

Joel Fischer* / Caroline Hochstrasser**

Anwendbarkeit und Grenzen des Anwaltsgeheimnisses bei internen Untersuchungen

Besprechung der Urteile 7B_158/2023 und 7B_874/2023 des schweizerischen Bundesgerichts vom 6. August 2024

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und jeweilige Prozessgeschichte
- II. Erwägungen und Entscheide
 1. Urteil 7B_158/2023 vom 6. August 2024
 - 1.1. Anwendbarkeit des Anwaltsgeheimnisses auf interne Untersuchungen
 - 1.2. Schutz auch für «vorbestehende» Beweismittel
 - 1.3. Geheimnischarakter trotz Offenlegung gegenüber FINMA
 2. Urteil 7B_874/2023 vom 6. August 2024
 - 2.1. Keine «Fernwirkung» des Anwaltsgeheimnisses
 - 2.2. Freiwilligkeit der Offenlegung
- III. Würdigung und Implikationen für die Praxis
 1. Stärkung des Anwaltsgeheimnisses in internen Untersuchungen
 - 1.1. Klarstellung der Rechtsprechung zu internen Untersuchungen
 - 1.2. Weite Auslegung zu offenen Fragen und Rechtsmissbrauch als Grenze
 - 1.3. Schutz spezifischer Arbeitsprodukte
 2. Risiken bei freiwilligen Offenlegungen gegenüber der FINMA
 3. Fazit

Kernsätze

1. Die Sachverhaltsermittlung bei internen Untersuchungen ist grundsätzlich vom Anwaltsgeheimnis geschützt.
2. Eine freiwillige Offenlegung der Ergebnisse einer internen Untersuchung gegenüber einer Aufsichtsbehörde stellt keinen Verzicht auf das Anwaltsgeheimnis dar.
3. Das Anwaltsgeheimnis schützt nur Unterlagen bei den Parteien des Mandatsverhältnisses. Es entfaltet keine Wirkung bei Dritten (wie der FINMA), denen privilegierte Dokumente freiwillig offengelegt wurden.

I. Sachverhalt und jeweilige Prozessgeschichte

Vorliegend werden zwei Entscheide besprochen, die beide der gleichen Strafuntersuchung der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich entstammen (Urteil 7B_158/2023 sowie Urteil 7B_874/2023, beide vom 6. August 2024).

Die betreffende Strafuntersuchung richtet sich gegen D. sowie gegen Unbekannt wegen des Verdachts auf Widerhandlung gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Namentlich besteht der Verdacht, dass innerhalb der B Group AG,¹ welche inzwischen durch die A AG übernommen worden ist (zusammen die «Bank»), gegenüber Anlegerinnen und Anlegern unrichtige oder irreführende Angaben über das Risikoprofil eines Funds gemacht wurden.² Die Bank hatte die Anwaltskanzlei C AG beauftragt, eine Untersuchung durchzuführen. Den daraus resultierenden Bericht offenbarte die Bank der FINMA am 20. Dezember 2021, die im selben Zusammenhang ein Enforcementverfahren führte.³ Der erste Entscheid betrifft die Herausgabe des Untersuchungsberichts von der Bank, während der zweite Entscheid die Herausgabe von der FINMA betrifft.

Erster Entscheid: Die Staatsanwaltschaft verlangte im Zuge ihrer Untersuchung von der Bank die Herausgabe des Untersuchungsberichts der C AG sowie sämtlicher Anhänge und Beilagen.⁴ Die Bank leistete der Editionsverfügung Folge, verlangte aber zeitgleich die Siegelung.⁵ Das Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts Zürich wies das Entsiegelungsgesuch der Staatsanwaltschaft am 24. November 2022 ab, wogegen die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht einreichte.⁶ In die-

* Dr. Joel Fischer, Partner und Co-Head der Practice Group Interne Untersuchungen & Krisenmanagement bei Bär & Karrer AG.

** Caroline Hochstrasser, Rechtsanwältin bei Bär & Karrer AG.

¹ Gemäss zahlreichen Presseartikeln zu den Urteilen soll es sich dabei um die Credit Suisse handeln, welche in die UBS fusionierte.

² Urteile 7B_158/2023 (zur Publikation vorgesehen) und 7B_874/2023, vom 6. August 2024, jeweils Sachverhalt A.

³ Urteil 7B_158/2023, Sachverhalt A.

⁴ Urteil 7B_158/2023, Sachverhalt A.

⁵ Urteil 7B_158/2023, Sachverhalt B.

⁶ Urteil 7B_158/2023, Sachverhalt B und C.

sem Verfahren erging am 6. August 2024 der Entscheid 7B_158/2023, mit welchem das Bundesgericht die Beschwerde abwies, soweit darauf einzutreten war.⁷

Zweiter Entscheid: Das Enforcementverfahren der FINMA, bei welchem es durch Wenger Plattner als Untersuchungsbeauftragten unterstützt wurde, mündete am 9. Dezember 2022 im Erlass einer Verfügung, in welcher sie einen schweren Verstoß der Bank gegen das Organisationserfordernis sowie gegen weitere aufsichtsrechtliche Pflichten feststellte.⁸ Wenig später, am 23. Januar 2023, ersuchte die Staatsanwaltschaft die FINMA um Zustellung einer Kopie der Verfügung vom 9. Dezember 2022 und des Berichts des Untersuchungsbeauftragten. Aufgrund eines vorsorglichen Siegelungsgesuchs der Bank wurden die Dokumente gesiegelt übermittelt.⁹ Während die Staatsanwaltschaft das vorsorgliche Siegelungsgesuch zunächst abwies, wurde es vom Obergericht des Kantons Zürich gestützt, mit der Begründung, dass den Unterlagen die Siegelungsfähigkeit nicht offensichtlich abgesprochen werden könne.¹⁰

In der Folge stellte die Staatsanwaltschaft am 11. Mai 2023 einen Antrag auf Entsigelung und Durchsichtung der streitigen Aufzeichnungen. Mit Verfügung vom 5. Oktober 2023 fällte das Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts Zürich einen Nichteintretensentscheid und ordnete die Freigabe der durch die FINMA beigezogenen Dokumente zur weiteren Verwendung in der laufenden Strafuntersuchung an. Dagegen erhob die Bank beim Bundesgericht Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die vollumfängliche Abweisung des Entsigelungsgesuchs der Staatsanwaltschaft sowie die Herausgabe der sichergestellten Aufzeichnungen. Eventualiter sei das Entsigelungsgesuch teilweise abzuweisen, wobei die geheimnisgeschützten Stellen zu schwärzen und allfällige Dokumente, die nicht Teil des Entsigelungsgesuchs bildeten, auszusondern seien.¹¹ In diesem Verfahren erging am 6. August 2024 der Entscheid 7B_874/2023, mit welchem das Bundesgericht die Beschwerde abwies.

II. Erwägungen und Entscheide

In beiden Entscheiden hatte das Bundesgericht im Wesentlichen die Frage zu entscheiden, ob die streitigen Unterlagen als Anwaltskorrespondenz im Sinne von Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO geschützt sind und die Bank gestützt darauf die Durchsichtung durch die Staatsanwaltschaft verhindern kann. Im Entscheid 7B_158/2023

stand dabei in einem ersten Schritt die Frage im Mittelpunkt, inwieweit interne Untersuchungen und die dabei erstellten sowie vorbestehenden Dokumente durch das Anwaltsgeheimnis geschützt sind. Sodann stellte sich die Frage, ob eine Offenlegung solcher Dokumente gegenüber einer Aufsichtsbehörde, wie vorliegend der FINMA, den Geheimnischarakter aufhebt. Der Entscheid 7B_874/2023 dagegen befasste sich damit, ob sich die Bank auch dann noch auf das Anwaltsgeheimnis berufen kann, wenn die Staatsanwaltschaft Unterlagen von einem Dritten (in casu der FINMA) beizieht, der am durch das Anwaltsgeheimnis geschützten Mandatsverhältnis nicht beteiligt ist.

1. Urteil 7B_158/2023 vom 6. August 2024

1.1. Anwendbarkeit des Anwaltsgeheimnisses auf interne Untersuchungen

Das Bundesgericht befasste sich zunächst mit der Frage, ob Sachverhaltsermittlungen unter anwaltstypische Tätigkeiten zu subsumieren und entsprechend der Schutzbereich des Berufsgeheimnisses betroffen sei.¹² Es hielt zunächst fest, dass das Anwaltsgeheimnis eine unabdingbare Voraussetzung für die umfassende Information der Anwältin oder des Anwalts ist. Dadurch werde eine wirksame Mandatsführung erst ermöglicht. Der Schutzbereich des Anwaltsgeheimnisses gehe über den Monopolbereich hinaus und erfasse alle anwaltstypischen Tätigkeiten.¹³ Das Bundesgericht hob hervor, dass die Sachverhaltsermittlung im Kontext der rechtlichen Beratung in den Kernbereich der anwaltlichen Tätigkeit falle und grundsätzlich geschützt sei.¹⁴ Für die Abgrenzung zwischen anwaltstypischen und darüberhinausgehenden Tätigkeiten nahm das Bundesgericht wieder seine bisherige Rechtsprechung auf. Hiernach sind Tätigkeiten, bei denen die kaufmännisch-operativen Elemente die anwaltsspezifischen Elemente objektiv überwiegen, nicht geschützt. Dies sei insbesondere der Fall, wenn gesetzlich vorgeschriebene Compliance-Aufgaben, wie namentlich im Bereich der Geldwäschereigesetzgebung, durch eine Anwältin oder einen Anwalt übernommen werden.¹⁵

Das von der Staatsanwaltschaft angeführte Abgrenzungskriterium der Notwendigkeit des Bezugs einer Anwaltskanzlei überzeugte das Bundesgericht nicht:

⁷ Urteil 7B_158/2023, E. 6.

⁸ Urteil 7B_874/2023, Sachverhalt A.

⁹ Urteil 7B_874/2023, Sachverhalt B.

¹⁰ Urteil 7B_874/2023, Sachverhalt B.

¹¹ Urteil 7B_874/2023, Sachverhalt C.

¹² Urteil 7B_158/2023, E. 3.

¹³ Urteil 7B_158/2023, E. 3.1. mit Verweis auf BGE 147 IV 385, E. 2.6.2; 143 IV 462, E. 2.2; 135 III 597, E. 3.3; Urteile 1B_279/2021 vom 4. Februar 2022, E. 3.5; 1B_433/2017 vom 21. März 2018, E. 4.3; 1B_85/2016 vom 20. September 2016, E. 4.2; 1B_226/2014 vom 18. September 2014, E. 2.4.

¹⁴ Urteil 7B_158/2023, E. 3.1.

¹⁵ Urteil 7B_158/2023, E. 3.1. mit Verweis auf Urteile 1B_433/2017 vom 21. März 2018, E. 4.2; 1B_509/2022 vom 2. März 2023, E. 3; 1B_433/2017 vom 21. März 2018, E. 4; 1B_85/2016 vom 20. September 2016, E. 7.

Es liege nicht nur dann anwaltstypische Tätigkeit vor, wenn sie *nur* durch Anwältinnen und Anwälte verrichtet werden könne. Vielmehr sei die Notwendigkeit des Beizugs einer Anwaltskanzlei grundsätzlich kein taugliches Abgrenzungskriterium, da von vorneherein nur die Tätigkeit im Monopolbereich (und nicht die gesamte anwaltstypische Tätigkeit) Rechtsanwälten vorbehalten ist.¹⁶ Das Bundesgericht hielt mit der Vorinstanz fest, dass vorliegend keine Abklärungen zur Einhaltung des Geldwäschereigesetzes (GwG) Gegenstand der internen Untersuchung bildeten.¹⁷ Vielmehr wurde die Untersuchung klarerweise durchgeführt, um einen Sachverhalt zu ermitteln, der Gegenstand bereits hängiger und drohender Rechtsstreitigkeiten war.¹⁸ Damit sei im vorliegenden Fall eine vom Anwaltsgeheimnis erfasste Anwaltstätigkeit gegeben.¹⁹

Ob komplexe interne Untersuchungen oder gar auch nur die reine Ermittlung des Sachverhalts generell als anwaltstypische Tätigkeiten qualifiziert werden können, liess das Bundesgericht aufgrund der klaren Sachlage im vorliegenden Fall offen.²⁰

1.2. Schutz auch für «vorbestehende» Beweismittel

Das Bundesgericht äusserte sich auch zur Frage, ob in einem internen Untersuchungsbericht referenzierte oder beigelegte vorbestehende Beweismittel unter dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses stehen.²¹ Es stellte fest, dass Beweismittel den Strafbehörden nicht entzogen werden können, indem sie nachträglich in das vom Anwaltsgeheimnis geschützte besondere Vertrauensverhältnis eingeführt werden. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Übergabe einzig dem Zweck diene, die Beweismittel in einer Anwaltskanzlei zu verstecken. In einem solchen Fall wäre die Berufung auf das Anwaltsgeheimnis rechtsmissbräuchlich.²²

Die Staatsanwaltschaft argumentierte, dass sich der Schutzbereich von Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO nicht auf sogenannte «pre-existing documents» erstrecke, also auf Dokumente, die vor Beginn oder unabhängig von einem Mandatsverhältnis entstanden sind. Dies sei auch dann nicht der Fall, wenn sie einem Untersuchungsbericht beigelegt wurden.²³ Wie auch schon die Vorinstanz hob das Bundesgericht hervor, dass die unbearbeiteten internen Dokumente als solche tatsächlich nicht geschützt seien.²⁴

Es stützte jedoch auch hier die Auffassung der Vorinstanz, dass das Analysieren und Selektionieren der zur Sachverhaltsermittlung übergebenen Dokumente Teil der anwaltlichen Dienstleistung seien und das Ergebnis daraus entsprechend geschützt sei.²⁵ Ausserdem seien der Rechtsvertretung vorliegend nur Kopien der Bankunterlagen übergeben worden, weshalb überdies keine Gefahr des Entzugs der Originalunterlagen bestehe.²⁶

1.3. Geheimnischarakter trotz Offenlegung gegenüber FINMA

Zuletzt war strittig, ob die Unterlagen ihren Geheimnischarakter durch die vorgängige Übergabe an die FINMA verloren haben. Im vorliegenden Entscheid, 7B_158/2023, war dabei lediglich die Frage zu beantworten, ob sich die Bank weiterhin auf das Anwaltsgeheimnis berufen kann. Ob das Anwaltsgeheimnis auch für einen Dritten (namentlich die FINMA) Wirkung entfaltet, dem Unterlagen übergeben wurden, ist Gegenstand des Entscheids 7B_874/2023.

Das Bundesgericht erwog, dass eine Tatsache als Geheimnis gilt, wenn sie in objektiver Hinsicht nur einem beschränkten Personenkreis bekannt ist und in subjektiver Hinsicht beim Geheimnisherrn ein Geheimniswille vorliegt. Der Geheimnisbegriff sei weit auszulegen, angesichts der Bedeutung des Anwaltsgeheimnisses für das Funktionieren der Justiz.²⁷ So ziehe eine freiwillige Offenlegung eines Geheimnisses an ausgewählte Dritte nicht zwangsläufig den Verlust des Geheimnischarakters nach sich.²⁸

Die Vorinstanz war der Auffassung, dass die Kundgabe an die FINMA nicht mit der Mitteilung an andere Dritte gleichzustellen sei. Diese sei im Kontext des Aufsichtsverhältnisses erfolgt, in welchem die Bank eine Mitwirkungspflicht trage. Zudem unterstehe die FINMA ihrerseits dem Amtsgeheimnis und sei unter den Voraussetzungen von Art. 40 FINMAG berechtigt, die Weitergabe der Information zu verweigern. Ferner habe die Bank auf ihren Übermittlungen jeweils zum Ausdruck gebracht, dass sie am Anwaltsgeheimnis festhalte.²⁹ Dem stimmte das Bundesgericht zu und ergänzte, dass selbst die von der Staatsanwaltschaft vorgebrachte Freiwilligkeit der Kundgabe den Geheimnischarakter nicht ohne

¹⁶ Urteil 7B_158/2023, E. 3.3.

¹⁷ Urteil 7B_158/2023, E. 3.2.

¹⁸ Urteil 7B_158/2023, E. 3.2.

¹⁹ Urteil 7B_158/2023, E. 3.3.

²⁰ Urteil 7B_158/2023, E. 3.3.

²¹ Urteil 7B_158/2023, E. 4.

²² Urteil 7B_158/2023, E. 4.2. mit Verweis auf BGE 117 Ia 341 E. 6a/cc; Urteil 1B_611/2021 vom 12. Mai 2022, E. 8.1.

²³ Urteil 7B_158/2023, E. 4.2.

²⁴ Urteil 7B_158/2023, E. 4.3.

²⁵ Urteil 7B_158/2023, E. 4.2.

²⁶ Die Beilagen wurden des Weiteren erstellt und dem Bericht angehängt, weil diese mandatsrelevant sind. Sie sind damit im Rahmen des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Klientschaft entstanden und unterstehen dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses, Urteil 7B_158/2023, E. 4.3.

²⁷ Urteil 7B_158/2023, E. 5.1. mit Verweis auf BGE 112 Ib 606 E. b.; Urteile 6B_200/2018 vom 8. August 2018, E. 2.3; 6B_545/2016 vom 6. Februar 2017, E. 2.3.

²⁸ Urteil 7B_158/2023, E. 5.1.

²⁹ Urteil 7B_158/2023, E. 5.2.

Weiteres entzieht.³⁰ Damit wies es die Beschwerde der Staatsanwaltschaft ab.

2. Urteil 7B_874/2023 vom 6. August 2024

2.1. Keine «Fernwirkung» des Anwaltsgeheimnisses

Nachdem das Bundesgericht im Urteil 7B_158/2023 bestätigt hatte, dass der Untersuchungsbericht sowie dessen Beilagen bei der Bank weiterhin durch das Anwaltsgeheimnis geschützt sind, hatte es in diesem zweiten Entsiegelungsverfahren die Frage zu beantworten, ob dies auch Auswirkungen auf die Informationen hat, die die Staatsanwaltschaft bei der FINMA erhältlich machen will.

Das Bundesgericht untersuchte zunächst, was als Anwaltskorrespondenz im Sinne von Art. 264 Abs. 1 StPO gilt. Es hielt fest, dass sich der Begriff auf alles erstreckt, was in das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Klientschaft und Rechtsvertretung eingebracht werde, in diesem Verhältnis entstehe oder daraus hervorgehe. Erfasst seien Unterlagen, die sich bei der Rechtsvertretung befinden, aber auch Korrespondenz und andere Arbeitsprodukte, welche die Klientschaft von ihrer Rechtsvertretung erhalten habe, ungeachtet ihrer Form.³¹ Dagegen stellten Dritten mitgeteilte Informationen keine Anwaltskorrespondenz dar, selbst wenn die geteilte Information grundsätzlich Geheimnischarakter habe. Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses entfalte seine Wirkung nur im Mandatsverhältnis, erstrecke sich aber nicht auch auf Dritte.³² Das Bundesgericht betonte überdies, dass vorliegend nicht der interne Untersuchungsbericht, den die Anwaltskanzlei C AG im Auftrag der Bank erstellt hat, Gegenstand des Verfahrens sei, sondern die behördliche Verfügung der FINMA und der behördeneigene Untersuchungsbericht.³³ Das Bundesgericht sah keine Grundlage dafür, dass die ursprünglich privilegierten Informationen noch nach rechtmässiger Weiterverarbeitung durch einen Dritten von einer «Fernwirkung» des Anwaltsgeheimnisses geschützt sein sollen.³⁴

2.2. Freiwilligkeit der Offenlegung

Im Entscheid wurde weiter auf die Besonderheiten des Aufsichtsverfahrens eingegangen. Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass die Bank nicht vorgebracht habe, zur Offenlegung des internen Untersuchungsberichts verpflichtet worden zu sein und verwies, wie schon die Vorinstanz, auf Art. 13 Abs. 1^{bis} VwVG und Art. 53 FINMAG. Demnach müssen, auch im Rah-

men der im Enforcementverfahren der FINMA geltenden verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflicht, keine dem Anwaltsgeheimnis unterstehenden Informationen preisgegeben werden.³⁵ Den Verweis der Bank auf die Eigenheiten des Aufsichtsverfahrens, wonach eine offene Kommunikation zwischen beaufsichtigtem Institut und Aufsichtsbehörde gewünscht und dies durch vertrauliche Kommunikation gefördert würde, sah das Bundesgericht als nicht zielführend. Einerseits sei der Informationsaustausch zwischen der FINMA und den Strafverfolgungsbehörden in Art. 38 FINMAG ausdrücklich vorgesehen. Andererseits trage Art. 40 FINMAG dem Bedürfnis nach vertraulicher Kommunikation Rechnung, indem ausnahmsweise die Weitergabe von Informationen und Akten an Strafverfolgungsbehörden verweigert werden kann, wenn diese die Aufsichtstätigkeit beeinträchtigen könnten.³⁶ Das Bundesgericht sah damit keine Anhaltspunkte dafür, dass die Informationen aufgrund einer Androhung unzulässiger Nachteile offengelegt worden seien. Aus diesem Grund beanstandete es den Entscheid nicht, die Dokumente zur weiteren Verwendung im Strafverfahren freizugeben.

III. Würdigung und Implikationen für die Praxis

1. Stärkung des Anwaltsgeheimnisses in internen Untersuchungen

1.1. Klarstellung der Rechtsprechung zu internen Untersuchungen

Zunächst sind die Entscheide als Bestätigung der Anwendbarkeit des Anwaltsgeheimnisses im Bereich der internen Untersuchungen zu begrüßen. Diese war aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereich der Geldwäschereibekämpfung verschiedentlich in Frage gestellt worden. Im Urteil 1B_85/2016 vom 20. September 2016 entschied das Bundesgericht, dass interne Untersuchungen im Bereich Geldwäscherei-Compliance zumindest zu gewissen Teilen ausserhalb der geschützten berufstypischen Rechtsberatung liegen. Deshalb galt der Schutz durch das Anwaltsgeheimnis nicht für alle durch Anwaltskanzleien erstellten Unterlagen. Namentlich wurden jene Unterlagen zur Durchsichtung freigegeben, die gesetzliche Dokumentationspflichten im Rahmen der Geldwäschereigesetzgebung erfüllten.³⁷ Das Bundesgericht hielt zwar fest, dass die rechtliche Beratung im Bereich der Geldwäscherei-Compliance durchaus vom Anwaltsgeheimnis geschützt sei. Die Abgrenzung werde jedoch schwieriger, wenn

³⁰ Urteil 7B_158/2023, E. 5.2.

³¹ Urteil 7B_874/2023, E. 3.1.

³² Urteil 7B_874/2023, E. 3.1.

³³ Urteil 7B_874/2023, E. 3.3.

³⁴ Urteil 7B_874/2023, E. 3.2.

³⁵ Urteil 7B_874/2023, E. 3.2.

³⁶ Urteil 7B_874/2023, E. 3.3.

³⁷ Urteil 1B_85/2016 vom 20. September 2016, E. 6.6.

die anwaltliche Dienstleistung ausserhalb eines Verteidigungsmandates stattfindet.³⁸ Der Entscheid sorgte in der Praxis für Unsicherheit, inwiefern die Sachverhaltserstellung als Teil einer internen Untersuchung generell unter dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses steht.³⁹

Mit dem neuen Entscheid 7B_158/2023 vom 6. August 2024 hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Sachverhaltsermittlung als grundlegende Voraussetzung für eine fachgerechte rechtliche Beratung zum Kernbereich der anwaltlichen Tätigkeit gehört. Als solche ist sie vom Anwaltsgeheimnis grundsätzlich erfasst.⁴⁰

Die inzwischen mehrfach präzisierte Rechtsprechung bezüglich interner Untersuchungen im Geldwäschereibereich hat es als Ausnahme dieses Grundsatzes bestätigt.⁴¹ So ist die Delegation im Bereich gesetzlich vorgeschriebener Dokumentationspflichten an externe Fachpersonen, auch an Anwältinnen und Anwälte, durchaus zulässig. Das Bundesgericht zieht weiterhin die objektive Abwägung zwischen einer Tätigkeit mit anwaltstypischen Elementen (wie z.B. der Beratung im Rahmen eines Verteidigungsmandats) und einer solchen mit kaufmännisch-operativen Elementen heran. Die Einhaltung der Anforderungen im GwG-Bereich stelle einen Kernbereich der operativen Tätigkeiten dar und sei als solcher nicht dem Anwaltsgeheimnis unterstellt.⁴²

Im vorliegenden Fall hielt das Bundesgericht im Zusammenhang mit dieser Abgrenzung fest, dass es letztlich entscheidend ist, dass durch die Delegation an eine Anwaltskanzlei und die Berufung auf das Anwaltsgeheimnis keine gesetzlich vorgeschriebenen Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten umgangen werden.⁴³

Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung zu internen Untersuchungen im Bereich der Geldwäschereibekämpfung wurde verschiedentlich empfohlen, in der Praxis bei der Dokumentation der Untersuchung Tatsächliches strikt von Rechtlichem zu trennen.⁴⁴ Dies ist unseres Erachtens in Anbetracht der Klarstellung der Rechtsprechung zu präzisieren. Es geht hierbei nicht primär um die Abgrenzung von Tatsächlichem von Rechtlichem. Wie bereits festgestellt, sind Sachverhaltsermittlungen durchaus vom Anwaltsgeheimnis geschützt. Vielmehr geht es

um die Frage, welche Tätigkeiten und Informationen notwendig sind, um gesetzlichen Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten nachzukommen. Diese sind nicht geschützt und eine Trennung kann hier durchaus sinnvoll sein.⁴⁵

1.2. Weite Auslegung zu offenen Fragen und Rechtsmissbrauch als Grenze

Die interne Untersuchung im vorliegenden Fall stand klarerweise im Zusammenhang mit laufenden Verfahren. Da dies gegeben war, stellte das Bundesgericht fest, dass die Frage offen bleiben könne, ob komplexe interne Untersuchungen oder auch Untersuchungen, die nur auf die reine Ermittlung eines Sachverhalts beschränkt sind, generell als anwaltstypische Tätigkeiten qualifiziert werden können und somit vom Anwaltsgeheimnis geschützt werden.⁴⁶ Es ist ferner auch nicht restlos geklärt, ob ein Zusammenhang zu einem hängigen oder drohenden Verfahren oder Rechtsstreitigkeiten erforderlich ist.

Das Anwaltsgeheimnis gilt gemäss Art. 13 BGFA zwischen Anwalt oder Anwältin und Klientschaft für alle anwaltstypischen Tätigkeiten.⁴⁷ Unseres Erachtens sollte der Geltungsbereich des Anwaltsgeheimnisses grundsätzlich weit ausgelegt werden.⁴⁸ Das Anwaltsgeheimnis bildet einen notwendigen Bestandteil der ordnungsgemässen Ausübung des Anwaltsberufes und der Rechtsstaatlichkeit der Rechtspflege.⁴⁹ Es soll dem Rechtssuchenden ermöglichen, der Anwältin oder dem Anwalt offen, vollständig und ehrlich über seine Situation Auskunft zu erteilen und so Zugang zum Recht zu erhalten, ohne Offenlegung fürchten zu müssen.⁵⁰ Diese Funktion wird dabei erheblich erschwert, wenn der Anwendungsbereich zu eng definiert wird oder Unsicherheit besteht, was nun vom Anwaltsgeheimnis genau gedeckt ist. Es geht schliesslich darum, dass der Rechtssuchende frei kommunizieren kann und nicht bei jedem Wort abwägen muss, ob er dies dem Anwalt preisgeben soll. Dies gilt für die Beratung natürlicher wie auch juristischer Personen. Allerdings kann bei einem Unternehmen diese

³⁸ Urteil 1B_85/2016 vom 20. September 2016, E. 6.1.

³⁹ STEPHAN GROTH/RETO FERRARI-VISCA, Höchstrichterlicher Angriff auf das Anwaltsgeheimnis?, GesKR 2016 493 ff.; ANDREAS LÄNZLINGER/ANDREW GARBARSKI/PASCAL HACHEM, Attorney-Client Privilege Arising out of Internal Investigations: Milestone Decision of the Swiss Federal Supreme Court, Bär & Karrer Briefing October 2016.

⁴⁰ Urteil 7B_158/2023, E. 3.1.

⁴¹ Urteil 7B_158/2023, E. 3.1 mit Verweis auf Urteile 1B_509/2022 vom 2. März 2023, E. 3; 1B_433/2017 vom 21. März 2018, E. 4; 1B_85/2016 vom 20. September 2016, E. 7.

⁴² Urteil 7B_158/2023, E. 3.1.

⁴³ Urteil 7B_158/2023, E. 3.3.

⁴⁴ GROTH/FERRARI-VISCA (FN 39), 503; ROMAN HUBER, Interne Untersuchungen und Anwaltsgeheimnis, GesKR 2019, 65 ff., 81.

⁴⁵ Unter Umständen seien hierbei sogar getrennte Dossiers zu führen, wobei mit einem Dossier jederzeit den Dokumentationspflichten nachgekommen werden soll, so GROTH/FERRARI-VISCA (FN 39), 503; HUBER (FN 44), 81.

⁴⁶ Urteil 7B_158/2023, E. 3.3.

⁴⁷ BGE 143 IV 462, 467.

⁴⁸ Gleicher Meinung BSK StGB-OBERHOLZER, 4. Aufl., 2019, Art. 321 N 14; HANS NATER/GAUDENZ G. ZINDEL, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), Zürich 2011, Art. 13 N 85; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 321 N 1; WOLFGANG WOHLERS/VERONICA LYNN, Das Anwaltsgeheimnis bei internen Untersuchungen, recht 2018, 9 ff., 15.

⁴⁹ Urteil 7B_158/2023, E. 3.1 mit Verweis auf BGE 145 II 229 E. 7.1; 117 Ia 341 E. 6a; 112 Ib 606 E. b; Urteil 6B_30/2010 vom 1. Juni 2010, E. 5.3.3.

⁵⁰ NATER/ZINDEL (FN 48), Art. 13 N 2.

offene Kommunikation mit dem Anwalt oft anders in Erscheinung treten als bei einer natürlichen Person. Das Wissen über die Vorgänge innerhalb der meisten Unternehmen wird aufgrund der Arbeitsteilung auf zahlreiche Personen verstreut sein. Die Offenlegung bei der Beratung eines Unternehmens wird oftmals zunächst die Erstellung des Sachverhalts erfordern. Eine solche erfolgt in aller Regel anhand umfangreicher Abklärungen mittels Zugänglichmachung und Studium von Datensets und gegebenenfalls Befragungen von Mitarbeitern (d.h. mittels einer internen Untersuchung).⁵¹ Interne Untersuchungen und gerade auch die Sachverhaltsermittlungen sollten somit breit vom Anwaltsgeheimnis gedeckt sein.

Es erscheint uns nicht zielführend, für die Geltung des Anwaltsgeheimnisses (unter anderem) auf die Komplexität der Untersuchung abzustellen.⁵² Dies würde zu erhöhter Rechtsunsicherheit führen und erscheint auch generell als kein geeignetes Abgrenzungskriterium. Unklar ist auch, an welche Fallkonstellationen zu denken wäre, wenn das Bundesgericht von Fällen spricht, die sich auf «die reine Ermittlung des Sachverhalts begrenzen»⁵³. Hiermit kann nicht gemeint sein, dass nur ein Teil der internen Untersuchung, nämlich die rechtliche Würdigung, geschützt ist. Hat doch das Bundesgericht betont, dass die Sachverhaltserstellung Voraussetzung für eine fachgerechte Rechtsberatung und somit eine anwaltstypische Tätigkeit sei.⁵⁴ Vielmehr scheint sich das Bundesgericht bei dieser Aussage auf Sachverhaltsabklärungen ganz ohne eine rechtliche Würdigung bzw. ohne Konnex zur Rechtsberatung zu beziehen. Dies wird in der Praxis wohl selten vorkommen. Gerade wenn es (gerichtlich) streitig ist, ob ein Untersuchungsbericht unter das Anwaltsgeheimnis fällt, wird dies in aller Regel im Zusammenhang mit einem Verfahren bzw. einer Rechtsfrage geschehen.

Unseres Erachtens ist es auch nicht notwendig, dass die interne Untersuchung im Zusammenhang mit einem bereits hängigen oder noch drohenden Verfahren oder Rechtsstreitigkeiten erfolgt. Vielmehr genügt es, dass sie im Rahmen einer anwaltstypischen Tätigkeit erfolgt. Dies umfasst nicht nur Verfahren oder Rechtsstreitigkeiten, sondern generell forensische sowie beratende Tätigkeiten, bei denen juristische Aspekte im Vordergrund stehen.⁵⁵ Unseres Erachtens ist es ausreichend, wenn

die Sachverhaltsabklärung im Zusammenhang mit einer Rechtsfrage stattfindet. Dabei kann auch noch unklar sein, um welche Rechtsfrage es sich handelt. Genau um dies zu ermitteln, ist zuweilen der Sachverhalt zu erstellen. Wenn ein Unternehmen eine Untersuchung aus eigener Initiative einleitet und nicht etwa, weil es durch eine Behörde im In- oder Ausland dazu angehalten wurde, wird zu Beginn einer Untersuchung regelmässig unklar sein, welche Konsequenzen die Abklärungen nach sich ziehen werden. Es sollte genügen, dass rechtliche Konsequenzen im Raum stehen bzw. nicht ausgeschlossen werden können. Es wäre daher etwa fehlgeleitet, den Schutz des Anwaltsgeheimnisses nur Untersuchungen zu gewähren, die erst dann eingeleitet werden, wenn z.B. ein Strafverfahren wahrscheinlich erscheint. Damit würde ein (Fehl)Anreiz gesetzt, externe Aufklärung nicht frühzeitig anzugehen.

Die Grenzen des Anwendungsbereichs des Anwaltsgeheimnisses bei internen Untersuchungen sollten beim Rechtsmissbrauch gezogen werden, was sich auch mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung vereinbaren lässt: Durch die Berufung auf das Anwaltsgeheimnis dürfen weder gesetzliche Dokumentationspflichten umgangen noch originale, vorbestehende Dokumente durch nachträgliche Einbringung in das Mandatsverhältnis dem Zugriff durch die Strafverfolgungsbehörden entzogen werden.⁵⁶

1.3. Schutz spezifischer Arbeitsprodukte

Das Bundesgericht schafft mit dem Urteil 7B_158/2023 vom 6. August 2024 ferner Klarheit über den Schutz, der den Arbeitsprodukten einer internen Untersuchung zukommt. Nicht nur der Untersuchungsbericht, sondern auch dessen Beilagen und Anhänge sind durch das Anwaltsgeheimnis geschützt. Die Vorinstanz und wohl auch das Bundesgericht spricht den Schutz sogar dem «gesamte[n] Set der selektionierten und analysierten Dokumente» zu.⁵⁷ Übertragen auf die Praxis ist dies wohl so zu verstehen, dass die Daten, die der Anwaltskanzlei elektronisch zugänglich gemacht und im Laufe der Untersuchung als *relevant* oder *responsive* markiert wurden, als anwaltstypische Arbeitsprodukte geschützt sind.⁵⁸ Die Einbringung von Dokumenten in das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsvertretung und Klientenschaft ist aber kein «*Midas Touch*», der den Dokumenten automatischen Schutz garantiert. Auch hier liegen die Grenzen im Rechtsmissbrauch und es können keine Original-Doku-

⁵¹ WOHLERS/LYNN (FN 48), 10.

⁵² Das Bundesgericht lässt offen, ob komplexe interne Untersuchungen (insbesondere mit umfassenden Mitarbeiterbefragungen) generell als anwaltstypische Tätigkeiten qualifiziert werden können, Urteil 7B_158/2023, E. 3.3. Damit stellt es in den Raum, dass die Komplexität der Untersuchung ein relevantes Kriterium darstellt.

⁵³ Urteil 7B_158/2023, E. 3.3.

⁵⁴ Urteil 7B_158/2023, E. 3.1.

⁵⁵ STEFAN HEIMGARTNER, Strafprozessuale Beschlagnahme, Habil., Zürich 2011, 234; STEFAN HEIMGARTNER, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Straf-

prozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 264 Einschränkungen N 16c; GROTH/FERRARI-VISCA (FN 39), 498.

⁵⁶ Urteil 7B_158/2023, E. 3.3 bzw. 4.1.

⁵⁷ Urteil 7B_158/2023, E. 4.2.

⁵⁸ Der unbearbeitete Datenpool an Unterlagen ohne Selektion und Analyse ist jedoch nicht geheimnisgeschützt, vgl. Urteil 7B_158/2023, E. 4.2.

mente in einer Anwaltskanzlei vor dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden versteckt werden.

2. Risiken bei freiwilligen Offenlegungen gegenüber der FINMA

Was die Interaktionen mit Aufsichtsbehörden wie der FINMA betrifft, zeigt der Entscheid 7B_874/2023 vom 6. August 2024 das Risiko auf, das mit jeder freiwilligen Offenlegung verbunden ist. Das Bundesgericht hielt fest, dass das Anwaltsgeheimnis nur zwischen den Parteien des Mandatsverhältnisses gilt und keine Wirkung für Dritte hat. Somit sind einmal der FINMA übergebene Dokumente grundsätzlich im Rahmen behördlicher Rechtshilfe für die Strafverfolgungsbehörden zugänglich, selbst wenn sie bei der Bank noch durch das Anwaltsgeheimnis geschützt sind.

Dies stellt beaufsichtigte Institute in der Praxis vor eine unbefriedigende Situation. Es ist ihnen Folgendes zu raten:

- Vor jeder freiwilligen Offenlegung an die FINMA ist eine Abwägung zu treffen. Die Vorteile, die man sich von einem freiwilligen Entgegenkommen erhofft, sind den Risiken gegenüberzustellen, die mit dem Verlust des effektiven Anwaltsgeheimnisschutzes der offengelegten Dokumente einhergehen. Dabei sind auch die Auswirkungen einer eingeschränkteren Zusammenarbeit mit den Aufsichtsbehörden einzubeziehen.
- Sofern sich das beaufsichtigte Institut für eine freiwillige Offenlegung entscheidet, kann die Möglichkeit mündlicher statt schriftlicher Kommunikation geprüft werden. In Betracht zu ziehen ist auch, nur eingeschränkten Zugang zu Dokumenten zu gewähren (z.B. Fernzugriff im «read-only» Modus).

In vielen Fällen werden allerdings auch diese Massnahmen keine adäquate Lösung sein. Deshalb ist an dieser Stelle schliesslich noch die Möglichkeit der FINMA zu erwähnen, sich in Bezug auf ihr offengelegte, privilegierte Dokumente auf das Aufsichtsgeheimnis zu berufen. In der Vergangenheit scheint es die FINMA abgelehnt zu haben, beaufsichtigten Instituten in dieser Hinsicht Zusicherungen zu machen, da sie grundsätzlich zur Zusammenarbeit mit Strafbehörden verpflichtet ist.⁵⁹ Allerdings nennt die Leitlinie der FINMA zur Rechtshilfe gegenüber inländischen Strafbehörden privilegierte Dokumente ausdrücklich als möglichen Anwendungsfall von Art. 40 FINMAG.⁶⁰ Es steht im alleinigen Ermessen der FINMA, sich auf ihr Aufsichtsgeheimnis zu berufen.

Bislang hat sie dies wie erwähnt nur äusserst zurückhaltend getan.⁶¹ Es bleibt abzuwarten, ob die neue Rechtsprechung, welche die Risiken der Offenlegung privilegierter Unterlagen an die FINMA verdeutlicht hat, einen Einfluss auf die Praxis der FINMA haben und sich die Bedeutung des Aufsichtsgeheimnisses erhöhen wird. Selbst ohne explizite Zusicherung könnte der vermehrte Gebrauch des Aufsichtsgeheimnisses gegenüber anderen Behörden die Bereitschaft der beaufsichtigten Institute zur Kooperation steigern.

3. Fazit

Das Bundesgericht stellt klar, dass das Anwaltsgeheimnis grundsätzlich auch für interne Untersuchungen gilt, und zwar auch im Zusammenhang mit der Abklärung des Sachverhalts. Einige Fragen bleiben jedoch offen, insbesondere ob dies ebenfalls für reine Sachverhaltsermittlungen gilt (sofern denn solche in der Praxis überhaupt existieren) und ob ein Zusammenhang mit (hängigen oder unmittelbar drohenden) Rechtsstreitigkeiten erforderlich ist.

Aus unserer Sicht ist das Anwaltsgeheimnis im Zusammenhang mit internen Untersuchungen weit auszulegen. Es bildet die Grundlage für die freie und offene Kommunikation mit der Anwältin oder dem Anwalt und ist somit zentral für die Funktion des Berufsstandes in einem Rechtsstaat. Unsicherheiten über die Geltung des Anwaltsgeheimnisses oder komplexe Abgrenzungen führen zu Rechtsunsicherheit und limitieren die freie Kommunikation und letztlich den Zugang zum Recht über den Anwalt. Die Grenze für die weite Auslegung des Anwendungsbereiches stellt der Rechtsmissbrauch dar, etwa die Umgehung von Dokumentationspflichten oder das absichtliche Verstecken von Unterlagen beim Anwalt.

In einem arbeitsteilig organisierten Unternehmen ist die interne Untersuchung oft der einzige Weg, den Sachverhalt als Grundlage der Rechtsberatung zu ermitteln. Die interne Untersuchung bzw. das Bereitstellen von Informationen für den Anwalt übernimmt daher quasi die Funktion der offenen Kommunikation, etwa bei der Befragung von Mitarbeitenden. Daher muss die interne Untersuchung unter den Schutz des Anwaltsgeheimnisses fallen, ja ist gerade für Unternehmen ein zentraler Bestandteil des Anwaltsgeheimnisses. Dementsprechend ist auch der Bezug zur rechtlichen Tätigkeit des Anwalts bzw. der anwaltstypischen Tätigkeit im Rahmen der internen Untersuchung weit auszulegen. Es sollte hier z.B. kein enger Bezug zu bereits laufenden oder unmittelbar drohenden Rechtsstreitigkeiten gefordert werden. Angesichts der verbleibenden Unklarheiten ist es allerdings

⁵⁹ DAVID WYSS, Sicht der Aufsichtsbehörde, in: Romerio/Bazzani (Hrsg.), *Interne und regulatorische Untersuchungen II*, Zürich/Basel/Genf 2016, 84 f.

⁶⁰ Leitlinie der FINMA zur Rechtshilfe gegenüber inländischen Strafbehörden vom 20. November 2015, Ziffer 4.3.

⁶¹ CLAUDIA M. FRITSCHÉ/NADINE STUDER, *Arbeitsprodukte interner Untersuchungen*, AJP 2018, 168 ff., 175.

nach wie vor ratsam, Auftrag und Aufbau einer internen Untersuchung sorgfältig zu gestalten und nach Möglichkeit eine Verbindung zu einem laufenden oder potenziellen zukünftigen Rechtsstreit oder zumindest einer Rechtsfrage herzustellen.

An die FINMA freiwillig offengelegte Untersuchungsberichte bzw. darauf basierende Berichte oder Verfügungen der FINMA unterliegen nicht dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses. Mit diesem Entscheid stützt das Bundesgericht die Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörde mit Strafverfolgungsbehörden. Er stellt die beaufsichtigten Institute aber vor das Dilemma, ob sie auf Kosten des Anwaltsgeheimnisses vollumfänglich und proaktiv kooperieren oder im Gegenteil das Anwaltsgeheimnis wahren wollen und dafür Abstriche bei der Kooperation machen. Es wird sich zeigen, wie sich dies auf die Praxis auswirken und ob etwa die FINMA vermehrt das Aufsichtsgeheimnis anrufen wird.

Anzeige

Lea Ina Schneider

The Regulatory Landscape of Transnational Corporations

Embracing its Complexity by Adopting a Transnational Perspective

A variety of regulatory initiatives have emerged to regulate transnational corporations with respect to human rights and environmental standards. This thesis takes a transnational approach to better understand the complexity of the resulting regulatory landscape.

2024, 287 pages, hardcover
ISBN 978-3-03891-625-3
CHF 94.–



www.dike.ch/6253

Lea Ina Schneider

The Regulatory Landscape of Transnational Corporations

Embracing its Complexity by Adopting a Transnational Perspective

Application of the transnational perspective

DIKE 

DIKE 