

Festgabe

Walter Straumann

Zum Rücktritt und zum 70. Geburtstag

Herausgegeben vom Regierungsrat des Kantons Solothurn

Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses unter besonderer Berücksichtigung der Frage des behördlichen Zugriffs auf Unterlagen

Bernhard Ehrenzeller, Reto Patrick Müller

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	264
2. Geheimniswahrung als Voraussetzung zur Berufsausübung	265
3. Verankerung des institutionellen Charakters des Anwaltsgeheimnisses im Verfassungsrecht	267
3.1 Persönlichkeitsrechtliche Abwehrrechte der Geheimnisträger	268
3.2 Geheimnisschutz als Spiegel der verfahrensrechtlichen Funktion des Anwalts	271
3.3 Der Geheimnisschutz im Strafverfahren insbesondere – rien d'extraordinaire!	272
3.4 Zwischenergebnis: (K)ein Grundrecht?	273
4. Einheitlicher Schutzgedanke trotz Erlassvielfalt	276
4.1 Der weite Begriff des Anwaltsgeheimnisses im Anwaltsgesetz	277
4.2 Die besondere Bedeutung der StPO	278
4.3 Strafbare Handlungen des Anwalts und Rechtsmissbrauch	287
4.4 Die Anwaltskanzlei als sicherer Hafen für allerhand Beweismittel?	288
4.5 Exkurs: Rechts- und Amtshilfeverfahren	290
5. Zusammenfassende Würdigung	291

1. Einleitung

Der Kanton Solothurn gilt gemeinhin als liberaler und konservativer, aber auch bundestreuer Stand. Ein bewährter Rechtszustand wird fortgeführt, solange dessen Mängel nicht ins Auge springen. Doch auch lange gepflegte Traditionen und borstiger Widerstand können rasch zerfallen, wenn der Bund eine Neuordnung vorgibt.

Solothurn hat sich lange Zeit in seiner föderalistischen Sonderstellung gefallen, als einziger Kanton kein Anwaltsgesetz zu haben und auch nicht zu brauchen. Auf einen regierungsrätlichen Entwurf zu einem Anwaltsgesetz im Jahre 1984 ist der Kantonsrat – trotz viel inhaltlichem Lob – gar nicht erst eingetreten¹. Dagegen ist dem Entwurf des Regierungsrates vom 21. März 2000 zu einem kantonalen Anwaltsgesetz kaum mehr politischer Widerstand erwachsen. Das vom Kantonsrat am 10. Mai 2000 verabschiedete Gesetz über die Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen², diente denn auch primär der Umsetzung des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte³. Nach dem Bundesgesetz hat jeder Kanton ein Anwaltsregister zu führen (Art. 5) und eine Aufsichtsbehörde einzurichten (Art. 14). Angesichts dieser Vorgaben bedurfte es nicht mehr der vollen Überzeugungskraft des federführenden Bau- und Justizdirektors und heutigen Jubilars, um die grosse Mehrheit des Kantonsrates für dieses Geschäft zu gewinnen. Ein politisches Kinderspiel war die Überführung des «gesetzlosen Zustandes» in eine massvolle, von den Betroffenen mitgetragene Regelung dennoch nicht. Dass es in der kantonsrätlichen Debatte nur noch kleinere Kontroversen um Einzelpunkte gab, war politischer Klugheit im regierungsrätlichen Vorgehen bei der Gesetzesentstehung zu verdanken.

Ein Kernbereich der anwaltlichen Pflichten, bei dem die Regelung im BGFA mit den kantonalen Anwaltsgesetzen verzahnt ist, betrifft den Schutz des spezifischen Berufsgeheimnisses, des sogenannten Anwaltsgeheimnisses. *«Anwältinnen und Anwälte unterstehen zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von*

1 Vgl. dazu Botschaft und Entwurf des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 21.03.2000, RRB Nr. 602, 5.

2 AnwG; BGS 127.1. Nachfolgend wird zur besseren Verständlichkeit des Textes auf die jeweilige Erwähnung sowohl der männlichen als auch der weiblichen Formen verzichtet. Selbstverständlich sind immer beide Geschlechter gleichermassen gemeint.

3 Vom 23.06.2000; BGFA; SR935.61.

ihrer Klientschaft anvertraut worden ist. Die Entbindung verpflichtet sie nicht zur Preisgabe von Anvertrautem», ist in Art. 13 Abs. 1 BGFA wortwörtlich zu lesen. Diese auf den ersten Blick so klare Norm führt in der Praxis, auch und gerade im Zusammenspiel mit weiteren Erlassen, zu vielfältigen Auslegungsfragen. Im nachfolgenden Beitrag soll insbesondere der heiklen Frage nachgegangen werden, ob und wie weit die Behörden im Rahmen von Straf-, Rechts- oder Amtshilfefeilverfahren auf anwaltliche Akten zugreifen dürfen.

2. Geheimniswahrung als Voraussetzung zur Berufsausübung

Ähnlich wie Geistliche, Ärzte, Apotheker oder Hebammen sind Rechtsanwälte in einem besonderen Nähe- und Vertrauensverhältnis zu Dritten tätig. Ohne die Garantie der Vertraulichkeit würde die gewissenhafte Erfüllung dieser Berufe – in der Regel auch verbunden mit eigenständigen Berufspflichten – von vorneherein illusorisch. Die anwaltliche Mandatsausübung respektive die Wahrung der Klienteninteressen bedingt sogar ein speziell enges Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klientschaft, welches im Schutz des Anwaltsgeheimnisses zum Ausdruck kommt.

Viele Anwälte üben auch andere oder teilweise sogar ausschliesslich andere als rein forensische Tätigkeiten aus. Das mögliche Spektrum der Berufsausübung hat sich verbreitert und kann in manchen Fällen sogar weit über eine eigentliche anwaltliche Tätigkeit hinausreichen. So sind Rechtsanwälte beispielsweise auch in der Wirtschaftsprüfung, der Steuerberatung oder als Treuhänder anzutreffen. Allenfalls begleiten oder steuern sie heikle oder weniger heikle Finanztransaktionen oder verknüpfen ihren juristischen Sachverstand mit bestimmten Geschäftsbesorgungen. Gerade beratende Funktionen erweitern das berufliche Profil von Rechtsanwälten zusehends und machen sie zu wichtigen Vertrauenspersonen in einer komplexen, von einer Vielfalt rechtlicher Bestimmungen (und Fallstricken) geprägten Lebenswelt.

Mit der landläufig als Globalisierung bezeichneten Entwicklung hin zur weltweiten Verflechtung in Wirtschaft, Politik, Kultur, Umwelt, Kommunikation etc. stossen Staaten buchstäblich und im übertragenen Sinne an ihre Grenzen. Unter anderem Wirtschaftsdelikte, Organisierte Kriminalität oder Handlungen im Zusammenhang mit der internationalen Terrorismusfinan-

zierung fordern Staaten und Gesellschaften heraus⁴. Insbesondere die zunehmende Bedeutung der Bekämpfung von Geldwäscherei und Korruption liefert davon Zeugnis ab. Eine Herausforderung bildet bereits das bloße Erkennen und Aufdecken der sich im Verborgenen abspielenden, allenfalls über Tarnkonstruktionen abgewickelten (strafrechtlich) relevanten Vorgänge. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten erschweren weitere Hürden die Aufklärung zusätzlich.

Ein illustratives Anschauungsbeispiel dafür liefert etwa das Tauziehen zwischen den österreichischen und den liechtensteinischen Behörden um die Herausgabe der «BUWOG-Akten». Dabei geht es um Ermittlungen gegen einen unter Korruptionsverdacht stehenden ehemaligen österreichischen Minister. Die Wiener Ermittlungsbehörden begehrten die Herausgabe der bei dessen liechtensteinischem Wirtschaftsprüfer beschlagnahmten Akten. Anders als etwa in der Schweiz gilt für liechtensteinische Wirtschaftsprüfer bezüglich Tatsachen, die ihnen in ihrer beruflichen Eigenschaft bekannt geworden sind, ein Berufsgeheimnis, welches demjenigen für Anwälte sehr nahe kommt⁵. In einem rund anderthalbjährigen Rechtsstreit über alle Instanzen hatten sich die Liechtensteiner Gerichte mit diffizilen Abgrenzungsfragen auseinandergesetzt⁶, bevor sie im Dezember 2012 dem österreichischen Begehren grundsätzlich stattgaben.

Das legitime, sich teilweise auch aus internationalen Verpflichtungen⁷ ergebende Interesse des Staates an Aufklärung von (potentiellen) Straftaten kann jedoch in Konflikt mit grundrechtlich geschützten Persönlichkeits- oder Verfahrensrechten treten, aus welchen auch Aspekte des Schutzes von Berufsgeheimnissen, und insbesondere des Anwaltsgeheimnisses fließen. Ein aktuelles Beispiel dazu findet sich in einem Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), welcher sich mit der Meldepflicht

4 Vgl. dazu (seit 2009) die Jahresberichte respektive (bis 2008) die Berichte zur Inneren Sicherheit der Schweiz des Bundesamts für Polizei mit den jeweiligen Kapiteln zu Organisierter Kriminalität, Wirtschaftskriminalität, Geldwäscherei, Korruption, etc.

5 Art. 10 des Gesetzes vom 09.12.1992 über die Wirtschaftsprüfer und Revisionsgesellschaften (WPRG), LILEX Nr.173.540. Vgl. aber auch BGE 138 II 440, E. 21 (in fine).

6 Entscheid des Staatsgerichtshofs des Fürstentums Liechtenstein vom 04.07.2012 (noch nicht publiziert); vgl. aber die Pressemitteilung des Staatsgerichtshofs in der sogenannten «BUWOG-Rechtshilfeangelegenheit» vom 05.07.2012.

7 Nur als ein Beispiel sei das Übereinkommen über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten (SR.0.311.53) erwähnt.

für französische Rechtsanwälte im Zusammenhang mit der Geldwäschereibekämpfung auseinandersetzt⁸.

Nachfolgend sollen zunächst die Bedeutung und Funktion des Anwaltsgeheimnisses beleuchtet werden. Anschliessend wird der Schutz des in verschiedenen Erlassen konkretisierten Anwaltsgeheimnisses unter staatsrechtlichen, anwaltsrechtlichen und strafprozessualen Aspekten behandelt. Im Fokus steht dabei die Frage nach der Zulässigkeit des behördlichen Zugriffs auf anwaltliche Unterlagen, welcher den in der Praxis wohl bedeutendsten Eingriff in das Berufsgeheimnis darstellt. Eine kritische Würdigung setzt sich anschliessend mit der Übereinstimmung zwischen dem verfassungsrechtlich geforderten und dem tatsächlich gewährten Berufsgeheimnisschutz auseinander.

3. Verankerung des institutionellen Charakters des Anwaltsgeheimnisses im Verfassungsrecht

Das schweizerische Strafgesetzbuch⁹ anerkennt seit seinem Inkrafttreten im Jahre 1942 in Art. 321 das Berufsgeheimnis von Rechtsanwälten, Verteidigern und Notaren – sowie für Patentanwälte seit einer Revision im Jahre 2011¹⁰ – ausdrücklich, indem es den Verrat durch den jeweiligen Geheimnisträger unter Strafe stellt. Gemäss einem Entscheid des Bundesgerichts wurde diese Bestimmung *«(...) erlassen, um die Ausübung der darin aufgezählten Berufe im öffentlichen Interesse zu erleichtern, und findet ihre Rechtfertigung in der Überlegung, dass diese Berufe nur dann richtig und einwandfrei ausgeübt werden können, wenn das Publikum auf Grund einer unbedingten Garantie der Verschwiegenheit das unentbehrliche Vertrauen zum Inhaber des Berufes hat (...). Bei der Beziehung zwischen Anwalt und Klient muss vorausgesetzt werden dürfen, dass der Klient voll auf die Verschwiegenheit des Anwalts vertrauen darf. Wenn der Klient sich ihm nicht rückhaltlos anvertraut und ihm nicht Einblick in alle erheblichen Verhältnisse gewährt, so ist es für den Anwalt schwer, ja unmöglich, den Klienten richtig zu beraten und ihn im Prozess wirksam zu vertreten»*¹¹. Allerdings macht Art. 321 Abs. 3 StGB eine gewichtige

8 Entscheid vom 06.12.2012, *Michaud c. France* (12323/11).

9 Vom 21.12.1937; StGB; SR 311.0.

10 Bundesgesetz über die Patentanwältinnen und Patentanwälte vom 20.03.2009; AS 2011 2259, 2267, in Kraft seit 01.07.2011.

11 BGE 112 Ib 606, E. b.

Ausnahme bezüglich eidgenössischer und kantonaler Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde¹².

Selbst wenn das Anwaltsgeheimnis im Innenverhältnis zwischen Anwalt und Klient strafrechtlichen Schutz genießt, und auch wenn die bundesgerichtlichen Ausführungen die rechtsstaatlich elementare Bedeutung¹³ dieses Berufsgeheimnisses unterstreichen, so war die frühere Schweizer Praxis zum Anwaltsgeheimnis im Verhältnis zwischen Bürger und Staat, in welchem es des Geheimnisschutzes aus den gleichen Gründen ebenfalls bedarf, weit weniger streng. Für die verfassungsrechtliche Entwicklung des Schutzes des Anwaltsgeheimnisses in der Schweiz in den letzten Jahrzehnten spielte daher die Rechtsprechung des EGMR zum Recht auf Privatsphäre sowie zu den Verfahrensgrundrechten eine prägende Rolle¹⁴.

Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft¹⁵ schützt das Anwaltsgeheimnis als solches nicht explizit. Der seit der Totalrevision im Jahre 1999 ausdrücklich gewährte Schutz der Wohnung und der Privatsphäre wirkt sich aber auch auf die Kanzleiräume, respektive ganz allgemein auf die Berufsausübung von Anwälten aus. Weiter bezwecken die Verfahrensgrundrechte der Bundesverfassung auch einen besonderen Schutz der Kommunikation zwischen Anwälten und Klienten.

3.1 Persönlichkeitsrechtliche Abwehrrechte der Geheimnisträger

Rechtsprechung und Lehre anerkennen im Rahmen des verfassungsrechtlichen Schutzes der Privatsphäre auch Ansprüche zur Bewahrung von Berufsgeheimnissen – insbesondere des Anwaltsgeheimnisses. Entsprechende individualrechtliche Gewährleistungen fließen einerseits aus dem grundrechtlichen Schutz der Wohn- und Geschäftsräume gemäss Art. 8 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention¹⁶ sowie aus Art. 13 Abs. 1 BV¹⁷, wonach jede Person Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienle-

12 Dazu GOLDSCHMID PETER, Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte im Strafprozess, Diss., Bern 2001, 139 f.

13 Zur Unabhängigkeit des Anwalts vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung BGE 138 II 440, E. 3.

14 Zu den entsprechenden Grundrechten der EMRK vgl. etwa GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, München/Basel/Wien 2012, § 22 und § 24.

15 BV; SR 101.

16 EMRK; SR 0.101.

17 MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Bern 2008, 199 (m.w.H.).

bens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs hat. Schutzbereich bildet dabei selbstredend die Privatsphäre des Anwalts, nicht etwa jene der Klientenschaft.

Der EGMR hat in seiner Rechtsprechung zum Schutz der Privatsphäre wegweisende Entscheide gefällt. In Fällen zu Hausdurchsuchungen oder Abhörungen insbesondere in Deutschland, Frankreich, Luxemburg und der Schweiz hat der Gerichtshof damit einen in vorliegendem Zusammenhang relevanten europäischen Minimalstandard grundrechtlichen Schutzes etabliert.

Dem Leitentscheid *Niemietz c. Allemagne*¹⁸ lag bezeichnenderweise die Hausdurchsuchung bei einem Rechtsanwalt zugrunde. Der EGMR legte überzeugend und mit Hinweis auf den betreffenden französischen Wortlaut der EMRK («domicile», im Gegensatz zum englischen «home») dar, dass auch Geschäftsräume unter den Schutzbereich des Schutzes der Wohnung fallen (Rz. 30). Eine weite Interpretation des Begriffs des Privatlebens oder des Begriffs der geschützten Räumlichkeiten entspreche zudem Ziel und Zweck von Art. 8 EMRK (Rz. 31–33)¹⁹. Das Bundesgericht folgt in seiner Rechtsprechung zu Art. 13 Abs. 1 BV ebenfalls einer weiten Auslegung des Wohnungsbegriffes und verzichtet auf eine Unterscheidung zwischen Wohn- und Geschäftsräumen²⁰. Indem die Gerichte eine Beschränkung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes auf eine rein private Umgebung oder rein private Gegenstände ablehnen, öffnen sie die Schutzbereiche des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes auch für Berufsgeheimnisse.

Im Fall *Kopp c. Suisse*²¹ setzte sich der EGMR mit der Überwachung der Telefone eines Anwalts auseinander. In der Abhörung der Geschäftsräume der Kanzlei erkannte der Gerichtshof wiederum einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK. Der Gerichtshof betonte die «*relation privilégiée*» zwischen Anwalt und Klient, welche zur Folge habe, «*que toutes communications téléphoniques d'un cabinet d'avocats revêtent un caractère professionnel*» (Rz. 57). Jene Interpretation der Rechtsgrundlagen durch die Schweizer Behörden,

18 Entscheidung vom 16.12.1992, *Niemietz c. Allemagne* (13710/88).

19 Der Gerichtshof hat seine Haltung bestätigt, beispielsweise in den Entscheiden vom 25.02.2003, *Roemen et Schmit c. Luxembourg* (51772/99) oder vom 24.07.2008, *André et autre c. France* (18603/03).

20 Vgl. BGE 137 I 167, E. 3.3.

21 Entscheidung vom 25.03.1998, *Kopp c. Suisse* (23224/94).

wonach erst nach Aufzeichnung und Abhörung der Gespräche zu entscheiden sei, ob das Berufsgeheimnis tangiert wird, lehnte der Gerichtshof hingegen ab²². Damit bestätigte der EGMR einerseits den Entscheid Niemietz, andererseits ging er explizit auf das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klientschaft ein. Da nicht davon auszugehen ist, dass der Gerichtshof bei einer Durchsuchung der Briefpost oder beim Anbringen von Abhörwanzen anders entschieden hätte, genießt die Kommunikation zwischen Anwälten und Klientschaft grundsätzlich Schutz nach Art. 8 EMRK.

Der Beschwerdeführer im Fall *Petri Sallinen et autres c. Finlande*²³ war als Anwalt selbst in Betrugsfälle verwickelt (Rz. 8 f.). Die Ermittlungsbehörden beschlagnahmten bei einer Durchsuchung seiner Geschäftsräume unter anderem eine Festplatte und kopierten deren Inhalt (Rz. 71). Daten welche unbeteiligte Dritte betreffen, wurden gemäss finnischem Polizeigesetz nach der Durchsicht sofort gelöscht (Rz. 75 und 89). Der EGMR sah darin einen schweren Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz, welcher einer präzisen gesetzlichen Grundlage bedurfte hätte. Da das Polizeigesetz die strengen Erfordernisse nicht erfüllte, erkannte der Gerichtshof einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK (Rz. 92-94). Eine Verletzung – auch – des Art. 6 EMRK prüfte er nicht mehr ausdrücklich, verwies aber darauf, dass es sich im vorgelegten Fall um privilegierte Unterlagen gehandelt habe (Rz. 109 f.).

Aus der zitierten und in weiteren Fällen bestätigten Strassburger Rechtsprechung resultiert ein weitreichender, grundsätzlicher Schutz des Anwaltsgeheimnisses als Reflex des grundrechtlichen Schutzes der Privatsphäre der Anwälte – und dies im Grunde unabhängig vom Gegenstand des betroffenen Geheimnisses. Mit anderen Worten heiligt im Rechtsstaat auch der legitime Zweck eines Strafverfahrens nicht jedes Mittel²⁴. Ist der persönliche und sachliche Schutzbereich eröffnet, findet vielmehr eine Prüfung der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen nach den allgemeinen Grundsätzen

22 Heute verbietet Art. 281 Abs. 3 der eidgenössischen Strafprozessordnung den Einsatz technischer Überwachungsgeräte, um «*Räumlichkeiten oder Fahrzeuge einer Drittperson zu überwachen, die einer der in den Artikeln 170–173 genannten Berufsgruppen angehört.*» Darunter fallen auch Anwälte.

23 Entscheid vom 27.12.2005, *Petri Sallinen et autres c. Finlande* (50882/99).

24 Vgl. auch die Aussagen des EGMR im Entscheid vom 06.12.2012, *Michaud c. France* (12323/11), Rz. 118 f.

statt, welche sich für das Schweizer Verfassungsrecht nach den Kriterien des Art. 36 BV richtet.

3.2 Geheimnisschutz als Spiegel der verfahrensrechtlichen Funktion des Anwalts

Ganz anders gelagerte, zusätzliche grundrechtliche Aspekte des Anwaltsgeheimnisses fliessen aus den prozessualen Grundrechten, welche von Art. 6 EMRK geschützt werden. Im Fokus steht hierbei indes nicht der Anwalt, sondern die Klientschaft, respektive die an einem Verfahren beteiligten Personen. Nach Ziff. 1 hat jede Person «(...) ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage (...) in einem fairen Verfahren (...) verhandelt wird.» Sodann enthalten Ziff. 3 Bst. b) bis d) spezifische Individualrechte, welche den Beizug insbesondere eines Verteidigers sowie ganz allgemein gleich lange Spiesse der beteiligten Parteien in Verfahren gewährleisten.

Der EGMR legt den Begriff der strafrechtlichen Anklage autonom aus. Im Entscheid *J. B. c. Suisse*²⁵ zog der Gerichtshof drei Kriterien heran, bestehend aus der «*classification de l'infraction au regard du droit national, puis la nature de l'infraction et, enfin, la nature et le degré de gravité de la sanction que risquait de subir l'intéressé*» (Rz. 44, m.H.). In Frage stand die Beurteilung eines Verfahrens wegen Steuerhinterziehung, welches zu einer Busse hätte führen können. Der Strafcharakter der Busse veranlasste den EGMR zu einer Prüfung des Falles nach Art. 6 EMRK (Rz. 48 f.). Selbst wenn dies nicht explizit aus dieser Bestimmung hervorgehe, so gewährleiste ein faires Verfahren doch auch «*le droit de garder le silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination*» (Rz. 64). Folglich war der Beschuldigte nicht zur Einreichung von Akten verpflichtet, welche über den Streitgegenstand hinaus sein Investitionsverhalten dokumentiert hätten (Rz. 65). Das Recht zu schweigen geniesst auch im Verhältnis zwischen Klientschaft und Anwalt eine besondere Bedeutung. Was der Klient gegenüber dem Staat verschweigen darf, können staatliche Behörden nicht dadurch für sich zugänglich machen, indem sie einen zur Wahrung der Rechte des Klienten verpflichteten Anwalt oder bei diesem befindliche Unterlagen als Quellen verwenden.

25 Entscheid vom 03.05.2001, *J. B. c. Suisse* (31827/96).

In der Schweizer Bundesverfassung kommt Art. 29 die Funktion als prozessuales Auffanggrundrecht und Minimalgarantie zur Gewährleistung fairer Verfahren zu. Nach Abs. 1 hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Darunter fallen alle von einem Verfahren betroffenen Personen²⁶ (nebst solchen mit Parteistellung wohl auch Verfahrensbeteiligte), nicht aber Anwälte. Das explizit in Art. 29 Abs. 2 BV geschützte rechtliche Gehör bezweckt unter anderem den Schutz der verfahrensrechtlichen Kommunikation²⁷. Dazu gehört auch, einen Rechtsvertreter frei wählen zu können²⁸. Abs. 3 gewährleistet zudem die unentgeltliche Rechtspflege sowie den Beizug primär eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, was vor allem im Strafverfahren von zentraler Bedeutung ist.

3.3 Der Geheimnisschutz im Strafverfahren insbesondere – rien d'extraordinaire!

Für Strafverfahren hält Art. 32 Abs. 2 BV fest, dass jede Person die Möglichkeit haben muss, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte geltend zu machen. Gemäss Rechtsprechung und Lehre konkretisiert diese Bestimmung die Verfahrensrechte der Art. 29 und 30 BV für den Strafprozess, erweitert sie aber gleichsam²⁹. Insbesondere gewährleistet der weit interpretierte grundrechtliche Anspruch auf Beizug eines Strafverteidigers auch den Kontakt der angeschuldigten Person mit diesem³⁰.

Das Recht auf freie Kommunikation mit dem Strafverteidiger reicht gemäss der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Ziff. 3 Bst. c EMRK weit. Im Entscheid *Schönenberger et Drumaz c. Suisse*³¹ äusserte sich der Gerichtshof zur Notwendigkeit einer Kommunikationsmöglichkeit (in casu) eines Inhaftierten mit einer Strafverteidigerin. Kurz darauf schützte der EGMR im Fall *S. c. Suisse* das Recht auf Kontakt eines «gefährlichen» Angeklagten mit seinem Verteidiger trotz Kollusionsgefahr – denn «(s) *un avocat ne pouvait*

26 STEINMANN GEROLD, in: EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, St. Gallen/Zürich 2008, Art. 29, Rz. 8.

27 Vgl. dazu MÜLLER/SCHEFER, 821 ff. und 846; sowie bereits WOLFFERS FELIX, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Diss., Bern 1986, 87 f.

28 STEINMANN (Anm. 26), Rz. 31 (m.w.H.).

29 MÜLLER/SCHEFER, 980 (m.w.H.).

30 Vgl. dazu VEST HANS, in: EHRENZELLER et al. (Anm. 26), Art. 32, Rz. 26 und 31 (jeweils m.w.H.).

31 Entscheid vom 20.06.1988, *Schönenberger et Drumaz c. Suisse* (11368/85).

s'entretenir avec son client sans une telle surveillance et en recevoir des instructions confidentielles, son assistance perdrait beaucoup de son utilité, alors que le but de la Convention consiste à protéger des droits concrets et effectifs»; auch am Umstand, dass mehrere Verteidiger ihre Strategie koordinierten, sah das Gericht *«rien d'extraordinaire»*³².

Im Sinne einer Ausnahme hielt das Bundesgericht zumindest in seiner älteren Rechtsprechung die Unterbindung des Kontaktes des Beschuldigten mit einem Anwalt für zulässig, wenn der Verdacht besteht, der Verteidiger missbrauche seine Vertrauensstellung und könnte dadurch zur Kollusion beitragen³³. Allerdings verzichtet das Urteil auf Nennung und Auseinandersetzung mit einer gesetzlichen Bestimmung, welche dies zuliesse.

Sowohl die Strassburger als auch die Lausanner Rechtsprechung betont somit die Grundsätzlichkeit der Bedeutung freier Kommunikation zwischen Angeschuldigten und Rechtsanwälten im Rahmen eines fairen Verfahrens. Das – unbestrittene – öffentliche Interesse an Aufklärung von Straftaten tritt insofern zurück. Für das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Klientenschaft spielt es mit Blick auf das Anwaltsgeheimnis keine Rolle, ob die Kommunikation bereits in einem frühen Ermittlungsstadium, im Rahmen einer eigentlichen Untersuchung oder eines Gerichtsverfahrens (nach Anklageerhebung) stattfindet.

3.4 Zwischenergebnis: (K)ein Grundrecht?

Die Aspekte des Schutzes der Kommunikation zwischen Anwalt und Klientenschaft unterstreichen die Bedeutung der anwaltlichen Rolle zur Wahrung der Klientenrechte und -interessen in (den verschiedenen) Verfahren. Das Abstellen entweder auf die Persönlichkeitsrechte der Anwälte oder auf die prozessualen Grundrechte der Klientenschaft stellt in der Praxis kein Hindernis zur mittelbaren Gewährleistung des Anwaltsgeheimnisses dar. Unterschiede ergeben sich in erster Linie aus der jeweiligen konkreten Situation, in welcher das Anwaltsgeheimnis betroffen ist. Dazu spielt die grundrechtsfreundliche Auslegung des Persönlichkeitsschutzes nach der Rechtsprechung des EGMR und des Bundesgerichts eine wesentliche Rolle. Würden die entsprechenden

32 Entscheidung vom 28.11.1991, S. c. Suisse (12629/87), Rz. 48 f.

33 BGE 121 I 164, E.2 c, m.H. auf einen unpublizierten Entscheidung vom 16.03.1995. Vgl. aber auch BGE 102 IV 210 (Meichtrys Kassiber).

Gewährleistungen der EMRK (Art. 8 Ziff. 1) und der Bundesverfassung (Art. 13 Abs. 1) restriktiv interpretiert, ergäbe sich für den indirekten Schutz des Anwaltsgeheimnisses verfassungsrechtlich eine heikle Lücke. Zu denken wäre insbesondere an Fälle, in welchen es sich nicht um ein Strafverfahren handelt oder an Situationen, in welchen ein Verfahren oder eine Untersuchung noch nicht eröffnet ist, jedoch schutzwürdige Kommunikation zwischen Anwalt und Klientschaft in Frage steht.

Die rechtsunterworfenen Personen sind nicht nur auf unabhängige und richtig zusammengesetzte Entscheidbehörden angewiesen (Art. 30 BV), sondern auch auf die sprichwörtlichen Spiesse, welche je nach dem gleich lang oder lang genug sein müssen (Durchsetzung von Recht)³⁴. Dabei geht es indes, verkürzt ausgedrückt, nicht bloss um das Verhältnis zu einer allfälligen Gegenpartei, sondern ebenso um die Rolle oder die Beteiligungsmöglichkeiten im Verfahren an sich - also auch und ganz besonders gegenüber den untersuchenden, anklagenden oder entscheidenden Behörden. Der verfassungsrechtliche Geheimnisschutz hat im Rechtsstaat zur Folge, *«dass die möglichst lückenlose Erforschung der Wahrheit gegenüber dem Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Klient unter Umständen zurücktreten muss»*³⁵.

Doch selbst wenn das Anwaltsgeheimnis Ausdruck grundrechtlicher Aspekte sowohl des Anwalts (Persönlichkeitsschutz) als auch der Klientschaft (Verfahrensrechte der Parteien und weiterer Verfahrensbeteiligter) bildet, ist es mit Lehre und Rechtsprechung nicht als selbständiges Grundrecht zu charakterisieren. Speziell im Strafverfahren bildet das Anwaltsgeheimnis zwar wichtige Grundlage zur Wahrnehmung der Aufgaben der Verteidigung und zur Gewährleistung eines fairen Prozesses bleibt jedoch blosses Mittel zum Zweck. Obwohl selbst kein Grundrecht - es stellen sich wohl Fragen zur Grundrechtsträgerschaft: wäre der Anwalt Träger des Grundrechts seines

34 WOLFFERS (Anm. 27), 38 f.

35 So alt Bunderichter LÜCHINGER ADOLF im Vorwort zu SCHLUEP WALTER R., Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat, Zürich 1994, 4.

Klienten? – herrscht Konsens über den *institutionellen Charakter*³⁶ des Anwaltsgeheimnisses. Insofern ist es (als Beweismittelverbot³⁷) besonders zu schützen. Seine grundlegende Bedeutung fliesst in die Gesetzesauslegung ein³⁸.

Verfassungsrechtlich unterscheidet sich das Anwaltsgeheimnis durch seinen besonderen rechtsstaatlich-institutionellen Gehalt von anderen Berufsgeheimnissen, mit welchen es vom Gesetzgeber oft in einem Zuge genannt wird. Insbesondere die Gewährleistung fairer Verfahren gebietet, dass sich jedermann anwaltlich vertreten lassen darf, aber niemand sich selbst belasten muss. Daraus resultiert die Notwendigkeit eines strengen Schutzes des Anwaltsgeheimnisses – ungeachtet der Art der Kommunikation zwischen Anwalt und Klient und im Grunde auch ungeachtet deren konkreten Inhalts. Hingegen treten etwa beim Arzt-, Hebammen- oder Apothekergeheimnis zwar die persönlichkeitsrechtlichen Elemente ebenso klar zu Tage wie beim Anwaltsgeheimnis – sie entbehren aber der rechtsstaatsbezogenen Elemente. Wiederum anders gelagert wäre wiederum das Beichtgeheimnis für Geistliche, welches unmittelbar aus Art. 15 BV fliesst. Als ein Kerngehalt³⁹ der Glaubens- und Gewissensfreiheit reicht der Schutz des Beichtgeheimnisses wohl sogar noch weiter als jener des Anwaltsgeheimnisses⁴⁰.

36 BGE 135 III 592, E.3.4: «*Le secret professionnel de l'avocat est donc institué et régi par des dispositions particulières de droit fédéral, édictées dans l'intérêt général parce que ce secret est un élément important de la protection de l'ordre juridique et de l'accès à la justice*» (m.w.H. auf die Lehre); aus der älteren Rspr. insbesondere BGE 117 Ia 341, E.6a (m.H. auch auf Art. 6 EMRK): «*L'institution de secret professionnel sert donc tant les intérêts de l'avocat et de son client que ceux de la justice, dont il est l'auxiliaire*». Aus der Literatur erwähnt sei SCHILLER KASPAR, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, Rz.502, der vom «*Schutz des Klienten vor Staatswillkür*» spricht; vgl. auch NATER HANS/ZINDEL GAUDENZ, in: FELLMANN/ZINDEL (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art.13, Rz. 2.

37 RIKLIN FRANZ, StPO Kommentar, Zürich 2010, Vorbemerkungen zur StPO, Art.168–176, Rz.1 und 3.

38 ZERBES INGBORG, Durchsuchung und Beschlagnahme in Wirtschaftsstrafsachen, in: Österreichische Juristen-Zeitung 2012, 846, hält die u.E. zutreffende Konsequenz fest, dass mit der Verankerung bestimmter Berufsgeheimnisse auf Gesetzesstufe der Schutz derselben über das Interesse der Wahrheitsfindung gestellt wird. Ergänzend sei allerdings angemerkt, dass es dabei nur um die Frage der zulässigen Mittel zur Wahrheitsfindung geht.

39 MÜLLER/SCHEFER, 259 und 199.

40 So hat der Nationalrat es anlässlich der Behandlungen über die Parlamentarische Initiative C. Sommaruga mit 121 zu 47 Stimmen klar abgelehnt, das Beichtgeheimnis zur Aufklärung von Sexualstraftaten aufzuweichen (AmtBull NR2012 301 f.).

4. Einheitlicher Schutzgedanke trotz Erlassvielfalt

Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses kommt in verschiedenen Erlassen positiv-rechtlich zum Ausdruck. Mittlerweile sind sowohl das Strafgesetzbuch als auch die Strafprozessordnung⁴¹ auf der Stufe Bund vereinheitlicht. Zudem prägt mit dem BGFA, welches kantonales Recht und Landesregeln teilweise ersetzt, teilweise ergänzt, ein weiteres Bundesgesetz das Anwaltsgeheimnis. Die vorliegende Darstellung verzichtet daher auf Hinweise zu kantonalem Recht oder zu Landesrecht und beschränkt sich stattdessen auf die Bundesebene.

Der Bundesgesetzgeber behandelt das Anwaltsgeheimnis in spezifischen Bereichen aus unterschiedlichen Blickwinkeln: Nebst dem StGB (Art. 321; dazu vorne, Ziff. 3.) stellt das Datenschutzgesetz⁴² die Verletzung der beruflichen Schweigepflicht unter Strafe, soweit besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile unbefugter Weise bekanntgegeben werden (Antragsdelikt gem. Art. 35). Weitere Erlasse konkretisieren mit Bestimmungen über das Anwaltsgeheimnis den Vertrauensschutz Dritter in den jeweiligen Sachbereichen, so etwa das Patentanwaltsgesetz (Art. 10). Mit der jüngsten Revision ist zudem das Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit⁴³ im Zusammenhang mit der Informationsbeschaffung um eine Bestimmung über den Berufsgeheimnisschutz erweitert worden (Art. 13 d), welche recht weit interpretiert werden kann⁴⁴. Kurzum: Die Bundesgesetzgebung umschreibt teilweise das Anwaltsgeheimnis an sich (insbesondere das BGFA), teilweise stellt sie seine Verletzung durch die Geheimnisträger unter Strafe (insbesondere im StGB und im DSG, aber auch standesrechtlich nach dem BGFA), teilweise stellt sie den Schutz gegenüber behördlichem Handeln sicher (im BWIS und der StPO).

Für rechtsetzende wie für rechtsanwendende Behörden besteht die Herausforderung darin, in den gesetzlichen Bestimmungen sowohl den verfassungsrechtlich gewährleisteten institutionellen Charakter des Anwaltsgeheimnisses als auch das Prinzip der Kohärenz der Rechtsordnung gebührend zu berücksichtigen. Soweit grundrechtlich geschützte Aspekte betroffen sind,

41 Vom 05.10.2007; StPO; SR 312.0.

42 Vom 19.06.1992; DSG; SR 235.1.

43 Vom 21.03.1997; BWIS; SR 120.

44 Vgl. die Zusatzbotschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit («BWIS II reduziert»), BBl 2010 7841, 7878.

bildet das Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage die erste von mehreren kumulativ zu erfüllenden Eingriffsvoraussetzungen. Dazu sei am Rande angemerkt, dass die starke Zunahme der Legiferierung auf Bundesebene, in Kombination mit dem Anwendungsgebot von Bundesgesetzen nach Art. 190 BV, zu einer gewissen Verzerrung führt⁴⁵. Entsprechend behält die eingangs erwähnte Strassburger Rechtsprechung ihre Relevanz auch hinsichtlich des Schutzes des Anwaltsgeheimnisses. Dies nicht nur trotz, sondern auch wegen zunehmender Bundesgesetzgebung.

4.1 Der weite Begriff des Anwaltsgeheimnisses im Anwaltsgesetz

Die Bedeutung des Anwaltsgeheimnisses als Berufsgeheimnis tritt deutlich in Art. 13 Abs. 1 BGFA zutage, wenn es für infolge des Berufes Anvertrautes zeitlich unbegrenzt gilt (zum Wortlaut vgl. vorne, Ziff. 1.). Woraus das Geheimnis inhaltlich oder gegenständlich besteht, lässt der Gesetzeswortlaut offen («alles, was», respektive «tutti»; etwas griffiger der französische Text: «*toutes les affaires*»)⁴⁶. Geheimnisherr ist zudem nicht etwa (nur) der Klient, sondern (auch) der Anwalt selbst (2. Satz).

Die bundesrätliche Vorlage hatte sich hinsichtlich des Berufsgeheimnisschutzes noch mit einem Verweis auf Art. 321 StGB begnügt⁴⁷. Während der Ständerat in den ersten Beratungen dem Bundesrat folgte, erwuchs dieser Lösung im Nationalrat deutlicher Widerstand. Im Zweitrat wurden Bedenken geäußert, die Schaffung des BGFA könnte im Reflex eine Relativierung des Anwaltsgeheimnisses bewirken – was der Rat ausdrücklich zu verhindern suchte⁴⁸. Als Gegenvorschlag postulierte der Nationalrat jene Formulierung, welche in Art. 13 Abs. 1 BGFA zum Gesetz geworden ist. Im Ständerat wurde dagegen zwar noch eingewendet, das Anwaltsgeheimnis werde damit zu einem «*secret absolu*»⁴⁹. Und auch der Bundesrat hielt an einem blossen Verweis auf das StGB fest, indem er sich gegen ein «*absolutes Zeugnisverwei-*

45 Vgl. dazu, mit Blick auf die Verfahrensgarantien, MÜLLER/SCHEFER, 819.

46 Der Geheimnisbegriff ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Es kann sich beim Geheimnis nach der Form um Gespräche zwischen Anwalt und Klient, schriftliche Notizen, audiovisuelle Aufzeichnungen, Inhalte von Datenträgern etc. handeln. Auch inhaltlich sind keine Schranken ersichtlich.

47 Art. 11 Bst. c des Entwurfes zum BGFA, BBl 1999 6078, 6080.

48 Votum Kommissionssprecher Erwin Jutzet, AmtlBull NR 2000 45.

49 Votum Kommissionssprecher Dick Marty, AmtlBull SR 2000 239.

gerungsrecht» aussprach⁵⁰. Der Hinweis auf rechtsstaatliche Erfordernisse blieb zwar in der Kleinen Kammer vorerst ungehört⁵¹, und damit eine Differenz zum Nationalrat bestehen. Im Differenzbereinungsverfahren setzte sich der nationalrätliche Vorschlag aber schliesslich ohne eigentliche Diskussion auch im Ständerat durch.

Angesichts dieses, vom historischen Gesetzgeber bewusst gewählten, weiten Begriffs des Anwaltsgeheimnisses gewinnt die Abgrenzung der anwaltlichen von der weiteren Tätigkeit des Anwalts (als Verwaltungsrat, Treuhänder, etc.) an Bedeutung. Nach einem Teil der Lehre greift das Berufsgeheimnis nur dann, wenn das Geheimnis «*dem Anwalt bei der Erfüllung einer Aufgabe anvertraut wurde oder er es bei der Wahrnehmung einer Aufgabe wahrgenommen hat, die zu den typischen Aufgaben zählt, die ein Anwalt bei der Ausübung seines Berufes wahrnimmt*»⁵². Ein anderer Teil der Lehre will den Begriff des Rechtsanwalts nach Art. 2 BGFA – entgegen dem Wortlaut des Gesetzes – im Zusammenhang mit Art. 13 BGFA auch auf nicht forensisch tätige Anwälte ausgedehnt wissen⁵³. Aus verfassungsrechtlicher Sicht kann die Streifrage offen bleiben, da Art. 13 BGFA für sich alleine genommen als berufsspezifische Bestimmung des Anwaltsrechts nicht als gesetzliche Grundlage zur Einschränkung von Grundrechten herangezogen werden kann. Auch dem institutionellen Charakter des Anwaltsgeheimnisses tragen beide Auslegungsvarianten Rechnung.

4.2 Die besondere Bedeutung der StPO

Eine zentrale Stellung nimmt die neue schweizerische Strafprozessordnung als formell-gesetzliche Grundlage zur Einschränkung, aber auch zur Konkretisierung des Anwaltsgeheimnisses auf Gesetzesstufe im besonders sensiblen und verfassungsrechtlich besonders geschützten Bereich des Strafverfahrens ein. Dabei stellt die StPO einen engen Zusammenhang zum

50 Votum Bundesrätin Ruth Metzler, AmtBull SR 2000 240.

51 So etwa der damalige Ständerat Samuel Schmid, AmtBull SR 2000 239.

52 FELLMANN WALTER, Anwaltsrecht, Bern 2010, Rz. 480. Teilweise wird sogar ein «doppelter Mandatsbezug» verlangt, indem die Wahrnehmung der anwaltlichen Tätigkeit einen Bezug zu einem bestimmten Mandat aufweisen muss und zudem der Inhalt der (geschützten) Wahrnehmung wiederum einen Bezug zum Mandat aufweist (SCHILLER [Anm. 36], Rz. 449 ff.).

53 NATER/ZINDEL (Anm. 36), Rz. 26 sowie 117. Dies trifft u.E. für die Verschwiegenheitspflicht im Verhältnis zu Dritten allenfalls zu, nicht jedoch für das Verhältnis gegenüber Strafverfolgungs- oder Rechtshilfebehörden.

Anwaltsgeheimnis nach BGFA her, welcher in verschiedenen strafprozessualen Bestimmungen zum Tragen kommt. Mit Bezug auf das Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund eines Berufsgeheimnisses erwähnt das Gesetz Rechtsanwälte ganz selbstverständlich. Ausserdem findet das Anwaltsgeheimnis auch bei der Frage der Zulässigkeit einer Durchsuchung, bei einer Beschlagnahme von Gegenständen, sowie bei der Frage der Siegelung und Entsiegelung Berücksichtigung.

4.2.1 Das Recht auf Zeugnisverweigerung

Das allgemeine Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund von Berufsgeheimnissen wird in Art. 171 StPO verankert. Abs. 4 verweist überdies für Anwälte – und nur für diese Berufsgruppe – ausdrücklich auf den Vorbehalt eines anderen Bundesgesetzes, nämlich des BGFA. Der Vorbehalt zugunsten des Anwaltsgeheimnisses war in der bundesrätlichen Vorlage noch nicht enthalten und geht auf einen Antrag der Minderheit (diesmal) der ständerätlichen Kommission zurück. Im Plenum betonten die Votanten grossmehrheitlich, mit der Ergänzung der besonderen Bedeutung des Anwalts im Strafprozess Rechnung zu tragen und die noch jungen Bestimmungen des BGFA zum Anwaltsgeheimnis nicht abschwächen zu wollen⁵⁴.

Wie das BGFA knüpft auch die StPO den Geltungsbereich des Geheimnisschutzes an die Ausübung des jeweiligen Berufes – für den Anwalt an dessen Funktion im Strafverfahren (von einem frühen Verfahrensstadium bis zum Ende eines Prozesses). Dies macht eine Abgrenzung zwischen den geschützten und den anderen, keinen Schutz geniessenden Tätigkeiten des Anwalts notwendig. Denn *«(l)’avocat est en outre soumis au secret professionnel selon les art. 321 CP et 13 de la loi fédérale (...) sur la libre circulation des avocats (...). Selon cette première disposition, une violation du secret professionnel engage la responsabilité pénale de l’avocat. À la différence de l’obligation contractuelle de garder le silence, le secret professionnel ne couvre pas toutes les affaires que l’avocat s’est chargé de gérer; il porte seulement sur ce qui relève de l’activité professionnelle spécifique d’un avocat, et d’autres services qui pourraient aussi être fournis par des gérants de fortune, des fiduciaires ou*

54 Vgl. etwa die Voten von Fritz Schiesser, Hans Hess, Hermann Bürgi oder Hans Lauri; nur der damalige Kommissionsprecher Alain Berset und der damalige Bundesrat Christoph Blocher vertraten eine andere Meinung; AmtBull SR2006 1019 ff.

des banquiers, tels que l'administration de sociétés et la gestion de fortune ou de fonds, en sont exclus (...).»⁵⁵

Die berufsspezifische Tätigkeit des Anwalts besteht in der Rechtsberatung sowie der Vertretung der Interessen Dritter bzw. deren Beistand vor Gericht⁵⁶. Das Anwaltsgeheimnis schützt damit «(...) Informationen, die einem Anwalt im Rahmen seiner anwaltlichen Tätigkeit zugekommen sind, – einschliesslich seiner Aufzeichnungen und Korrespondenz in diesem Zusammenhang – gegen eine Einsichtnahme durch die Untersuchungsbehörden (...)»⁵⁷. Entgegen einer älteren Rechtsprechung sollte es genügen, dass bestimmte Unterlagen auch (aber nicht ausschliesslich) die spezifisch anwaltliche Tätigkeit betreffen⁵⁸. Hingegen werden Informationen oder Unterlagen, die der Anwalt «im Zusammenhang mit einer anderen, nicht berufsspezifischen Tätigkeit erfahren hat, (...) nicht geschützt»⁵⁹. Etwa bei vorwiegend wirtschaftlichen Aktivitäten des Anwalts, in deren Rahmen rechtliche Aspekte kaum eine Rolle spielen, entfaltet der Schutz des Anwaltsgeheimnisses keine Wirkung⁶⁰.

In Ausnahmefällen ist es denkbar, den Schutz des Berufsgeheimnisses nur partiell gelten zu lassen. So fielen beispielsweise das Wissen des Anwalts um die geschäftlichen Verbindungen des von ihm vor Gericht vertretenen Mandanten zu einem Ring von Drogenhändlern unter das Anwaltsgeheimnis, nicht jedoch seine (eben nicht anwaltlichen) Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Verwaltung der Drogengelder auf anonymen Konten. Ob und wie weit das Berufsgeheimnis auch für sog. «Unternehmensjuristen» gilt, wird regel-

55 BGE 135 III 597, E.3.3.

56 KELLER ANDREAS J., in: Donatsch et al. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 248, Rz. 28 (m.H.).

57 BGE 126 II 495, E.2 e aa.

58 So auch HEIMGARTNER STEFAN, Strafprozessuale Beschlagnahme, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011, 236 (m.w.H.) sowie BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, Rz. 1831.

59 Bundesstrafgericht, Urteil vom 23.02.2010, BE.2009.22, E.3.2. In casu war ein Anwalt zudem Verwaltungsrat seiner Klientin. Bei Überwiegen der «kaufmännischen Tätigkeit» kann sich der Anwalt nicht auf das Anwaltsgeheimnis berufen. Ein Entscheid darüber sei aber nur unter «Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles» möglich. Als Folge sei zwischen den eigenen Akten des Anwalts und den Geschäftsakten der Gesellschaft zu unterscheiden. Vgl. zudem BGE 117 Ia 341, E.6 abb.

60 HEIMGARTNER, 235f.; der Autor nennt als Beispiele unter anderem die reine Vermögensverwaltung, das Inkasso, aber auch Mandate zur Geschäftsführung oder Verwaltungsratsmandate.

mässig diskutiert⁶¹. Soweit ein im kantonalen Register eingetragener Rechtsanwalt als Angestellter einer nicht ihrerseits anwaltlich tätigen Unternehmung (z.B. einer Anwaltskanzlei) fungiert⁶², fehlen wohl die besonderen Kriterien, welche das Anwaltsgeheimnis im spezifischen Näheverhältnis zur Klientschaft als besonders schützenswert erscheinen lassen. Beim als Unternehmensberater tätigen (freien) Rechtsanwalt hingegen, erscheint der übliche Unterscheidungsmaßstab sachgerecht, wonach der Charakter der jeweiligen Berater Tätigkeit zu beurteilen wäre.

Art. 171 StPO enthält eine kann-Formulierung (Abs. 1): Die erwähnten Gruppen von Geheimnisträgern können das Zeugnis über Geheimnisse verweigern. Bei Geltendmachung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses handelt es sich jedoch nicht (nur) um ein Recht, sondern gegebenenfalls auch um eine Pflicht, deren Verletzung straf- und standesrechtlich sowie obligationenrechtlich zu einer Verantwortlichkeit des Anwalts führen mag. Entsprechend können die Ausnahmen vom Berufsgeheimnisschutz etwa bei Entbindung durch den Geheimnisherrn (Art. 171 Abs. 2 Bst. b StPO) zu schwierigen Auslegungsfragen führen. Eine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis durch die Klientschaft ist für den Anwalt insofern nicht alleine entscheidend, als er – gemäss Vorbehalt des BGFA (Art. 171 Abs. 4 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 BGFA) – selbst in Rolle und Funktion des Geheimnisherrn steht⁶³. Die Entbindung befreit ihn aber immerhin im Verhältnis zur Klientschaft von strafrechtlicher Verantwortlichkeit (Art. 321 Abs. 2 StGB). Bestehen hingegen bezüglich der Preisgabe eines potentiellen Berufsgeheimnisses Zweifel in anwaltsrechtlicher respektive standesrechtlicher Hinsicht, so wird der Anwalt auf eine Beurteilung der Aufsichtsbehörde abstellen dürfen (Art. 321 Abs. 2 StGB i.V.m. Art. 14 BGFA), welche ihrerseits der anwaltlichen Funktion im jeweiligen Verfahren einzelfallweise Rechnung tragen wird.

61 Aus der jüngsten Literatur etwa SPRENGER THOMAS, Anwaltsgeheimnis des Unternehmensjuristen, Diss. Luzern, Zürich 2011, *passim* sowie BOHNET/MARTENET (Anm. 58), Rz. 1812 ff. (m.w.H.). Vgl. auch etwa das Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 14.09.2010 (Rs. C-550/07 P) in Sachen *Akzo Nobel Chemicals Ltd und Akros Chemicals Ltd gegen Europäische Kommission*.

62 Zum in einer Anwaltsgesellschaft unverändert gewährleisteten Vertrauens- und Geheimnisschutz nun BGE 138 II 440, E. 21.

63 Ergänzend dazu sieht Art. 169 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zum eigenen oder zum Schutz nahestehender Personen vor.

Weiter sieht die StPO die Möglichkeit einer Aussagepflicht selbst für Berufsgeheimnisträger vor, soweit diese einer Anzeigepflicht unterliegen (Art. 171 Abs. 2 Bst. a). Eine Anzeigepflicht bedarf einer formell-gesetzlichen Grundlage und betrifft primär die nicht unter den Berufsgeheimnisschutz nach BGFA fallenden Tätigkeiten ausserhalb der eigentlichen Anwaltsfunktion⁶⁴. So können Anwälte – je nach (Neben-) Tätigkeit – beispielsweise unter das Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor⁶⁵ fallen. Entspricht ihre Tätigkeit jener eines Finanzintermediärs gemäss der Auslegung von Art. 2 Abs. 1 GwG, sind sie zur aktiven Weitergabe von Daten verpflichtet (Meldepflichten); im Einzelfall stellen sich aber «oft äusserst schwierige Auslegungsfrage(n)»⁶⁶. Im Entscheid *Michaud c. France* unterstrich der EGMR, dass die fragliche Meldepflicht bei Verdacht auf Geldwäscherei nicht die eigentliche Rolle des Anwalts (als Verteidiger) betrifft; zudem sehe die gesetzliche Regelung einen zusätzlichen «Filter» zum Schutze des Berufsgeheimnisses vor⁶⁷.

4.2.2 Beschlagnahme und Schutz von Aufzeichnungen

Zur Aufklärung von möglicherweise strafrechtlich relevanten Vorgängen kann die Anwaltskanzlei ins Visier der Ermittlungen geraten. Im Fokus steht dann nicht mehr der Anwalt als Zeuge (um welchen sich der Schutzmantel des Anwaltsgeheimnisses gelegt hat), sondern ein Gegenstand in seinem Gewahrsam⁶⁸. Um solches Material im Hauptverfahren verwenden zu können, müssten die Ermittlungsbehörden das Relevante identifizieren und zur weiteren Verwendung oder Auswertung beschlagnehmen.

Jede Hausdurchsuchung stellt einen Eingriff in die grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechte der Betroffenen dar, konkret den Schutz der Wohn- und eben auch Geschäftsräume (vgl. oben, Ziff. 3.1). Nach den Regeln der StPO ist eine Durchsuchung im Falle einer Vermutung möglich, dass sich in den fraglichen Aufzeichnungen Daten befinden, die der Beschlagnahme

64 Vgl. auch RIKLIN, Art. 171, Rz. 4, welcher auch kantonale Meldepflichten zulässt.

65 Vom 10.10.1997; GwG; SR 955.0.

66 FELLMANN, Rz. 825; vgl. zudem Rz. 481.

67 Entscheid vom 06.12.2012, *Michaud c. France* (12323/11), Ziff. 128 f.

68 Zum Berufsgeheimnisschutz bei Überwachungen vgl. insbesondere Art. 269 und 271 StPO sowie vorne den EGMR-Entscheid *Kopp c. Suisse*.

unterliegen (Grundsatz in Art. 246 StPO). Vorbehalten bleibt indes der Einwand der Siegelung (Art. 248 StPO)⁶⁹.

Das Bundesstrafgericht lässt für die Durchsuchung allgemein einen «hinreichenden Tatverdacht» sowie die Annahme genügen, «dass sich unter den Papieren Schriften befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sind (...) und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit respektiert wird»; zur Begründung eines hinreichenden Tatverdachts zu Beginn eines Strafverfahrens sei eine «substantiierte Strafanzeige» ausreichend⁷⁰. In einem anderen Entscheid meinte «Bellenz» sogar, «une perquisition est admissible s'il existe des indices suffisants de la commission d'une infraction, si le soupçon peut être nourri que des preuves pouvant intéresser l'enquête pourrait se trouver dans le lieu à perquisitionner et si le principe de la proportionnalité est respecté»⁷¹. Der hinreichende (im Unterscheid zum dringenden) Tatverdacht muss zum einen ausreichend detailliert umschrieben sein, zum anderen müssen ausreichende Beweismittel vorgelegt werden, die den Sachverhalt stützen⁷².

Ist ein Berufsgeheimnis tangiert, unterstehen die von der Durchsuchung betroffenen Räume einem besonders intensiven Schutz⁷³. Auch für das Bundesgericht ist die «(...) Durchsuchung von Papieren (...) mit grösster Schonung der Privatgeheimnisse und unter Wahrung der Berufs- und Anwaltsgeheimnisse durchzuführen»⁷⁴. Die Gewährleistung des Anwaltsgeheimnisses steht somit in engem Verhältnis zu den rechtlichen Voraussetzungen für Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen beim Anwalt (wobei damit nicht etwa bloss die anwaltlichen Kanzleiräumlichkeiten gemeint sind)⁷⁵. Zumindest bei offensichtlicher Betroffenheit des Kerns anwaltlicher Tätigkeit scheidet eine Beschlagnahme mit gleichzeitiger Siegelung aus, da es bereits der Beschlagnahme an der Zulässigkeit gebricht. Art. 264 StPO sieht explizit vor, dass insbesondere Unterlagen aus dem Verkehr der beschuldigten Per-

69 Nach einer älteren Rspr. liegt es am Geheimnisherrn, sich gegen die Beschlagnahme zu wehren und damit die Siegelung zu veranlassen, vgl. BGE 127 II 151, E.3 b.

70 Bundesstrafgericht, Urteil vom 23.02.2010, BE.2009.22, E.2, ebenso das Urteil vom 11.07.2012, BE.2012.4, E.3.2.

71 Bundesstrafgericht, Urteil vom 13.03.2009, BE.2009.4, E.5.

72 So auch das Bundesstrafgericht, Urteil vom 11.7.2012, BE.2012.4, E.3.1.

73 RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, Basel 2009, Rz.1399, sodann zur Frage des Richtervorbehalts Rz.1400 (m.w.H.).

74 Bundesstrafgericht, Urteil vom 11.07.2012, BE.2012.4, E.2.

75 Allgemein zur Beschlagnahme und ähnlichen Massnahmen PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2012, 137 ff.

son mit ihrer Verteidigung (Abs. 1 Bst. a) sowie Gegenstände, namentlich Aufzeichnungen und Korrespondenzen, die aus dem Verkehr der beschuldigten Person mit Personen stammen, die nach den Artikeln 170–173 StPO das Zeugnis verweigern können und die im gleichen Sachzusammenhang nicht selber beschuldigt sind (Bst. c), nicht beschlagnahmt werden dürfen. Dies ungeachtet des Ortes, wo sie sich befinden und des Zeitpunkts, in welchem sie geschaffen worden sind (Art. 264 Abs. 1). Die Bestimmung verhindert die Umgehung der Zeugnisverweigerungsrechte quasi durch die Hintertüre, durch Beschlagnahme der entsprechenden Unterlagen⁷⁶. Zudem entbindet Art. 265 Abs. 2 StPO unter anderem Personen, die zur Aussage- oder Zeugnisverweigerung berechtigt sind, im Umfang ihres Verweigerungsrechts von einer Herausgabepflicht.

Doch selbst wenn die Bedeutung gewisser Unterlagen oder die Einordnung eines Verhaltens des Anwalts in Frage stehen, wird spätestens unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit einer Durchsuchung oder Beschlagnahme der Umstand zu berücksichtigen sein, dass sich Dokumente in einer Kanzlei oder allgemein in anwaltlichem Gewahrsam befinden und unter das Berufsgeheimnis fallen könnten.

4.2.3 Siegelung

Bestehen im Rahmen einer Durchsuchung oder Beschlagnahme Differenzen, ob und wie weit ein Bezug zwischen einer spezifisch anwaltlichen Tätigkeit und dem Gewahrsam von Unterlagen besteht, kann der Anwalt – anwaltsrechtlich wird er dies meist sogar tun müssen – die Siegelung von Dokumenten verlangen (Art. 248 StPO). Mit diesem Einwand kann er die Beschlagnahme der Unterlagen zwar nicht verhindern, wohl aber zumindest vorläufig eine Kenntnisnahme deren Inhalts durch die Untersuchungsbehörden. Es genügt die Behauptung, die Aufzeichnungen dürften nicht beschlagnahmt werden⁷⁷. Eine Siegelung hat provisorischen Charakter und bewirkt ein suspensiv bedingtes Verwertungsverbot⁷⁸. Nach einem Entsiegelungsgesuch der Strafbehörde innert 20 Tagen entscheidet darüber innert eines Monats

76 Zum Ganzen RIKLIN, Art. 264, Rz. 2f.

77 LIPS-AMSLER BARBARA in: GOLDSCHMID et al. (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 05.10.2007, Bern 2008, 235.

78 Bundesstrafgericht, Urteil vom 23.02.2012, BE.2009.22, E.1.2.

im Vorverfahren das Zwangsmassnahmengericht, in allen anderen Fällen das Gericht, bei dem der Fall hängig ist⁷⁹.

Das Entsiegelungsgericht kann gemäss einem noch vor Inkrafttreten der neuen StPO gefällten Lausanner Entscheid die beteiligte Justizbehörde bei «*Sichtung und Triage von umfangreichem und schwer überschaubarem Material*» *miteinbeziehen*; eine «*erste cursorische Ausscheidung darf jedoch (...) nicht dazu missbraucht werden, Privat-, Berufs- oder Geschäftsgeheimnisse zu verletzen bzw. das Entsiegelungsverfahren zu umgehen*»⁸⁰. Wäre in jenem Fall die Einsprache des Bestehens des Anwaltsgeheimnisses geltend gemacht worden⁸¹, hätte sich der Beizug ausgerechnet der zuständigen Untersuchungsbehörde in die Beurteilung von Dokumenten, welche deren Zugriff gerade entzogen bleiben muss, kaum gerechtfertigt. Mittlerweile steht diese Praxis wohl auch in gewissem Widerspruch zur Zuweisung und Beurteilung dieser Rechtsfrage an das Zwangsmassnahmen-, sprich Entsiegelungsgericht (Art. 248 StPO). Der Strafverfolgungsbehörde ist bis zum Entscheid des Entsiegelungsgerichts kein Einblick in beschlagnahmte Dokumente erlaubt. Ihre «Mithilfe» im Rahmen des Entsiegelungsverfahrens müsste sich daher auf die Beurteilung von Zwischenprodukten wie Inventarlisten, die Bezeichnung von Gegenständen etc. beschränken – und auch dies wohl meist im Sinne des Ausschlusses vom Verfahren, sprich der Bezeichnung der für das Verfahren nicht relevanten und daher weiterhin geschützten Unterlagen. Die bei ihrem Anwalt Beratung und Vertretung suchende Klientschaft würde durch die Unterlageneinsicht der in ihrem Fall ermittelnden Behörde substantiell benachteiligt. Falls das Entsiegelungsgericht in seinem Verfahren Unterstützung benötigt, wäre mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit geboten, statt der involvierten Untersuchungsbehörde hilfsweise eine andere, mit gleichem oder ähnlichem Sachverstand ausgestattete Behörde (z.B. bei kantonalen Verfahren die Ermittlungsbehörde eines anderen Kantons) oder Sachverständige beizuziehen. Zumindest im Kernbereich anwaltlicher Tätigkeit sind bereits die Möglichkeiten zur Beschlagnahme erheblich

79 Nach alter Rspr. (zu einem Rechtshilfeverfahren) reicht zur Entsiegelung aus «*que les documents puissent être utiles à l'enquête*»; BGE 127II151, E.3 cbb.

80 BGer, Entscheid vom 15.01.2008, 1B_200/2007, E.2.6; dazu auch RIKLIN, Art. 248, Rz.4.

81 U.E. zu Recht enger daher BGE 137 V 189, E.4.2, wenn das Bundesgericht darauf hinweist, dass eine «*unzulässige bzw. verfrühte Einsicht (...) insbesondere (durch) Ermittlungs- und Untersuchungsbeamte zu vermeiden*» sei.

eingeschränkt (dazu oben). Der gleiche Schutzgedanke imprägniert aber auch auf das Entsiegelungsverfahren.

Im Entsiegelungsverfahren obliegt es der ersuchenden Behörde darzulegen, inwiefern der Inhalt der Aufzeichnungen für die Untersuchung von Bedeutung ist und als Beweismittel überhaupt in Frage kommt⁸². Teilweise wird postuliert, nach Anhörung der Betroffenen (Gewährung des rechtlichen Gehörs) die Erheblichkeit der Beschlagnahme für das Strafverfahren zu vermuten⁸³. Eine solche Vermutung führte jedoch zu einer Rollenumkehr, indem der Anwalt im Entsiegelungsverfahren die Unerheblichkeit der beschlagnahmten Unterlagen glaubhaft machen müsste. Bei zumindest potentiell geschützten Berufsgeheimnissen wäre dies äusserst heikel und kaum verhältnismässig. Faktisch bestünde die Gefahr, dass die Argumentation zur Entsiegelung mit der Berechtigung zur Beschlagnahme zusammenfallen könnte. Nach den heutigen rechtsstaatlichen Erfordernissen fehlt es einer entsprechenden Vermutung indes bereits allgemein an einer dafür wohl notwendigen formell-gesetzlichen Grundlage (vgl. dazu analog den oben erwähnten Entscheid des EGMR Petri Sallinen et autres c. Finlande). Was sinngemäss im Zusammenhang mit «weiteren Geheimhaltungspflichten» (Art. 173 StPO), also etwa für Mitarbeitende einer Opferberatungsstelle oder für Personen in der medizinischen Forschung, zu einer Abwägung zwischen Wahrheitsfindungs- und Geheimhaltungsinteresse führt⁸⁴, erscheint für den Schutz des Anwaltsgeheimnisses ausgeschlossen.

Selbst die nach erfolgter sorgfältiger Triage zur Entsiegelung freigegebenen Aufzeichnungen können schützenswerte Geheimnisse enthalten. Im erwähnten BUWOG-Fall machte sich auf österreichischer Seite nach Übergabe der Akten im Januar 2013 Ernüchterung breit, als sich herausstellte, dass diese von den Liechtensteiner Behörden stark geschwärzt, also wichtige Stellen abgedeckt worden waren⁸⁵. Dies entspricht jedoch nichts anderem als der konkreten Anwendung des (verfassungsrechtlichen) Verhältnismässig-

82 Vgl. weitergehend MÜLLER THOMAS/GÄUMANN STEFAN, Siegelung nach Schweizerischer StPO, Anwaltsrevue 6-7/2012 294.

83 LIPS-AMSLER (Anm. 77), 236.

84 Vgl. dazu RIKLIN, Art. 173, Rz. 3.

85 Vgl. dazu den Bericht des *Standard*, <<http://derstandard.at/1358303830515/Anwalt-Fehlende-Einsicht-ungeheuerlich>> (27.02.2013), m.H. auf Äusserungen des liechtensteinischen leitenden Staatsanwalts Wallner.

keitsgrundsatzes – ohne Schwärzung wäre die Herausgabe der Akten möglicherweise unzulässig gewesen⁸⁶.

4.3 Strafbare Handlungen des Anwalts und Rechtsmissbrauch

Unter dem Begriff des Rechtsmissbrauchs versteht die Lehre die «*zweckwidrige*» Verwendung eines Rechts und schliesst daraus, dass der «*Normzweck die Möglichkeit des Missbrauchs bestimmter Rechte ausschliessen kann*»⁸⁷. Umstritten bleibt, ob das Argument des Rechtsmissbrauchs im Zusammenhang mit Grundrechten, und allenfalls sogar trotz Betroffenheit eines elementaren Grundrechts, Platz greifen kann⁸⁸. Dem Anwaltsgeheimnis kommt zwar kein grundrechtlicher Charakter zu, seine institutionelle Bedeutung ist indes eminent. Bei Ermittlungen gegen die Person des Anwalts wird seine rechtsstaatliche Bedeutung grundsätzlich nicht in Frage gestellt. Klar erscheint aber ebenso, dass selbst bei Ermittlungen gegen den Anwalt «*fishing expeditions*» unzulässig sind (EGMR-Entscheid *Kopp c. Suisse*). Die herrschende Lehre anerkennt, dass sich ein Anwalt im gegen ihn selbst gerichteten Strafverfahren bei dringendem Tatverdacht nicht auf ein Zeugnis- oder Editionsverweigerungsrecht berufen kann⁸⁹.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die gesuchstellende Behörde im Falle der Beschlagnahme und Entsigelung von Anwaltsakten «*wenigstens aufzeigen, inwiefern die betreffende Anwaltskanzlei in die untersuchten strafbaren Vorgänge verwickelt sein könnte*»⁹⁰. In einem Entscheid aus dem Jahre 1991 meinte das Bundesgericht generell: «*(...) la saisie de documents est par exemple possible lorsque ceux-ci sont en rapport avec une infraction que l'avocat lui-même est soupçonné avoir commise, lorsqu'il s'agit de pièces relatives à son activité purement commerciale (...), lorsque le client entend mettre en lieu sûr le produit de l'infraction ou l'instrument ayant servi à la commettre, ou encore lorsque les documents qui lui sont remis sont en réalité destinés à un tiers (...). De tels abus ne sauraient être protégés et il*

86 Zur Abdeckung schützenswerter Informationen vgl. insbesondere HEIMGARTNER, 380.

87 RHINOW/SCHEFER (Anm. 73), Rz. 2640. Zur zweckwidrigen Verwendung auch des öffentlichen Rechts durch Private vgl. GÄCHTER THOMAS, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Habil. Zürich 2005, Zürich/Basel/Genf 2005, 175 f.

88 HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2012, Rz. 919b.

89 RHINOW/SCHEFER (Anm. 73), Rz. 1399; FELLMANN, Rz. 577; KELLER (Anm. 56), Art. 248, Rz. 28.

90 BGE 130 II 193, E. 4.3.

appartient au mandataire de s'assurer que les objets qui lui sont remis ne le sont pas uniquement pour bénéficier d'une protection abusive contre la mainmise des autorités répressives.»⁹¹

Zum Tragen kommt der institutionelle Charakter des Anwaltsgeheimnisses insbesondere, sobald auch das Verhältnis zu an sich unbeteiligten Klienten betroffen sein *könnte*. Das Berufsgeheimnis darf nicht gelüftet werden, soweit es *«den Klienten schützt und/oder im öffentlichen Interesse besteht»⁹²*.

4.4 Die Anwaltskanzlei als sicherer Hafen für allerhand Beweismittel?

Findige Klienten könnten versucht sein, im Wissen um die strafrechtliche Relevanz eigener Handlungen belastendes Material aller Art unter den Schutz des Berufsgeheimnisses ihrer Rechtsvertretung zu stellen. Für die eingangs erwähnten Wirtschaftsdelikte oder für die Organisierte Kriminalität wäre es sogar besonders reizvoll, beispielsweise Dokumente über ihre Buchhaltung oder Dokumentationen über illegale Geschäftsvorgänge, allenfalls sogar Unterlagen, welche sich zur Erpressung Dritter eignen, ständig verfügbar, aber in Sicherheit vor staatlichem Zugriff zu wissen. Gleichsam würde den auf verlorenem Posten kämpfenden Strafverfolgungsbehörden gewissermassen ein böser Streich gespielt, indem dem Rechtsstaat aus rechtsstaatlichen Gründen die Hände gebunden blieben.

Nach wohl herrschender Lehre ist die Anwaltskanzlei kein «supercoffre»⁹³. Gemäss einzelnen Autoren fallen materielle Beweismittel für eine Straftat, insbesondere solche, welche der Beschuldigte bei seinem Verteidiger in Sicherheit zu bringen versucht hat, nicht unter das Berufsgeheimnis des Anwalts (zur Einziehung von Tatwaffen und Tatwerkzeugen vgl. Art. 69 StGB)⁹⁴. Weitere Stimmen lehnen einen Schutz für «deponierte» Dokumente (Tatmittel und Taterzeugnisse, bereits bestehende Dokumente, Bücher und Aufzeichnungen) generell ab; unter das Anwaltsgeheimnis fielen hingegen Dokumente, welche ein Mandat vervollständigen⁹⁵.

Nach hier vertretener Ansicht wäre eine Beschlagnahmung unzulässig, soweit es sich bei den fraglichen Unterlagen im Gewahrsam des Anwaltes um

91 BGE 117 Ia 341, E. 6 a cc.

92 FELLMANN, Rz. 578 (m.w.H.); in diesem Sinne auch ZERBES (Anm. 38), 847.

93 SCHILLER (Anm. 36), Rz. 543 ff.

94 KELLER (Anm. 56), Art. 248, Rz. 30 m.H. auf Piquerez; HEIMGARTNER, 240.

95 ZERBES (Anm. 38), 847.

solche handelt, welche offensichtlich im Zusammenhang mit einer spezifisch anwaltlichen Tätigkeit stehen. Insbesondere Gegenstände oder Daten, welche erst nach Eröffnung eines Verfahrens in anwaltlichen Gewahrsam gelangen, geniessen als Teil der internen Verfahrenskommunikation zwischen Anwalt und Klient wohl in aller Regel den weiten Schutz des spezifischen Berufsgeheimnisses. Zudem wird es schriftlichen oder elektronischen Unterlagen in aller Regel am Charakter der Tatwaffe oder des Tatwerkzeuges gebrechen. Eine effektive Auseinandersetzung des Anwalts mit diesen Dokumenten durch das Anbringen von Notizen oder die (auch mittelbare) Verwendung in der Verteidigungsstrategie ist dann verzichtbar. Der Mandatsbezug ist gegeben und verfahrensgrundrechtlicher Schutz vermag sich voll zu entfalten, sobald das Vertrauen in die Kommunikation an sich Schutz verdient (konkretisiert in Art. 264 StPO).

Soweit die anwaltliche Tätigkeit an sich hingegen auch nicht bloss teilweise betroffen ist, gewährt das Anwaltsgeheimnis keinen Schutz – damit würden Durchsuchung und Beschlagnahme möglich. Die Möglichkeit des Einwands der Siegelung bleibt bestehen, eine Aufhebung des Siegels wäre von der Beurteilung des Entsiegelungsgerichts abhängig. Keinen Schutz verdienen Unterlagen, welche nicht wegen dessen Funktion beim Anwalt lagern, sondern dessen Nebentätigkeit oder sonstige (wirtschaftliche) Aktivitäten betreffen.

Eine Beschlagnahme von Unterlagen bei Anwälten muss sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen können. Dabei wiederum wären unter systematischen Gesichtspunkten wohl auch das Zeugnisverweigerungsrecht der StPO sowie der dortige Verweis auf das BGFA zu berücksichtigen. Doch auch ausserhalb eines Verfahrens kann der Anwalt seinen Klienten – im Rahmen einer eigentlichen anwaltlichen Tätigkeit – beraten; die Klientschaft wiederum muss sich nicht an seine Ratschläge halten. Diesfalls wäre – im Sinne des doppelten Mandatsbezugs – ein Geheimnisschutz trotzdem gegeben. Zudem würde das Anwaltsgeheimnis bezüglich der Unterlagen Dritter (etwa weiterer Klienten des Anwalts) weiterhin volle Geltung entfalten.

Wo jedoch der dokumentenlagernde, als Anwalt tätige «Unrechtsberater» die Schwelle zur Gehilfenschaft (z.B. indem er als Strohmann, Verwalter von Tarnfirmen etc. handelt, oder indem er am Taterfolg beteiligt wird) oder zur

Begünstigung überschreitet⁹⁶, werden die Strafverfolgungsbehörden das Verfahren ganz selbstverständlich auf den «Filou»⁹⁷ ausdehnen. Um einen Anfangsverdacht entstehen zu lassen, müssen sich die Vorwürfe an den Anwalt jedoch genügend substantiieren lassen. Selbst dann wären aber spätestens bei der Entsiegelung die relevanten Unterlagen von den Unterlagen Dritter sorgfältig abzugrenzen. Die Schutzwürdigkeit der Beziehung zu weiteren Klienten und der Geheimnisschutz für andere Dossiers bleiben unabhängig davon bestehen, ob sich der Anwalt im Zusammenhang mit einem bestimmten Delikt strafverdächtig gemacht hat. Wird in einem grosszügigen Rahmen beschlagnahmt (und versiegelt!), werden im Rahmen des Entsiegelungsverfahrens eine wohlüberlegte Triage sowie allenfalls Schwärzungen vorzunehmen sein.

4.5 Exkurs: Rechts- und Amtshilfeverfahren

Soweit Spezialgesetze oder internationale Vereinbarungen nichts anderes bestimmen, regelt das Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen⁹⁸ auch die Rechtshilfe zur Unterstützung von Strafverfahren im Ausland (Art. 1 Abs. 1 Bst. b). Das IRSG erwähnt zwar keine Berufsgeheimnisse namentlich, verweist aber hinsichtlich des Schutzes des Geheimbereichs auf die Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht und erklärt für die Durchsuchung von Aufzeichnungen und die Siegelung die Bestimmungen der StPO für sinngemäss anwendbar (Art. 9).

Das Bundesstrafgericht wendet im Rahmen von Rechtshilfeverfahren bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Entsiegelung keinen besonders strengen Massstab an, wenn es generell genügen lässt, dass eine Entsiegelung der «(...) fraglichen Dokumente für das Strafverfahren im ersuchenden Staat nützlich sind»⁹⁹. An die Schilderung des Sachverhalts könnten keine hohen Anforderungen gestellt werden; denn von «*der Behörde des ersuchenden Staates kann nicht verlangt werden, dass sie den Sachverhalt, der Gegenstand des hängigen Strafverfahrens bildet, bereits lückenlos und völlig widerspruchsfrei darstellt (...)*»; nach Sinn und Zweck des Rechtshilfeverfahrens reiche

96 HEIMGARTNER, 240 f.; BOHNET/MARTENET (Anm. 58), Rz. 1849.

97 Zum Begriff vgl. das Votum von Regierungsrat Straumann, Protokoll III. Session, 4. Kantonsratssitzung vom 10.05.2000, 125.

98 Vom 20.03.1981; IRSG; SR 351.1.

99 Bundesstrafgericht, Urteil vom 23.02.2010, BE.2009.22, E. 2 (m.w.H.).

es aus, wenn die Schweizer Behörden prüfen könnten, «*ob ausreichend konkrete Verdachtsgründe für eine rechtshilfefähige Straftat vorliegen, ob Verweigerungsgründe gegeben sind bzw. in welchem Umfang dem Begehren allenfalls entsprochen werden muss*»¹⁰⁰. Die bloss analoge Anwendung der Geheimnisschutzbestimmungen der StPO darf u.E. im Vergleich zu rein innerstaatlichen Verfahren nicht ein tieferes Schutzniveau zum Resultat haben¹⁰¹. Im Rechtshilfeverfahren kommt ein allfällig greifender Berufsgeheimnisschutz gleich wie in einem nationalen Strafverfahren zur Entfaltung.

Das neue Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuersachen¹⁰² regelt den Vollzug der Amtshilfe gemäss Doppelbesteuerungsabkommen oder nach anderen internationalen Abkommen, die einen auf Steuer-sachen bezogenen Informationsaustausch vorsehen (Art.1 Abs.1). Als eine von zwei Einschränkungen sieht das Gesetz für Anwälte vor, die Herausgabe von Unterlagen und Informationen zu verweigern, soweit diese durch das Anwaltsgeheimnis geschützt sind (Art.8 Abs.6). Der Verweis erscheint folgerichtig und ausreichend, geht es doch wiederum um dasselbe Anwaltsgeheimnis und denselben Geheimnisbegriff wie im übrigen nationalen Recht. Insbesondere vermag das Verwertungsverbot in der Amtshilfe den Geheimnisschutz nicht zu relativieren.

5. Zusammenfassende Würdigung

Der EGMR schützt das Anwaltsgeheimnis in ständiger Rechtsprechung im Ergebnis als Reflex aus dem Schutz der Privatsphäre sowie aus den grundrechtlichen Gewährleistungen fairer Verfahren. Die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Klientschaft und ihrer anwaltlichen Vertretung steht in enger Beziehung zum Recht Beschuldigter oder Angeklagter, sich nicht selbst belasten zu müssen. Zu Recht messen das Bundesgericht und der Schweizer Gesetzgeber heute der besonderen institutionellen Bedeutung des Anwaltsgeheimnisses ein grosses Gewicht bei. Konsequenter hat das Parlament die

100 Bundesstrafgericht, Urteil vom 09.03.2011, RR.2010.69-75, E. 5.2.

101 Zur umgekehrten Konstellation vgl. BGer, Urteil vom 21.03.2012, 1B_559/2011, E. 2.4.

102 Vom 28.09.2012; StAhiG; AS 2012 8237. Die Referendumsfrist ist am 17.01.2013 abgelaufen, der Bundesrat hat das Gesetz aber zum Zeitpunkt der Niederschrift dieser Zeilen noch nicht in Kraft gesetzt.

bundesrätlichen Vorlagen sowohl beim Erlass des BGFA als auch anlässlich der Beratungen zur neuen StPO inhaltlich ausgedehnt.

Die Grundsätze zum Anwaltsgeheimnis sind auch bei der Auslegung von Spezialbestimmungen zur Hausdurchsuchung oder zur Beschlagnahme (inkl. der Entsiegelung) sowie bei Überwachung von Personen zu berücksichtigen (soweit eine solche bei Anwälten überhaupt zulässig ist). Eingriffe in den grundrechtlichen Schutz der Privatsphäre von Anwälten oder in die Verfahrensgrundrechte Beschuldigter bedürften unter anderem einer genügenden gesetzlichen Grundlage. In einem übertragenen Sinne befinden sich das Wissen des Rechtsvertreters sowie seine Unterlagen in einem Panzerschrank. Dieser lässt sich durch die Ermittlungsbehörden mit etwas Geschick (Auslegung der StPO) ganz oder einen Spalt weit öffnen. Doch zumindest in der Vergangenheit zeigte die Rechtsprechung des EGMR kein Gehör für helvetische Pragmatismen, wenn damit der (zuweilen strenge) europäische Minimalstandard in Frage stand.

Teilweise – soweit das Gesetz den Anwalt selbst als Geheimnisherrn anerkennt – reicht das Anwaltsgeheimnis sogar über eine kommunikative Funktion, im Grunde sogar über die Verweigerung der Selbstbelastung des Beschuldigten hinaus: Der Anwalt kann trotz Entbindung durch den Klienten aufgrund eigener Entscheidung an seinem Zeugnisverweigerungsrecht festhalten. Entsprechend wird er sich gegen Durchsuchungen wehren und bei Beschlagnahme selbst dann Siegelung verlangen können, wenn die Klientenschaft mit der Freigabe von Unterlagen einverstanden wäre. Allenfalls steht dabei der Schutz des Vertrauens weiterer Personen, allenfalls sogar das Anwaltsgeheimnis an sich im Fokus seiner Überlegungen. Es wäre u.E. sogar der Fall denkbar, dass der Anwalt im Rahmen des Entsiegelungsverfahrens bei besonders diffizilen Fällen vom Entsiegelungsrichter zum Gehilfen gemacht wird, um entweder die Triage zu unterstützen oder Schwärzungen zur Wahrung schutzwürdiger Geheimnisse Dritter vorzunehmen.

Eine andere Ausgangslage liegt hingegen bei Ermittlungen gegen die Person des Anwalts vor, etwa weil dieser beschuldigt wird, als Täter oder Teilnehmer an strafbaren Handlungen beteiligt zu sein. Allerdings kann nicht leichthin von einer Begünstigung oder Gehilfenschaft ausgegangen werden.

Ebenso genießt eine andere als anwaltliche Tätigkeit von Rechtsanwältinnen keinen Schutz durch das spezifische Berufsgeheimnis. Was der Anwalt etwa als Organ einer juristischen Person, als Strohmann, als Treuhänder oder Finanzintermediär transportiert, aufbewahrt oder abwickelt, wird von vorn-

herein vom Anwaltsgeheimnis nicht erfasst. Jene Unterlagen liegen nicht im bildlichen Panzerschrank, sondern sprichwörtlich im Regen. Denn zur anwaltlichen Tätigkeit gehört es nicht, als Aktenarchiv des Klienten zu fungieren. Damit fällt wohl auch das reine Aufbewahren von Dokumenten oder Daten – ohne ein laufendes oder sich ankündigendes Strafverfahren, und ergo ohne Mandatsbezug – nicht unter den Begriff der eigentlichen anwaltlichen Tätigkeit. Es fehlt überdies (mangels Verfahren zu jenem Zeitpunkt) am Schutzgut mit institutionellem Gehalt, der Kommunikation zwischen Anwalt (eine Beschränkung auf den Verteidiger erscheint gerade bei Wirtschaftssachverhalten als zu eng) und Klient. Heikel wäre indes der Fall, in welchem der Anwalt im Rahmen einer beratenden (allenfalls eben doch anwaltlichen) Tätigkeit dem Klienten in juristischen Fragen zur Seite steht, ohne dass ein Verfahren (bereits) hängig ist. Insoweit ist der Anwalt eben auch in seiner angestammten Funktion tätig, welche weiten Schutz geniesst.

Die Praxis steht vor der Herausforderung, auch bei komplexen Sachverhalten, bei Vorliegen internationaler Bezüge oder selbst bei einer grundlegenden Herausforderung des Rechtsstaats bei der Auslegung der neuen StPO den institutionellen Charakter des Anwaltsgeheimnisses, die bisherige Rechtsprechung des EGMR sowie den Willen des Parlaments beim Erlass des BGFA sowie der StPO nicht aus dem Auge zu verlieren. Damit manifestiert sich, dass die Bedeutung des Anwaltsgeheimnisses nicht eine bloss strafprozessuale ist. Die Behörden werden diesem Umstand Rechnung tragen bei der Beurteilung, ob eine anwaltliche Tätigkeit überhaupt vorliegt – bei Beschlagnahmen werden sie ihn mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns berücksichtigen. Beim Anwaltsgeheimnis geht es immer um den Schutz eines grundlegenden Rechtsguts. An dessen Einschränkung sind deshalb sehr hohe Anforderungen zu stellen.