis erschien unter anderem auf eine Publikation von Prof. Dr. iur. Marcel Alexander Niggli in der NZZ am Sonntag vom 22. Januar 2006, S. 19, hin ein Artikel von Dr. iur. Michel Pfeifer, M. B. L-HSG, in der Anwaltsrevue 4/2006, S. 166–169. Nachstehend finden

Sie nun eine «Replik» auf den Artikel von M. Pfeifer, welche M. A. Niggli der Anwaltsrevue zukommen liess.

Dem Gedanken verpflichtet, dass kontradiktorische Standpunkte gerade zum Kern anwaltlicher Tätigkeit gehören, hält die Redaktion zu diesem publizierten Beitrag fest, dass es sich auch hier um eine Einzelmeinung zur interessierenden Problematik, nicht aber um die Meinung des Vorstandes des SAV oder der Redaktion handelt. Vielmehr werden wir auch in den nächsten Ausgaben diese ausserordentlich interessante und interessierende Thematik weiterverfolgen.

Peter von Ins, Chefredaktor

Marcel Alexander Niggli*

Unterstehen dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch Unternehmensjuristen?

Eine Verteidigung des materiellen Strafrechts gegen die Freunde des Verfassungsrechts, zugleich eine Antwort auf Pfeifer

Stichworte: Berufsgeheimnis, Berufsgeheimnis von Unternehmensjuristen, freie Anwälte

Vor kurzem hat MICHAEL PFEIFER hier¹ auf ein von mir erstattetes Gutachten Bezug genommen² und dabei doch sehr unausgewogen berichtet, weshalb eine Richtigstellung angezeigt scheint.

I. Vorbemerkung

Bemerkenswert ist vorweg, dass PFEIFER sich auf einen Aufsatz in der NZZ am Sonntag bezieht,³ das diesen Ausführungen zugrundeliegende Gutachten aber weder von mir noch von der Auftraggeberin angefordert hat. Bemerkenswert ist weiter der Zugang, den Herr PFEIFER wählt, soll doch nach seinen eigenen Aussagen «suaviter in modo» über die Frage gestritten werden,⁴ doch kaschiert die angeblich liebliche Art («suavis» meint angenehm, lieblich, liebenswürdig) nur Unterstellungen: Schon der Untertitel des Beitrages («Wunsch als Vater des Gedankens») zeigt an, was dann immer wieder wiederholt wird, nämlich dass eine von Herrn PFEIFERS Meinung abweichende Position nur aufgrund von sachfremden Einflüssen überhaupt vertreten werden könne (meine Feststellung, dass das Berufsgeheimnis auch für Unter-

nehmensjuristen gelte, sei «plakativ»⁵; meine Schlussfolgerung sei «wunschgemäss»⁶ etc.). Zumindest höchst eigenwillig erscheint auch der Umgang mit Zitaten. So wird etwa die Aussage, das Berufsgeheimnis schütze keine öffentlichen Interessen,⁷ in Anführungsstriche gesetzt (also als wörtliches Zitat gekennzeichnet) und mir zugeschrieben, obwohl sie sich gar nicht in meinem Text findet. Und umgekehrt wird die (nun tatsächlich von mir getroffene) Feststellung, das Berufsgeheimnis werde oft als Privileg verstanden, mir selbst zugeschrieben, so als ob ich diese Position vertreten würde. Schliesslich sei angemerkt, dass – anders als es der PFEIFERSche Beitrag andeutet – Universitätsprofessoren (einschliesslich meiner selbst) keinerlei Vor- oder Nachteil davon haben, dass Unternehmensjuristen dem Geheimnis unterstehen oder nicht. Dasselbe lässt sich umgekehrt von den selbständigen Anwälten nicht wirklich behaupten. So vorurteilslos, wie das PFEIFER für sich in Anspruch nimmt,⁸ dürfte die Interessenlage also durchaus nicht sein, was der Ehrlichkeit halber immerhin erwähnt sei.

II. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung

PFEIFER bezieht sich wiederholt auf die herrschende Lehre und Rechtsprechung,⁹ zu welcher ich mich mit meiner Position in

* Prof. Dr., Ordinarius für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Freiburg.

1 MICHAEL PFEIFER, Gilt das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch für Unternehmensjuristen? Der Wunsch als Vater des Gedankens oder Realistik der Auslegung?, Anwaltsrevue 4/2006, S. 166–169.

2 Gutachten erstattet im August 2005 zuhanden der Industrie-Holding, Bern.

3 M. A. NIGGLI, Das Berufsgeheimnis gilt auch für angestellte Rechtsanwälte, NZZ am Sonntag, 22. Januar 2006, S. 19.

4 PFEIFER (Fn. 1), S. 167.

5 PFEIFER (Fn. 1), S. 167.

6 PFEIFER (Fn. 1), S. 169.

7 PFEIFER (Fn. 1), S. 169.

8 PFEIFER (Fn. 1), S. 167.

9 PFEIFER (Fn. 1), S. 167 f.

«bewussten und vollen Gegensatz» setzen soll. Allein, ich vermag das nicht zu erkennen. Tatsache ist, dass sich das Bundesgericht mit der Frage noch nie auseinandergesetzt hat,¹⁰ und dass die von PFEIFER angeführte Lehre primär aus anwaltsrechtlichen Publikationen besteht. Selbst in der massgeblichen, von Herrn PFEIFER nicht nur verfassten,¹¹ sondern auch zitierten¹² Kommentierung findet sich neben einem Hinweis auf einen Satz aus dem TRECHSELSchen Kommentar¹³ nur eine einzige strafrechtliche Quelle (CORBOZ). Die einzige neuere strafrechtliche Publikation, die sich zur Frage äussert, nämlich DONATSCH/WOHLERS,¹⁴ fehlt demgegenüber, was umso bemerkenswerter ist, als dass dort die Anwendung von Art. 321 StGB auf Unternehmensjuristen abgelehnt, also die PFEIFERSche Position gestützt wird. Will man die Frage tatsächlich unvoreingenommen angehen, so bleibt wohl nur der Schluss, dass es gegenwärtig eben *keine* herrschende strafrechtliche Lehre und Rechtsprechung gibt.

III. Materielles Strafrecht und Prozessrecht/Anwaltsrecht

Die eben angesprochene Verengung der Perspektive führt PFEIFER denn auch zum selben Schluss, den die prozess- bzw. anwaltsrechtliche (aber eben nie die strafrechtliche) Literatur seit je gezogen hat. Damit aber wird das doch erhebliche Spannungsverhältnis, das zur materiell-rechtlichen Perspektive besteht, einfach ignoriert. So etwa wenn PFEIFER feststellt, dass «für den schon lange mit der Thematik Befassten die Sache klar»¹⁵ und das Berufsgeheimnis nicht auf Unternehmensjuristen anwendbar sei. Richtig ist zwar, dass sich Herr PFEIFER schon lange mit dem Anwaltsgeheimnis befasst, was ich von meiner Person nicht behaupten könnte, weil ich primär mit Strafrecht befasst war und bin. Richtig ist aber eben auch, dass die Frage des Anwendungsbereiches von Art. 321 StGB eine genuin strafrechtliche ist und der Unterschied von Anwaltsgeheimnis einerseits und Berufsgeheimnis andererseits, den PFEIFER beeindruckend leichtfertig beiseite schiebt,¹⁶ eben durchaus Bedeutung hat.

Kurz gesagt: Der materiell-strafrechtliche Aspekt erscheint deshalb zentral, weil es eben um die Auslegung einer Strafbestimmung geht, also um eine materiell-strafrechtliche Norm. Die Auslegung dieser Norm – so der Kern meines Argumentes – sollte nicht aus Gründen der wirtschaftlichen oder politischen Opportunität (z. B. im Bereich des Kartellrechts) auf die eine oder andere Weise erfolgen, sondern anhand der Schutzrichtung der Norm selbst.

10 Der immer wieder zitierte BGE 130 II 87 befasst sich mit der Eintragung von angestellten Anwälten ins Anwaltsregister.

11 MICHAEL PFEIFER, Art. 13 BGFA, in: W. Fellmann und G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005.

12 PFEIFER (Fn. 1), S. 166, zitiert werden Art. 13 N 17, 23, 89 und 93.

13 STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 321 N 5.

14 ANDREAS DONATSCH und WOLFGANG WOHLERS, Strafrecht IV, 3. Aufl., Zürich 2004, S. 479.

15 PFEIFER (Fn. 1), S. 167.

16 PFEIFER (Fn. 1), S. 168.

IV. Der Begriff des Anwaltes

Die von der prozessrechtlichen Perspektive betonte Bedingung der Unabhängigkeit des Anwaltes ist eine der persönlichen Voraussetzungen, die Art. 8 BGFA¹⁷ für die Eintragung in das Anwaltsregister vorsieht. Was also läge näher, als für die vorliegende Frage das BGFA heranzuziehen. Unglücklicherweise lässt sich indes aus der Eintragung eines Anwaltes in ein Anwaltsregister für die vorliegende Frage überhaupt nichts gewinnen, denn das BGFA beschränkt seinen Anwendungsbereich in Art. 2 auf Personen, die einerseits über ein Anwaltspatent verfügen, andererseits in der Schweiz im Rahmen des Anwaltsmonopols Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, es knüpft also nicht an der Eintragung in ein Register, sondern an der forensischen Tätigkeit im Rahmen des Anwaltsmonopols an. Zwar führt die Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister zur Anwendung der Berufsregeln (Art. 12 f. BGFA) und der Disziplinaufsicht (Art. 14 ff. BGFA).¹⁸ Die Eintragung ist aber gemäss BGFA nicht zwingend, sofern die im BGFA statuierte Freizügigkeit nicht in Anspruch genommen werden soll. Umgekehrt gelten die Berufsregeln auch für nicht eingetragene Anwälte, sofern sie im Anwaltsmonopol tätig sind.¹⁹

Weil der Umfang des Anwaltsmonopols vom jeweiligen kantonalen Recht definiert wird, ergibt sich nicht nur ein kantonales jeweils unterschiedlicher Anwendungsbereich des BGFA, es ergibt sich auch, dass die *eidgenössischen* Berufsregeln gemäss BGFA *nicht* auf alle Rechtsanwältinnen Anwendung finden. Ist nämlich der Rechtsanwalt nicht im Rahmen des Anwaltsmonopols, sondern z. B. bloss beratend tätig, so muss er sich typischerweise nicht in ein kantonales Anwaltsregister eintragen lassen. Tut er dies nicht freiwillig, so ist das BGFA auf ihn nicht anwendbar. Damit entfällt auch die Anwendung der Berufsregeln und des Anwaltsgeheimnisses (Art. 12 f. BGFA), was immerhin als eindrückliche Konsequenz erscheint.

Für den Begriff des Rechtsanwaltes gemäss Art. 321 StGB lässt sich entsprechend aus der Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister bzw. aus deren Voraussetzungen nichts Schlüssiges gewinnen.²⁰

V. Anwaltsgeheimnis und Berufsgeheimnis

Aus dem Anwendungsbereich des BGFA ergibt sich – wie eben erwähnt – direkt ein Unterschied zwischen Anwaltsgeheimnis gemäss Art. 13 BGFA und Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB. Während nämlich das Berufsgeheimnis für alle Geistlichen, Rechtsanwältinnen, Verteidiger, Notare, nach OR zur Verschwiegenheit verpflichteten Revisoren, Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen sowie deren Hilfspersonen und Studierende gilt, unterstehen umgekehrt dem Anwaltsgeheimnis nicht einmal alle, sondern

17 Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000, SR 935.61.

18 ERNST STAHELIN und CHRISTIAN OETIKER, Art. 5, in: W. Fellmann und G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 5 N 18.

19 HANS NATER, Art. 2 BGFA, in: W. Fellmann und G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 2 N 3.

20 Ebenso RAMON MABILLARD, Anwaltsgeheimnis als verfassungsrechtliche Schranke für Zwangsmassnahmen am Beispiel der Durchsuchung und Beschlagnahme von Papieren, SJZ 101, 2005, S. 209–217, 212.

nur die im Anwaltsmonopol tätigen Rechtsanwälte. Die beiden Geheimnisse gleich zu behandeln, wie dies PFEIFER vorschlägt,²¹ erscheint bereits deswegen sträflich unpräzise. Nicht nur der mögliche Täterkreis der beiden Normen ist aber deutlich unterschiedlich, die Unterschiede beschlagen auch die geschützten Informationen selbst. Während nämlich Art. 13 BGFA auf Informationen beschränkt ist, die dem Anwalt von seiner Klientschaft anvertraut wurden, erfasst Art. 321 StGB alle Informationen, die dem Anwalt infolge seines Berufes anvertraut wurden (egal von wem) sowie alle Informationen, die er bei dessen Ausübung wahrgenommen hat (egal wie). Art. 321 StGB setzt mithin keine Beschränkung auf Informationen bzgl. des Klienten und verlangt umgekehrt auch nicht, dass die Information bewusst offenbart wurde.

Anwaltsgeheimnis und Berufsgeheimnis sind entsprechend zwei deutlich unterschiedliche Geheimnisbereiche, nicht nur was den möglichen Täterkreis (die Geheimnisträger), sondern auch was den Umfang der erfassten und geschützten Geheimnisse betrifft. Entsprechend ist es schlicht falsch, wenn PFEIFER ausführt, auch bei «durch Dritte oder zufällig zugekommenen Informationen, wenn sie im Rahmen eines Mandats zugekommen sind»,²² handle es sich um Kommunikation, die das Verhältnis zwischen Klient und Anwalt betreffe. Strafantragsberechtigt nach Art. 321 StGB ist nämlich keineswegs nur der Klient, sondern eben jeder Geheimnisherr, d. h. jede direkt von der Tat betroffene Person, die keineswegs eine Klientin des Anwalts zu sein braucht.²³

Das Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB greift mithin weit über den Kreis der in ein Register eingetragenen (selbständigen) Anwälte hinaus auf alle Rechtsanwälte (und natürlich noch weiter). Entsprechend habe ich grösste Mühe mit der Aussage, Art. 321 StGB habe über den individuellen Aspekt hinaus (der in der Ausgestaltung als Antragsdelikt zum Ausdruck komme) einen institutionalisierten, verfassungsrechtlichen Aspekt, der in Art. 13 BGFA zum Ausdruck komme. Mir ist angesichts des unterschiedlichen Adressatenkreises und des unterschiedlichen Anwendungsbereiches von Art. 13 BGFA einerseits und Art. 321 StGB andererseits schleierhaft, wie Art. 13 BGFA (also eine Norm, die auf den Schutz von Informationen beschränkt ist, die ein im Monopol tätiger Anwalt von seiner Klientschaft anvertraut erhält) einen verfassungsrechtlichen Aspekt von Art. 321 StGB zum Ausdruck bringen könnte, also einer Norm die alle Informationen schützt, die ein beliebiger Anwalt (sowie Vertreter vieler anderer Berufe) bei der Berufsausübung wahrnimmt.

VI. Die Verletzung des Berufsgeheimnisses als Antragsdelikt

Die Tatsache, dass Art. 321 StGB als Antragsdelikt ausgestaltet ist, führe mich in die Irre, meint PFEIFER.²⁴ Sie bringe mich zur An-

nahme, die Norm schütze keine öffentlichen Interessen. Der Vergleich mit deutschen und vom Common Law beeinflussten Auffassungen zeige klar, was Art. 321 StGB schütze, nämlich die Kommunikation zwischen Anwalt und Klient.²⁵

Wir haben bereits gesehen, dass Art. 321 StGB *nicht* die Kommunikation zwischen Anwalt und Klient schützen kann, wenn durch die Norm auch Personen geschützt werden, die gar nicht Klienten des Täters sind. Auch macht sich der Vergleich mit deutschen oder Common Law Regelungen zwar gut, hilft aber nicht weiter, denn die Auslegung des schweizerischen Strafrechts lässt sich natürlich nicht aus anderen Rechtsordnungen gewinnen.

Was demgegenüber die öffentlichen Interessen betrifft, so überhöht PFEIFER meine Position absichtlich, um sie leichter als falsch darstellen zu können, denn selbstverständlich käme es keinem vernünftigen Strafrechtler in den Sinn zu behaupten, eine Strafnorm schütze keine öffentlichen Interessen. Jede Strafnorm, ja jede Norm überhaupt (selbst eine des Privatrechts) schützt letztlich öffentliche Interessen. Die Frage ist nur, ob denn dieses öffentliche, oder eben ein besonderes Partikularinteresse im Vordergrund steht. Was nun aber *diese* Frage betrifft, so gibt der Gesetzgeber durch die Ausgestaltung von Art. 321 StGB als Antragsdelikt eine sehr deutliche Antwort: Im Vordergrund steht das Interesse des Geheimnisherrn, was die strafrechtliche Lehre ohne weiteres notiert.²⁶ Der Geheimnisherr kann durch seinen Strafantrag die Strafverfolgung überhaupt erst bewirken und – was häufig vergessen geht – sie eben durch Rückzug des Antrages wieder stoppen. Darüber hinaus zeigt aber auch Art. 321 Ziff. 2 StGB deutlich Sinn und Zweck der Norm: Handelte es sich tatsächlich primär um öffentliche Interessen, die von Art. 321 StGB geschützt werden, so wäre überhaupt nicht nachzuvollziehen, dass ein Einzelner durch seine Einwilligung die Strafbarkeit aufzuheben vermöchte.²⁷ Das öffentliche Interesse erscheint entsprechend einzig im Hinblick auf die Auswahl der betroffenen (verpflichteten) Berufsgruppen relevant.²⁸

Wie PFEIFER korrekt feststellt, lässt nichts im Wortlaut oder der Entstehungsgeschichte von Art. 321 StGB darauf schliessen, dass die Unternehmensjuristen vom Anwendungsbereich ausgeschlossen bleiben sollten und die ältere Lehre äussert sich zur Frage entsprechend nicht.²⁹ Aus strafrechtlicher Perspektive er-

25 PFEIFER (Fn. 1), S. 167.

26 Vgl. GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 5. Aufl., Bern 2000, § 59 N 15; DONATSCH/WOHLERS (Fn. 14), S. 477; NIKLAUS OBERHOLZER, Art. 321, in: M. A. Niggli und H. Wiprächtiger (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, Basel u. a. 2003, Art. 321 N 2; so schon ZÜRCHER, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch: Protokoll der zweiten Expertenkommission, Luzern 1912–1920, Bd. 4, S. 364.

27 So völlig korrekt RIEDO (Fn. 23), S. 217, Fn. 968.

28 OBERHOLZER (Fn. 26), Art. 321 N 4; deutlich BURCKHARDT, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch: Protokoll der zweiten Expertenkommission, Luzern 1912–1920, Bd. 4, S. 369, der hinsichtlich Ziff. 2 und 3 ausführt, dass es sich um Einbrüche in die Geheimhaltungspflicht im öffentlichen Interesse handle.

29 PFEIFER (Fn. 1), S. 169; wie man auf dieser Grundlage zum Schluss kommen kann, dass sie sich «zweifelsfrei nicht auf den Unternehmensjuristen» bezog, bleibt unverständlich.

21 PFEIFER (Fn. 1), S. 168; ebenso wohl MABILLARD (Fn. 20), S. 212, der das Anwaltsgeheimnis als einheitlichen Begriff des Bundesrechts versteht, der gestützt auf Art. 321 StGB (also das viel weitere Berufsgeheimnis) durchzusetzen sei.

22 PFEIFER (Fn. 1), S. 168.

23 Vgl. etwa CHRISTOF RIEDO, Der Strafantrag, Basel 2004, S. 217 f., mit einem hübschen Beispiel.

24 PFEIFER (Fn. 1), S. 169.

scheint mithin die Beschränkung auf «selbständige» Anwälte keineswegs selbstverständlich. Wollte man demgegenüber Anwaltsgeheimnis (Art. 13 BGFA) und Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) als identisch ansehen und den strafrechtlichen Schutz des Berufsgeheimnisses (Art. 321 StGB) aus der rechtsstaatlichen Funktion des Anwalts erklären,³⁰ so hätte man vorweg einmal anzugeben, worin denn die rechtsstaatliche Funktion der anderen von Art. 321 StGB erfassten Tätergruppen, etwa der Geistlichen, Ärzte, Zahnärzte oder Apotheker bestünde. Oder ist deren Aufnahme in die Bestimmung als mögliche Tätergruppen etwa aus anderen Motiven zu erklären und gilt für Rechtsanwälte einfach deshalb etwas Besonderes, weil sie selbst die Auslegungshoheit über Bestimmungen beanspruchen, die sie betreffen?

Wollte man tatsächlich primär öffentliche Interessen in den Vordergrund stellen, würde man damit aber weitere Inkonsistenzen schaffen. So würde etwa der Anwendungsbereich von Art. 321 StGB über eine Abwägung zwischen verschiedenen öffentlichen Interessen (Interesse an der Strafverfolgung vs. Interesse an der rechtsstaatlichen Funktion der erwähnten Berufsgruppen) definiert. Im Vordergrund stünde damit der Geheimnisträger und nicht mehr der Geheimnisherr. Der Schutz des Geheimnisherrn (der ja letztlich über den Strafantrag überhaupt erst die Strafverfolgung auslöst) würde mithin über Kriterien bestimmt, die nicht ihn, sondern den Geheimnisträger beschlagen. Es dürfte offensichtlich sein, dass der Schutzbereich des Geheimnisherrn nicht widerspruchsfrei in Abhängigkeit von öffentlichen Interessen am Handlungsbereich des Geheimnisträgers (der als Adressat der Norm verpflichtet wird und der Strafdrohung untersteht) definiert werden kann. Und wollte man dies schon so verstehen, dann wäre jedenfalls nicht mehr einsichtig, wieso der Geheimnisherr mittels seines Strafantrages über diese öffentlichen Interessen verfügen können sollte. Wollte man also dieser Perspektive tatsächlich folgen, so wäre das Delikt logischerweise entweder als Officialdelikt auszugestalten oder aber das Antragsrecht müsste nicht dem Geheimnisherrn, sondern der entsprechenden Aufsichtsbehörde zustehen.

VII. Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB Privileg oder Pflicht?

Das Berufsgeheimnis schütze weder nur den Anwalt, noch räume es ihm gar ein Privileg ein, konstatiert PFEIFER.³¹ Natürlich bin ich glücklich, dass mir mein Kritiker wenigstens darin Recht gibt, dass das Berufsgeheimnis kein Recht, sondern eine Pflicht des Geheimnisträgers (also des Anwaltes) darstellt. Allein, die Freude wird sofort relativiert: Es lasse sich nirgends ein haltbarer Beleg dafür finden, dass aus dem tatsächlich existierenden öffentlichen Interesse am Anwaltsberuf auf ein Privileg geschlossen werden könne.³² Dem vermag ich ohne Einschränkung zuzustimmen, nur behaupte ich nicht, dass man auf ein Privileg schlies-

sen dürfe, sondern nur, dass es getan werde. Wenn nämlich die Rede davon ist, dass sich die Unternehmensjuristen nicht auf das Berufsgeheimnis berufen *könnten*,³³ oder wenn PFEIFER im selben Aufsatz, in welchem er solche Belege negiert, ausführt, die Unternehmensjuristen fühlten sich durch «den Verlust des Schutzes durch das Berufsgeheimnis diskriminiert»³⁴, so vermag ich nicht zu verstehen, wie es sich um eine Pflicht handeln sollte. Beruft man sich nicht auf Rechte, wird man nicht durch Rechte geschützt, sind es nicht Rechte, die man verlieren kann? Kann der Wegfall einer Pflicht ein Verlust sein? Ist das nicht eine gar protestantische Welt, die Herr PFEIFER hier zeichnet, in der Pflichten Freude machen und deren Verschwinden bedauert wird? Selten noch hat sich ein Berufsstand so eingesetzt, dass nicht alle seine Mitglieder denselben Pflichten unterstehen. Könnte es nicht sein, dass die Anwaltschaft das Berufsgeheimnis tatsächlich nicht als Pflicht, sondern als Privileg sieht? Könnte es nicht sein, dass sie diese Pflicht den Unternehmensanwälten nicht aufbürden (oder soll man sagen: gönnen?) will, weil sie Vorteile daraus zieht? Offensichtlich sind sich Herr PFEIFER und ich einig, dass das Berufsgeheimnis nicht den Anwalt alleine schützt, uneinig sind wir darüber, ob es ihn überhaupt schützt. Nun will ich gerne zugeben, dass sich *aus der strafrechtlichen Pflicht*, das Berufsgeheimnis zu wahren, für den Anwalt auch eine bestimmte Rechtsstellung ergibt. Diese Rechtsstellung aber ist blosser Reflex des Schutzes des Geheimnisherrn. Die so gern heruntergespielte Ausgestaltung von Art. 321 StGB als Antragsdelikt lässt gar keinen anderen Schluss zu als denjenigen, dass es der Schutz der betroffenen Partikularinteressen ist, der Vorrang hat vor jeglicher verfassungsrechtlicher oder rechtsstaatlicher Funktion der Geheimnisträger, die eben die Last der Pflicht zu tragen haben.

VIII. Conclusio

Herr PFEIFER argumentiert nicht immer so unausgewogen wie im hier angesprochenen Aufsatz. In seiner differenzierten Kommentierung des Berufsgeheimnisses im Anwaltskommentar³⁵ etwa kommt er nach eingehender Diskussion der verschiedenen Aspekte zu folgendem Schluss:

«Es gibt daher letztlich vor allem ein Argument, das gegen die Anwendung des Berufsgeheimnisses nach Art. 321 StGB auf Unternehmensjuristen spricht: Unter rechtsstaatlichen Aspekten haben sie eine andere Stellung als die freien Anwälte.»³⁶

Dem kann man vorbehaltlos zustimmen. Das Bemerkenswerte daran ist indes, dass aufgrund der Ausrichtung von Art. 321 StGB auf den Schutz des Geheimnisherrn die rechtsstaatliche Stellung des Geheimnisträgers (also in casu des Anwaltes) für den Anwendungsbereich von Art. 321 StGB belanglos ist. Entsprechend bleibt mir nur der Schluss, dass dem Berufsgeheimnis auch Unternehmensjuristen unterstehen.

30 MABILLARD (Fn. 20), S. 212.

31 PFEIFER (Fn. 1), S. 167.

32 PFEIFER (Fn. 1), S. 169.

33 NATER (Fn. 19), Art. 2 N 4; PFEIFER (Fn. 11), Art. 13 N 14 und 15.

34 PFEIFER (Fn. 1), S. 166.

35 PFEIFER (Fn. 11).

36 PFEIFER (Fn. 11), Art. 13 N 93.