

Alexander Wintsch | Marco Borsari

Inhouse Privilege – Quo Vadis?



INHALTSÜBERSICHT

- I. **Art. 167a ZPO – Hintergrund und Entstehungsgeschichte**
 - A. Ausgangslage: Kein Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen
 - B. Parlamentarische Initiative Markwalder und Revision der Zivilprozessordnung
 - C. Gegenvorschlag des Ständerates und Kompromisslösung
- II. **Auslegungsfragen**
 - A. Parteien und Dritte
 - B. «Unterlagen im Zusammenhang mit der Tätigkeit ihres unternehmensinternen Rechtsdienstes»
 - C. «Herkunftsstaat»
 - D. «Berufsspezifische» Tätigkeit
- III. **Relevanz für die Schweizer Praxis**
- IV. **Löst Art. 167a ZPO das Problem?**
 - A. U.S.-Gerichtspraxis zum *Inhouse Privilege* von Schweizer Unternehmen
 - B. Keine Lösung für Straf- und Verwaltungs(straf)verfahren
- V. **Fehlendes *Inhouse Privilege* setzt rechtspolitisch falsche Anreize: Bedarf nach verfahrensübergreifender Regelung**

Am 17. März 2023 hat das Parlament den neuen Art. 167a ZPO verabschiedet, der für Parteien und Dritte im Zusammenhang mit der Tätigkeit ihres unternehmensinternen Rechtsdienstes ein Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht vorsieht. Die Autoren versuchen eine Einordnung aus Sicht von Unternehmensjuristen und begründen den Regelungsbedarf über das Zivilprozessrecht hinaus.¹

I. Art. 167a ZPO – Hintergrund und Entstehungsgeschichte

A. Ausgangslage: Kein Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen

Die wichtigsten Schweizer Verfahrensordnungen enthalten Bestimmungen, welche die prozessualen Mitwirkungspflichten von Parteien und Dritten mit Rücksicht auf das Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB bzw. Art. 13 BGFA einschränken.²

Nach überwiegender Lehre gelten Art. 321 StGB und die daraus abgeleiteten Einschränkungen für Unternehmensjuristen bzw. «*Inhouse Counsel*» jedoch nicht.³ Da die

¹ Die nachfolgenden Ausführungen geben die persönliche Ansicht der Autoren wieder, nicht die Sicht von UBS.

² Art. 163 Abs. 1 lit. b ZPO, Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 42 Abs. 1 lit. b BZP, Art. 51a BZP; Art. 171 Abs. 1, 3 und 4 StPO, Art. 264 Abs. 1 lit. a, c und d StPO, Art. 265 Abs. 2 lit. b StPO, ferner Art. 271 Abs. 3 StPO; Art. 13 Abs. 1 bis VwVG, Art. 16 Abs. 1 VwVG; Art. 46 Abs. 3 VStrR, Art. 50 Abs. 2 VStrR, ferner Art. 30 Abs. 2 VStrR.

³ Für viele: BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 321 N 6, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht (Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz), Basler Kommentar, 4. A., Basel 2019 (zit. BSK StGB-BEARBEITER/IN); STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB), Praxiskommentar, 4. A., Zürich 2021, Art. 321 StGB N 5; BSK ZPO-SCHMID, Art. 166 N 5b, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/IN); BSK StPO-VEST/HORBER, Art. 171 N 8b, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2014; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER/FABIO BABEY, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), VwVG – Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. A., Zürich 2016, Art. 13 VwVG N 60; JÖRG SCHWARZ, Anwendung von Art. 321 StGB auf Unternehmensjuristen –

Alexander Wintsch, lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Executive Director, UBS Group AG.

Marco Borsari, lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Executive Director, UBS Group AG.

von Art. 321 StGB geschützten Interessen des Geheimnisherrn bei Offenbarung durch einen Unternehmensjuristen nicht weniger tangiert sind, wird allerdings auch die gegen- teilige Ansicht vertreten.⁴ Das Bundesgericht hat die Frage eines aus dem Berufsgeheimnis abgeleiteten Editions- verweigerungsrechts von Unternehmensjuristen in einem Strafverfahren im Grundsatz offengelassen.⁵

Der Vorentwurf des Bundesrates zu einem Unterneh- mensjuristengesetz, der in Art. 12 ein Berufsgeheimnis für eingetragene Unternehmensjuristen enthielt, wurde im Jahr 2010 aufgrund des Ergebnisses der Vernehmlassung nicht weiterverfolgt.⁶

B. Parlamentarische Initiative Markwalder und Revision der Zivilprozessordnung

Gestützt auf die von Nationalrätin Christa Markwalder ein- gereichte Parlamentarische Initiative 15.409 vom 11. März 2015 wurde das Thema neu lanciert. Die Initiative verlangte eine Ergänzung der Zivilprozessordnung durch einen neu- en Art. 160a mit folgendem Wortlaut:

«Art. 160a Ausnahme für unternehmensinterne Rechts- dienste

¹ In Bezug auf die Tätigkeit eines unternehmensinternen Rechtsdienstes besteht für die Parteien und Dritte keine Mitwirkungspflicht, wenn:

- a. die betreffende Tätigkeit bei einer Anwältin oder einem Anwalt als berufsspezifisch gelten würde; und
- b. der Rechtsdienst von einer Person geleitet wird, die über ein kantonales Anwaltspatent verfügt oder in ih- rem Herkunftsstaat die fachlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Anwaltsberufs erfüllt.

² Für Unterlagen aus dem Verkehr mit einem Rechtsdienst nach Absatz 1 gilt die Ausnahme nach Artikel 160 Absatz 1 Buchstabe b sinngemäss.»

Einige Gedanken zu einer laufenden Diskussion, Anwaltsrevue 2006, 338 ff., 338 f. m.Nw.

4 Vgl. MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Unterstehen dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch Unternehmensjuristen?, Anwaltsrevue 2006, 277 ff., 280.

5 BGer, 1B_101/2008, E. 4.3; vgl. weiter BStGer, BE. 2018.15, E. 2.8.4 f.

6 Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Unternehmensjuristinnen und -juristen, Internet: https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2009#https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6007/100/cons_1 (Abruf 9.5.2023). Die Mehrheit der Kantone sowie verschiedene weitere Vertreter befürchteten u.a. eine Verfahrensverschleppung und monierten eine Überregulierung. Die Kantone rechneten zudem für die Registerführung und Aufsicht über die Unternehmensjuristen mit grossem finanziellem und administrativem Mehraufwand (Internet: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-33444.html> [Abruf 9.5.2023]).

Zur Begründung verwies die Initiative darauf, dass in aus- ländische Gerichtsverfahren involvierte Schweizer Unter- nehmen prozessuale Nachteile erleiden, weil in der Schweiz kein Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht für Mitglie- der von unternehmensinternen Rechtsdiensten besteht. Insbesondere in U.S.-Verfahren müssten Schweizer Unter- nehmen Korrespondenz ihrer in der Schweiz angestellten Unternehmensjuristen offenlegen, weil eine dem amerika- nischen «*legal privilege for in-house counsels*» entsprechen- de Regelung fehle.

Nachdem beide Räte der Initiative gefolgt sind, wur- de der darin vorgeschlagene Wortlaut praktisch unverän- dert⁷ in die Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates von 2018 zur Revision der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) über- nommen.⁸

C. Gegenvorschlag des Ständerates und Kompromisslösung

Im Ständerat als Erstrat hatte die Vorlage keinen leichten Stand. Nachdem die Kommission für Rechtsfragen einen ergänzenden Bericht angefordert und zusätzliche Anhö- rungen durchgeführt hatte,⁹ legte sie folgenden Gegenvor- schlag vor, der vom Rat angenommen wurde:¹⁰

«Art. 167a

¹ In Bezug auf die Tätigkeit ihres unternehmensinternen Rechtsdienstes kann eine Partei die Mitwirkung verwei- gern und Unterlagen nicht herausgeben, wenn:

- a. sie als Rechtseinheit im schweizerischen Handelsregis- ter oder in einem vergleichbaren ausländischen Regis- ter eingetragen ist;
- b. sie über einen Rechtsdienst verfügt, der von einer Per- son geleitet wird, die über ein kantonales Anwalts- patent verfügt oder in ihrem Herkunftsstaat die fachlichen Voraussetzungen für die Ausübung des An- waltsberufs erfüllt;
- c. die betreffende Tätigkeit bei einer Anwältin oder einem Anwalt als berufsspezifisch gelten würde;
- d. die Gegenpartei ebenfalls nach dieser Bestimmung zur Verweigerung berechtigt ist oder, falls sie einen auslän-

7 In Abs. 2 wurde die Formulierung «mit einem Rechtsdienst nach Absatz 1» durch «mit einem unternehmensinternen Rechtsdienst» ersetzt.

8 Botschaft vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zi- vilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechts- durchsetzung), BBl 2020 2697 ff. (zit. Botschaft ZPO 2020), 2789.

9 Votum Kommissionssprecher Bauer, AB 2021 S 680.

10 AB 2021 S 681.

dischen Wohnsitz oder Sitz hat, nach dessen Recht ein vergleichbares Verweigerungsrecht hat; und

e. die Verweigerung nicht rechtsmissbräuchlich erscheint.

² Eine dritte Person kann die Mitwirkung in Bezug auf ihre Tätigkeit in einem unternehmensinternen Rechtsdienst verweigern, wenn ihre Arbeitgeberin als Inhaberin des Rechtsdienstes nach Absatz 1 zur Verweigerung berechtigt ist.

³ Die Parteien und die dritte Person können Entscheide über die Verweigerung der Mitwirkung nach Absatz 1 und 2 mit Beschwerde anfechten.

⁴ Die Kosten für Streitigkeiten über das Verweigerungsrecht nach Absatz 1 und 2 werden der Partei oder der dritten Person auferlegt, die sich darauf beruft.»

Der Nationalrat schloss sich der ständerätlichen Fassung grundsätzlich an. Nebst redaktionellen Anpassungen beschloss er aber, Abs. 1 lit. d und e, den zweiten Halbsatz in Abs. 2, sowie Abs. 3 und 4 zu streichen.¹¹ Nachdem der Ständerat die Änderungen von Abs. 1 und 2 in der Differenzbereinigung im Wesentlichen übernommen hatte,¹² hat der Nationalrat der ständerätlichen Fassung am 12. Dezember 2022 zugestimmt. Nach wenigen weiteren, rein redaktionellen Änderungen wurde schliesslich in den Schlussabstimmungen vom 17. März 2023 folgender Text verabschiedet, der voraussichtlich per 1. Januar 2025 in Kraft treten wird:¹³

«Art. 167a

¹ Eine Partei kann die Mitwirkung und die Herausgabe von Unterlagen im Zusammenhang mit der Tätigkeit ihres unternehmensinternen Rechtsdienstes verweigern, wenn:

- a. sie als Rechtseinheit im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist;
- b. der Rechtsdienst von einer Person geleitet wird, die über ein kantonales Anwaltspatent verfügt oder in ihrem Herkunftsstaat die fachlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Anwaltsberufs erfüllt; und
- c. die betreffende Tätigkeit bei einer Anwältin oder einem Anwalt als berufsspezifisch gelten würde.

² Eine dritte Person kann die Mitwirkung und die Herausgabe von Unterlagen im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit in einem unternehmensinternen Rechtsdienst unter den Voraussetzungen nach Absatz 1 verweigern.

³ Die Parteien und die dritten Personen können Entscheide über die Verweigerung der Mitwirkung nach Absatz 1 und 2 mit Beschwerde anfechten.

⁴ Die Kosten für Streitigkeiten über das Verweigerungsrecht nach den Absätzen 1 und 2 werden der Partei oder der dritten Person auferlegt, die sich darauf beruft.»

Aus Sicht der Autoren sind die vom Nationalrat vorgenommenen Änderungen zu begrüßen. Beim vom Ständerat vorgeschlagenen Gegenseitigkeitserfordernis hätte erst die konkrete Prozesskonstellation rückwirkend darüber entschieden, ob Korrespondenz mit dem Rechtsdienst vor Edition geschützt ist oder nicht.¹⁴ Die damit verbundene Rechtsunsicherheit hätte im Ergebnis dazu geführt, dass Unternehmen aus Vorsicht frühzeitig externe Anwälte

Wenn Mitarbeiter nicht von vornherein wissen, dass ihr Austausch mit dem unternehmensinternen Rechtsdienst geschützt ist, werden sie auch weniger offen Missstände ansprechen.

beigezogen hätten. Damit wäre auch das Ziel einer Stärkung der unternehmensinternen *Compliance* verfehlt worden. Denn wenn Mitarbeiter nicht von vornherein wissen, dass ihr Austausch mit dem unternehmensinternen Rechtsdienst geschützt ist, werden sie auch weniger offen Missstände ansprechen. Schliesslich wäre die alternative Anknüpfung an die *lex fori* am ausländischen Sitz des Prozessgegners in einem Schweizer Zivilprozess u.E. systemwidrig gewesen.

Im Ständerat wurde das Gegenseitigkeitserfordernis auch damit begründet, dass das Berufsgeheimnis nicht die Anwälte, sondern die Klienten schütze. Es sei unerwünscht, «dass gewisse Klienten in der Schweiz mehr Rechte haben als andere».¹⁵ Diese Vorbehalte zeigen das Dilemma, dass die Schweiz mit der fehlenden Waffengleichheit in U.S.-Verfahren letztlich für ein Problem zu legiferieren versucht, das ihrer Zuständigkeit entzogen ist.¹⁶

¹⁴ In diesem Sinne auch Votum Noser, AB 2021 S 679, Votum Kommissionsprecher Lüscher, AB 2022 N 695. Das Gegenseitigkeitsgebot hätte auch dazu geführt, dass in Prozessen gegen nicht im Handelsregister eingetragene Schweizer Gegenparteien kein Mitwirkungsverweigerungsrecht bestanden hätte.

¹⁵ Votum Rieder, AB 2021 S 681.

¹⁶ Dem Einwand ist entgegenzuhalten, dass kleinere Unternehmen, die nicht über einen Rechtsdienst verfügen, typischerweise externe Rechtsanwälte beiziehen, womit die Rechtsberatung geschützt ist. Von einer Ungleichbehandlung kann somit keine Rede sein (vgl. FELIX DASSER, Berufsgeheimnisschutz für interne Rechtsdienste?, Jusletter 18. Januar 2021, N 12).

¹¹ AB 2022 N 698 f.

¹² AB 2022 S 645 f.

¹³ Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/ratsunterlagen?AffairId=20200026&k=PaAffairId:20200026%20-PdDoctypeDe:%22Fahne%22%20-PdDoctypeDe:%22Antrag%22> (Abruf 9.5.2023).

II. Auslegungsfragen

A. Parteien und Dritte

Entgegen der bundesrätlichen Vorlage regelt Art. 167a ZPO die Voraussetzungen des Mitwirkungsverweigerungsrechts für Parteien und Dritte nicht im selben Zug. Dritte können sich vielmehr nur «im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit in einem unternehmensinternen Rechtsdienst» darauf berufen. Während die Botschaft «Dritte, soweit diese einen internen Rechtsdienst haben oder es sich bei ihnen um Personen eines solchen handelt» von der Mitwirkungspflicht ausgenommen hatte,¹⁷ deckt der Wortlaut von Art. 167a Abs. 2 ZPO nur noch die letztere Konstellation; eine Drittpartei müsste Unterlagen ihres Rechtsdienstes somit bei strenger Lesart edieren.¹⁸

Aus den Materialien ergibt sich allerdings nicht, dass dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Der vom Ständerat ursprünglich vorgeschlagene zweite Halbsatz von Abs. 2 («wenn ihre Arbeitgeberin als Inhaberin des Rechtsdienstes nach Absatz 1 zur Verweigerung berechtigt ist») wurde vom Nationalrat nur zur Vereinfachung gestrichen.¹⁹ Eine Beschränkung auf Mitarbeiter des Rechtsdienstes widerspräche auch dem Folgesatz, wonach die Drittpartei «die Herausgabe von Unterlagen im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit verweigern» kann: Über solche Unterlagen können Mitarbeiter des Rechtsdienstes rechtlich gar nicht verfügen; sie gehören dem Arbeitgeber. Könnten Unternehmen (als Dritte) sich nicht auf Art. 167a Abs. 2 ZPO berufen, ergäbe das Editionsverweigerungsrecht keinen Sinn.

Mitarbeiter einer Prozesspartei, die nicht im Rechtsdienst beschäftigt sind, sind ebenfalls Dritte, soweit ihnen keine Organstellung zukommt (vgl. Art. 159 ZPO). Auch die Botschaft äussert sich jedoch nicht dazu, ob sie das Zeugnis über ihre Interaktionen mit dem Rechtsdienst verweigern können. Soll das *Inhouse Privilege* nicht über den Umweg einer Befragung von (höheren) Mitarbeitern ausserhalb des Rechtsdienstes ausgehebelt werden, muss die Frage u.E. bejaht werden.²⁰

¹⁷ Botschaft ZPO 2020 (FN 8), 2749.

¹⁸ Art. 167a Abs. 2 ZPO spricht nicht davon, dass Dritte die Mitwirkung in Bezug auf die *Tätigkeit ihres unternehmensinternen Rechtsdienstes* verweigern können.

¹⁹ Votum Kommissionssprecher Lüscher, AB 2022 N 695 («La majorité a simplifié la formulation de l'article 167a alinéa 2 concernant le tiers.»).

²⁰ Art. 167a Abs. 2 ZPO müsste dann so gelesen werden, dass er auch «ihre Tätigkeit mit einem unternehmensinternen Rechtsdienst» umfasst, oder die Mitarbeiter müssten sich auf dieselben Rechte berufen können wie ihre Arbeitgeber.

B. «Unterlagen im Zusammenhang mit der Tätigkeit ihres unternehmensinternen Rechtsdienstes»

Im Unterschied zur bundesrätlichen Vorlage bezieht sich Art. 167a Abs. 1 ZPO nicht auf «die Tätigkeit eines unternehmensinternen Rechtsdienstes», sondern auf diejenige «ihres» Rechtsdienstes. Es bestehen indes keine Anhaltspunkte dafür, dass das Parlament damit etwa einer Partei verwehren wollte, die Edition von Unterlagen aus dem Verkehr mit dem Rechtsdienst einer konzernmässig verbundenen Gesellschaft zu verweigern (soweit darauf Zugriff besteht).

Weniger klar ist, wann ein Dokument i.S.v. Art. 167a Abs. 1 ZPO im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Rechtsdienstes steht. Die bundesrätliche Vorlage verwendete mit «Unterlagen aus dem Verkehr» dieselbe Formulierung wie Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO,²¹ wobei die Belegenheit der Dokumente innerhalb des Unternehmens gemäss Botschaft unerheblich sein sollte.²²

Nach hier vertretener Ansicht kann der sachliche Schutzzumfang von Art. 167a Abs. 1 ZPO jedenfalls nicht enger sein als nach Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO,²³ Aus den Materialien

Unter den Begriff des unternehmensinternen Rechtsdienstes fällt u.E. auch die Compliance-Abteilung.

ergibt sich immerhin, dass nicht bloss Unterlagen geschützt sind, die eine rechtliche Beurteilung enthalten; ein diesbezüglicher Antrag fand im Nationalrat keine Mehrheit.²⁴

Entgegen teils geäusserten Bedenken in der Vernehmlassung dürfte dagegen ein *vorbestehendes* Dokument (etwa ein Beschlussprotokoll) seine Editionsfähigkeit nicht schon dadurch verlieren, dass es dem Rechtsdienst irgendwann zur Prüfung vorgelegt wurde.²⁵ Auch die Übergabe von heiklen Dokumenten an den Rechtsdienst ändert nichts an der Herausgabepflicht. Der Rechtsdienst wird in Fällen, in denen Manager kriminell handelten, typischerweise erst im

²¹ Vgl. auch Art. 264 Abs. 1 lit. a StPO.

²² Botschaft ZPO 2020 (FN 8), 2750.

²³ Zu Letzterem etwa BSK ZPO-SCHMID (FN 3), Art. 160 N 16.

²⁴ Minderheitsantrag I; Votum Dandrès, AB 2022 N 690 («limiter aux éléments de conseil»); Votum Kommissionssprecher Lüscher, AB 2002 N 695 («limiter le droit de refus aux seuls conseils fournis par le service juridique»), mit dem Hinweis, dass das Erfordernis der *berufsspezifischen Tätigkeit* genüge.

²⁵ Vgl. BGE 143 IV 462 E. 2.3; BGer, 1B_196/2018, E. 1.5; zur Thematik im Zusammenhang mit dem Beizug externer Anwälte vgl. CLAUDIA FRITSCHÉ/NADINE STÜDER, Interne Untersuchungen und Rechtsanwältinnen: Claudio Bazzani/Reto Ferrari-Visca/Simone Nadelhofer (Hrsg.), Interne Untersuchungen, Basel 2022, N 6.64, 6.69 m.Nw.

Nachhinein involviert; die vorbestehende Korrespondenz ist somit nicht geschützt.²⁶

Unter den Begriff des unternehmensinternen Rechtsdienstes fällt u.E. auch die Compliance-Abteilung.²⁷ Falls die Compliance-Abteilung nicht dem *General Counsel* untersteht, muss die leitende Person allerdings die Voraussetzungen von Art. 167a Abs. 1 lit. b ZPO erfüllen, um das Mitwirkungsverweigerungsrecht zu vermitteln.²⁸

C. «Herkunftsstaat»

Die Berufung auf Art. 167a ZPO setzt voraus, dass der Rechtsdienst von einer Person geleitet wird, die über ein kantonales Anwaltspatent verfügt «oder in ihrem Herkunftsstaat die fachlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Anwaltsberufs erfüllt». Der Herkunftsstaat kann mangels gesetzlicher Einschränkung auch ausserhalb von EU/EFTA liegen.²⁹

Dieses aus der bundesrätlichen Vorlage übernommene Erfordernis soll ein «indirektes Qualitätskriterium» bilden und sicherstellen, dass die «Berufsspezifität des Rechtsdienstes bekannt und anerkannt ist».³⁰ Ein weiterer Grund dürfte mit den Eigenheiten des *U.S. Attorney-Client Privilege* zusammenhängen (unten IV.A. a.E.).

Was soll aber zum Beispiel gelten, wenn der Leiter des Rechtsdienstes eines international tätigen Unternehmens weder in der Schweiz noch im Herkunftsstaat als Anwalt zugelassen ist, dafür aber in einem Drittstaat wie etwa den Vereinigten Staaten? Nach dem soeben erwähnten Sinn und Zweck der Bestimmung sollte dies keinen Unterschied machen.

D. «Berufsspezifische» Tätigkeit

Auch das Erfordernis der berufsspezifischen Tätigkeit in Art. 167a Abs. 1 lit. c ZPO wurde aus der bundesrätlichen Vorlage übernommen. Die Botschaft grenzt davon unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung u.a. überwiegend kaufmännische Tätigkeiten wie die Vermögensverwaltung oder die Anlage von Geldern ab, soweit

nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der anwaltlichen Tätigkeit stehend.³¹

Unternehmensjuristen einer Bank werden häufig bei Kundenbeschwerden im Zusammenhang mit Anlageverlusten beigezogen. Selbst dort, wo die rechtliche Beurteilung (auch) im Dienst des Erhalts der bestehenden Kundenbeziehung steht, macht dies die Beratung durch den Rechtsdienst aber nicht in diesem Sinne zu einer kaufmännischen.

Kommerzielle Tätigkeiten dürften in der Praxis weniger zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen als *Controlling-* und *Compliance-*Aufgaben. In diesem Zusammenhang wäre es kaum sachgerecht, bei der Auslegung der *berufsspezifischen Tätigkeit* auf die (verwaltungs-)strafrechtliche Praxis des Bundesgerichts zum Anwaltsgeheimnis bei internen Untersuchungen³² zurückzugreifen: Die Frage der Umgehung geldwäschereirechtlicher Dokumentationspflichten (Art. 7 GwG, Art. 22 GwV-FINMA)³³ stellt sich im Zivilprozess

Um der Benachteiligung von Schweizer Unternehmen vor U.S.-Gerichten zu begegnen ist entscheidend, dass in den Schweizer Verfahrensgesetzen ein Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen eingeführt wird.

nicht. Unternehmensjuristen sind zudem definitionsgemäss nicht im Monopolbereich tätig. Umso weniger rechtfertigt es sich, Tätigkeiten von Unternehmensjuristen vom Schutzbereich auszunehmen mit der Begründung, die Arbeiten hätten auch durch Nicht-Anwälte erledigt werden können.³⁴

Bei Unternehmensjuristen stehen insbesondere die Einschätzung von Rechts- und *Compliance-*Risiken im Zentrum. Diese Tätigkeiten können ohne Weiteres als berufsspezifisch qualifiziert werden.³⁵ Dazu gehört auch die Rechtsberatung des Unternehmensjuristen der Geldwäschereifachstelle.³⁶ Blosser Überwachungs- und Kontrolltätigkeiten sowie Management- und Dokumentations-

²⁶ Vgl. zum Ganzen DASSER (FN 16), Jusletter 18. Januar 2021, N 10.

²⁷ So auch OTHMAR STRASSER, Das Legal Privilege des In-House-Counsel zum Schutz unternehmensinterner Risikoinformationen von Banken im Strafverfahren, ZSR 2018 I, 523 ff., 536; gl.M. DASSER (FN 16), Jusletter 18. Januar 2021, N 18.

²⁸ STRASSER (FN 27), ZSR 2018 I, 541.

²⁹ Vgl. demgegenüber Art. 2 BGFA und dazu FRITSCHÉ/STUDER (FN 25), N 6.56 f.

³⁰ Botschaft ZPO 2020 (FN 8), 2750.

³¹ Botschaft ZPO 2020 (FN 8), 2749.

³² Dazu FRITSCHÉ/STUDER (FN 25), N 6.97 ff.

³³ BGer, 1B 85/2016, E. 6.6; 1B 433/2017, E. 4.18; 1B 509/2022, E. 3.1.1 f.; FRITSCHÉ/STUDER (FN 25), N 6.108 ff.

³⁴ Vgl. FRITSCHÉ/STUDER (FN 25), N 6.98.

³⁵ GOTTLIEB A. KELLER/LUCAS KRUEITLI/CHRISTINA KÄMPF, Einführung zum anwaltlichen Berufsgeheimnis aus Sicht der Unternehmensjuristen, in: Claudia Seitz/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Anwaltsgeheimnis, Legal Privilege im schweizerischen und internationalen Kontext, Basel 2019, 209 ff., 218; dazu ausführlich STRASSER (FN 27), ZSR 2018 I, 542 ff.; in diesem Sinne auch BGer, 1B 509/2022, E. 4.2.1–4.2.4.

³⁶ STRASSER (FN 27), ZSR 2018 I, 544.

aufgaben dürften dagegen nicht oder nur teilweise vom Mitwirkungsverweigerungsrecht erfasst sein.³⁷

III. Relevanz für die Schweizer Praxis

Auch nach dem Wegfall des ständerätlichen Gegenseitigkeitsgebots dürfte die praktische Relevanz von Art. 167a ZPO in Schweizer Zivilprozessen begrenzt sein. (Unternehmensinterne) Einschätzungen des Rechtsdienstes dürften gegenüber Dritten nur ausnahmsweise i.S.v. Art. 150 Abs. 1 ZPO rechtserheblich bzw. i.S.v. Art. 152 Abs. 1 ZPO beweistauglich sein; Einschätzungen des Rechtsdienstes eines Dritten noch weniger.³⁸

Darauf gerichtete Editionsanträge dürften in der Praxis auch deshalb selten sein, weil es für den Prozessgegner häufig unmöglich sein wird, diesbezügliche Urkunden genau zu bezeichnen.³⁹ Das Gericht kann zudem gestützt auf eine Interessenabwägung von der Edition rein interner Akten absehen.⁴⁰

Hinzu kommt, dass Urkunden nicht dem Rechtsdienst oder seinen Mitarbeitern gehören, sondern dem Unternehmen, welches als Partei ohnehin nur eine Obliegenheit trifft, sie einzureichen.⁴¹ Für Dritte, insbesondere für Bankmitarbeiter, besteht schon heute ein (weniger weitgehendes) Mitwirkungsverweigerungsrecht nach Art. 166 Abs. 2 ZPO.⁴²

Auch die vom Ständerat ergänzte Beschwerdemöglichkeit und insbesondere die Kostenregelung in Art. 167a Abs. 4 ZPO dürften zu dieser beschränkten Praxisrelevanz beitragen. Dass die Kosten des Beschwerdeverfahrens stets der Partei oder dem Dritten auferlegt werden sollen, die sich auf das Mitwirkungsrecht berufen haben (selbst bei Obiegen), widerspricht im Übrigen den Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106–108 ZPO und ist u.E. sachlich nicht vertretbar. Einer Drittpartei sollten nur *unnötige* Prozesskosten

auferlegt werden können,⁴³ wovon nicht gesprochen werden kann, wenn sie sich erfolgreich auf ihr Mitwirkungsverweigerungsrecht berief.

Allerdings beschränken sich die Auswirkungen der Revision nicht auf den Zivilprozess, sondern werden etwa auch die Rechtshilfe in Zivilsachen betreffen (vgl. 9 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 lit. a des Übereinkommens über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 18. März 1970).⁴⁴

Die entscheidendere Frage scheint uns allerdings zu sein, ob Art. 167a ZPO die damit avisierte Benachteiligung von Schweizer Unternehmen in ausländischen, insbesondere U.S.-Verfahren beseitigen wird (dazu gleich mehr).

IV. Löst Art. 167a ZPO das Problem?

A. U.S.-Gerichtspraxis zum Inhouse Privilege von Schweizer Unternehmen

Angelsächsisches Verfahrensrecht wie dasjenige der Vereinigten Staaten beinhaltet weitreichende (vor-)prozessuale Beweiserhebungen (sog. *Discovery*).⁴⁵ Diese finden eine Schranke am (grundsätzlich gliedstaatlich geregelten) sog. *Attorney-Client Privilege* bzw. an der (für Verfahren vor Bundesgerichten den *Federal Rules of Civil Procedure* [«FRCP»] unterliegenden⁴⁶) *Work-Product Doctrine*⁴⁷, welche nicht nur die Tätigkeit selbständiger Anwälte, sondern auch diejenige von Unternehmensjuristen schützen.⁴⁸

Mit *Discovery* oder einer behördlichen Herausgabeverfügung (sog. *Subpoena*) konfrontierte Schweizer Unternehmen sind prozessual benachteiligt, soweit für die Frage ihres Geheimnisschutzes Schweizer Recht angewendet wird.⁴⁹ Gemäss einer Auswertung der verfügbaren Praxis im Jahr 2017 kamen U.S.-Gerichte regelmässig zum Schluss,

37 KELLER/KRUETTLI/KÄMPF (FN 35), 218; STRASSER (FN 27), ZSR 2018 I, 545.

38 So DASSER (FN 16), Jusletter 18. Januar 2021, N 4, 8.

39 Vgl. BSK ZPO-SCHMID (FN 3), Art. 160 N 23 f.

40 BSK ZPO-SCHMID (FN 3), Art. 160 N 25, 28 (betreffend Protokolle des Verwaltungsrates oder der Direktion einer Aktiengesellschaft).

41 BSK ZPO-SCHMID (FN 3), Art. 160 N 8, Art. 164 N 2 m.Nw.

42 Dieses greift erst, wenn die Bankmitarbeiter glaubhaft machen können, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt; vgl. BSK ZPO-SCHMID (FN 3), Art. 163 N 8a f.; DAVID RÜETSCHI, in: Andreas Güngerich (Koord.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 150–352 und 400–406, Bern 2012, Art. 166 N 54; PETER HIGI, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2016, Art. 166 N 33, mit Verweis auf Geschäftsgeheimnisse i.S.v. Art. 162 StGB und zu letzterem auch SCHWARZ (FN 3), Anwaltsrevue 2006, 339 f.

43 Vgl. Art. 108 ZPO und dazu illustrativ BGE 141 III 426 E. 2.4.3 f.

44 Vgl. BGE 142 III 116 E. 3.1.1 ff; ferner BGer, 4A_389/2022, E. 3.2.

45 Zur sog. *Pre-trial discovery* vgl. Rules 26–37 *Federal Rules of Civil Procedure*.

46 FRCP 26(b)(3).

47 Das *Work-Product Privilege* schützt allerdings nur Unterlagen, die von der Anwältin primär mit Blick auf einen Rechtsstreit erstellt wurden (U.S. v. *Constr. Prods. Research, Inc.*, 73 F.3d 464, 473 [2d Cir. 1996]).

48 PETER BURCKHARDT/KERIM TBAISHAT, Anwaltsgeheimnisschutz nach U.S.-Recht – mit Vergleich zur aktuellen Rechtslage in der Schweiz, in: Claudia Seitz/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Anwaltsgeheimnis, Legal Privilege im schweizerischen und internationalen Kontext, Basel 2019, 170 ff., 186; für viele: *In re Kellogg Brown & Root, Inc.*, 2014 U.S. App. LEXIS 12115 at ***7 (D.C. Cir. June 27, 2014).

49 PETER HONEGGER/PETER FORSTMOSE, Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen – Eine Notwendigkeit im internationalen Kontext, Anwaltsrevue 2017, 151 ff.; CLAUDIA GÖTZ STAEHELIN/OLIVER M. BRUPBACHER, Planung, Durchführung und Nachbereitung einer internen Untersuchung, in: Claudio Bazzani/Reto Ferrari-Visca/Simo-

die unternehmensinterne Rechtsberatung müsse ediert werden, da die Schweiz diesbezüglich kein Mitwirkungsverweigerungsrecht kenne.⁵⁰

Die soweit ersichtlich einzige vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage findet sich in einem Entscheid des U.S. District Court for the Southern District of New York aus dem Jahr 2006: Im Fall *In re Rivastigmine Patent Litig.* (betreffend eine Patentstreitigkeit zwischen Novartis und zwei Generikaherstellern) verlangten die Beklagten im Rahmen der *Discovery* u.a. die Edition der Korrespondenz mit den Schweizer Unternehmensjuristen von Novartis. Da die relevante Kommunikation eine Schweizer Patentanmeldung betraf, beurteilte das Gericht die Frage des *In-house Privilege* nach Schweizer Recht und verneinte sie mit der Begründung, die Mitarbeiter des Rechtsdienstes seien nach Schweizer Recht zwar zur Geheimhaltung verpflichtet (Art. 321a Abs. 4 OR und Art. 162 StGB); die entsprechenden Bestimmungen begründeten jedoch im (Schweizer) Zivilprozess kein absolutes Mitwirkungsverweigerungsrecht im Sinne des *Attorney-Client Privilege*.⁵¹

Insbesondere sei nicht erstellt, dass eine Verletzung der arbeitsrechtlichen Geheimhaltungspflicht ein «Nachteil» sei, der gestützt auf die damalige Regelung von § 116 Abs. 1 Ziff. 1 aZPO/BS⁵² zur Zeugnisverweigerung berechtige. Das Zeugnisverweigerungsrecht gemäss § 116 Abs. 1 Ziff. 2 aZPO/BS⁵³ wiederum gelte nur für (freiberufliche) Anwälte, und Art. 16 Abs. 2 VwVG behalte gesetzliche Zeugnispflichten ausdrücklich vor.⁵⁴ Ob entsprechende Unterlagen in einem Schweizer Zivilprozess (konkret gestützt auf § 109

aZPO/BS) überhaupt ediert werden müssten, sei dagegen unerheblich.⁵⁵

Um der Benachteiligung von Schweizer Unternehmen vor U.S.-Gerichten zu begegnen ist somit entscheidend, dass in den Schweizer Verfahrensgesetzen ein Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen und ein Beschlagnahmeverbot für Korrespondenz mit diesen eingeführt wird.⁵⁶ Beurteilt ein U.S.-Gericht die Frage des *In-house Privilege* nach Schweizer Recht, dürfte *de lege lata* ein Zeugnis- bzw. Editionsverweigerungsrecht in der Regel verneint werden. Ob ein U.S.-Gericht künftig ein *Inhouse Privilege* gestützt auf Art. 167a ZPO bejahen wird, wird zunächst

Die Notwendigkeit eines Inhouse Privilege besteht auch – und erst recht – im Straf- und Verwaltungs(straf)verfahren.

davon abhängen, ob es die Frage als prozessuale oder materiellrechtliche qualifiziert und nach welchen Kriterien es im letzteren Fall das anwendbare Recht bestimmt.⁵⁷ Der aus Schweizer Sicht besonders wichtige Second Federal Circuit, zu welchem New York gehört, stellt gemäss einer Untersuchung von TOPAZ DRUCKMAN grundsätzlich auf dasjenige Recht ab, welches zur potenziell geschützten Kommunikation den engsten Berührungspunkt hat («*touch base approach*») bzw. auf den Nexus zum Verfahren in den oder ausserhalb der Vereinigten Staaten.⁵⁸ In der Praxis führt dieser Test dazu, dass auf Kommunikation betreffend Gerichtsverfahren in den USA oder Beratung unter U.S.-Recht das amerikanische *Privilege* angewendet wird, während Kommunikation betreffend ausländische Gerichtsverfahren oder ausländisches Recht (wie in *In re Rivastigmine Patent Litig.*) grundsätzlich ausländischem *Privilege* Recht untersteht.⁵⁹

ne Nadelhofer (Hrsg.), *Interne Untersuchungen*, Basel 2022, N 5.52; FRITSCHÉ/STUDER (FN 25), N 6.59.

⁵⁰ HONEGGER/FORSTMOSER (FN 49), *Anwaltsrevue* 2017, 151 f. Eine Durchsicht der Entscheide zeigt allerdings ein gemischtes Bild, wobei die Gerichte in fünf Fällen U.S.-Recht anwendeten und fünfmal Schweizer bzw. ausländisches Recht. Ein Fall betraf nicht das Schweizer *Inhouse Privilege*, sondern die Frage, ob Kommunikation mit französischen Patentanwälten ediert werden musste (*Bristol-Myers Squibb Co. v. Rhône-Poulenc Rorer, Inc.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 4213 [S.D.N.Y. Mar. 31, 1998]), bestätigt in 1999 U.S. Dist. LEXIS 5950 (S.D.N.Y. Apr. 27, 1999). In einem weiteren Fall ging das Gericht von einem impliziten Verzicht auf das *Privilege* aus (*Bank Brussels Lambert v. Credit Lyonnais [Suisse]*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 20505 [S.D.N.Y. Oct. 23, 2002]).

⁵¹ *In re Rivastigmine Patent Litigation*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 54945 (S.D.N.Y. Aug. 8, 2006).

⁵² [Das Zeugnis dürfen ablehnen:] «*diejenigen, welche durch dessen Ablegung zu ihrem Nachteil oder zu ihrer Schande aussagen müssten.*»

⁵³ [Das Zeugnis dürfen ablehnen:] «*Geistliche, Ärzte, Anwälte, Notare, der Beistand des Kindes gemäss Art. 146 ZGB sowie die Beauftragte/der Beauftragte für das Beschwerdewesen (Ombudsman) in bezug auf Tatsachen, die ihnen bei Ausübung ihres Berufes mitgeteilt wurden und die ihrer Natur nach geheim zu halten sind.*»

⁵⁴ Auch der in Art. 16 Abs. 2 VwVG referenzierte Art. 42 Abs. 2 BZP sehe nur vor, dass der Richter dem Zeugen die Offenbarung anderer Berufsgeheimnisse sowie eines Geschäftsgeheimnisses bei überwiegendem Interesse erlassen könne.

⁵⁵ *In re Rivastigmine*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 54945 at **23, bestätigt in 2006 U.S. Dist. LEXIS 84737 (S.D.N.Y. Nov. 22, 2006); kritisch KAREN TOPAZ DRUCKMAN, *Disadvantages for Swiss Corporations Involved in Litigation in the U.S. – Will the Markwalder Initiative Level the Playing Field?*, Jusletter 7. Mai 2018, N 28 m.Nw.

⁵⁶ So auch HONEGGER/FORSTMOSER (FN 49), *Anwaltsrevue* 2017, 152; vgl. hierzu den Textvorschlag von PETER HONEGGER/PETER FORSTMOSER, *In-house Counsel Privilege: eine willkommene lex americana*, Gedanken zuhanden von interpharma, Basel 2013, 7 f., Internet: <https://docplayer.org/4786004-Interpharma-iph-herrn-thomas-b-cueni-herrn-bruno-henggi-petersgraben-35-4003-basel.html> (Abruf 9.5.2023).

⁵⁷ Dazu TOPAZ DRUCKMAN (FN 55), Jusletter 7. Mai 2018, N 14 ff.; vgl. auch BURCKHARDT/TBAISHAT (FN 48), 187.

⁵⁸ TOPAZ DRUCKMAN (FN 55), Jusletter 7. Mai 2018, N 24 ff.; BURCKHARDT/TBAISHAT (FN 48), FN 67.

⁵⁹ TOPAZ DRUCKMAN (FN 55), Jusletter 7. Mai 2018, N 25 m.Nw.

Soweit diese «touch base» bzw. «most significant relationship»⁶⁰ Praxis gilt und der engste Bezug zur Schweiz besteht, dürfte Art. 167a ZPO in einem U.S.-Zivilverfahren eine Berufung auf das *Inhouse Privilege* künftig ermöglichen⁶¹ und die Argumentation gegenüber *Rivastigmine* deutlich erleichtern. In Gliedstaaten mit anderer Praxis oder bei engem Bezug der Kommunikation zu den Vereinigten Staaten dürfte die Rechtsunsicherheit dagegen bestehen bleiben – insbesondere deshalb, weil Unternehmensjuristen in der Schweiz nicht als Anwälte zugelassen sein müssen:⁶²

Ein grundlegender Unterschied zwischen dem amerikanischen und dem Schweizer Verständnis des Unternehmensjuristen, der die unterschiedliche Handhabung des *Inhouse Privilege* ein Stück weit erklärt, besteht darin, dass U.S.-*Inhouse Counsel* über eine Zulassung als Anwälte verfügen müssen; eine Tätigkeit als Unternehmensjuristin ohne solche Zulassung genießt nicht nur keinen Schutz durch das *Attorney-Client Privilege*, sondern ist unzulässig.⁶³

Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund dürfte in Art. 167a Abs. 1 lit. b ZPO das Erfordernis aufgenommen worden sein, dass der Rechtsdienst von einer Person geleitet werden muss, die über ein kantonales Anwaltspatent oder eine Zulassung im Herkunftsstaat verfügt. Sind die Voraussetzungen für die Anwendung des *Attorney-Client Privilege* einmal erfüllt, erstreckt sich dieses grundsätzlich auch auf sog. «Subordinates».⁶⁴

B. Keine Lösung für Straf- und Verwaltungs(straf)verfahren

Dass der Gesetzgeber für Straf- und Verwaltungs(straf)verfahren weniger Handlungsbedarf sieht, ist bedauerlich, denn gerade hier akzentuiert sich die Bedeutung des *Privilege* auch in der Schweiz (oben II.D. bei FN 33).⁶⁵ Es setzt fal-

sche Anreize und ist u.E. rechtsstaatlich bedenklich, wenn von Unternehmensjuristen erstellte Einschätzungen ediert und beschlagnahmt werden können, selbst wenn es etwa um die Strafbarkeit des Unternehmens selbst geht (Art. 102 StGB).⁶⁶ Die Notwendigkeit eines *Inhouse Privilege* besteht vielmehr auch – und erst recht – im Straf- und Verwaltungs(straf)verfahren.⁶⁷

Unternehmensjuristen kommt insbesondere in internen Untersuchungen zur Aufarbeitung möglicher Rechtsverstöße eine wichtige Funktion zu. Die Arbeitsprodukte solcher interner Untersuchungen wie etwa Protokolle von

Die Vorstellung, Unternehmensjuristen seien anders als externe Anwälte weisungsgebunden und daher nicht genügend unabhängig, greift zumindest im Bankenbereich zu kurz.

Mitarbeiterbefragungen oder Untersuchungsberichte sollten zumindest dann vom Anwaltsgeheimnis geschützt sein, wenn sie (auch) dem Zweck der Rechtsberatung dienen⁶⁸ – und dies nicht nur dann, wenn sie von externen Anwälten oder von Unternehmensjuristen als deren Hilfspersonen erstellt wurden.

Auch mit Bezug auf Straf- und Verwaltungsverfahren sind Schweizer Unternehmen zudem in entsprechenden U.S.-Verfahren benachteiligt.⁶⁹ Die negative Reflexwirkung des fehlenden *Inhouse Privilege* wird zudem möglicherweise nicht auf U.S.-Straf- und Verwaltungsverfahren beschränkt bleiben: Zivilprozessen gehen in den Vereinigten Staaten regelmässig Straf- oder regulatorische Verfahren voraus. Soweit in solchen Verfahren ein *Inhouse Privilege* (mangels spiegelbildlicher Schweizer Regelung) verneint wird, besteht das Risiko, dass einmal offengelegte Unterlagen auch in einem zivilrechtlichen Folgeverfahren (ungeachtet Art. 167a ZPO) nicht mehr geschützt sind. Dies zusätzlich zum (auch für U.S.-Unternehmen bestehenden)

60 TOPAZ DRUCKMAN (FN 55), Jusletter 7. Mai 2018, N 18 ff., 24.

61 TOPAZ DRUCKMAN (FN 55), Jusletter 7. Mai 2018, N 29, 33; vgl. auch BURCKHARDT/TBAISHAT (FN 48), 187 f.

62 TOPAZ DRUCKMAN (FN 55), Jusletter 7. Mai 2018, N 31 ff.

63 TOPAZ DRUCKMAN (FN 55), Jusletter 7. Mai 2018, N 9 ff.; ferner HANS NATER/GAUDENZ G. ZINDEL, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011 (zit. Kommentar BGFA-BEARBEITER/IN), Art. 13 N 36.

64 TOPAZ DRUCKMAN (FN 55), Jusletter 7. Mai 2018, N 7, 22 und 32 m.Nw.; allerdings skeptisch zu den Erfolgchancen einer solchen Argumentation ibid. N 31 FN 63; vgl. auch *In re Rivastigmine*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 54945 at **9.

65 FRITSCHÉ/STUDER (FN 25), N 6.97 ff. Die Beschränkung auf Zivilprozesse ist zudem ungereimt: Zivilforderungen können auch im Strafprozess adhäsiionsweise geltend gemacht werden. Das Mitwirkungsverweigerungsrecht gemäss Art. 167a ZPO wird dort jedoch nicht greifen (vgl. GOTTLIEB A. KELLER/LUCAS KRUEITLI, Anmerkungen von Unternehmensjuristen zum Entwurf für ein Schweizerisches Anwaltsgesetz, ZBJV 2016, 59 ff., 65).

66 Kritisch auch SCHWARZ (FN 3), Anwaltsrevue 2006, 340 f.; FRITSCHÉ/STUDER (FN 25), N 6.118; anders etwa BGE 142 IV 207.

67 Für eine Regelung im Straf- und Verwaltungsverfahren auch Kommentar BGFA-NATER/ZINDEL (FN 63), Art. 13 N 35; DASSER (FN 16), Jusletter 18. Januar 2021, N 15; BURCKHARDT/TBAISHAT (FN 48), FN 73 und STRASSER (FN 27), ZSR 2018 I, 535 und 548.

68 Vgl. BURCKHARDT/TBAISHAT (FN 48), 193 f.; FRITSCHÉ/STUDER (FN 25), N 6.104.

69 Vgl. THOMAS WEIBEL/DESIRÉE DIETLIN, Der interne und externe rechtliche Berater im Zivilprozess und Schiedsverfahren, in: Claudia Seitz/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Anwaltsgeheimnis, Legal Privilege im schweizerischen und internationalen Kontext, Basel 2019, 30; KELLER/KRUEITLI (FN 65), ZBJV 2016, 65.

Risiko, dass die Edition im Straf- oder Verwaltungsverfahren rückblickend als *freiwillig* gewertet wird:

In den Fokus von U.S.-Strafbehörden geratende Unternehmen sind oft faktisch gezwungen, Kommunikation offenzulegen, um einen Kooperationskredit zu erhalten und in der Folge Bussen zu vermeiden oder einen günstigen Vergleich in der Form von sog. *Non-Prosecution Agreements*, *Deferred Prosecution Agreements* oder *Plea Agreements* abzuschliessen zu können.⁷⁰ Eine solche Offenlegung wurde von U.S.-Gerichten aber selbst dann als freiwilliger *Waiver* des *Privilege*, und dies mit Wirkung auch gegenüber Dritten wie späteren Zivilklägern, erachtet, wenn eine (nicht sanktionsbewehrte) *Subpoena* bestand oder die Edition erfolgte, um ein *Enforcement*-Verfahren abzuwenden oder Strafmilderung zu erwirken.⁷¹

Sollen Wettbewerbsverzerrungen und der entsprechende Standortnachteil von Schweizer Unternehmen aufgrund des fehlenden Schutzes in ausländischen Verfahren beseitigt werden, darf die Lösung deshalb nicht bei der aktuellen Revision stehenbleiben, sondern muss auch das Straf- und Verwaltungs(straf)prozessrecht umfassen.

V. Fehlendes Inhouse Privilege setzt rechtspolitisch falsche Anreize: Bedarf nach verfahrensübergreifender Regelung

Das Risiko der Offenlegung vertraulicher Korrespondenz mit dem Rechtsdienst in späteren Straf- und Verwaltungsverfahren schwächt dessen *Compliance*-Funktion⁷² (mindestens) ebenso sehr wie das (von Art. 167a ZPO adressierte) Risiko der Offenlegung im Zivilprozess und zwingt im Ergebnis zu vermehrtem Beizug externer Anwälte. Das zementiert ein überholtes Verständnis der Rolle von Unter-

nehmensjuristen. Die Grenzen zwischen der Tätigkeit des Rechtsdienstes und derjenigen externer Anwälte sind heute fließend.⁷³

Die Vorstellung, Unternehmensjuristen seien anders als externe Anwälte weisungsgebunden und daher nicht genügend unabhängig, greift zudem zumindest im Bankenbereich zu kurz. Wie insbesondere STRASSER überzeugend dargelegt hat, muss die Beratung durch den Rechtsdienst

Die naheliegendste Lösung wäre eine Regelung für Unternehmensjuristen in Art. 321 StGB, verbunden mit einer konsequenten Anknüpfung an die Bestimmung in den entsprechenden Verfahrensgesetzen.

einer Bank schon aus regulatorischen Gründen fachlich weisungsfrei erfolgen und sei ihren Unternehmensjuristen nebst der arbeitsrechtlichen fachlichen Weisungsfreiheit⁷⁴ auch die standesrechtliche Unabhängigkeit zuzuerkennen.⁷⁵

Das Bundesgericht hielt zum Zweck des Berufsgeheimnisses fest:

«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 rückhaltslos 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. Soll der Anwalt auf das für ihn notwendige Vertrauen zählen können, setzt dies daher voraus, dass ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht in bezug auf diejenigen Tatsachen zusteht, die ihm infolge seines Berufes anvertraut worden sind oder die er in dessen Ausübung wahrgenommen hat.»⁷⁶

⁷⁰ Vgl. zum Ganzen SUSAN EMMENEGGER, Das Yates-Memorandum: Verschärfung im amerikanischen Unternehmensstrafrecht, AJP 2016, 1045 ff., 1048, 1050 und 1052; ferner JOHN F. SAVARESE/DAVID B. ANDERS/RALPH M. LEVENE/SARAH K. EDDY/WAYNE M. CARLIN/KEVIN S. SCHWARTZ, White-Collar and Regulatory Enforcement: What Mattered in 2022 and What to Expect in 2023, vom 31. Januar 2023; Internet: https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2023/02/24/white-collar-and-regulatory-enforcement-what-mattered-in-2022-and-what-to-expect-in-2023/ (Abruf 9.5.2023).

⁷¹ *Gruss v. Zwirn*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 100012 (S.D.N.Y. July 10, 2013); *In re: Chiquita Brands Int'l, Inc.*, 2017 U.S. Dist. LEXIS 150535 at **79 (S.D. Fla. Sept. 6, 2017): «*a party may not voluntarily waive the attorney-client or work product privileges for its own benefit in dealings with a third-party government agency, then hide behind the privilege in subsequent civil litigation*»; anders die Rechtslage in der Schweiz (FRITSCHÉ/STUDER [FN 25], N 6.72 ff.; BURCKHARDT/TBAISHAT [FN 48], 183 und FN 50 m.Nw).

⁷² HONEGGER/FORSTMOSER (FN 49), Anwaltsrevue 2017, 152 f; DASSER (FN 16), Jusletter 18. Januar 2021, N 15, 17 f.

⁷³ Vgl. HONEGGER/FORSTMOSER (FN 49), Anwaltsrevue 2017, 153.

⁷⁴ MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht – Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, Bern 2010, Art. 321d N 24, mit Verweis auf Rechtsanwältinnen.

⁷⁵ OTHMAR STRASSER, Zur Entwicklung der Funktion Legal und Compliance unter dem Aspekt von Corporate Governance – ein Plädoyer für eine integrierte Funktion Recht, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Corporate Governance, Schweizerische Bankrechtstagung 2011, 146 ff.; Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Rundschreiben 2017/1 «Corporate Governance – Banken», Corporate Governance, Risikomanagement und interne Kontrolle bei Banken vom 22. September 2016, N 62 ff. und dazu OTHMAR STRASSER, Finanzmarktspezifische Corporate-Governance-Anforderungen, in: Peter Sester/Beat Brändli/Oliver Bartholet/Reto Schiltknecht (Hrsg.), Finanzmarktaufsicht und Finanzinfrastrukturen, Zürich/St. Gallen 2018, § 17 N 78, 88 ff.

⁷⁶ BGE 112 Ib 606 E. b.

Diese Überlegungen lassen sich nahtlos auf die Tätigkeit von Unternehmensjuristen übertragen. Hier wie dort liegt die durch das *Privilege* geförderte Befolgung des Rechts bzw. die *Compliance* im öffentlichen Interesse:⁷⁷

*«Its [the attorney-client privilege's] purpose is to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice. The privilege recognizes that sound legal advice or advocacy serves public ends and that such advice or advocacy depends upon the lawyer being fully informed by the client.»*⁷⁸

Oder wie DASSER zum *Legal Privilege* festhält:

*«Ist die Rechtsberatung vertraulich, wird sie eher nachgesucht und wird das Recht mehr beachtet. Förderung des Zugangs zur Rechtsberatung ist im öffentlichen Interesse. Ob die Beratung durch formell unabhängige Anwälte oder durch interne, formell nicht unabhängige Anwälte erfolgt, ist sekundär.»*⁷⁹

Die u.E. naheliegendste Lösung wäre eine Regelung für Unternehmensjuristen in Art. 321 StGB,⁸⁰ verbunden mit einer konsequenten Anknüpfung an die Bestimmung in den entsprechenden Verfahrensgesetzen.⁸¹ Ärzte, Geistliche, Apotheker, Hebammen, Psychologen, Ernährungsberater usw. unterliegen dem Berufsgeheimnis alle ohne Rücksicht darauf, ob und wo sie angestellt sind.⁸² Wenn letztlich die Vertraulichkeit der Kommunikation geschützt werden soll, besteht auch im rechtlichen Bereich kein Grund für eine solche Differenzierung.

⁷⁷ So auch STRASSER (FN 75) 150 f.

⁷⁸ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 393 (1981).

⁷⁹ DASSER (FN 16), Jusletter 18. Januar 2021, N 3.

⁸⁰ So auch (mit anderer Begründung) TINA B. JÄGER, In-house Counsel Privilege – Dürfen Unternehmensjuristen bald die Mitwirkung verweigern?, Blog vom 7. Mai 2018, Internet: <https://www.vischer.com/know-how/blog/in-house-counsel-privilege-38363/> (Abruf 9.5.2023); a.M. BSK StGB-OBERHOLZER (FN 3), Art. 321 N 6, sowie Kommentar BGFA-NATER/ZINDEL (FN 63), Art. 13 N 33.

⁸¹ Vgl. den Textvorschlag von HONEGGER/FORSTMOSER (FN 56), 7 f.

⁸² Vgl. BSK StGB-OBERHOLZER (FN 3), Art. 321 N 9 zum Anstaltsarzt, Rechtsmediziner und Pathologen.