

# ZEUGNISVERWEIGERUNGSRECHT FÜR UNTERNEHMENSJURISTEN – EINE NOTWENDIGKEIT IM INTERNATIONALEN KONTEXT

PETER HONEGGER / PETER FORSTMOSER\*

Dr. iur. Rechtsanwalt, LL.M./Prof. em. Dr. iur. Rechtsanwalt, LL.M

Stichworte: Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen

In der Anwaltsrevue 1/2017 hat der Präsident des SAV, Kollege Giacomini, unter der Überschrift «Im Fokus des Vorstands SAV» Bemerkungen zum Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen bzw. zum In-house Counsel Privilege gemacht. Er äussert sich dabei unter anderem zu Rechtsfragen im internationalen Kontext, welche nachfolgend vertieft werden.

Richtig ist die initiale Feststellung von Kollege Giacomini, dass die USA der eigentliche Treiber der Forderung nach einem Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen ist. Es handelt sich dabei um eine Forderung der Swiss Holdings und der Swiss-American Chamber of Commerce, die nicht nur von Unternehmensjuristen, sondern auch von freiberuflichen Anwälten massgeblich unterstützt wird.

## I. Benachteiligung von Schweizer Unternehmen vor US-Gerichten

Hintergrund des Rufes nach einem In-house Counsel Privilege sind die signifikanten prozessualen Nachteile von Schweizer Unternehmen in den USA, welche der ungebändigten US-style Discovery oder auch behördlichen Herausgabebefehlen – einer sog. *subpoena* – ausgesetzt sind. Das Zusammenstellen der Unterlagen zuhanden von US-Gerichten und Behörden nimmt, dies ist notorisch, Tausende von Stunden in Anspruch, bindet Managementkapazitäten und führt oft zu Rechtskosten in Millionenhöhe.

Amerikanische Kanzleien, welche auf die Vertretung von Schweizer Unternehmen in diesem Zusammenhang spezialisiert sind, halten kaum je viel davon, Informationen etwa gestützt auf die «Stumbling Blocks» Art. 271 und 273 StGB zurückzuhalten. Sie legen umgekehrt regelmässig viel Wert darauf, dass die wirksamste Eingrenzung der Editionsspflicht gestützt auf das Attorney-Client Privilege sowie auf die Work Product Protection erfolge.

Amerikanische Gegenanwälte und Behörden richten ihre ausufernden Editionsbegehren gerne gegen den Rechtsdienst des Unternehmens «*where the good stuff is to be found*». In den USA ist es eine Selbstverständlichkeit,

dass auch die unternehmensinterne juristische Beratung vor Herausgabe bzw. Beschlagnahme geschützt ist. Dieses In-house Counsel Privilege wird ausländischen Unternehmen nur dann zugestanden, wenn das Unternehmen im Ausland ein analoges In-house Counsel Privilege geltend machen kann. Die diesbezügliche Rechtsprechung wurde bisher freilich nicht öffentlich zugänglich zusammengestellt. Diese Lücke wird nachfolgend geschlossen (vgl. Kasten nächste Seite).

Die Anwaltskanzlei Mayer & Brown hat im Januar 2017 jene Fälle zusammengestellt, in welchen die Frage, ob in der Schweiz ein Pendant zum In-house Counsel Privilege existiere, gerichtlich entschieden wurde. In der grossen Mehrzahl der Fälle (8 von 9 Fällen), welche im folgenden Kasten abgebildet sind, kamen die Richter zum Schluss, unternehmensinterne juristische Beratung aus der Schweiz müsse in den USA ediert werden, da die Schweiz kein Analogon zum In-house Counsel Privilege habe.

\* Die Autoren haben sich in der NZZ vom 29. 4. 2007 zum Thema «Standortnachteil Rechtsberatung? Notwendiges Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen» geäussert und am 30. 4. 2013 ein Gutachten «In-house Counsel Privilege: eine willkommene *lex americana*, Gedanken zum Anwaltsgeheimnis für Unternehmensjuristen» zuhanden von interpharma, Basel, verfasst. Die nachstehenden Ausführungen sind eine Zusammenfassung und Weiterführung der vorgenannten Meinungsäusserungen.

- 
- 2014:** *Sebastian Holdings, Inc., v. Deutsche Bank AG*, 123 A. D.3d 437, 998 N.Y.S.2d 326 (N. Y. App. Div. Dec. 4, 2014)
- 2012:** *PDL Biopharma, Inc., vs. Genentech, Inc.*, Slip Op., Case No. CV10-02578 (Nev. Dist. Ct. Dec. 24, 2012)
- 2011:** *Trusz v. UBS Realty Investors LLC*, Case No. 3:09 CV 268(DJS), 2011 WL 577331 (D. Conn. Feb. 8, 2011)
- 2011:** *Morgan Stanley High Yield Secs., Inc., v. Jecklin*, Case No. 2:05-cv-01364-LDG-LRL, 2011 WL 69206 (D. Nev. Jan. 10, 2011)
- 2010:** *Inventio AG v. ThyssenKrupp Elevator Americas Corp.*, Case No. 1:08-cv-00874-ER, 2010 WL 9546391 (D. Del. June 17, 2010) & 2013 WL 4476100 (D. Del. Aug. 15, 2013)
- 2006:** *In re Rivastigmine Patent Litig.*, 239 F. R. D. 351 & 237 F. R. D. 69 (S. D. N. Y. 2006)
- 2002:** *Bank Brussels Lambert v. Credit Lyonnais (Suisse), S. A.*, 210 F. R. D. 506 (S. D. N. Y. 2002)
- 1997:** *U. S. v. United Techs. Corp.*, 979 F. Supp. 108 (D. Conn. 1997)
- 1995:** *Al-Turki v. Fenn*, Case No. 90 CIV.4470 LMM THK, 1995 WL 231278 (S. D. N. Y. Apr. 18, 1995)
- 

Entsprechend müssen Schweizer Unternehmen – anders als amerikanische Unternehmen – vor US-Gerichten und US-Behörden die interne Rechtsberatung edieren. Es geht mithin darum, diesen in der Praxis gewichtigen Nachteil von Schweizer Unternehmen im internationalen Kontext zu beseitigen.

## II. Zeugnisverweigerungsrecht entscheidend

Zu präzisieren ist Folgendes, was *de lege ferenda* von eminenter Bedeutung ist: US-amerikanische Richter interessieren sich nicht für standesrechtliche Aspekte des Anwaltsgeheimnisses und auch kaum für strafrechtliche Folgen im Falle einer Verletzung des Anwaltsgeheimnisses. Das diesbezüglich massgebliche Werk der American Bar Association, «The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine» hält in diesem Zusammenhang fest, dass sich ausländische Anwälte bei der Geltendmachung des «Foreign Attorney's Privilege» vor US-Gerichten verfehlterweise auf standesrechtliche oder auch strafrechtsbewehrte Geheimhaltungsvorschriften berufen, statt, wie erforderlich, auf ausländische Zeugnisverweigerungsrechte (Privileges).<sup>1</sup> Entsprechend prüfen US-Gerichte einzig, ob unter dem Recht des ausländischen Unternehmens ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht oder nicht. Die Publikation der ABA, den leading case *Bristol-Myers Squibb Co. v. Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, zitierend, hält dazu u. a. fest:

“*Bristol-Myers Squibb Co. v. Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, 1998 U. S. Dist. LEXIS 4213 (S. D. N. Y. Apr. 2, 1998), recons. denied, 188 F. R. D. 189 (S. D. N. Y. 1999): ‘Much of the

testimony and many of the affidavits offered by the experts on French law proceed on the misperception that in the United States, the attorney's obligation to hold secret the materials and documents pertaining to clients is the same as his or her obligation pursuant to the attorney-client privilege to withhold certain material from court proceedings.’ The court went on to note that the secrecy obligations in France were subject to seizure in court proceedings and thus were nowhere near as absolute as the privilege is in the United States.”

Der bekannteste Fall einer Auseinandersetzung mit Schweizer Recht ist der im Kasten erwähnte Entscheid des US District Court, Southern District of New York, *In re Rivastigmine Patent Litig.* Im konkreten Fall ging es um eine Patentstreitigkeit betreffend Rivastigmine, ein Medikament von Novartis zur Bekämpfung von Alzheimer. Der Richter lehnte ein Gesuch von Novartis um Wiedererwägung betreffend Editionsspflicht mit folgenden Worten ab:

“In-House Counsel: Magistrate Francis additionally found that Swiss law does not provide a privilege analogous to U.S. attorney-client privilege for in-house attorneys and patent agents ... I see no reason to disturb as ‘clearly erroneous or contrary to law’ Magistrate Francis’ ruling that under Swiss law, communications of Swiss in-house counsel are not protected by a privilege comparable to attorney-client privilege. Magistrate Francis’ ruling regarding Swiss in-house counsel stands.”

Entscheidend war demnach – auch in diesem Fall – der Umstand, dass die Schweiz (bzw. die altrechtliche ZPO BS) kein Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen kennt. *De lege ferenda* ist deshalb im internationalen Kontext entscheidend, dass ein Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen sowie ein entsprechendes Beschlagnahmeverbot in den relevanten *Verfahrensgesetzen* eingeführt wird, um bestehende Nachteile von Schweizer Unternehmen vor US-Gerichten auszugleichen.<sup>2</sup> In diesem Zusammenhang *nicht* erforderlich ist die Ausdehnung von Standesrecht auf Unternehmensjuristen.

## III. Weitere Gründe für das Zeugnisverweigerungsrecht im internationalen Kontext

Unternehmensintern dient das Zeugnisverweigerungsrecht – dies ist in den USA frühzeitig erkannt worden, wird nun aber vermehrt auch in der Schweiz hervorgehoben –

---

1 EDNA SELAN EPSTEIN, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, American Bar Association, ABA, 5th edition, Chicago 2007 (ca. 2500 Seiten), Band I, Seiten 764 ff.

2 Die Autoren haben in ihrem eingangs erwähnten Gutachten zuhanden von interpharma konkrete Vorschläge gemacht, wie Art. 171 Abs. 1 und 264 Abs. 1 lit. d StPO, Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO, Art. 51a BZP, Art. 13 Abs. 1<sup>bis</sup> VwVG, Art. 46 Abs. 3 VStrR sowie Art. 321 Ziff. 1 StGB ergänzt werden könnten.

der Durchsetzung einer guten Compliance. Denn Mitarbeiter werden sich in heiklen Rechtsfragen, etwa betreffend Kartellrecht, Steuerrecht, Korruption oder Bankenregulierung, viel früher und offener an die Hausjuristen wenden, wenn sie wissen, dass ihre Anfragen und Aussagen vertraulich bleiben.<sup>3</sup> Geschützt werden müssen (wie in den USA) insbesondere auch E-Mails zwischen operativ tätigen Mitarbeitern und Unternehmensjuristen bezüglich Einhaltung von Rechtsvorschriften.

Die teils geäußerte Befürchtung, dass ein Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen die Durchsetzung von schweizerischem Aufsichtsrecht (etwa durch die WEKO oder die FINMA) unnötig erschwere, dürfte kaum eintreffen. In den USA setzen Behörden wie das Department of Justice (DoJ), die Securities and Exchange Commission (SEC) und der Internal Revenue Service (IRS) trotz In-house Counsel Privilege das Aufsichtsrecht *manu militari* – und sehr erfolgreich – gegen US-amerikanische Unternehmen durch.

Für Global Players mit Konzernzentrale oder Europahauptquartier in der Schweiz ist der fehlende Schutz der Kommunikation mit hauseigenen Juristen daher nicht nur ein zunehmend ernst zu nehmender Standortnachteil; der fehlende Schutz erschwert es den Firmen ausserdem, ihre gesetzlich vorgeschriebene Compliance-Funktion wirksam wahrzunehmen.

Die Grenzziehung zwischen «interner» und «externer» juristischer Tätigkeit ist zudem gerade im internationalen Kontext oft zufällig: So arbeiten Mitarbeiter von Anwaltskanzleien nicht selten im Rahmen von sog. Secondments für eine gewisse Zeit in Schweizer Unternehmen, etwa im Bereich der internationalen Korruptionsbekämpfung (US FCPA sowie UK Bribery Act) oder auch im Bereich der internationalen Steuerumgebungsvorschriften (AIA sowie FATCA). Je nachdem, ob diese Mitarbeiter bei der Anwaltskanzlei entlohnt bleiben oder aber auf die

Lohnliste des Unternehmens genommen werden, müsste das Anwaltsgeheimnis *de lege lata* bejaht (Payroll-Kanzlei) bzw. verneint (Payroll-Unternehmen) werden.

Der Handlungsbedarf ist evident. Die betriebsinterne Rechtsberatung ist ebenso zu schützen wie die Rechtsberatung durch externe Anwaltskanzleien. Nur auf diesem Weg können die bedeutenden Nachteile für schweizerische Unternehmen in US-Verfahren aufgehoben werden. Die Konklusion von Kollege Giacomini, wonach ein umfassendes Berufsgeheimnis für Unternehmensjuristen «*vollkommen sachfremd*» wäre, können wir im Lichte der Rechts- und Sachlage in den USA und der legitimen Bedürfnisse von Schweizer Unternehmen nicht nachvollziehen. Auch die Auffassung, wonach ein Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen in der ZPO «*eng umschrieben*» sein müsse, können wir nicht teilen. Die Einführung des Zeugnisverweigerungsrechts in der ZPO ist zumindest – und auch erfreulicherweise – ein Schritt in die richtige Richtung.

---

<sup>3</sup> Dazu etwa REBECCA BRUNNER-PETERS/MARKUS U. DIETHELM, Legal Privilege for Swiss In-House Counsel: Progress Report, Swiss-American Chambers of Commerce: Yearbook 2008/2009, S. 65–67: “The broader policy behind such privilege – as in the case of other relationship-based evidentiary privileges, such as the physician-patient privilege – is to encourage people to seek legal advice when needed and to engage in full and frank communications with their lawyers, so that the professionals can formulate and provide sound legal advice. This ‘zone of privacy’ encourages the clients to candidly inform their lawyers of all facts (both good and bad) and receive counsel on compliance with the law without fear that an adversary can compel the lawyer or the client to reveal the information in litigation or investigative proceedings.”