

Beschluss vom 09.06.2011 – IX ZB 248/09, ZInSO 2011, 1520; BGH, Beschluss vom 14.07.2016 – IX ZB 52/15, ZInSO 2016, 1656.

IV. Finanzgerichtliche Entscheidungen mit strafrechtlicher Relevanz

Restschuldbefreiung und Steuerstraftaten - §§ 184 Abs. 1, 290 Abs. 1 Nr. 1, 302 Nr. 1 InsO.

Das Finanzamt darf durch Verwaltungsakt gemäß § 251 Abs. 3 AO feststellen, dass ein Steuerpflichtiger im Zusammenhang mit Verbindlichkeiten aus einem Steuerschuldverhältnis wegen einer Steuerstraftat rechtskräftig verurteilt worden ist. Der Steuerpflichtige ist auch dann wegen einer Steuerstraftat rechtskräftig verurteilt, wenn in einem Strafbefehl neben dem Schuldspruch eine Strafe bestimmt und die Verurteilung zu dieser Strafe vorbehalten worden ist. Die Feststellungsentscheidung des Finanzamts darf sich auf den Zinsanspruch beziehen, selbst wenn die strafrechtliche Verurteilung nicht wegen der Zinsen erfolgt ist.

BFH, Urteil vom 07.08.2018 – VII R 24/17, VII R 25/17, ZInSO 2018, 2674.

Zu der Entscheidung vgl. Steinhauß, jurisPR-SteuerR 50/2018 Anm. 2; s. auch Füllsack, BB 2018, 2920, sowie Lindwurm, AO-StB 2019, 2

Internationales

Strafverfahrensrecht

Dr. Daniel M. Gajek, Frankfurt a.M., Dr. Carolin Raspé und Dr. Julia Schlösser-Rost, beide Berlin

Das Anwaltsprivileg im englischen und US-amerikanischen Recht (Teil II)

I. Einleitung

In Anknüpfung an den ersten Teil dieses Aufsatzes zum Anwaltsprivileg in den USA (siehe Heft 4/2018, Seiten 200 - 212) behandelt dieser zweite Teil die *US-Work-Product* Doktrin und den Schutz von Anwaltskommunikation im englischen Recht.

II. *US-Work Product* Doktrin¹

Die US-amerikanische *Work-Product Doktrin* schützt Materialien, die in Vorbereitung auf oder in Erwartung eines Rechtsstreits erstellt wurden, vor einer Offenlegung im Prozess gegenüber der gegnerischen Partei. Sie wurde in der Entscheidung des Supreme Court *Hickman v. Taylor* (1947)² entwickelt und wurde 1970 in den *Federal Rules of Civil Procedure* (Fed. R. Civ. P.) in 26(b)(3) sowie entsprechenden Regelungen auf bundesstaatlicher Ebene kodifiziert.³ Die Doktrin stammt zwar aus dem Zivilrecht, ist aber seitdem auch in strafrechtlichen Prozessen und in *Grand Jury Proceedings* angewandt⁴ und in den *Federal Rules of Criminal Procedure* (Fed. R. Crim. P.) 16(b)(2) kodifiziert worden.

¹ Die Bearbeiter danken Karolin Borchering, Studentin an der Ludwig-Maximilians-Universität München, für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Teils.

² 329 U.S. 495 (1947).

³ Es bestehen Unterschiede zwischen *federal courts* und *state courts* im Umgang mit der Doktrin. Während die nationalen Gerichte sowohl an die Fed. R. Civ. P. als auch an nationale Rechtsprechung gebunden sind, orientieren sich die *state courts* bei der Anwendung der *Hickman*-Richtlinien mehr am *case law* des jeweiligen Staates, sodass im Einzelfall Abweichungen von Fed. R. Civ. P. 26(b)(3) möglich sind. Größtenteils folgen die Gerichte allerdings einer einheitlichen Linie.

⁴ In re Special September 1978 Grand Jury (II), 640 F.2d 49, 61 (C.A.III., 1980).

Sinn und Zweck der Doktrin ist es, eine optimale Repräsentation und Vorbereitung des Prozesses durch einen Anwalt zu ermöglichen, ohne die Gegenseite auf die dafür erforderliche Kommunikation zugreifen zu lassen. Die Doktrin schützt somit die Vertraulichkeit der Prozessvorbereitung und den streitigen Prozess. Wären Anwälte und andere Repräsentanten einer Partei verpflichtet, die Ergebnisse ihrer Arbeit der anderen Seite offenzulegen, so würden sich Parteivertreter nur noch auf die Arbeit der jeweils anderen Partei verlassen und dadurch nicht mehr dem Grundsatz der bestmöglichen Repräsentation gerecht werden. Die Doktrin dient also nicht den Partikularinteressen – weder denen des Klägers noch des Beklagten oder des Anwalts. Stattdessen dient sie der Bewahrung und dem Schutz des US-amerikanischen, kontradiktorischen Prozesssystems selbst und soll eine Atmosphäre schaffen, in der die Anwälte beider Seiten bestmöglich arbeiten können, ohne durch eine unbegrenzte *Discovery* eingeschränkt zu werden. Die Doktrin limitiert somit die Reichweite der *Discovery*.

1. Voraussetzungen

Reichweite und Umfang der Doktrin sind nicht einheitlich definiert, insbesondere unterscheidet sich die in *Hickman v. Taylor* (1947) entwickelte Doktrin teilweise von den Kodifizierungen in Fed. R. Civ. P. 26(b)(3) und Fed. R. Crim. P. 16(b)(2).⁵ Im Wesentlichen lassen sich aber folgende Voraussetzungen identifizieren: Es muss sich (1) um Dokumente oder andere materielle Gegenstände handeln, die (2) in Vorbereitung auf oder in Erwartung eines Rechtsstreits (3) von einer Partei oder einem Repräsentanten der Partei erstellt wurden. Die Beweislast liegt bei der Partei, die sich auf die Schutzwirkung der Doktrin beruft, die gegnerische Partei muss hingegen das *Showing Requirement* – also die Grenze - beweisen, wenn sie sich darauf berufen möchte.⁶

a) Dokumente oder andere materielle Gegenstände

Die Doktrin erfasst nur Dokumente und andere materielle Gegenstände.⁷ Insofern ist sie enger als das Anwaltsprivileg, das z.B. auch Gedanken, geistige Impressionen und Erinnerungen umfasst. Erfasst sind Interviews, Zeugenaussagen, Memoranda, Korrespondenz, Unterlagen usw.⁸

Zu differenzieren ist zwischen *Ordinary Work Product* und *Opinion Work Product*. Letzteres umfasst alle Dokumente und materiellen Gegenstände, die die geistigen Eindrücke, Schlussfolgerungen, Meinungen oder Rechtstheorien des Anwalts oder eines anderen Vertreters einer Partei wiedergeben.⁹ Alle Materialien, die nicht *Opinion Work Product* sind, sind *Ordinary Work Product*. Diese Unterscheidung wird bei der Feststellung der Schutzwirkung relevant: Das *Opinion Work Product* genießt einen deutlich weitergehenden Schutz als das *Ordinary Work Product*, s.u. bei 3.¹⁰

b) In Vorbereitung auf oder in Erwartung eines Rechtsstreits oder Prozesses

Das *Work Product* ist nur geschützt, wenn es in Vorbereitung auf oder in Erwartung eines Rechtsstreits erstellt wurde. Auch Dokumente, die im Rahmen der Vorbereitung auf einen Vergleich erstellt wurden, unterfallen der Doktrin.¹¹ Abzugrenzen ist es also insbesondere von solchen Dokumenten o.Ä., die im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit erstellt wurden (sog. *Ordinary Business Exception*).¹² Diese Abgrenzung erfolgt auf rein faktischer Basis.¹³ Ein Kriterium ist dabei, ob die betreffenden Materialien, wie beispielsweise Finanzberichte, regelmäßig und unabhängig von eventuellen Rechtsstreitigkeiten erstellt wer-

⁵ Die Kodifizierungen beziehen sich nur auf die *pretrial discovery*; beide schützen explizit Materialien, die von Repräsentanten des Anwalts erstellt wurden; die Strafnorm beschränkt die Offenlegung von Gedankeneindrücken des Anwalts unabhängig von einem *good cause showing* und die Zivilnorm umfasst wörtlich nur materielle Gegenstände im Gegensatz zu mündlichen Aussagen.

⁶ *Coastal Corp. v. Duncan*, 86 F.R.D. 514, 522 (1980); *United States v. AT&T*, 86 F.R.D. 603, 627 (1979); *Feldman v. Pioneer Petroleum, Inc.*, 87 F.R.D. 86, 88 (W.D. Okla. 1980).

⁷ Fed. R. Civ. P. 26(b)(3): “documents and other tangible things”.

⁸ *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 511 (1947).

⁹ Fed. R. Civ. P. 26(b)(3)(B).

¹⁰ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 401-02 (1980).

¹¹ *FTC v. Boehringer Ingelheim Pharmaceuticals* 778 F.3d 142 (D.C. Cir. 2015).

¹² 54 F.R.D. 367, 372 (N.D. Ill. 1972).

¹³ Fed. R. Civ. P. 26(b)(3).

den; in diesem Fall entfällt die Schutzwirkung der Doktrin.¹⁴ Dasselbe gilt für Materialien, deren Erstellung gesetzlich vorgeschrieben ist.¹⁵

Die Materialien müssen nicht ausschließlich für die Vorbereitung von Rechtsstreitigkeiten erstellt bzw. zusammengestellt worden sein, allerdings ist ein gewisser Bezug zu konkreter *Litigation* erforderlich.¹⁶ Einige Gerichte haben sich an einer klarstellenden Definition des erforderlichen Zusammenhangs versucht. Teilweise wurde argumentiert, dass die Materialien dann geschützt sind, wenn sie „mit Blick auf Rechtsstreitigkeiten“ erstellt wurden.¹⁷ In *Thomas Organ Co. v. Jadranska Plovidba*¹⁸ entschied das Gericht beispielsweise, dass Dokumente, die zeitlich vor der Konsultation mit einem Anwalt entstanden sind und nur unter „speculative contemplation of possible litigation“ in Auftrag gegeben wurden, nicht von der Doktrin geschützt sind.¹⁹ Andere Gerichte setzten für die Anwendbarkeit der Doktrin nur voraus, dass bereits spezifische Ansprüche entstanden sind. Dass noch nicht Klage erhoben wurde bzw. unklar ist, ob jemals Klage erhoben wird, sei dabei unbeachtlich.²⁰ Kombiniert man diese beiden Ansichten, so sind zwei Kriterien entscheidend: (1) Liegt ein Klagegrund mit individualisierbaren potenziellen Parteien vor? (2) Ist die Wahrscheinlichkeit, dass Klage erhoben wird, hinreichend groß? Können beide Fragen mit „ja“ beantwortet werden, wurden die betreffenden Materialien „in anticipation of litigation“ erstellt.²¹

All diese Formulierungen und Regelungen können jedoch nur als Faustregeln und Anhaltspunkte genutzt werden; es muss weiterhin auf Basis des individuellen Falls entschieden werden.²²

Umstritten ist auch, ob solche Dokumente von der Doktrin erfasst sind, die mit Blick auf frühere Streitigkeiten erstellt wurden oder ob nur solche Materialien erfasst sind, die sich auf den aktuellen Streit beziehen. Die Gerichte des Fourth und Sixth Circuits haben in Urteilen die Meinung vertreten, dass der Schutz der für eine frühere Streitigkeit erstellten Dokumente unverändert und uneingeschränkt weiterbesteht.²³ Andere Gerichte haben einen Zusammenhang zwischen der früheren und der aktuellen Streitigkeit gefordert;²⁴ wiederum andere argumentieren, dass in einem neuen Streit mit neuen Parteien der Schutz nicht weiterbesteht und die Materialien aus dem früheren Fall somit uneingeschränkt der *Discovery* unterliegen.

c) Von einer Partei

Geschützt werden die Arbeitsergebnisse von einer Partei oder Repräsentanten der Partei, namentlich Anwälten, Beratern, Bürgen, Sicherheitsgebern, Versicherern oder Agenten.²⁵ Anders als beim Anwaltsprivileg sind also nicht nur Anwalt und Mandant, sondern ein deutlich weiterer Personenkreis, geschützt. Dieser Kreis ist durch den Parteibegriff beschränkt; *Nonparty work* ist somit nicht von der Doktrin geschützt.²⁶

Weder in *Hickman v. Taylor* noch in Fed. R. Civ. P. 26(b)(3) findet sich eine ausdrückliche Regelung, wer sich auf die Doktrin berufen kann. Regelmäßig wird von Gerichten aber davon ausgegangen, dass, anders als beim Anwaltsprivileg, Inhaber des Schutzes der Anwalt selbst ist und nicht der Mandant.²⁷ Es stellt sich dann weiter die Frage, ob die Doktrin per-

¹⁴ Fed. R. Civ. P. 26(b)(3) Advisory Committee Note.

¹⁵ *Goosman v. A. Duie Pyle Inc.*, 320 F.2d 45, 52 (4th Cir. 1963); *Galambus v. Consolidated Freightways*, 64 F.R.D. 468, 472 (N.D. Ind. 1974).

¹⁶ *GAF Corp. v. Eastman Kodak Co.*, 85 F.R.D. 46, 50-51 (S.D.N.Y. 1979); ebd.: „documents (...) prepared solely for purposes other than trial preparation are not protected“.

¹⁷ *Z.B. Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 511 (1947); *Sterling Drug Inc. v. Harris*, 488 F. Supp. 1019, 1026 (S.D.N.Y. 1980); *United States v. Bonnell*, 483 F. Supp. 1070, 1078 (D. Minn. 1979); *Sylgab Steel & Wire Corp. v. Imoco-Gateway Corp.*, 62 F.R.D. 454, 457 (N.D. Ill. 1974).

¹⁸ 54 F.R.D. 367 (N.D. Ill. 1972).

¹⁹ Siehe auch Judge Will, ebd.: „no document authored prior to the consultation of an attorney may be deemed to have been prepared in anticipation of litigation (...)“; so auch Judge Layton in *Spaulding v. Denton*, 68 F.R.D. 342 (D. Del. 1975).

²⁰ *Almaguer v. Chicago Rock Island & Pac. R.R.*, 55 F.R.D. 147, 149 (D. Neb. 1972); *American Optical Corp. v. Medtronic*, 56 F.R.D. 426, 430-31 (D. Mass. 1972); *Stix Products, Inc. v. United Merchants & Manufacturing, Inc.*, 47 F.R.D. 334, 337 (S.D.N.Y. 1969).

²¹ Cohn, *The Work Product Doctrine: Protection, Not Privilege*, Georgetown University Law Journal, 1984.

²² *Anderson, Cadieux, Hays E., Hingerty, Work Product Doctrine*, 68 Cornell L. Rev. 760 (1983) p. 847.

²³ *United States v. Leggett & Platt, Inc.*, 542 F.2d 655, 660 (6th Cir. 1976); *Duplan Corp. v. Moulinage (I)*, 487 F.2d 480, 483-84 (4th Cir. 1973).

²⁴ *U.a. Republic Gear Co. v. Borg-Warner Corp.*, 381 F.2d 551, 557 (2nd Cir. 1967); *Midland Inv. Co. v. Van Alstyne, Noel & Co.*, 59 F.R.D. 134, 138 (S.D.N.Y. 1973).

²⁵ Fed. R. Civ. P. 26(b)(3)(A).

²⁶ Ebd.

²⁷ *State Comp. Ins. Fund v. Superior Court* (2001) Cal.App.4th 1080, 1091; *Hercules Inc. v. Exxon Corp.*, 434 F. Supp. 136, 156 (D. Del. 1977): „work product immunity may be invoked only by an attorney“.

sonen- oder kanzleibezogen ist. Dies kann relevant werden, wenn mehrere Anwälte einer Kanzlei in die Erstellung von Arbeitsprodukten involviert sind, diese im Prozess Arbeitsprodukte offenlegen wollen und einer der Anwälte zum Zeitpunkt des Rechtsstreits die Kanzlei bereits verlassen und ggf. nicht auf die Schutzwirkung verzichtet hat. Die Frage, ob der Schutz dem einzelnen Anwalt oder der Kanzlei zusteht, ist noch nicht eindeutig geklärt. Im Jahr 2017 entschied der *California Court of Appeal*, dass die Kanzlei und nicht der Einzelanwalt sich auf die Schutzwirkung der Doktrin berufen und somit auch auf diese verzichten kann.²⁸ Gerade aufgrund der steigenden Größe von Verfahren und Anwaltsteams, wird die Bedeutung dieser Frage vermutlich weiter zunehmen.

2. Ausnahmen

a) Crime/Fraud

In bestimmten Situationen werden jedoch auch Materialien im Sinne der oben genannten Definition (vgl. 1.a)) nicht geschützt. Dies ist dann der Fall, wenn die Materialien nicht bloße Beweismittel, sondern selbst streitige Tatsachen darstellen. Eine solche Situation ergibt sich beispielsweise, wenn der Anwalt möglicherweise wegen (Beteiligung an einem) Betrug oder wegen eines anderen Delikts bzw. Verbrechens angeklagt wird.²⁹ Ebenfalls ist die *Crime/Fraud Exception* einschlägig, wenn die entsprechenden Materialien zum Zwecke eines Betruges oder anderen Verbrechens angefertigt wurden. Diese sind dann nicht geschützt.

b) Attorney's Conduct

Auch greift der Schutz nicht, wenn anwaltliches Fehlverhalten im Raum steht oder sogar zentral für den Fall ist. Dann können die streitgegenständlichen Materialien im Rahmen der *Discovery* angefordert werden.³⁰

c) Parteiaussagen

Aussagen, die eine Partei gegenüber der Gegenseite getätigt hat, fallen anders als Zeugenaussagen nicht unter die Doktrin. Gemäß Fed. R. Civ. P. 26(b)(3)(C) kann eine Partei jederzeit eine Kopie ihrer eigenen Aussage von der Gegenseite anfordern, ohne *Substantial Need* darlegen zu müssen.

d) Expertenaussagen

Fed. R. Civ. P. 26(b)(4) enthält eine Sonderregelung für Informationen, die von einem von einer Partei beauftragten Experten erlangt wurden (gleich, ob die Informationen bereits an die Partei weitergegeben wurden oder nicht). Diese Informationen gelten als *Work Product*.³¹ Im Rahmen der *Discovery* ist zu differenzieren zwischen Sachverständigen (*Expert Witnesses*), die im Verfahren aussagen und *Non-Testifying Experts*, die „nur“ für die interne Vorbereitung einer Partei herangezogen werden. Der Schutzstandard für *Expert Witnesses* ist niedrig: Um einen Sachverständigen im Prozess effektiv verhören zu können, ist eine angemessene Vorbereitung mit ausreichend Informationen notwendig. Nach Fed. R. Civ. P. 26(b)(4)(A) sind also die Informationen und Meinungen eines Sachverständigen nicht geschützt. Anderes gilt für Experten, die nur im Rahmen der Vorbereitung des Prozesses tätig werden: Hier muss die gegnerische Partei, um den Schutz der Doktrin zu überwinden, „*exceptional circumstances*“ darlegen, die es der Partei erschweren, vergleichbare Informationen aus einer anderen Quelle zu erlangen.³²

3. Grenzen

Anders als das absolut wirkende Anwaltsprivileg ist die *Work-Product Doktrin* ein qualifizierter Schutz und kann begrenzt sein.³³ Einerseits kann der Schutz durch ein sog. *Proper Showing* der Gegenpartei überwunden werden (a),³⁴ andererseits ist wie beim Anwaltsprivileg

²⁸ Tucker Ellis LLP v. Superior Court (2017) 12 Cal.App.5th 1233.

²⁹ In re Sealed Case, 676 F.2d 793, 807 (D.C. Cir. 1982).

³⁰ SEC v. National Student Marketing Corp., 18 Fed. R. Serv. 2d (Callaghan) 1302, 1304 (D.D.C. 1974); in re Sealed Case, 676 F.2d 793, 807 (D.C. Cir. 1982).

³¹ Fed. R. Civ. Prod. 26(b)(4), Notes of Advisory Committee, 1970 Amendment.

³² Fed. R. Civ. Prod. 26(b)(4)(D).

³³ Fed. R. Civ. P. 26(b)(3).

³⁴ Fed. R. Civ. P. 26(b)(3).

auch der Verzicht möglich (b). Dabei muss differenziert werden zwischen *Ordinary* und *Opinion Work Product*: Die Veröffentlichung eines *Ordinary Work Product* kann mittels des *Showings* erzwungen werden, während dem *Opinion Work Product* ein deutlich höheres Schutzniveau zugestanden wird.³⁵ Teils wird vertreten, dass der Schutz absolut ist (vgl. Wortlaut von Fed. R. Civ. P. 26(b)(3): „it must protect against disclosure of the mental impressions, conclusions, opinions, or legal theories of a party’s attorney or other representative concerning the litigation“),³⁶ teils wurden nur höhere Anforderungen an die Voraussetzungen der Regel gestellt.³⁷

a) Showing Requirement

Die Voraussetzungen für eine Freigabe ergeben sich aus Fed. R. Civ. P. 26(b)(3)(A)(ii): Die Partei, die die Freigabe erreichen will, muss nachweisen, dass sie die Informationen für eine ordnungsgemäße Vorbereitung des Falles benötigt (*Substantial Need*) und dass sie ohne unangemessene Schwierigkeiten (*Undue Hardship*) auch kein funktionelles Äquivalent der gesuchten Information erhalten kann (*Lack of a Substantial Equivalent*).

aa) Substantial Need

Die Definition von *Substantial Need* stammt aus der *Hickman*-Entscheidung des Supreme Court, der entschied, dass der Schutz der Doktrin nicht bereits dadurch überwunden werden kann, dass die gewünschte Information relevant für den Gegenstand des Prozesses ist.³⁸ Stattdessen wurde vorausgesetzt, dass die gewünschte Information für eine ordnungsgemäße Klagevorbereitung unerlässlich ist.³⁹ Andere Gerichte haben diese Voraussetzung dahingehend konkretisiert, dass es nicht ausreicht, dass eine Freigabe den Streit beschleunigen oder die benötigte Menge an Beweismaterial reduziert würde.⁴⁰

bb) Undue Hardship

Unzumutbare Schwierigkeiten sind gegeben, wenn eine Partei versucht hat, die in den angeforderten Dokumenten enthaltenen Informationen anderweitig zu erhalten, aber nicht in der Lage ist, dies ohne große Anstrengungen zu tun; sie darf nicht wissen, wo sie sonst noch vergleichbare Informationen erhalten kann; oder sie muss nachweisen, dass die Informationen an anderer Stelle völlig fehlen bzw. unmöglich herauszufinden sind.⁴¹ Dies ist beispielsweise gegeben, wenn ein Zeuge verstorben oder anderweitig nicht aufzufinden ist.⁴² Dass der Partei lediglich zusätzliche Kosten entstehen, ist jedoch nicht ausreichend.⁴³

cc) Lack of a Substantial Equivalent

Existiert ein funktionelles Äquivalent für die gesuchte Information aus einer anderen Quelle, beispielsweise wenn statt einem Augenzeugenbericht ein polizeilicher Bericht bzgl. desselben Ereignisses vorliegt, so kann der Schutz der Doktrin nicht überwunden werden.⁴⁴ Eine Partei hat kein Recht, ein bestimmtes Dokument zu erhalten, bloß weil sie nicht dieselben Informationen von derselben Person erhalten kann.⁴⁵

b) Verzicht (*Waiver*)

Wie auf das Anwaltsprivileg kann auch auf den Schutz der *Work-Product* Doktrin verzichtet werden. Allerdings besteht ein struktureller Unterschied zum Anwaltsprivileg: Während die Doktrin nur vor der Offenlegung gegenüber der gegnerischen Partei schützt, gewährt das Anwaltsprivileg völlige Vertraulichkeit. Daraus folgt, dass die Grundsätze des Verzichts auf das Anwaltsprivileg keine direkte Anwendung auf die Doktrin finden. So kann in der Offenlegung gegenüber unbeteiligten Dritten kein Verzicht auf den Schutz der Doktrin gesehen

³⁵ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 401-02 (1980).

³⁶ *In re Grand Jury Proceedings (Duffy)*, 473 F.2d 840, 848 (8th Cir. 1973); *In re Grand Jury Investigation (Sturgis)*, 412 F. Supp. 943, 949 (E.D. Pa. 1976).

³⁷ *Xerox v. IBM*, 64 F.R.D. 367, 378 (S.D.N.Y. 1974); *Duplan Corp. v. Deering Milliken Inc.*, 397 F. Supp. 1146, 1200 (D.S.C. 1975); *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 385 (1981).

³⁸ 329 U.S. 495, 509-10 (1947).

³⁹ 329 U.S. 495, 511 (1947).

⁴⁰ *Brennan v. Engineered Prods.*, 506 F.2d 299, 303 (8th Cir. 1974).

⁴¹ *Cornell L. Rev.* Vol. 760, 1983, p. 801.

⁴² *Xerox v. IBM*, 64 F.R.D. 367, 382 (S.D.N.Y. 1974).

⁴³ *Arney v. George A. Hormel & Co.*, 53 F.R.D. 179, 181 (D. Minn., 1971).

⁴⁴ Vgl. *Rackers v. Siegfried*, 54 F.R.D. 24, 26 (W.D. Mo. 1971).

⁴⁵ *Ebd.*

werden.⁴⁶ Auch geht mit dem Verzicht auf das Anwaltsprivileg nicht der Verzicht auf den Schutz der Doktrin einher.⁴⁷

Inhaber des Schutzes ist wie oben beschrieben der Anwalt selbst. Ein Verzicht kann also nur durch den Anwalt erfolgen; der Mandant hat grundsätzlich nicht das Recht zum Verzicht.⁴⁸

Ein Verzicht kann konkludent durch ein bestimmtes Verhalten erklärt werden. Es gilt der Grundsatz, dass sich eine Partei dann nicht vor Gericht auf den Schutz der Doktrin berufen kann, wenn sie sich in einer Weise verhält, die dem Sinn und Zweck der Doktrin widerspricht.⁴⁹ Zum Beispiel ist dies der Fall, wenn die betreffenden Materialien der Gegenseite vorgelegt werden. Zudem liegt ein Verzicht vor, wenn eine Partei das geschützte Material nutzt, um einen Prozessvorteil zu erlangen. So wurde in *United States v. Nobles* entschieden, dass zwar die auf Anraten eines Anwalts hin erfolgte Recherche und deren Resultate einer Partei dem Schutz unterliegen, der die Partie vertretende Anwalt auf den Schutz allerdings insoweit verzichtet hatte, wie sich eine Zeugenaussage auf die Rechercheergebnisse bezog⁵⁰ oder ein Zeuge mit der Unterlage vorbereitet wurde.⁵¹ Auch wenn die *Work-Product* Doktrin in böswilliger Absicht (*Bad Faith*) geltend gemacht wird, kann das Gericht einen „erzwungenen“ Verzicht anordnen.⁵²

Einigen Gerichten zufolge kann allerdings auch der Mandant selbst den Verzicht erklären. So wurde beispielsweise geurteilt, dass Dokumente, die bereits vor dem konkreten Streit freiwillig durch den Mandanten veröffentlicht wurden, nicht mehr durch die Doktrin geschützt sind.⁵³ Dies soll sowohl für das *Ordinary* als auch für das *Opinion Work Product* gelten.⁵⁴ Generell verzichtet ein Mandant auf alle Privilegien und Schutzmechanismen, die mit einem Dokument zusammenhängen, wenn er das Dokument an eine staatliche Stelle weitergibt.⁵⁵

III. Schutz von Anwaltskommunikation im englischen Recht

Im englischen Recht kann Anwaltskommunikation im Wesentlichen über das *Legal Advice Privilege* und das *Litigation Privilege* vor behördlichen Herausgabeverlangen sowie der zivilprozessualen Offenlegungspflicht (*Disclosure*) geschützt werden.⁵⁶

1. Legal Advice Privilege

Das *Legal Advice Privilege* ähnelt dem in Teil I dieses Beitrags behandelten *Attorney-Client Privilege* unter US-Recht. Es soll sicherstellen, dass ein Mandant seinem Anwalt alle für die Beurteilung einer rechtlichen Frage relevanten Fakten mitteilen kann, ohne befürchten zu müssen, dass diese Kommunikation hinterher in einem Verfahren offengelegt und zu seinem Nachteil verwendet wird.⁵⁷ Es handelt sich um ein fundamentales Menschenrecht, das ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht durch entgegenstehende öffentliche Interessen verdrängt werden kann.⁵⁸

⁴⁶ *In re Sealed Case*, 676 F.2d 793, 809 (D.C. Cir. 1982).

⁴⁷ *In re Sealed Case* 676 F.2d 793, 808-09 (D.C. Cir. 1982); *Hercules, Inc. v. Exxon Corp.*, 434 F. Supp 136, 156 (D. Del. 1977).

⁴⁸ *Hercules, Inc. v. Exxon Corp.*, 434 F. Supp 136, 156 (D. Del. 1977); *Donovan v. Fitzsimmons*, 90 F.R.D. 583, 587 (N. D. Ill. 1981).

⁴⁹ *In re Sealed Case*, 676 F.2d 793, 818, 219 U.S.App.D.C. 195, 220 (C.A.D.C., 1982).

⁵⁰ *United States v. Nobles*, 422 U.S. 225, 239 (1975).

⁵¹ Fed. R. Evid. 612.

⁵² *United States v. Reserve Mining Co.*, 412 F. Supp. 705, 710 (D. Minn. 1976).

⁵³ *In re Sealed Case*, 676 F.2d 793, 822-23 (D.C. Cir. 1982).

⁵⁴ Ebd., 824.

⁵⁵ Ebd.; *In re Special September 1978 Grand Jury*, 640 F.2d 49 (7th Cir. 1980).

⁵⁶ In diesem Beitrag nicht näher behandelt werden das *Joint Privilege*, *Common Interest Privilege* und *Without Prejudice Privilege*. Das *Joint Privilege* entsteht, wenn zwei oder mehr Parteien gemeinsam denselben Anwalt mandatieren oder auch ohne gemeinsam mandatierten Anwalt ein gemeinsames Interesse am Inhalt einer geschützten Kommunikation haben. Das *Common Interest Privilege* greift, wenn eine Partei einer anderen Partei ein geschütztes Dokument zeigt und man ein gemeinsames Interesse am Inhalt des Dokuments hat oder ein gemeinsames Interesse in einem Rechtsstreit hat, in dessen Kontext das Dokument erstellt wurde. Das *Without Prejudice Privilege* schützt Kommunikation zwischen Parteien eines Rechtsstreits vor der Vorlage vor Gericht, wenn die Kommunikation auf einen Vergleich zielt.

⁵⁷ Lord Hoffmann in *R v Special Commissioners of Income Tax Exp. Morgan Grenfell & Co Ltd* [2002] UKHL 21 Rn. 7, bestätigt durch Lord Scott in *Three Rivers District Council and Others v Governor and Company of the Bank of England (No. 6)* [2004] UKHL 48.

⁵⁸ *B and Others v Auckland District Law Society and Another* [2003] UKPC 38, bestätigt durch Lord Scott in *Three Rivers District Council and Others v Governor and Company of the Bank of England (No. 6)* [2004] UKHL 48 Rn. 25.

Das *Legal Advice Privilege* findet auf (1) Kommunikation (2) zwischen Anwalt und Mandant Anwendung, die (3) vertraulich ist und (4) dem Zweck dient, Rechtsrat zu erteilen oder zu erhalten.⁵⁹

a) Kommunikation

Das *Legal Advice Privilege* schützt den direkten schriftlichen oder mündlichen Austausch zwischen Anwalt und Mandant. Erfasst sind darüber hinaus die *Lawyers' Privileged Working Papers*, also die anwaltlichen Arbeitsunterlagen, die zwar nicht Gegenstand der Mandantenkorrespondenz sind, aber die Beratung vorbereiten (z.B. Anwaltsnotizen zum Sachverhalt oder zu Rechercheergebnissen).⁶⁰ Auch vorbereitende Entwürfe, die nicht vom Anwalt an den Mandanten übermittelt wurden, werden vom *Legal Advice Privilege* geschützt.

b) Persönlicher Schutzbereich

aa) Anwalt

Das *Legal Advice Privilege* findet – anders als das *Litigation Privilege* – nur auf Kommunikationen zwischen Anwalt und Mandant Anwendung. Das bedeutet, dass es nicht auf Kommunikation mit Dritten anwendbar ist, die nicht als Rechtsanwälte zugelassen sind (z.B. andere professionelle Berater oder Sachverständige wie Buchhalter oder Wirtschaftsprüfer).⁶¹ Das gilt auch dann, wenn die Kommunikation mit diesen Beratern Rechtsrat umfasst⁶² und die mandatierende Partei davon ausging, dass die den Rechtsrat erteilende Person zugelassener Anwalt ist.⁶³

Anwalt sind zunächst alle *Solicitors, Barristers* und Unternehmensjuristen mit *Practising Certificates* in England. Kommunikation an und von Unternehmensjuristen ist geschützt, solange sie rechtlichen Rat und nicht Beratung zu Management-, Administrations- oder kommerziellen Themen zum Inhalt hat. Etwas anderes gilt nach EU-Recht, für das der Europäische Gerichtshof entschieden hat, dass Kommunikation mit Unternehmensjuristen aufgrund der mit ihrer Rolle als Angestellte einhergehenden Abhängigkeit von ihrem Arbeitgeber nicht vom Anwaltsgeheimnis geschützt wird.⁶⁴

Ebenfalls als Anwälte einzuordnen sind ordentlich zugelassene ausländische Anwälte⁶⁵ sowie zugelassene ausländische Unternehmensjuristen. Ob dies auch nach EU-Recht für nicht in der EU zugelassene Anwälte gilt, ist noch nicht entschieden worden.⁶⁶

bb) Dritte auf Seiten des Anwalts

Handeln andere Personen für den Anwalt, wie z.B. dessen nicht-anwaltliche Mitarbeiter (etwa Sekretärinnen oder *Trainees*), kann die Kommunikation unter das *Legal Advice Privilege* fallen, wenn die Personen adäquat von dem Anwalt überwacht werden.

cc) Mandant

Ist der Mandant keine natürliche Person, sondern ein Unternehmen, so handeln dessen Mitarbeiter für das Unternehmen und es stellt sich die Frage, welche Mitarbeiter als Mandant einzuordnen sind. Ausweislich der aktuellen Rechtsprechung soll das *Legal Advice Privilege* nur für Kommunikation mit Mitarbeitern gelten, die dazu ermächtigt sind, für das Unternehmen mit Rechtsanwälten zu kommunizieren. Kommunikationen von sonstigen Mitarbeitern mit Anwälten sind nach dieser sogenannten *Three Rivers 5*-Rechtsprechung folglich nicht geschützt.⁶⁷ Daraus folgt, dass interne Dokumente anderer Mitarbeiter, die der Vorbereitung des Erhalts von Rechtsrat dienen sollen, jedoch nicht von dem Kreis autorisierter Mitarbeiter stammen, nicht geschützt sind. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Kom-

⁵⁹ *Three Rivers District Council & Others v Governor & Company of the Bank of England (No. 6)* [2004] UKHL 48.

⁶⁰ Vgl. die Darstellung von Lord Neuberger, Präsident des englischen Supreme Court, Vortrag v. 9.3.2016, Rn. 5 ff., abrufbar unter www.supremecourt.uk/docs/speech-160309.pdf.

⁶¹ *R (on the application of Prudential plc and another) v Special Commissioner of Income Tax and another* [2013] UKSC 1.

⁶² *R (on the application of Prudential plc and another) v Special Commissioner of Income Tax and another* [2013] UKSC 1.

⁶³ *Walter Lilly and Company Limited v Mackay and another* [2012] EWHC 649 (TCC).

⁶⁴ *Akzo Nobel Chemicals Limited and Another v European Commission* [2010] C-550/07 P.

⁶⁵ *Minnesota Mining and Manufacturing v Rennicks (UK) Ltd (No. 1)* [1991] F.S.R. 97, 98.

⁶⁶ *AM&S Europe Limited v Commission of the European Communities* [1982] 155/79.

⁶⁷ *Three Rivers District Council and Others v Governor and Company of the Bank of England (No. 5)* [2003] EWCA Civ 474.

munikation über den Vertreter einer als Mandant einzuordnenden Person erfolgt, der nur als *Medium of Communication* agiert, also die Kommunikation weder selbst erstellt noch verändert⁶⁸ (z.B. die Sekretärin eines autorisierten Mitarbeiters, die eine E-Mail von diesem Mitarbeiter weiterleitet).

Kürzlich hat die *Queen's Bench Division* des *High Court of Justice of England and Wales*⁶⁹ (im Folgenden *High Court*) Kritik an der engen Auslegung des Mandantenbegriffs durch die *Three Rivers 5*-Rechtsprechung in Form einer unverbindlichen Beobachtung geübt. Denn danach sind Kommunikationen zwischen Mitarbeitern und der Rechtsabteilung eines Unternehmens dann nicht vom *Legal Advice Privilege* erfasst, wenn die Mitarbeiter nicht vom Unternehmen beauftragt waren, rechtlichen Rat für das Unternehmen einzuholen.⁷⁰ In der Folge sind etwa Interviewnotizen zu Interviews im Rahmen interner Untersuchungen, die die interne Rechtsabteilung mit Mitarbeitern durchgeführt hat, nicht geschützt, sofern die Mitarbeiter nicht vom Unternehmen zur Einholung rechtlichen Rats autorisiert sind. Die *Queen's Bench Division* hat hierzu angemerkt, dass sie hiervon abweichen würde, weil dies letztlich zu einer ungleichen Behandlung kleinerer Unternehmen und multinationaler großer Konzerne führt.⁷¹ In kleineren Unternehmen werden relevante Informationen häufig der Geschäftsführung vorliegen, die in der Regel immer berechtigt sein wird, rechtlichen Rat für das Unternehmen einzuholen. Kommunikation der Geschäftsführung mit internen Rechtsberatern wird daher regelmäßig unter das *Legal Advice Privilege* fallen. Das gilt nicht für große multinationale Konzerne, da die relevanten Informationen hier bei verschiedenen Mitarbeitern in der Hierarchiekette liegen können, die nicht alle zur Einholung von Rechtsrat für das Unternehmen autorisiert sind. Deren Gespräche mit internen Rechtsberatern unterfallen folglich nicht dem *Legal Advice Privilege*. Die *Queen's Bench Division* hat kritisiert, dass es große Unternehmen in letzter Konsequenz von der Einleitung interner Ermittlungen abhalten kann, wenn die nachfolgende unternehmensinterne Kommunikation nicht vom *Legal Advice Privilege* geschützt wird.

c) Vertraulichkeit der Kommunikation

Das *Legal Advice Privilege* setzt voraus, dass es sich um eine vertrauliche Kommunikation handelt. Es geht daher verloren, wenn die Kommunikation öffentlich wird. Folglich besteht z.B. dann kein *Legal Advice Privilege*, wenn gegnerische Parteien miteinander kommunizieren oder Notizen zu gemeinsamen Treffen erstellen (mit Ausnahme von „*without prejudice*“ Kommunikationen, bei denen Parteien Informationen im Rahmen von Vergleichsverhandlungen austauschen).⁷²

d) Rechtsrat als Zweck der Kommunikation

Erfasst ist nicht nur Kommunikation, in der dem Mandanten der Inhalt von Gesetzen erläutert wird, sondern auch auf dem sogenannten relevanten rechtlichen Kontext (*Relevant Legal Context*) basierende Handlungsempfehlungen.⁷³ Was relevanter rechtlicher Kontext ist, ist nicht immer einfach zu bestimmen. Es wurden bereits verschiedene Ansätze hierzu vorgeschlagen: Man kann z.B. prüfen, ob der Rat sich auf privat- oder öffentlich-rechtliche Rechte, Verbindlichkeiten, Verpflichtungen oder Rechtsmittel des Mandanten bezieht und ob der Anlass und Zweck der Kommunikation es objektiv vernünftig erscheinen lassen mit der Anwendbarkeit des *Legal Advice Privilege* zu rechnen.⁷⁴ Alternativ wird gefragt, ob der Mandant den Rechtsanwalt gebeten hat, seine „rechtliche Brille“ bei Erteilung des Rats auf-

⁶⁸ *Re Highgrade Traders Limited, Re* [1984] B.C.L.C. 151.

⁶⁹ In der ersten Instanz ist der High Court für die Entscheidung von Fällen mit besonderer Bedeutung oder besonders hohem Streitwert zuständig. Darüber hinaus erfüllt er eine Aufsichtsfunktion gegenüber den im Rang niedrigeren *Courts* und vielen *Tribunals* (Schiedsgerichten). Der High Court ist in drei Abteilungen unterteilt, die *Queen's Bench Division* (Kammer für Zivilsachen), die *Chancery Division* (Kammer für Wirtschaftssachen) und die *Family Division* (Kammer für Familienrecht).

⁷⁰ *Three Rivers District Council & Others v Governor & Company of the Bank of England (No. 5)* [2003] EWCA Civ 474.

⁷¹ *Director of the Serious Fraud Office v Eurasian Natural Resources Corp Ltd* [2018] EWCA Civ 2006.

⁷² *Ofulue v Bossert* [2009] UKHL 16. Vgl. zum *Without Prejudice Privilege* Fußnote 55.

⁷³ *Balabel v Air India* [1988] Ch. 317.

⁷⁴ *Three Rivers District Council & Others v Governor & Company of the Bank of England (No. 6)* [2004] UKHL 48, Lord Scott Rn. 38.

zusetzen⁷⁵ oder ob der Anwalt bei der Kommunikation in Ausübung von Berufspflichten als rechtlicher Berater seines Mandanten handelt.⁷⁶

2. Litigation Privilege

Das *Litigation Privilege* schützt sämtliche Kommunikationen zwischen einem Anwalt und seinem Mandanten oder einem Anwalt oder seinem Mandanten und einer dritten Partei, sofern ein Rechtsstreit bereits geführt oder in Betracht gezogen wird. Es weist Ähnlichkeiten zu der im ersten Abschnitt dieses Beitrags dargestellten *Work Product*-Doktrin nach US-Recht auf. Dem *Litigation Privilege* liegt die Idee zugrunde, dass jede Partei eines Rechtsstreits ihren Vortrag vorbereiten können soll,⁷⁷ ohne befürchten zu müssen, dass die Gegenpartei die im Rahmen der Vorbereitung erstellten Unterlagen herausverlangen kann und so Informationen über die Prozessstrategie erlangt.

Litigation Privilege findet auf (1) Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant oder Anwalt oder Mandant mit einer dritten Partei Anwendung, die (2) dem überwiegenden Zweck dient Rechtsrat zu erhalten oder zu erteilen oder Beweise oder Informationen in Bezug auf einen Rechtsstreit zu sammeln und sofern (3) vernünftigerweise mit einem Rechtsstreit zu rechnen ist.⁷⁸

a) Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant oder mit dritter Partei

Das *Litigation Privilege* ist insofern weiter, als das *Legal Advice Privilege* als dass es nicht nur Kommunikation zwischen Mandant und Anwalt, sondern auch Kommunikation mit Dritten erfasst. Es gibt Richter, die die Anwendung des *Litigation Privilege* auf Kommunikation mit dritten Parteien für fraglich halten.⁷⁹ Diese Zweifel wurden jedoch bisher nur als unverbindliches *Obiter Dictum* geäußert und haben die Anwendung des *Litigation Privilege* daher noch nicht beeinflusst.

b) Überwiegender Zweck

Jedes Dokument, für das das *Litigation Privilege* Anwendung finden soll, muss mit dem überwiegenden Zweck erstellt worden sein, es für eine Rechtsstreitigkeit zu nutzen. Dient ein Dokument mehreren Zwecken und ist die Nutzung für einen Rechtsstreit ein Nebenzweck oder ein Zweck unter mehreren gleich wichtigen Zwecken, ist das *Litigation Privilege* nicht anwendbar.⁸⁰ Bei der Beurteilung dieser Frage stellen die Gerichte auf den tatsächlichen Inhalt und Zweck eines Dokuments ab, weshalb eine bloße Überschrift oder ein Disclaimer, wonach das Dokument in einem Rechtsstreit genutzt werden soll, nicht ausreichend ist.⁸¹ So wurde das *Litigation Privilege* beispielsweise für einen internen Untersuchungsbericht verneint, der neben der Vorbereitung auf einen Rechtsstreit gleichzeitig dazu diente, durch den untersuchten Sachverhalt entstandene Verluste zu beziffern.⁸²

c) Vernünftigerweise zu erwartender Rechtsstreit

Ein Rechtsstreit wird grundsätzlich⁸³ weit ausgelegt als jedes gerichtliche oder quasi-gerichtliche Verfahren (z.B. Verfahren vor Schiedsgerichten oder sonstigen Gerichten und Stellen, die richterliche Funktionen ausüben, Disziplinarverfahren und ausländische Verfahren). Auch behördliche Untersuchungen und Ermittlungen können erfasst werden, wobei zwischen kontradiktorischen (*Adversarial*) und nicht-kontradiktorischen (*Non-Adversarial*) Untersuchungen unterschieden wird und nur Erstere als Rechtsstreit einzuordnen sind.⁸⁴

⁷⁵ *Three Rivers District Council & Others v Governor & Company of the Bank of England (No. 6)* [2004] UKHL 48, Lord Roger Rn. 60. „Either expressly or impliedly the [client] was asking [the lawyers] to put on legal spectacles when reading, considering and commenting on the drafts. (...)“

⁷⁶ *Three Rivers District Council & Others v Governor & Company of the Bank of England (No. 6)* [2004] UKHL 48, Lord Carswell Rn. 111.

⁷⁷ *The Director of the Serious Fraud Office v Eurasian Natural Resources Corporation Ltd.* [2017] EWHC 1017 (QB) Rn 53.

⁷⁸ *Three Rivers District Council & Others v Governor & Company of the Bank of England (No. 6)* [2004] UKHL 48, Lord Carswell Rn. 102.

⁷⁹ *Secretary of State for Trade and Industry v Baker (No. 2)* [1998] Ch 356, vgl. 362 – 71.

⁸⁰ *Waugh v British Railways Board* [1980] AC 521.

⁸¹ *Waugh v British Railways Board* [1980] AC 521.

⁸² *Price Waterhouse v BCCI Holdings (Luxembourg) S.A.* [1992] BCLC 583.

⁸³ *Parry Jones v Law Society* [1969] 1 Ch 1, 9, Ch.

⁸⁴ *Re L (A Minor) (Police Investigation: Privilege)* [1997] AC 16.

Ein Rechtsstreit kann bereits vernünftigerweise zu erwarten sein, bevor er durch Ausfertigung einer *Claim Form* durch das Gericht eingeleitet wurde und bevor die Entscheidung über die Einholung rechtlichen Rats gefallen ist.⁸⁵ Dabei ist es mitunter schwierig, diesen Zeitpunkt genau zu bestimmen. So soll eine bloße Möglichkeit (*Mere Possibility*) eines Rechtsstreits genauso wenig ausreichen wie die Möglichkeit, dass jemand früher oder später einen Anspruch geltend machen könnte.⁸⁶ Andererseits muss die Person, die sich auf das *Litigation Privilege* beruft, nicht beweisen, dass ein Rechtsstreit wahrscheinlich (*Likely*) ist.⁸⁷

In diesem Kontext stellt sich insbesondere die Frage, ob Ermittlungsergebnisse aus internen Untersuchungen, die im Hinblick auf behördliche Ermittlungen von Rechtsanwälten für ein Unternehmen geführt werden, vom *Litigation Privilege* erfasst werden.

Die *Chancery Division* des *High Court* hatte zunächst mit ausschließlichem Blick auf das *Legal Advice Privilege* in der *Royal Bank of Scotland*-Entscheidung im Dezember 2016 entschieden, dass Interviewprotokolle, die die *Royal Bank of Scotland Group plc* aufgrund von Ermittlungen der *Securities and Exchange Commission* in einer eigenen unternehmensinternen Untersuchung anfertigen ließ, im Zivilprozess nicht vom *Legal Advice Privilege* vor Herausgabeansprüchen der Kläger geschützt werden.⁸⁸ Im darauffolgenden Jahr bestätigte die *Queen's Bench Division* des *High Court* dieses Urteil und wandte diese Rechtsprechung auch auf Herausgabeverlangen des *Serious Fraud Office (SFO)* gegenüber der *Eurasian Natural Resources Corporation Ltd (ENRC)* an.⁸⁹ Darüber hinaus lehnte die *Queen's Bench Division* in dieser Entscheidung auch die Anwendung des *Litigation Privilege* mit der Begründung ab, dass es lediglich Kommunikation erfasse, die einen direkten Bezug zu einem anhängigen oder vernünftigerweise zu erwartenden Rechtsstreit aufweist, der kontradiktorischer und nicht bloß investigativer Natur sein muss.⁹⁰ Dies sei in Bezug auf die *SFO*-Ermittlungen nicht der Fall gewesen, da die Interviewprotokolle nicht einen Rechtsstreit vorbereiten, sondern vermeiden sollten und *ENRC* nicht von einer strafrechtlichen Verfolgung ausging als die Dokumente erstellt wurden. Zudem bezwecke das *Litigation Privilege*, dass man der gegnerischen Seite die eigene Verteidigungsstrategie nicht offenlegen muss. Protokollierte Interviews enthalten jedoch keine Informationen zur Verteidigungsstrategie, sondern bereiten diese erst vor, sodass dieser Zweck hier nicht greife.⁹¹ Auf dieser Grundlage entschied die *Queen's Bench Division*, dass Interviewprotokolle aus der internen Untersuchung der *ENRC* an das *SFO* herauszugeben sind. Diese Entscheidung wurde im September 2018 vom *Court of Appeal* aufgehoben, der entschied, dass das *Litigation Privilege* Anwendung findet, wenn das *SFO* eine strafrechtliche Verfolgung konkret in Aussicht stellt und das Unternehmen Anwälte mandatiert, um mit dieser Situation umzugehen.⁹² Dass eine Partei zunächst noch Sachverhaltsermittlung betreiben muss, um die Wahrscheinlichkeit eines Verfahrens einzuschätzen, spreche danach nicht gegen die Anwendung des *Litigation Privilege*. Es finde nicht erst Anwendung, wenn der Betroffene alle zu Tage tretenden Details kennt und eine Entscheidung über die strafrechtliche Verfolgung getroffen wurde. Dass noch keine formale strafrechtliche Verfolgung begonnen hat, sei als ein faktisches Element in der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen, jedoch nicht notwendigerweise entscheidend.⁹³ Schließlich könne das *Litigation Privilege* selbst dann eingreifen, wenn ein Dokument im Rahmen einer internen Untersuchung mit der Absicht erstellt wird, es der anderen Seite zu zeigen.

In der Praxis kann es sich anbieten, beispielsweise in Gesprächsnotizen zu dokumentieren, dass mit einem Rechtsstreit vernünftigerweise zu rechnen ist. Derartige Dokumente können dann später dazu dienen nachzuweisen, dass man bereits mit einem Rechtsstreit gerechnet hat.

⁸⁵ *Re Highgrade Traders Limited* [1984] BCLC 151; *Westminster International BV v Dornoch BV* [2009] EWCA Civ 1323.

⁸⁶ *United States v Philip Morris Inc* [2004] EWCA Civ 330.

⁸⁷ *United States vs Philip Morris Inc* [2004] EWCA Civ 330.

⁸⁸ *Re RBS (Rights Issue Litigation)* [2016] EWHC 3161 (Ch).

⁸⁹ *Serious Fraud Office (SFO) v Eurasian Natural Resources Corporation Ltd.* [2017] EWHC 1017 (QB). Vgl. zu beiden Entscheidungen *Potocic/Frank*, CCZ 2017, 199.

⁹⁰ *Serious Fraud Office (SFO) v Eurasian Natural Resources Corporation Ltd.* [2017] EWHC 1017 (QB) Rn. 51 und 54.

⁹¹ *Serious Fraud Office (SFO) v Eurasian Natural Resources Corporation Ltd.* [2017] EWHC 1017 (QB) Rn. 61.

⁹² *The Director of the Serious Fraud Office v Eurasian Natural Resources Corporation Ltd.* [2018] EWCA Civ 2006.

⁹³ *The Director of the Serious Fraud Office v Eurasian Natural Resources Corporation Ltd.* [2018] EWCA Civ 2006.

3. Verzicht auf das *Privilege*

a) Freiwilliger Verzicht auf das *Privilege* (*Waiver*)

Auf das *Privilege* wird verzichtet, wenn eine Partei freiwillig geschützte Kommunikation vorlegt oder sich in einem Verfahren darauf stützt. Der Verzicht auf das *Privilege* erfordert, dass der Inhalt des Rechtsrats erwähnt wird (sogenannter ausdrücklicher Verzicht).⁹⁴ Da es sich beim *Privilege* um ein Recht des Mandanten handelt, kann nur dieser und nicht etwa sein Anwalt auf das *Privilege* verzichten. In der Praxis wird bisweilen im Rahmen von behördlichen Ermittlungen auf das *Privilege* für geschützte Kommunikation verzichtet und diese vorgelegt, um gegenüber der ermittelnden Behörde Kooperationsbereitschaft zu demonstrieren. Weitere Beispiele für einen Verzicht sind das Vorlesen eines geschützten Dokuments im Prozess,⁹⁵ die Aufnahme geschützter Kommunikationen in eine eidesstattliche Versicherung oder eine Zeugenaussage⁹⁶ oder in die Arbeitsanweisung an einen Sachverständigen.⁹⁷

Dass Rechtsrat für eine vorgetragene Tatsache relevant ist, führt typischerweise nicht zu einem Verzicht,⁹⁸ es sei denn, es handelt sich um ein Verfahren zwischen Anwalt und Mandant. Denn in diesem Fall kann das Gericht zu dem Schluss kommen, dass der Mandant auf das *Privilege* implizit verzichtet hat, da eine vollständige und faire Beurteilung des Verfahrens ohne Verzicht auf das *Privilege* gar nicht möglich ist.⁹⁹

Um zu beurteilen, ob auf das *Privilege* verzichtet wurde, werden Gerichte das Verhalten der Parteien objektiv bewerten. Die bloße Äußerung, dass nicht verzichtet wird, obwohl auf geschützte Kommunikation Bezug genommen wurde, dürfte daher nicht ausreichen, um das *Privilege* zu bewahren.¹⁰⁰ *Cherry-picking* in dem Sinne, dass nur nützliche Teile einer geschützten Kommunikation vorgetragen werden kann, ohne dass hierin ein Verzicht auf das *Privilege* in Bezug auf die gesamte Kommunikation gesehen wird, wird von Gerichten nicht zugelassen.¹⁰¹

b) Unfreiwilliger Verzicht auf das *Privilege*

Gerichte können das *Privilege* versagen, wenn eine Partei offensichtlich getäuscht hat und sich hinter dem *Privilege* gleichsam versteckt.¹⁰²

Es kann auch zu einem versehentlichen Verzicht auf das *Privilege* kommen. Die Partei, die sich auf das *Privilege* berufen kann, kann in diesem Fall eine einstweilige Verfügung (*Injunction*) beantragen und so verhindern, dass die Kommunikation als Beweismittel genutzt wird. Dies setzt voraus, dass der Inhaber des *Privilege* die Kommunikation versehentlich an den Empfänger übermittelt hat, dass der empfangende Anwalt erkannt hat oder es offensichtlich ist, dass ein Fehler passiert ist und dass es nicht unbillig wäre, dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattzugeben.¹⁰³

4. Internationale Anwendbarkeit des *Privilege*

Ist zu entscheiden, ob Dokumente vom *Privilege* erfasst sind, so wenden englische Gerichte englisches Recht an. Die *Chancery Division* des High Court hat dies beispielsweise in der umstrittenen *Royal Bank of Scotland*-Entscheidung aus dem Jahr 2016 für das *Legal Advice Privilege* entschieden.¹⁰⁴ Die *Royal Bank of Scotland Group plc* hatte vorgetragen, dass das *Privilege* als fundamentales Menschenrecht nach dem Recht des Ortes beurteilen sei, zu dem die potentiell geschützten Dokumente (hier: Interviewprotokolle aus einer internen Untersuchung) die engste Verbindung haben. Vorliegend bezogen sich die Interviewprotokolle auf eine Untersuchung aufgrund einer *Subpoena* der US-amerikanischen *Securities and Exchange Commission* und wurden von US-Kanzleien erstellt, was zur Anwendung von

⁹⁴ *Digicel Ltd. v Cable & Wireless plc* [2009] EWHC 1437 (Ch).

⁹⁵ *Great Atlantic Insurance Co. v Home Insurance Co.* [1981] 1 W.L.R. 529 (CA).

⁹⁶ *ACD (Landscape Architects) Ltd v Overall* [2011] EWHC 3362 (TCC).

⁹⁷ *Lucas v Barking, Havering and Redbridge Hospitals NHS Trust* [2003] EWCA Civ 1102.

⁹⁸ *Digicel Ltd. v Cable & Wireless plc* [2009] EWHC 1437 (Ch).

⁹⁹ *Farm Assist Ltd (In Liquidation) v Secretary of State for the Environment Food and Rural Affairs* [2008] EWHC 3079 (TCC).

¹⁰⁰ *Commodities Research Unit International (Holdings) Ltd v King and Wood Mallesons LLP* [2016] EWHC 63 (QB).

¹⁰¹ *Commodities Research Unit International (Holdings) Ltd v King and Wood Mallesons LLP* [2016] EWHC 63 (QB); *ACD (Landscape Architects) Ltd v Overall* [2011] EWHC 3362 (TCC).

¹⁰² *Walsh Automation (Europe Ltd) v Bridgeman* [2002] EWHC 1344 (QB).

¹⁰³ *Derby & Co Ltd v Weldon (No. 8)* [1991] 1 W.L.R. 73.

¹⁰⁴ *Re RBS (Rights Issue Litigation)* [2016] EWHC 3161 (Ch) Rn. 170ff.

US-Recht geführt hätte. Die *Chancery Division* hat jedoch unter Berufung auf eine seit Mitte des 19. Jahrhunderts bestehende Entscheidungspraxis entschieden, das Anwaltsgeheimnis nach der *lex fori* zu bestimmen. Dabei stuft sie den Anwendungsbereich des Anwaltsgeheimnisses als Frage des *ordre public* ein, für die die *lex fori* und folglich englisches Recht heranzuziehen ist.

Österreich

RA Mag. Katrin Ehrbar, RAA Mag. Sandra Alton, beide Wien

Länderbericht Österreich

I. Aus der aktuellen Rechtsprechung

1. Aktenkundige Privatgutachten

2019/55

§ 222 Abs 3 öStPO (§§ 126f, 258 Abs 1, §281 Abs 1 Z 5 Fall 2 und 4 StPO)

OGH 27.6.2018, 13 Os 64/18p; EvBl 2018/142

Ein in der Hauptverhandlung nicht verlesenes (aktenkundiges) Privatgutachten bedarf keiner Erörterung. Privatgutachter sind im Übrigen keine Sachverständigen im Sinne der StPO, weshalb ihre Schlussfolgerungen und Meinungen prozessual unbeachtlich sind.

(AnwBl 03/2019)

2. Jedes in der Hauptverhandlung vorgekommene Sachverständigengutachten ist zu erörtern

2019/61

§ 127 Abs 3 StPO)

OGH 3.7.2018, 14 Os 55/18x; EvBl-LS 2018/169

Die Beiziehung eines weiteren Sachverständigen befreit das erkennende Gericht nicht von der Verpflichtung, sich im Urteil mit früheren Sachverständigengutachten auseinanderzusetzen.

(AnwBl 03/2019)

3. Recht auf Wechsel des Sachverständigen nur bei aufgezeigten Mängeln von Befund oder Gutachten

2019/31

§ 127 Abs 3 StPO (§ 281 Abs 1 Z 4 und 5 StPO)

OGH 9.5.2018, 13 Os 38/18i; EvBl-LS 2018/146

Was erstattete Befunde und Gutachten von Sachverständigen anlangt, stellt §127 Abs 3 Satz 1 StPO an den Kriterien für mängelfreie Tatsachenfeststellungen in Urteilen (§ 281 Abs 1 Z 5 StPO) angelehnte Regeln auf. Ein durch § 281 Abs 1 Z 4 StPO garantiertes Überprüfungsrecht hat der Beschwerdeführer nur dann, wenn er in der Lage ist, einen dort angeführten Mangel von Befund oder Gutachten aufzuzeigen, und das dort beschriebene Verbesserungsverfahren erfolglos geblieben ist. Davon abgesehen, ist es dem pflichtgemäßen (also nur auf Willkür überprüfbar) Ermessen der Tatrichter anheimgestellt, neue Befunde oder Gutachten zur Überprüfung der früheren anzufordern. Die Überzeugungskraft eines im Sinne des § 127 Abs 3 Satz 1 StPO mängelfreien Befunds oder Gutachten unterliegt nämlich der freien Beweiswürdigung des erkennenden Gerichts. § 118 Abs 2 StPO alte Fassung, der, „wenn es wegen der Schwierigkeit der Beobachtung oder Begutachtung erforderlich ist“, die Beiziehung von zwei Sachverständigen vorsah, findet im geltenden Gesetz