

Michael Pfeifer*

Gilt das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch für Unternehmensjuristen?

Der Wunsch als Vater des Gedankens oder Realistik der Auslegung?

Stichworte: Berufsgeheimnis, Berufsgeheimnis von Unternehmensjuristen, freie Anwälte

Im Text von Art. 321 StGB¹ findet sich kein Hinweis, wonach das Berufsgeheimnis nur unternehmensexterne, unabhängige, selbstständig tätige Rechtsanwältinnen² erfasst. Herrschende Lehre³ und (soweit zu dieser Frage vorhanden) bundesgerichtliche Rechtsprechung⁴ stimmen aber darin überein, dass Art. 321 StGB sich nicht auf Unternehmensjuristen⁵ bezieht.

Kritische Stimmen, die forderten, dass es auch Unternehmensjuristen möglich sein müsse, den Schutz des in Art. 321 StGB geregelten Berufsgeheimnisses anzurufen, wurden insbesondere aus dem Kreis der Unternehmensjuristen selbst laut. WERNER DE CAPITANI⁶ und HERBERT WOHLMANN⁷ aber auch WALTER STRASSER⁸ seien stellvertretend genannt.⁹ Im Vordergrund steht

das Bedürfnis von Unternehmensjuristen nach einem Schutz durch das Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB. Unternehmensjuristen sind wie freie Anwälte Juristen mit Anwaltspatent. Zum grossen Teil arbeiteten sie zu Beginn ihrer Karriere als freie Anwälte oder als bei freien Anwälten angestellte Anwälte¹⁰, und fühlen sich durch den Verlust des Schutzes durch das Berufsgeheimnis diskriminiert.

In letzter Zeit melden sich auch die Unternehmen und deren Verbände zu Wort. Sie fordern, damit Unternehmen vertrauliche Informationen nicht an freie Anwälte «auslagern» müssen, bedürften auch Unternehmensjuristen des Schutzes durch das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB. Diese Forderung erhob in der Schweiz die Industrie-Holding in ihrem Jahresbericht 2004/2005.¹¹ In Frankreich erhob Justizminister Dominique Perben zugunsten der französischen Unternehmen die gleiche Forderung und setzte eine Kommission ein zwecks Erarbeitung eines Vorschlags zur Einführung des Berufsgeheimnisses für Unternehmensjuristen. Die Worte, mit denen Dominique Perben seine Initiative begleitete, sind ungleich dramatischer, verfolgen aber das gleiche Ziel wie der Versuch der Industrie-Holding. Das Zitat einer Ansprache von Dominique Perben und die Ausführungen der Industrie-Holding seien wörtlich wiedergegeben:

Dominique Perben: «*The need for French company heads to rely on corporate lawyers' opinions covered by full legal confidentiality privilege. It is high time our company heads were able to have their French organisations benefit from experts capable of giving enlightened, comprehensive opinions; professionals who are both competent and have independence of mind as is already the case, but without having to run the*

* Dr. iur. Michael Pfeifer, M. B. L.-HSG, Advokat und Notar, Lehrbeauftragter für Gesellschaftsrecht und Privatrecht an den Universitäten St. Gallen und Basel; Partner/Vischer, Rechtsanwältinnen und Notare, Basel, Zürich.

1 Auf die Besprechung von Art. 13 BGFA im Zusammenhang mit der Fragestellung dieses Beitrages wird verzichtet. Art. 13 BGFA bezieht sich unbestrittenemassen nicht auf Unternehmensjuristen. HANS NATER, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 2 N 4.
2 WERNER DE CAPITANI, Anwaltsgeheimnis und Unternehmensjurist, Schriftenreihe: Das Anwaltsgeheimnis, Bd. 5, Zürich 1999, stellte fest, für die (im Gegensatz zum Unternehmensjuristen) «anderen anwaltlich tätigen Personen» habe sich kein einheitlicher Begriff herausgebildet. Er bezeichnet sie im Interesse der Lesbarkeit als *freien Anwalt/Anwältin*. Dieser Terminologie folgt auch der beiliegende Beitrag. In der englischsprachigen Terminologie hat sich der Begriff «outside-counsel» eingebürgert.
3 STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch (Kurzkomentar), Zürich 1997, Art. 331 N 5 i. f.: Keine Rechtsanwältinnen sind die «Rechtskonsulenten»; MICHAEL PFEIFER, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 13 N 17, N 23, N 89, N 93, mit weiteren Verweisen.
4 In den neuesten, allerdings zum Eintrag im Anwaltsregister und damit zur Frage der Unabhängigkeit ergangenen Bundesgerichtsentscheiden (siehe z. B. BGE 130 II 87 ff.) wird immer der «freie Anwalt», auch wenn er «im Rahmen komplexer (Unternehmens-)Strukturen tätig» (S. 93) ist, «den Anwälten, die bei Unternehmen angestellt sind» (S. 94) gegenübergestellt.
5 Als Unternehmensjurist wird der Inhaber eines Anwaltspatents bezeichnet, der in einem Unternehmen arbeitsvertraglich angestellt ist.
6 WERNER DE CAPITANI (FN 2).
7 HERBERT WOHLMANN, zitiert in: Michael Pfeifer, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, ZSR 1996 II, S. 253 ff., S. 318, FN 393.
8 WALTER STRASSER, General Counsel der Zürcher Kantonalbank, setzt sich in Diskussionen und auf Podien immer wieder vehement für das Berufsgeheimnis der Unternehmensjuristen ein.
9 Auch ANDREAS FURRER, Die Reichweite des Anwaltsgeheimnisses im Zivilprozess – Plädoyer für eine schweizerisches attorney client privilege, in: AJP 2002, S. 900, RZ 33, gehört zu den Kritikern einer «Eingrenzung des Schutzbereichs des Anwaltsgeheimnisses auf (freie) Anwälte.» Für diese Eingrenzung erkennt er nur (doch immerhin) dogmatische Gründe. Das liegt wohl daran, dass auch er nicht untersucht, was genau das geltende Anwaltsgeheimnis schützt, sondern den Blick nur auf den Anwalt als Person richtet. Konsequenter fordert Andreas Furrer aber dann eine Ausdehnung des Schutzes durch Art. 321 StGB über eine gesetzliche Regelung im Rahmen der neuen Bundeszivilprozessordnung.

10 Bei freien Anwälten angestellte Anwälte und Anwältinnen erfüllen nach Art. 8 Abs. 1 Bst. d BGFA die persönlichen Voraussetzungen für den Eintrag im Anwaltsregister und unterstehen dann den Berufsregeln des BGFA. Damit gilt für sie auch Art. 13 BGFA «Berufsgeheimnis». Nach herrschender Lehre unterstehen sie auch dem strafrechtlichen Berufsgeheimnis des Art. 321 StGB (bei ERNST HAFTER, Schweizerisches Strafrecht, Berlin 1943, Besonderer Teil, Zweite Hälfte, S. 855, wird nicht ganz klar, ob er den «Mitarbeiter eines Rechtsanwalts» als selbständigen Täter oder als Hilfsperson sieht). Die Rechtsprechung behandelt sie gleich wie die freien Anwälte (BGE 130 II 99: «Nie problematisiert wurde in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, soweit ersichtlich, die Frage der Unabhängigkeit von Anwälten, die bei Anwaltsbüros angestellt sind; diesfalls bietet der Arbeitgeber hinsichtlich der Pflicht zur Unabhängigkeit (wie auch in Bezug auf das Anwaltsgeheimnis) selber die notwendigen Garantien.»).
11 INDUSTRIE-HOLDING, Jahresbericht 2004/2005, S. 48 ff, siehe: www.Industrie-Holding.ch.

risk that those opinions may become something to be used against the company.»¹²;

Industrie-Holding: «Unternehmensjuristen übernehmen eine nicht unwesentliche Rolle bei der Kartellbekämpfung, indem sie in unternehmensinterne Compliance-Programme involviert sind oder etwa entscheiden müssen, ob die Kronzeugenregelung angerufen werden soll. Ihre Tätigkeit können sie wirkungsvoll nur wahrnehmen, wenn ein absolutes Vertrauensverhältnis zu ihren unternehmensinternen Klienten besteht. Gleich wie der freiberufliche Anwalt darauf angewiesen ist, alle relevanten Fakten offen zu erhalten, hängt auch der Unternehmensjurist von einer entsprechenden Offenheit seiner «Klienten» ab. *Das nötige Vertrauensverhältnis lässt sich nur erreichen, wenn auch dem Unternehmensjuristen der Schutz des Anwaltsgeheimnisses gewährt wird*».¹³

Die Industrie-Holding stützte sich für ihren Vorschlag auf ein Gutachten von MARCEL NIGGLI¹⁴, dessen Quintessenz im Titel eines Artikels in der NZZ am Sonntag mit «Das Berufsgeheimnis gilt auch für angestellte Anwälte»¹⁵ (in diesem Beitrag als Unternehmensjuristen bezeichnet) plakativ publiziert wurde. Diesem Artikel resp. dem Widerspruch zu seinen Inhalten und Argumenten gilt der vorliegende Beitrag, wobei aus der Sicht des schon lange mit der Thematik Befassten die Sache klar ist: Das Berufsgeheimnis des Art. 321 StGB ist nicht auf den Unternehmensjuristen zugeschnitten und umfasst ihn nicht. Insofern ist der in Frankreich eingeschlagene Weg einer Gesetzesvorlage geeigneter als der Weg eines Interpretationsversuchs der Industrie-Holding. Über den Weg lässt sich im Sinne des wissenschaftlichen Streitgesprächs, nach dem Motto «fortiter in rem suaviter in modo», trefflich streiten. Dieser Versuch sei hiermit gewagt. Im bewussten und vollen Gegensatz zur herrschenden Lehre und bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht für MARCEL NIGGLI fest, dass das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch für Unternehmensjuristen gilt. Im vorliegenden Beitrag wird aus der Sicht des unabhängigen, selbständig tätigen Anwalts¹⁶ der Frage nachge-

gangen, ob der gewiss vorhandene und auch verständliche Wunsch, wie er sich in den Anliegen der Industrie-Holding manifestiert, die bisher zum gegenteiligen Ergebnis führenden Argumente der herrschenden Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung «auszuhebeln» vermag? Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es zunächst der Klärung zweier Vorfragen: Was schützt eigentlich das Berufsgeheimnis? Was wollen die Unternehmen durch die Ausdehnung des Schutzes durch das Berufsgeheimnis auf die Unternehmensjuristen erreichen?

Zur Frage «Was schützt das Berufsgeheimnis?»: Das Berufsgeheimnis schützt weder nur den Anwalt, noch räumt es ihm gar ein Privileg ein. Mit diesen vorwiegend von diversen Fiscis vertretenen Auffassungen aus der Rumpelkammer der Äusserungen zum Berufsgeheimnis räumte schon PETER BÖCKLI 1980 gründlich auf.¹⁷ Wenn MARCEL NIGGLI nun diese Sicht der Fiscis wieder aufnimmt, wird sie durch den seitherigen Zeitablauf weder überzeugender, noch vermag ihr MARCEL NIGGLI ein neues, auf die von ihm behandelte Kartellrechtsproblematik bezogenes Element beizufügen. Dass im Bereich des Kartellrechts Unternehmensjuristen besonders beschlagen und mit den Bedürfnissen ihrer Unternehmen vertraut sind, ist selbstverständlich. Die Situation unterscheidet sich in nichts vom Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensjuristen und freien Anwälten in anderen Bereichen, wie denen des Steuerrechts, des Produkthaftpflichtrechts, des Börsenrechts oder des Umweltrechts (um nur beispielhaft einige Bereiche zu nennen).

Das Berufsgeheimnis schützt auch nicht nur das Unternehmen als Klienten. Das Berufsgeheimnis hat über einen in der Ausgestaltung von Art. 321 StGB als Antragsdelikt zum Ausdruck kommenden individuellen Aspekt hinaus einen institutionalisierten, verfassungsrechtlichen, in Art. 13 Abs. 1 Satz 2 BGFA zum Ausdruck kommenden Aspekt.¹⁸

Bei vorurteilsloser Betrachtung und beim Vergleich insbesondere mit deutschen und vom *Common Law* beeinflussten Auffassungen des Berufsgeheimnisses wird klar, dass das Berufsgeheimnis weder nur den Klienten noch nur den Anwalt (diesen aber auch) schützt, sondern ganz auf den *Schutz der Kommunikation zwischen dem Klienten und dem unabhängigen, selbständig tätigen Anwalt* ausgerichtet ist.¹⁹ Das Besondere am Verhältnis des Klienten zum freien Anwalt ist dessen neutrale objektive Beurteilung von Fakten und rechtlichen Positionen (eingeschlossen die Beurteilung des Rechts der zur Verfügung stehenden Verfahren). Der Unternehmensjurist mag die Fakten besser kennen, er mag mehr Erfahrung im jeweiligen einschlägigen Rechtsgebiet haben. Den freien Anwalt zieht der Klient (das Unternehmen) vor allem wegen seiner *Objektivität und Neutra-*

12 Zitiert aus: The European Lawyer, October 2005, S. 48. Es handelt sich um eine Rede vor den Mitgliedern der von ihm eingesetzten so genannten «Guillaume Kommission», die er mit der Konsultation von Unternehmen beauftragte (Hervorhebung beigefügt).

13 INDUSTRIE-HOLDING (FN 11), S. 48, Hervorhebung beigefügt.

14 INDUSTRIE-HOLDING (FN 11), S. 48: «Unserer Auffassung nach – und wir werden darin von massgeblichen Unternehmungen unterstützt – fallen auch Unternehmensjuristen im Rahmen ihrer rechtsberatenden Tätigkeit unter den Schutz des Anwaltsgeheimnisses nach Art. 321 StGB.»

15 MARCEL NIGGLI, Das Berufsgeheimnis gilt auch für angestellte Rechtsanwältinnen, in: NZZ am Sonntag, 22. Januar 2006, S. 19.

16 Im Sinne von OUTI KORHONEN, International Lawyer: Towards Conceptualization of the Changing World and Practice, in: Jens Drolshammer und Michael Pfeifer (Hrsg.), The Internationalization of the Practice of Law, S. 373 ff., befließigt sich der Autor folgender Situationalisierung: Mit Jahrgang 1947 gehört der Autor dieses Beitrags zu den «älteren Semestern», geprägt von dem für die Nachkriegsgeneration in der Schweiz typischen Dilemma zwischen Tradition und Aufbruch (Studienbeginn in Berlin 1966/67!). Der Autor war während seines ganzen Berufslebens und ist weiterhin als freier Anwalt tätig. In Bezug auf die Gleichberechtigung der Geschlechter zwar namhaft geprägt durch eine allein erziehende, berufstätige Mutter konnte er sich noch nicht zur wahlweisen Verwendung männlicher und weiblicher Formen des Begriffs «Anwalt» durchringen. Die männliche steht aber immer auch für die weibliche Form.

17 PETER BÖCKLI, Anwaltsgeheimnis und Fiskus im Rechtsstaat, in: SJZ 76 (1980), S. 105–112 und S. 125–137.

18 Die Entbindung vom Anwaltsgeheimnis durch den Geheimnisherrn verpflichtet den Anwalt nicht zur Preisgabe des Anvertrauten. Der Anwalt entscheidet über die Preisgabe nach eigenem Ermessen. Siehe dazu: MICHAEL PFEIFER, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 13 N 76.

19 Ansätze zu dieser Sicht des Anwaltsgeheimnisses finden sich bei ANDREAS FURRER (FN 9), S. 895 ff., S. 896.

lität²⁰ bei, gemeinhin als *Unabhängigkeit* bezeichnet, und wegen seiner Kenntnis und Erfahrung hinsichtlich aller Verfahren betreffender Aspekte. Der Zugang des Klienten zum Recht über die Vertretung und Beratung durch den freien Anwalt und die dazu zwingend nötige Kommunikation zwischen beiden, resp. überhaupt die Anwalt und Klient betreffende Kommunikation, ist Schutzobjekt des Berufsgeheimnisses. Dass es dabei zwischen Art. 321 StGB (dem Anwalt infolge seines Berufs anvertraut oder in dessen Ausübung wahrgenommen) und Art. 13 BGFA (dem Anwalt infolge des Berufs von der Klientschaft anvertraut) zu unterschiedlichen Mengen an dem Berufsgeheimnis unterliegenden Informationen kommt, kann nicht entscheidend sein. Immer handelt es sich bei einem Mandat um ein zweiseitiges Verhältnis zwischen Klient und Anwalt. Auch bei dem Anwalt durch Dritte oder zufällig zugekommenen Informationen, wenn sie im Rahmen eines Mandats zugekommen sind, handelt es sich um Kommunikationen, die das Verhältnis zwischen Klient und Anwalt betreffen. *Als Fazit der ersten Vorfrage lässt sich festhalten, dass das Berufsgeheimnis Informationen eines Kommunikationsstrangs schützt, der zum Unternehmensjuristen gar nicht besteht.*

Zur Frage «Was wollen die Unternehmen mit der Ausdehnung des Schutzes durch das Berufsgeheimnis auf Unternehmensjuristen erreichen?»: Aus der treuherzigen Formulierung der Industrie-Holding, «Ohne Anwaltsgeheimnis für Unternehmensjuristen würden die Unternehmen gezwungen, in gewissen Situationen externe Anwälte zu mandatieren, nur weil ihre internen Spezialisten – auf die sie sich eigentlich verlassen könnten und möchten – nicht über den gleichen Schutz verfügen wie externe Berater»²¹, wird klar, dass es sich um einen Wunsch handelt, der nicht erfüllt werden kann. Verlangt wird, dass beim Unternehmensjuristen für Informationen Schutz des Berufsgeheimnisses beansprucht werden kann, wie dies sonst nur durch Auslagerung dieser Information zu einem freien Anwalt möglich wäre. Das ist aber ein Aufzäumen des Pferdes vom Schwanz her. Keine Information wird wegen ihrer blossen Kommunikation (Auslagerung) an einen freien Anwalt durch das Berufsgeheimnis geschützt. Vielmehr wird nur vernünftigerweise einem freien Anwalt kommunizierte Information geschützt. Vernünftigerweise wird mit einem freien Anwalt kommuniziert, wenn es um dessen spezifischen Kenntnisse und Erfahrungen und um seine objektive, neutrale Haltung hinsichtlich der ihm kommunizierten Informationen geht.²² Das wollen die in der Anwaltspresse in jüngster Zeit besprochenen englischen Urteile²³

zum Ausdruck bringen, wenn sie die Kommunikation der Information an den freien Anwalt für deren Qualifikation als vom Berufsgeheimnis geschützt davon abhängig machen, ob die Informationen (Fakten) sich auf Rechte und Pflichten des Klienten resp. auf Verfahren (*legal proceedings/legal positions*) beziehen. Kein Unternehmen kann für von ihm als geheim zu halten erwünschte Informationen dadurch den Geheimnisschutz verstärken, dass es diese Informationen entweder bei einem freien Anwalt oder bei einem Unternehmensjuristen «lagert». Gelangt derartige Information in den Kenntnisbereich des Unternehmensjuristen, so teilt er schlicht Kenntnisse mit anderen im Unternehmen. Warum aus seiner Qualität als Rechtsanwalt ein gesteigerter Schutz dieser Informationen erfolgen sollte, bleibt ungeklärt. Vielmehr gilt bezüglich des Schutzes dieser Informationen das, was für alle im Unternehmen gilt: Es bleibt bei der Treuepflicht des Arbeitnehmers und bei der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse. Erst wenn das Unternehmen seine Informationen einem freien Anwalt kommuniziert, um von ihm neutrale und objektive (eben unabhängige) Beurteilung der Fakten, der Rechtspositionen (Rechte und Pflichten) sowie der möglichen Verfahren zu erhalten (m. a. W. sie ihm «anvertraut»), untersteht die diesbezügliche Kommunikation (und nicht etwa das, worauf sich die Kommunikation bezieht, falls es noch in anderer Form beim Unternehmen vorhanden ist) dem Berufsgeheimnis. *Als Fazit der zweiten Vorfrage ergibt sich also, dass, was das Unternehmen, der Klient, als Informationsgehalt geschützt wissen will, weder durch die blossen «Auslagerung» an einen freien Anwalt noch durch die Kenntnis des vom Berufsgeheimnis erfassten Unternehmensjuristen geschützt sein kann.* Dieser Informationsgehalt unterliegt dann dem Schutz des Berufsgeheimnisses, wenn er zwecks Beratung und Vertretung hinsichtlich Sachverhalt, Rechten und Pflichten sowie Verfahren einem freien Anwalt kommuniziert wird.

Als Fazit der Hauptfrage, ob hinsichtlich der Geltung des Berufsgeheimnisses auch für Unternehmensjuristen MARCEL NIGGLI oder der herrschenden Lehre und dem Bundesgericht zu folgen sei, ergibt sich, dass die von MARCEL NIGGLI im mehrfach zitierten Artikel in der NZZ am Sonntag und die im Jahresbericht 2004/2005 der Industrie-Holding referierten Argumente nicht genügen, die traditionelle Auffassung der herrschenden Lehre und des Bundesgerichts zu erschüttern. *Es bleibt dabei, das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB erfasst die Unternehmensjuristen nicht.*

MARCEL NIGGLI bleibt – zumindest im Artikel in der NZZ am Sonntag – eine taugliche Erklärung für seine als «genaue Ana-

in the English Law of Legal Professional Privilege, in: IBA Section on Business Law, International Litigation News, October 2004, S. 39 ff.; ferner: BVerfG 2 BVR 1520/01, 2 BVR 1521/01 (Zweiter Senat) – Urteil vom 30. März 2004, BGH, LG Frankfurt a. M. Auch in diesem Fall ging es um das Verhältnis zwischen Pflichten nach Geldwäschereigesetz und Schweigepflicht des Anwalts. Im Leitsatz 5 wurde ausgeführt: «... Der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung vor staatlicher Kontrolle und Bevormundung liegt dabei nicht allein im individuellen Interesse des einzelnen Rechtsanwalts oder des einzelnen Rechtssuchenden. Der Rechtsanwalt ist ... dazu berufen, die Interessen seines Mandanten zu vertreten. Sein berufliches Tätigwerden liegt im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege.»

20 Hoffentlich manchmal auch wegen seines Mutes.

21 INDUSTRIE-HOLDING (FN 11), S. 49.

22 Das kommt zum Ausdruck im Wortlaut von Art. 321 StGB «anvertrauen» statt anderer Worte wie «auslagern», «übergeben».

23 Beispielsweise sei erwähnt der Fall *Bowman vs. Fels* (2005), bei dem es um das Verhältnis zwischen Meldepflicht bei Geldwäscherei und Pflicht des Anwalts zur Geheimhaltung ging, besprochen in: *The European Lawyer*, May 2005, S. 19. Es handelt sich um ein Urteil des Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division) vom 8. März 2005 ([2005] EWCA Civ 226). Rz. 17 von *Bowman vs. Fels* hält als Kern der Geheimhaltungspflicht des Anwalts fest: «There must be exemptions from any obligation to report information obtained either before, during or after judicial proceedings, or in the course of ascertaining the legal position for a client.» (Hervorhebung beigelegt). Siehe ferner *Recent Developments*

lyse» bezeichnete Behauptung schuldig, «das Anwaltsgeheimnis (werde) aus prozessrechtlicher Perspektive primär als Privileg bezeichnet». Wenn MARCEL NIGGLI behauptet, das (von ihm behauptete) Privileg des Anwalts werde mit dem öffentlichen Interesse an der Ausübung der Berufe mit Geheimnisschutz begründet, und wenn er dann sagt, es handle sich natürlich nicht um ein Recht, sondern um eine Pflicht des Geheimnisträgers, dann hat er mit der Verkehrung von Recht und Pflicht zwar recht, nur die Grundlage seiner Aussage ist falsch. Es lässt sich nirgends ein haltbarer Beleg dafür finden, dass aus dem tatsächlich existierenden öffentlichen Interesse am Anwaltsberuf auf ein Privileg geschlossen werden kann. PETER BÖCKLI²⁴ beleuchtete diesbezüglich fünf Missverständnisse zum Anwaltsgeheimnis, das Missverständnis der Gleichstellung von Bankgeheimnis und Anwaltsgeheimnis, das Missverständnis von den wirtschaftlichen «Vorteilen» des Anwaltsgeheimnisses, das Missverständnis vom blossen «subjektiven Recht» auf das Anwaltsgeheimnis, das Missverständnis vom Schutz des Klienten durch das Anwaltsgeheimnis vor den Steuerbehörden und das Missverständnis vom angeblichen «Steuerprivileg» des Anwalts. Diesen Missverständnissen ging PETER BÖCKLI in einer differenzierten Analyse nach. Aus der Sicht eines Befürworters des Anwaltsgeheimnisses als wichtiges Element der im Rechtsstaat vorhandenen «Bereitstellung eines unabhängigen Apparates zur Streitentscheidung», entkräftete PETER BÖCKLI jedes einzelne der für die Missverständnisse verantwortlichen Argumente.

MARCEL NIGGLI lässt sich durch die Ausgestaltung von Art. 321 StGB als Antragsdelikt irreführen. Daraus und aus der Möglichkeit der Entbindung des Geheimnisträgers von der Pflicht zur Geheimhaltung durch den Geheimnisherrn kann nicht geschlossen werden, Art. 321 StGB schütze keine öffentlichen Interessen. Das wurde erst kürzlich überzeugend von RAMON MABILLARD²⁵ dargelegt. MARCEL NIGGLI'S Behauptung im erwähnten Artikel in der NZZ am Sonntag, «damit (dass das Berufsgeheimnis keine öffentlichen Interessen schützt) unterstehen also auch angestellte Rechtsanwälte (gemeint sind Unternehmensjuristen) dem Berufsgeheimnis»²⁶ hängt im Leeren. MARCEL NIGGLI'S mehrfach erwähnter Artikel in der NZZ am Sonntag fordert noch zu weiterem Widerspruch auf: Wenn MARCEL NIGGLI sagt, aus der Pflicht (des nach der Auffassung von MARCEL NIGGLI dem Berufsgeheimnis unterstehenden Unternehmensjuristen) zur Geheimhaltung folge zwangsläufig, dass nur Informationen geschützt seien, die «offenbar» werden können, dass also m. a. W. Informationen, die anderen Mitarbeitenden des Unternehmensjuristen ebenfalls zugänglich waren oder sind, nicht geschützt sind, dann führt MARCEL NIGGLI das Berufsgeheimnis des Unternehmensjuristen ad ab-

surdum. Der von ihm wunschgemäss für Unternehmensjuristen in Wettbewerbsverfahren herbei gedachte Schutz sensibler Informationen, die beim Unternehmensjuristen platziert sind, werden ja nach der eigenen Ausgangslage von MARCEL NIGGLI, im Unternehmen gesammelt oder kommuniziert, sie sind also begriffsnötig auch anderen Mitarbeitenden bekannt. Letztlich begibt sich MARCEL NIGGLI dann noch eines Grossteils des Schutzes seines dem Unternehmensjuristen soeben herbei gedachten Berufsgeheimnisses, indem ihm das Berufsgeheimnis (des Unternehmensjuristen) dann nicht mehr nötig erscheint, wenn ein «Weisungsrecht in fachlicher Hinsicht» besteht. Damit aber wäre in einem grösseren Unternehmen (und darum dürfte es sich handeln, wenn das Unternehmen mit kartell- oder wettbewerbsrechtlichen Fragen konfrontiert ist) nur noch der *General Counsel* selbst vom Berufsgeheimnis des Art. 321 StGB erfasst. Seine Mitarbeitenden in der Rechtsabteilung wären nicht mehr vor Haussuchungen geschützt als heute.

Je länger sich der Schreibende mit der Frage auseinandersetzt, ob auch Unternehmensjuristen von Art. 321 StGB erfasst werden, desto entschiedener wird seine Ansicht: Art. 321 StGB und das traditionelle Berufsgeheimnis (Anwaltsgeheimnis) ist nicht auf Unternehmensjuristen zugeschnitten. Auch wenn die ältere Literatur²⁷ sich nicht oder nur dunkel zur Frage äusserte, was eigentlich vom Anwaltsgeheimnis geschützt wird, sie bezog sich zweifelsfrei nicht auf den Unternehmensjuristen. Zusätzlich zur hier und bei ANDREAS FURRER²⁸ vorgetragene Auffassung, Schutzobjekt des Anwaltsgeheimnisses seien die Informationsgehalte der Kommunikation zwischen Klient und freiem Anwalt, bedarf diese Kommunikationskette einer weiteren Qualifikation. Sie muss darin begründet sein, was der freie Anwalt mit den ihm kommunizierten Informationen tun soll. Wann er, der Anwalt, die ihm so zugekommenen Fakten hinsichtlich der Rechtspositionen (Rechte und Pflichten) des Klienten und der Verfahren, in denen sie eine Rolle spielen, unabhängig beurteilt, dann ist diese Kommunikationskette vom Anwaltsgeheimnis nach Art. 321 StGB erfasst und ihre Inhalte sind geschützt. Dieser Schutz ist gerechtfertigt durch die Tatsache, dass der Klient dank der Beurteilung (Beratung) und Vertretung durch den freien Anwalt seine Rechtspositionen wirksam geltend machen kann. Dieses Ziel verfolgt Art. 321. Sollte der Gesetzgeber das Ziel einer das Berufsgeheimnis schützenden Norm erweitern und beispielsweise Rechtsschutz für Unternehmen auch gewähren wollen, dann wären auch Unternehmensjuristen in den Kreis der von einer neuen, erweiterten Berufsgeheimnisnorm erfassten Personen einzubeziehen. Diesfalls wäre angesichts der sich mehrenden Vorschriften und Pflichten unter Regelwerken zur Geldwäschereibekämpfung und Korruptionsbekämpfung sehr sorgfältig zu legiferieren. Ein aus der Sicht des Schreibenden für den Unternehmensjuristen schwierig lösbarer Konflikt entstünde dann z. B. zwischen Berufsgeheimnis und Pflichten der Behandlung von Informationen, die ihm im Zuge von *whistle blowing* zukommen.

24 PETER BÖCKLI (FN 17).

25 RAMON MABILLARD, Anwaltsgeheimnis als verfassungsrechtliche Schranken für Zwangsmassnahmen, in: SJZ 101 (2005), S. 209 ff., S. 212.

26 Erstens schützt Art. 321 StGB in Bezug auf freie Rechtsanwälte, wie vorne aufgezeigt, auch öffentliche Interessen. Zweitens, selbst wenn Art. 321 StGB keine öffentlichen Interessen schützen würde, folgt daraus nicht zwingend die Gleichstellung von Unternehmensjuristen und freien Anwälten. Der Schutz des Klienten allein wäre, eine genügende Zahl von für den Klienten ansprechbare Anwälte vorausgesetzt, ausreichend dafür, den Schutz von Art. 321 StGB auf freie Anwälte zu begrenzen.

27 Stellvertretend ERNST HAFTER, Schweizerisches Strafrecht, Berlin 1943, Besonderer Teil, Zweite Hälfte, S. 853.

28 ANDREAS FURRER (FN 9).