

## 2. Umfassende Offenbarungspflicht des Finanzamts gegenüber dem Insolvenzverwalter – § 30 AO; § 4 IFG NRW

Das Steuergeheimnis (§ 30 AO) steht der Einsichtnahme in steuerliche Unterlagen des Schuldners auch dann nicht entgegen, wenn der Insolvenzverwalter so denkbare Anfechtungsmöglichkeiten prüfen will.

BVerwG, Urteil vom 16.04.18 – 7 C 5.16, ZInsO 2018, 1907

Gestützt auf das auf das Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen (IFG NRW) verlangte ein Insolvenzverwalter vom Finanzamt Einsicht in alle Steuerkontounterlagen der Insolvenzschuldnerin, auch um Anfechtungsmöglichkeiten (§§ 129 ff. InsO) prüfen zu können. Das BVerwG hat mit der Entscheidung einen seit langem schwelenden Konflikt zwischen den – auf entsprechende Anfragen in der Vergangenheit regelmäßig sehr zögerlich reagierenden – Finanzbehörden und den nach Massemehrung strebenden Insolvenzverwaltern geklärt; vgl. hierzu Weyand, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 355 StGB Rn. 7 m.w.N.

Ausführlich zu der Entscheidung vgl. die Anm. von Schmittmann, NZI 2018, 714 und von Wehner, jurisPR-InsR 19/2018 Anm. 3.

## 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 I)

## I. Einleitung

Die Kommunikation von Mandant und Anwalt bedarf eines besonderen Schutzes. Auf dieser Prämisse beruht das angloamerikanische Recht ebenso wie das deutsche. Der Grundsatz lautet hier wie dort: Eine effektive Beratung des Mandanten setzt Vertrauen voraus und Vertrauen hat nur, wer die Erwartung haben kann, dass seine Kommunikation mit dem Anwalt vertraulich bleibt und nicht ohne Weiteres herausgegeben werden muss. Wie schafft man eine solche Vertrauensgrundlage? Die Antwort hierauf fällt in Deutschland anders aus als im angloamerikanischen Recht. Während sich in Deutschland das Gebot der Vertraulichkeit in erster Linie an den Anwalt richtet<sup>1</sup>, existiert in England und USA mit dem Anwaltsprivileg ein vergleichsweise weiter Schutz. Dieser soll im Folgenden überblicksartig dargestellt werden.<sup>2</sup>

Die gemeinsame Betrachtung von USA und England bietet sich aus mehreren Gründen an: Erstens baut der Schutz der Anwaltskommunikation in den USA historisch auf dem englischen Recht auf.<sup>3</sup> Zweitens gibt es in beiden Ländern aktive Behörden, die grenzüberschreitend ermitteln und deren Aufklärungsinteresse im Spannungsfeld zum Anwaltsprivileg steht. Drittens ist der Schutz von Anwaltskommunikation in England und USA mit besonderen Risiken verbunden.

<sup>1</sup> Der Schutz der Kommunikation von Anwalt und Mandant in Deutschland erfolgt vor allem über die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht, vgl. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB, § 43a Abs. 2 BRAO. Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte sichern die Verschwiegenheitspflicht prozessual ab (vgl. § 383 Abs. 3 Nr. 6 ZPO; § 53 StPO). Hinzukommen Beschlagnahmeverbote (vgl. § 97 Abs. 1 N. 1 und 2 StPO). Der Schutz ist aber begrenzt. So schützt die Vorschrift nur vor der Beschlagnahme von Gegenständen, die sich im Gewahrsam des Anwalts befinden (eine Ausnahme gilt bei Verteidigungsunterlagen). Beim Mandanten befindliche Dokumente sind nicht geschützt. Zum Anwaltsprivileg in Deutschland vgl. auch Spoerr/Priewer, Risk & Compliance, Jul.-Sept. 2018, S. 207, 208f. Zum europäischen Anwaltsprivileg, vgl. van der Hout/Seitz, Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 3. Auflage 2018, Vorbemerkung zu Art. 17 ff., Rn. 40 ff.

<sup>2</sup> Dieser Aufsatz dient als Einführung. Hier ist nicht der Ort für einen systematischen Rechtsvergleich zwischen dem angloamerikanischen Rechtssystem und dem Schutz von Anwaltskommunikation in Deutschland.

<sup>3</sup> Vgl. dazu Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 1:1.

Denn in beiden Ländern schafft das Anwaltsprivileg ein Gegengewicht zu weitreichenden zivilrechtlichen Mitwirkungspflichten. Das bedeutet im Umkehrschluss: Existiert der Schutz des Anwaltsprivilegs nicht oder fällt er später weg, besteht ein hohes Risiko, dass der Mandant Informationen herausgeben muss, die für ihn von erheblichen Nachteil sein können. Dieses Risiko besteht nicht nur in Bezug auf Zivilkläger. Die Weitergabe von Anwaltskommunikation an Dritte kann leicht als konkludenter Verzicht auf die Vertraulichkeit ausgelegt werden. Ein solcher Verzicht hätte zur Folge, dass der Mandant auch Informationen zu straf- oder bußgeldrelevanten Verhalten an Ermittlungsbehörden herausgeben müsste, die er bei Kenntnis der Offenlegungspflicht seinem Anwalt wohl nicht anvertraut hätte. Das Risiko, Anwaltskommunikation im Nachhinein offenlegen zu müssen, besteht vor allem für grenzüberschreitend tätige Mandanten und deren Rechtsberatern. Hier mag den Beteiligten nicht immer klar sein, welche Kommunikationen geschützt sind und welche nicht. Hinzukommt, dass die nachteiligen Folgen oft erst Jahre später eine Rolle spielen können. Die betreffende Kommunikation mit dem Anwalt mag zu einem Zeitpunkt erfolgt sein, in dem Zivilprozesse oder behördliche Untersuchungen noch nicht absehbar waren und die Beteiligten nicht die erforderliche Sensibilität für den kritischen Inhalt der Kommunikation hatten (etwa im Rahmen der M&A-Beratung, wenn der Anwalt eines potentiellen Käufers Risikoeinschätzungen zur Zielgesellschaft erstellt). Mindestens genauso wichtig ist eine solche Sensibilität in Situationen, in denen ein konkretes Risiko besteht, Anwaltskommunikation an Behörden oder Zivilkläger herausgeben zu müssen, etwa in Kartellrechtsfällen oder bei internen Untersuchungen von Unternehmen zur Aufklärung von Gesetzesverstößen.<sup>4</sup> Der folgende Beitrag soll helfen, ein Grundverständnis für die wesentlichen Voraussetzungen des Anwaltsprivilegs im US-amerikanischen und englischen Recht zu entwickeln.

Der Aufsatz ist in zwei Teile gegliedert. Der erste Teil widmet sich dem *Attorney-Client Privilege*, dem Anwaltsprivileg in den USA, der zweite Teil beleuchtet ergänzend die *US-Work-Product* Doktrin und den Schutz von Anwaltskommunikation im englischen Recht.

## II. US-Recht

In den USA wird der Schutz der Kommunikation von Anwalt und Mandant über zwei Institute abgesichert: das Anwaltsprivileg (*Attorney-Client Privilege*) und die *Work-Product* Doktrin. Der Aufsatz beginnt mit der Darstellung des Anwaltsprivilegs, dem älteren der beiden Institute, bevor die Grundzüge der *Work-Product* Doktrin erläutert werden. Letztere wurde speziell entwickelt, um die Lücken des *Attorney-Client Privilege* zu schließen.<sup>5</sup>

### 1. Anwaltsprivileg (*Attorney-Client Privilege*)

Das US-Anwaltsprivileg ist eine Beweisregel und nicht mit der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht zu verwechseln.<sup>6</sup> Der Zweck dieser Beweisregel wurde bereits angedeutet: Sie soll die offene und freie Kommunikation von Anwalt und Mandant fördern, um eine effektive Rechtsberatung zu gewährleisten.<sup>7</sup> Ein weiterer Grund sind die weitreichenden Mitwirkungspflichten im US-Zivilprozess. Während es in Deutschland keinen Grundsatz gibt, der Gegenseite Beweismittel zu verschaffen, über die sie nicht selbst verfügt,<sup>8</sup> können Kläger in den USA im Rahmen des *Discovery*-Verfahrens umfangreiche Auskünfte von der Gegenseite verlangen, um so Beweismaterial zu sammeln.<sup>9</sup> Das Anwaltsprivileg macht hiervon eine gewichtige Ausnahme.

<sup>4</sup> Solche Untersuchungen können mit erheblichen Risiken verbunden sein. Zu nennen sind etwa Ermittlungen diverser Behörden (parallel zur internen Untersuchung), langwierige Zivilprozesse, negative Presse und die öffentliche Wahrnehmung. Hinzu kommt, dass alle beteiligten Interessengruppen Informationen über die interne Untersuchung haben.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu Epstein, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, Sixth Edition, 2017, S. 1042f.

<sup>6</sup> Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht kann weiter reichen als das Anwaltsprivileg. Sie erfasst etwa sämtliche dem Anwalt vom Mandanten anvertraute Kommunikation während sich das Anwaltsprivileg nur Kommunikation zum Zweck von Rechtsrat erstreckt.

<sup>7</sup> Vgl. *Upjohn Co. v. U.S.*, 449 U.S. 383, 389 (S. Ct. 1981): "*purpose is to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote public interests in the observance of law and administration of justice. The privilege recognizes that sound legal advice and advocacy serves public ends and that such advice or advocacy depends upon the lawyer's being fully informed by the client.*" Als Beschränkung des Aufklärungsinteresses von Behörden und Ausnahme von den zivilprozessualen Regeln der Wahrheitsfindung bedarf das Anwaltsprivileg einer Rechtfertigung.

<sup>8</sup> So ausdrücklich BGH NJW 1958, 1491f. Nach deutschem Zivilprozessrecht kann eine Partei insbesondere nicht bestimmte Klassen von Dokumenten von der Gegenseite verlangen. Nach § 142 Abs. 1 ZPO kann das Gericht allerdings anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen vorlegt, auf die sich eine Partei bezogen hat. Vgl. auch die Regeln zur Urkundenvorlage nach §§ 421, 422 und 424 ZPO, die voraussetzen, dass eine materielle Verpflichtung zur Vorlage der Urkunde besteht.

<sup>9</sup> Zu nennen sind hier vor allem *Depositions* (protokollierte mündliche Aussagen), *Interrogations* (schriftliche Fragenkataloge), *Requests to Produce Documents or Things* (Verlangen der Vorlage von Dokumenten und Gegenständen) und *Requests for Admissions* (Aufforderung an die Gegenseite Zugeständnisse zu machen. Bei Untätigkeit der Gegenseite gilt die betreffende Tatsache als zugestanden).

a) Voraussetzungen des Anwaltsprivilegs<sup>10</sup>

Eine einheitliche Definition des Anwaltsprivilegs existiert nicht.<sup>11</sup> Dennoch lassen sich die unterschiedlichen Definitionen von Gerichten und Literatur im wesentlichen auf die folgenden Voraussetzungen zurückführen:<sup>12</sup> Das Anwaltsprivileg setzt eine (1) Kommunikation zwischen (2) Anwalt und (3) Mandant voraus, die (4) im Vertrauen und zum (5) Zweck erfolgt ist, Rechtsrat zu erteilen oder zu empfangen.

## aa) Kommunikation

Das US-Anwaltsprivileg soll Kommunikation fördern, konsequent bezieht sich der Schutz auch nur auf die Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant. Nicht geschützt sind die Fakten, die dieser Kommunikation zugrunde liegen.<sup>13</sup> Das Privileg schützt nur die Tatsache, dass eine Information kommuniziert wurde, nicht die Information selbst.<sup>14</sup> Das Wissen des Mandanten zu bestimmten Fakten ist nicht geschützt und Dritte können sich Zugang zu diesen Informationen verschaffen. Spiegelbildlich gilt für den Verzicht auf das Privileg: Wenn der Mandant freiwillig Informationen an Dritte herausgibt, und nicht offenlegt, dass er diese an einen Anwalt kommuniziert hat, so bleibt der Schutz des Anwaltsprivilegs unberührt.

Der Fokus auf Kommunikationen hat folgende Auswirkungen: Informationen, die nicht anderweitig durch das Privileg geschützt sind, werden nicht allein dadurch privilegiert, dass sie einem Anwalt mitgeteilt wurden.<sup>15</sup> Genausowenig geschützt sind Beweismittel, die einem Anwalt übergeben werden, da diese keine Kommunikation verkörpern.<sup>16</sup>

Die Art der Kommunikation von Anwalt und Mandant ist unerheblich. Geschützt sind mündliche Kommunikation (etwa Telefongespräche oder andere Audio- oder Videoaufzeichnungen) genauso wie schriftliche Kommunikation (Emails, SMS etc.).<sup>17</sup> Ebenfalls vom Schutz umfasst ist non-verbale Kommunikation.<sup>18</sup> Allerdings gibt es einige Kommunikationen, die vom Anwaltsprivileg ausgenommen sind. Dazu gehören etwa die Identität des Anwalts oder Details zu gezahlten Anwaltskosten.<sup>19</sup> In diesen Fällen bedarf es – so die Einschätzung der Gerichte – keiner Förderung der freien Kommunikation vom Mandanten zum Anwalt.

Das Privileg besteht in grundsätzlich in beide Richtungen. Geschützt sind Kommunikationen vom Anwalt zum Mandanten und umgekehrt. Allerdings besteht Uneinigkeit, inwieweit Kommunikation von Anwalt zu Mandant geschützt ist. Während einige Gerichte jegliche Informationen des Anwalts an den Mandanten schützen<sup>20</sup>, erfassen andere nur Informationen, die bei einer Offenlegung vertrauliche Kommunikation vom Mandanten offenbaren würden.<sup>21</sup> Verarbei-

<sup>10</sup> Fokus dieses Aufsatzes ist das Anwaltsprivileg nach US-Bundesrecht. Teilweise wird auch auf einzelstaatliche Regeln eingegangen, wenn dies besonders hervorgehoben wird. Zu den Rechtsquellen des Privilegs nur so viel: Das Bundes-Common Law regelt das Anwaltsprivileg, das Bundesgerichte auf bundesrechtliche Ansprüche anwenden. Die einzelnen US-Bundesstaaten haben meist eine gesetzliche Regelung des Anwaltsprivilegs, das für Ansprüche in einzelstaatlichen Gerichten gilt oder für einzelstaatliche Rechte an einem Bundesgericht. Vgl. etwa die Regelung im Bundesstaat New York in New York Consolidated Laws, Civil Practice Law and Rules § 4503.

<sup>11</sup> So verweist die Rule 501 der Federal Rules of Evidence (FRE) nur auf das Common Law *“as interpreted by United States courts”*.

<sup>12</sup> In der oft zitierten Entscheidung von *Unites States v. United Shoe Machinery Corp.*, 89 Supp. 357 (D. Mass. 1950) heißt es etwa: *“The privilege applies only if (1) the asserted holder of the privilege is or sought to become a client; (2) the person to whom the communication was made (a) is a member of the bar of a court, or his subordinate and (b) in connection with this communication is acting as a lawyer; (3) the communication relates to a fact of which the attorney was informed (a) by his client (b) without the presence of strangers (c) for the purpose of securing primarily either (i) an opinion on law or (ii) legal services or (iii) assistance in some legal proceeding, and not (d) for the purpose of committing a crime or tort; and (4) the privilege has been (a) claimed and (b) not waived by the client.”*

<sup>13</sup> *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 395f. (S. Ct. 1981): *“protection of the privilege extends only to communications and not to facts. A fact is one thing and a communication concerning the fact is an entirely different thing. The client cannot be compelled to answer the question, “what did you say or write to the attorney?” but may not refuse to disclose any relevant facts within his knowledge merely because he incorporated a statement of such fact into a communication to his attorney.”*

<sup>14</sup> Das Anwaltsprivileg schützt etwa die Tatsache, dass der Mandant dem Anwalt mitgeteilt hat, wo sich die Leiche befindet, nicht aber den Fundort selbst.

<sup>15</sup> Vgl. die Entscheidung des Second Circuit, *Colton v. United States*, 306 F.2d 633, 639 (1962). Die Tatsache, dass die Information dem Anwalt mitgeteilt wurde, ist indes vom US-Anwaltsprivileg geschützt.

<sup>16</sup> In re January 1976 Grand Jury, 534 F.2d 719, 728 (7th Cir. 1976).

<sup>17</sup> *Rice, Attorney-Client Privilege in the United States*, 2017-2018 Edition, § 5:2. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Mandant die Information von sich aus mitteilt oder auf Anfrage des Anwalts preisgibt, vgl. *E.E.O.C. vs. Kidder Peabody, Peabody & Co. Inc.*, 59 Empl. Prac. Dec. (CCH) P 41605, 1992 WL 73344.

<sup>18</sup> Hier entstehen allerdings interessante Abgrenzungsfragen: Was ist wenn der Täter dem Anwalt eine Wunde oder die Tatwaffe zeigt oder der Anwalt Auskunft über die Zustand des Mandanten kurz nach der Tat geben soll? Die Literatur stellt darauf ab, ob der Mandant eine Information übermitteln wollte. Davon abzugrenzen ist die unfreiwillige Preisgabe von Information. Vgl. *Broun et al., McCormick on Evidence*, 7th Edition 2013, § 89.

<sup>19</sup> Vgl. etwa In re Grand Jury Subpoena, 204 F.3d 516, 519-21 (4th Cir. 2000).

<sup>20</sup> Vgl. In re LTV Securities Litigation, 89 F.R.D. 595, 602 (N.D. Tex. 1981); *United States v. Amerada Hess Corp.*, 619 F.2d 980, 986 (3d Cir. 1980).

<sup>21</sup> Vgl. etwa *Gonzalez Crespo v. Wella Corp.*, 774 F. Supp. 688, 689 (D.P.R. 1991). Weitere Nachweise bei *Rice, Attorney-Client Privilege in the United States*, 2017-2018 Edition, § 5:2.

tet der Anwalt etwa den Inhalt eines existierenden Dokuments, das ihm vom Mandant mitgeteilt wurde, in einer Notiz, ist diese Information vom Anwaltsprivileg geschützt. Denn die Weitergabe der Notiz würde vertrauliche Kommunikation vom Mandanten preisgeben.<sup>22</sup> Allerdings führen Kommentare zu einem bestehenden Dokument nicht dazu, dass das Ursprungsdokument vom Privileg umfasst ist.<sup>23</sup>

### bb) Rechtsrat als Zweck der Kommunikation

Das US-Anwaltsprivileg schützt nicht jede Kommunikation mit Anwälten. Es greift nur, wenn die betreffende Kommunikation den Zweck hatte, Rechtsrat zu ersuchen oder zu erteilen. Dieser Voraussetzung kommt einige Bedeutung zu, denn die Abgrenzung von Rechtsrat und anderer Beratung gestaltet sich oft schwierig.<sup>24</sup> Anwälte werden häufig zu mehr befragt als Rechtsrat, etwa persönlichen Rat, Rat in finanziellen oder geschäftlichen Angelegenheiten oder Rat zu reinen Organisationsaufgaben.<sup>25</sup> Was zeichnet Rechtsrat aus? Einige Gerichte stellen darauf ab, dass Rechtsberatung die Interpretation und Anwendung von Normen und Prinzipien voraussetzt.<sup>26</sup> Andere stützen sich auf die vage Formulierung *"benefit the administration of justice"*, also Förderung der Gerechtigkeit.<sup>27</sup> Teilweise wird auch die juristische Ausbildung des Beraters hervorgehoben.<sup>28</sup> Oft erbringen Juristen aber auch Dienstleistungen für die keine juristische Ausbildung nötig ist. Allein die Tatsache, dass eine Dienstleistung auch von einem Nichtjuristen hätte erbracht werden können, führt allerdings nicht zwingend dazu, dass das Anwaltsprivileg unanwendbar ist. Es ist nur ein Faktor, den Gerichte heranziehen.<sup>29</sup> Da die Abgrenzung auch anhand der soeben dargestellten Kriterien Schwierigkeiten bereitet, helfen sich viele Gerichte mit der Vermutung, dass der Rat von professionellen Rechtsberatern Rechtsrat beinhaltet.<sup>30</sup>

Nur in den seltensten Fällen wird der Rat eines Anwalts ausschließlich eine bestimmte Beratungskategorie betreffen. Bei "gemischten" Kommunikationen stellt die Mehrzahl der Gerichte darauf ab, ob die Kommunikation von Mandant und Anwalt hauptsächlich (*"primarily"*; *"predominantly"*) Rechtsrat betrifft.<sup>31</sup> Auch diese auf den ersten Blick einfache Abgrenzung bereitet auf den zweiten Blick Probleme.<sup>32</sup> Der anwaltliche Rat zu kartellrechtlichen Auswirkungen einer Übernahme kann untrennbar mit geschäftlichen Erwägungen verbunden sein. Was ist mit Vertragsverhandlungen oder mit der Erstellung von Verträgen? Wo liegt hier der Schwerpunkt? Viele Gerichte gehen dieser Frage aus dem Weg und stellen darauf ab, ob die Beratung überhaupt trennbar ist.<sup>33</sup> Wenn die juristischen und nicht-juristischen Teile des Rechtsrats klar identifiziert und getrennt werden können, soll sich das Anwaltsprivileg nur auf den Teil mit Rechtsrat erstrecken.<sup>34</sup> In allen anderen Fällen, in denen sich Rechtsrat und andere Zwecke nicht einfach abgrenzen lassen, verbleibt es bei einer Interessenabwägung, bei der unter anderem auf Folgen-

<sup>22</sup> Fisher v. United States, 425 U.S. 391, 96, Supreme Court, 48 L. Ed. 2d 39 (1976): *"pre-existing documents which could have been obtained by court process from the client when he was in possession may also be obtained from the attorney by similar process following legal advice."*

<sup>23</sup> Nur die Kommunikation des Anwalts, d.h. die Kommentare sind geschützt, vgl. In re Vioxx Products Liability Litigation, 501 F. Supp. 2d 789, 806f. (E.D. La 2007).

<sup>24</sup> Vgl. First Fed. Sav. Bank of Hegewitsch v. United States, 55 Fed. Cl. 263, 267 (Ct. Fed. Cl. 2003): *"The cornerstone of the [attorney-client] privilege has always rested on the notion that the communication must be for the purpose of securing or rendering legal advice."*

<sup>25</sup> Vgl. etwa United States v. United Shoe Machinery Corp., 89, F. Supp. 357 (D. Mass. 1950): *"The modern lawyer almost invariably advises his client upon not only what is permissible but also what is desirable; and it is in the public interest that the lawyer should regard himself as more than the predictor of legal consequences."*

<sup>26</sup> In re County of Erie, 473 F.3d 413, 419 (2d Cir. 2007): *"Fundamentally, legal advice involves the interpretation and application of legal principles to guide future conduct or to assess past conduct. [...] It requires a lawyer to rely on legal education and experience and to inform judgment."* Vgl. auch Ball v. U.S. Fidelity & Guar. Co., 1989 WL 135903, \*1 (S.D.N.Y.): Rechtsrat beinhaltet *"judgment of a lawyer in his capacity as a lawyer"*.

<sup>27</sup> Attorney General of U.S. v. Covington and Burling, 430 F. Supp. 1117, 1121 (D.D.C.): *"the ultimate test must be whether protection of the communication would, in any significant way, benefit the administration of justice"*.

<sup>28</sup> In der oft zitierten Entscheidung Diversified Industries, Inc. v. Meredith, 572 F.2d 596, 610 (8th Cir. 1978) stellt das Gericht darauf ab, ob der Mandant von folgendem profitiert: *"training, skills and background necessary to make the independent analysis and recommendations"*.

<sup>29</sup> U.S. ex rel. Stone v. Rockwell Intern. Corp., 144, F.R.D. 396, 399 (D. Colo. 1992).

<sup>30</sup> Diversified Industries, Inc. v. Meredith, 572 F.2d 596, 610 (8th Cir. 1978).

<sup>31</sup> Vgl. etwa Neuder v. Batelle Pac. N.W. Nat'l Lab., 194 F.R.D. 289, 292 (D.D.C. 2000): *"[w] here business and legal advice are intertwined, the legal advice must predominate for the communication to be protected"*. Einige Gerichte verwenden zwar den Begriff *"solely"*, vgl. In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum Dated September 15, 1983, 731 F.2d 1032, 1037, 15 Fed. R. Evid. Serv. 327, 38 Fed. R. Serv. 2d 1351 (2d Circuit). Im Ergebnis sind sich die Gerichte soweit ersichtlich einig, dass eine *primary* oder *predominant* Rechtsberatung ausreicht.

<sup>32</sup> Vgl. dazu In re County of Erie, 473 F.3d 413, (2d Cir. 2007). Dort hat das Gericht festgestellt, dass das Merkmal *"predominant"* nicht durch eine Quantifizierung oder Klassifizierung einer Textstelle in einem Dokument erreicht werden kann.

<sup>33</sup> Vgl. Colton v. United States, 306 F.2d 633, 638 (2d Cir. 1962); Eastern Technologies, Inc. v. Chem-Solv, Inc. 128 F.R.D. 74 (E.D. Pa. 1989).

<sup>34</sup> Vgl. In re Grand Jury Subpoenas Dated December 18, 1981 and January 4, 1982, 561 F. Supp. 1247, 1258 (E.D.N.Y. 1982): *"Notwithstanding that both business and legal considerations are interwoven throughout the drafts, these considerations must be isolated and treated differently 'in the interest of preserving the integrity of the privilege itself'"*.

des abgestellt wird: Welchen notwendigen Bezug haben die Rechts- und anderen Beratungsleistungen? Inwieweit lassen sich Teile der Kommunikation einer bestimmten Kategorie zuordnen? Welchen Kontext hat die Kommunikation und welche sonstigen Dienste erbringt der Anwalt für den Mandanten?<sup>35</sup> Teilweise stellen Gerichte auch auf den Empfängerkreis der Kommunikation ab. Wenn ein Dokument etwa zur Durchsicht an eine Vielzahl von Nicht-Juristen gesendet wird, nehmen viele Gerichte an, dass als Hauptzweck der Kommunikation nicht die Erteilung von Rechtsrat angenommen werden könne.<sup>36</sup> Dieser Ansatz spielt besonders für Email-Kommunikationen eine Rolle. Hier besteht im besonderem Maß die Gefahr, dass eine Vielzahl von Nichtjuristen an einer Diskussion beteiligt wird (dies gilt insbesondere bei langen Emailketten zu verschiedenen Fragen und Problemen).

### cc) Persönlicher Schutzbereich

Das US-Anwaltsprivileg schützt Kommunikation zwischen Mandant und seinem Anwalt sowie bestimmten Dritten, die auf Seiten des Mandanten oder des Anwalts tätig werden.

#### (1) Anwalt

Eine Anwaltszulassung wird von den meisten Gerichten nicht als zwingend erforderlich erachtet, sondern nur als ein (wichtiger) Faktor betrachtet, um zu beurteilen, ob der Berater als Rechtsberater handelt.<sup>37</sup> Dies spielt vor allem für Unternehmensjuristen eine Rolle, die häufig keine Anwaltszulassung besitzen. Da das Anwaltsprivileg die Kommunikation des Mandanten fördern soll, wollen viele Gerichte dem Mandanten nicht das Risiko aufbürden, sicherzustellen, dass der Rechtsberater tatsächlich als Anwalt zugelassen ist, sondern stellen darauf ab, ob der Mandant die berechtigte Erwartung haben konnte, dass der Berater Rechtsrat erteilen durfte.<sup>38</sup>

#### (a) Besonderheiten für Unternehmensjuristen

Anders als im deutschen<sup>39</sup> und europäischen Recht<sup>40</sup>, ist es in den USA anerkannt, dass sich der Schutz von Kommunikation mit Anwälten auch auf interne Unternehmensjuristen (*Inhouse Counsel*) erstreckt.<sup>41</sup> Beide Gruppen werden kategorisch gleich behandelt. Allerdings wäre es zu weitgehend, von einer völligen Gleichstellung zu sprechen. Vereinfacht lässt sich sagen: Unternehmensjuristen unterliegen stärkerer Beobachtung der Gerichte. Gerade die verbreitete Nutzung von Emails führt dazu, dass Unternehmensjuristen oft an Kommunikationen beteiligt sind, die nicht ausschließlich Rechtsrat betreffen. Noch augenscheinlicher wird das Problem, wenn die Doppelrolle des Unternehmensjuristen im Arbeitstitel zum Ausdruck kommt (etwa Vice President for Business and Legal Affairs). Die besondere Beobachtung, von Unternehmensjuristen durch US-Gerichte wird in der Entscheidung *TVT v. Def Jam*<sup>42</sup> deutlich: Das Gericht hatte hier argumentiert, Privilege-Fragen seien für Unternehmensjuristen schwieriger zu beurteilen, "*because in-house attorneys are more likely to mix legal and business functions.*" Für externe Anwälte vermuten Gerichte oft, dass sie zum Zweck der Rechtsberatung mandatiert werden.<sup>43</sup>

#### (b) Ausländische Rechtsberater

Vom Anwaltsprivileg sind grundsätzlich auch ausländische Rechtsberater geschützt. Gerichte haben im Wesentlichen zwei unterschiedliche Ansätze, um die Kommunikation mit ausländischen Rechtsberatern zu handhaben. So hat etwa der Third Circuit in *Renfield Corp. v. E. Remy Martin & Co.* entschieden, dass auch ausländische Rechtsberater vom Schutz erfasst sind, soweit

<sup>35</sup> Vgl. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 7:5.

<sup>36</sup> *United States v. International Business Machines Corp.* 66, F.R.D. 206, 213 (S.D.N.Y. 1974): "*If the document was prepared for purposes of simultaneous review by both legal and non-legal purposes, it cannot be said that the primary purpose of the document is to secure legal advice.*"

<sup>37</sup> Vgl. etwa *Zenith Radio Corp. v. Radio Corp. of America*, 121 F. Supp. 792, 794 (D. Del. 1954) "*not a sine qua non*". Ursprünglich wurde die Mitgliedschaft in der Anwaltskammer (*Bar*) im Bezirk, in dem der Anwalt praktiziert, als notwendig erachtet, damit das Anwaltsprivileg anwendbar ist. Vgl. *First Circuit United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 89 F. Supp. 357, 358 (D. Mass 1950).

<sup>38</sup> *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum*, 112 F.3d 910, 923 (8th Cir. 1997); *In re Freeway Foods of Greensboro, Inc.*, Bankr. No. 10-11282, Adv. No. 10-02057, 2014 WL 1652435, \*1, \*3 (Bankr. M.D.N.C. 2014).

<sup>39</sup> Vgl. zur Reichweite des Schutzes für Unternehmensanwälte im deutschen Recht, Merkt, Syndikusanwalt und deutsches Anwaltsprivileg im US-Zivilprozess, 2013, S. 67 ff.; Magnus, Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz, 2010, S. 9 ff.

<sup>40</sup> EuGH, 18.05.1982 – Rs. 155/79 (Rn. 21, 22, 27), Slg. 1982, 1575 = EuR 1983, 40 = NJW1983, 503 – AM&S Europe Limited/Kommission und EuGH, 14.09.2010 – C-550/07 P, Slg. 2010, I-8301 – Akzo Nobel Chemicals Ltd und Akros Chemicals Ltd/Kommission. Zum europäischen Recht vgl. auch van der Hout/Seitz, Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 3. Auflage 2018, Vorbemerkung zu Art.17 ff., Rn. 43 f.

<sup>41</sup> Vgl. etwa *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 397 (1981). Allein der Umstand, dass der Unternehmensjurist einen juristischen Abschluss hat, führt allerdings nicht dazu, dass die Kommunikationen vom US-Anwaltsprivileg geschützt ist.

<sup>42</sup> *TVT Records v. Island Def Jam Music Grp.*, 214 F.R.D. 143, 144 (S.D.N.Y. 2003).

<sup>43</sup> Vgl. *Diversified Industries, Inc. v. Meredith*, 572 F.2d 596, 610 (8 Cir. 1978).

sie einem amerikanischen *Attorney* vergleichbar sind.<sup>44</sup> In dieser Entscheidung hatte das Gericht das Recht mit dem größtmöglichen Schutz für das Anwaltsprivileg angewandt und einen französischen Unternehmensjuristen als einem amerikanischen *Attorney* gleichwertig erachtet.

Nach einem anderen Ansatz sind Kommunikationen mit ausländischen Anwälten nur geschützt, wenn die Parteien eine vernünftige Erwartung haben können, dass die Kommunikation nach dem ausländischen Recht geschützt ist.<sup>45</sup> Mit anderen Worten: Diese Gerichte erkennen kein Privileg an, wenn die Kommunikation im Ausland nicht von einem (wie auch immer geartetem Privileg) umfasst ist. Legt man diesen Ansatz zugrunde, wären Kommunikationen mit Unternehmensjuristen (z.B. in Deutschland) nicht vom US-Anwaltsprivileg geschützt.

#### (c) Dritte auf Seiten des Anwalts

Auch Kommunikationen des Mandanten mit Dritten, derer sich der Anwalt bedient, können vom Anwaltsprivileg umfasst sein. Viele Gerichte bejahen das Privileg, wenn der Dritte Dienste erbringt, die für die Erteilung des Rechtsrats nötig sind oder zumindest hilfreich (*"needed"*<sup>46</sup>, *"required"*<sup>47</sup>, *"highly useful"*<sup>48</sup>, aber auch: *"highly indispensable"*).<sup>49</sup> Dahinter steckt der Gedanke, dass die Arbeit von Anwälten bei komplexen Vorgängen erheblich erschwert wäre, würde man die Dienste bestimmter Dienstleister ausnehmen.<sup>50</sup> Wer kommt als Dritter in Betracht? Zunächst einmal Mitarbeiter des Anwalts.<sup>51</sup> Ferner in Betracht kommen Interviewer, technische Experten, IT-Experten, Abschlussprüfer und andere Dienstleister.<sup>52</sup> Für alle Berater gilt aber: Die Dienstleistung muss einen Beitrag für die Rechtsberatung leisten, Rat in geschäftlichen Angelegenheiten reicht nicht aus.<sup>53</sup> Viele Gerichte berücksichtigen in ihren Entscheidungen auch, ob der Berater vom Anwalt mandatiert wurde und welchen Grad an Kontrolle er über die Arbeit der Berater ausübt.<sup>54</sup> Empfehlenswert ist daher, dass der Anwalt den Berater formell beauftragt und in einem Mandatsschreiben detailliert die Aufgaben des Beraters darlegt und insbesondere darauf hinweist, dass die Beauftragung der Erteilung von Rechtsrat dient. Ebenfalls sollte die Vertraulichkeit der Kommunikationen zum Mandanten hervorgehoben werden.

#### (2) Mandant

Mandant kann eine natürliche Person oder eine Gesellschaft sein.<sup>55</sup> Der oft zu lesende Hinweis, sich über den jeweiligen Mandanten im Klaren zu sein, mag banal klingen, in Verfahren mit verschiedenen Akteuren und deren Beratern kann es aber durchaus Abgrenzungsprobleme geben. So haben Organe oder Gremien und Leitungspersonen häufig andere (Rechts-)Berater als die Gesellschaft selbst oder gar denselben Berater.<sup>56</sup> Es ist grundsätzlich anerkannt, dass ein privilegiertes Beratungsverhältnis auch zwischen einem Organ, Gremium oder einer Leitungsperson und dem Anwalt der Gesellschaft entstehen kann (oder einem separat mandatiertem Anwalt).<sup>57</sup> Hier gilt die Vermutung, dass der Anwalt der Gesellschaft nur das Unternehmen vertritt, nicht die einzelne Person (die Einzelperson muss beweisen, dass dem nicht so ist).<sup>58</sup> Da ein vom Pri-

<sup>44</sup> Renfield Corp. v. E. Remy Martin & Co., S.A., 98 F.R.D., 442, 444f. (D. Del. 1982)

<sup>45</sup> Vgl. Malletier v. Dooney & Bourke, Inc. 2006, WL 3476735, \*17 (S.D.N.Y. Nov. 30, 2006).

<sup>46</sup> Cavallaro v. United States, 284 F.3d 236, 247f. (1st Cir. 2002).

<sup>47</sup> Heriot v. Byrne, 257 F.R.D. 645, 666f. (N.D. Ill. 2009).

<sup>48</sup> Vgl. Ravenell v. Avis Budget Grp., Inc., No.08-CV-2113, 2012 WL 1150450, \*3 (E.D.N.Y. Apr. 5, 2012).

<sup>49</sup> Vgl. hierzu den Überblick bei Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 3:4, S. 147 f.

<sup>50</sup> Gerichte bemühen teilweise das Bild, dass der Berater wie ein Übersetzer in eine andere Fachsprache fungiert. Vgl. die oft zitierte Kovel-Entscheidung: United States v. Kovel, 296 F.2d. 918, 922 (2d Cir. 1961).

<sup>51</sup> Die Gerichte stellen häufig auf den Begriff *"immediate subordinates"* ab. Vgl. etwa Zenith Radio Corp. v. Radio Corp. of America, 121 F. Supp. 792, 794 (D. Del. 1954).

<sup>52</sup> Vgl. den Überblick bei Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition § 3:3. Umstritten ist, ob Kommunikationen mit PR-Berater vom US-Anwaltsprivileg umfasst sein können. Vgl. dazu näher die Nachweise bei Jenner & Block, Practice Series, Protecting Confidential Legal Information, Greenwald, Slacheta, 2017, S. 49f., <https://jenner.com/system/assets/assets/10391/original/2017-Jenner%20and%20Block%20Attorney-Client%20Privilege%20Handbook.pdf>. (letzter Abruf: 16. September 2018).

<sup>53</sup> Cavallaro v. United States, 284 F.3d 236, 240 (1st Cir. 2002).

<sup>54</sup> Vgl. etwa Cuno, Inc. v. Pall Corp., 121, F.R.D. 198, 204 (E.D.N.Y.): *"the privilege applies to confidential communications with patent agents acting under the authority and control of counsel"*. Es lässt sich im Übrigen nicht allgemein bestimmen, welcher Grad an Kontrolle der Anwalt über die Hilfspersonen ausüben muss, da dies vom Einzelfall abhängt. Näher dazu Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 3:5.

<sup>55</sup> Vgl. United States v. United Shoe Machinery Corp. 89 F Supp. 357, 359 (D. Mass 1950).

<sup>56</sup> In Deutschland ist es Aufgabe der Geschäftsführung, etwaige Gesetzesverstöße aufzuklären (die Legalitätskontrollpflicht lässt sich etwa für den Vorstand einer AG aus § 76 Abs. 1 AktG herleiten, sofern keine möglichen Gesetzesverstöße von Vorstandsmitgliedern betroffen sind). Das bedeutet aber nicht, dass der Vorstand die Untersuchung selbst durchführen muss.

<sup>57</sup> Vgl. etwa In re BCE W., L.P., No. M-8-85, 2000 WL 1239117, \*2 (S.D.N.Y. 2000): *"It is counterintuitive to think that while the Board permitted the Special Committee to retain its own counsel, the Special Committee would not have the benefit of the attorney-client privilege inherent in that relationship or that the Board of Directors or management, instead of the Special Committee, would have control of such privilege."*

<sup>58</sup> Vgl. In re Grand Jury Subpoena, 274 F.3d 563, 571 (1st Cir. 2001): *"It is often difficult to determine whether a corporate officer or employee may claim an attorney-client privilege in communications with corporate counsel. The de-*

vileg geschütztes Beratungsverhältnis sowohl zur Gesellschaft als auch zu weiteren Gremien oder Personen bestehen kann, kommt die Frage auf, ob die Gesellschaft ihrer eigenen Geschäftsführung (oder anderen Organen) das Anwaltsprivileg entgegenhalten kann.<sup>59</sup> Soweit ersichtlich lehnen die Gerichte dies ab.<sup>60</sup> Anderes mag gelten, wenn eine Leitungsperson nicht in ihrer Eigenschaft als Organ- oder Gremienmitglied handelt (etwa als persönlich Verklagter in einem Schadensersatzverfahren oder Beschuldigter in einem Ermittlungsverfahren).<sup>61</sup>

#### (a) Privilegierter Empfängerkreis im Unternehmen

Da Gesellschaften durch natürliche Personen handeln, muss sich der Anwalt darüber im Klaren sein, wer die Gesellschaft in einer Weise repräsentiert damit das Anwaltsprivileg anwendbar ist. Der Supreme Court hat in seiner *Upjohn*-Entscheidung die folgenden Kriterien aufgestellt<sup>62</sup>:

- Der Mitarbeiter hat auf Weisung von Führungspersonen (*Corporate Superiors*) mit dem Anwalt kommuniziert, um Rechtsrat einzuholen oder zu empfangen.
- Dem Mitarbeiter war bewusst, dass die Kommunikation mit dem Anwalt dazu dient, Rechtsrat einzuholen oder zu erteilen.
- Die benötigte Information war nicht im Kreis von bestimmten Führungspersonen verfügbar.
- Die Kommunikation bezieht sich auf Angelegenheiten, die im Bereich der Pflichten des Mitarbeiters liegen.
- Die Kommunikation mit dem Anwalt war vertraulich und wurde vom Unternehmen auch als vertraulich behandelt.

Vor dieser Entscheidung haben Gerichte meist darauf abgestellt, ob die Mitarbeiter bestimmte Führungspositionen im Unternehmen innehaben (sog. *Control Test*).<sup>63</sup> Dies ist nicht nur von rechtshistorischer Bedeutung, denn einige einzelstaatliche Gerichte wenden den *Control Test* immer noch an (teilweise mit Abweichungen).<sup>64</sup> Andere Gerichte in den Einzelstaaten wenden die soeben genannten *Upjohn*-Kriterien an (mitunter in abgewandelter Form) und stellen darauf ab, ob das "*subject matter*" der Kommunikation in den Aufgabenbereich des Mitarbeiters fällt.<sup>65</sup> Für Unternehmen besteht in Anbetracht dieser unterschiedlichen Ansätze vor allem eines: Unsicherheit, welche Mitarbeiter mit dem Anwalt kommunizieren können. Unternehmen tun daher gut daran, den Kreis der Mitarbeiter so klein wie möglich zu halten. Dies gilt auch im Hinblick auf ehemalige Mitarbeiter. Es ist nicht eindeutig geklärt, ob ehemalige Mitarbeiter des Mandanten zum Kreis der privilegierten Personen gehören. Einige Gerichte bejahen das<sup>66</sup>, andere lehnen es ab.<sup>67</sup> Dieses Risiko sollte bedacht werden, bevor der Mandant einen ehemaligen Mitarbeiter bittet, mit dem Anwalt zu kommunizieren (etwa im Rahmen von Interviews bei internen Untersuchungen).

#### (c) Dritte auf Seiten des Mandanten: Funktionelles Equivalent

---

*fault assumption is that the attorney only represents the corporate entity, not the individuals within the corporate sphere, and it is the individuals' burden to dispel that presumption.*"

<sup>59</sup> Was ist etwa, wenn der vom Audit Committee beauftragte Rechtsberater die Ergebnisse einer internen Untersuchung an die Geschäftsführung übermittelt (oder an ein Aufsichtsgremium)? Stellt dies ein Verzicht auf das Anwaltsprivileg dar? Die Antwort hängt davon ab, ob der Anwalt – obgleich von einem bestimmten Organ oder Gremium mandatiert – die Gesellschaft vertritt, vgl. Walkowiak et al., *The Attorney-Client Privilege in Civil Litigation*, Fourth Edition, 2008, S. 321; McNeil/Brian, *Internal Corporate Investigations*, Third Edition, 2007, S. 469 f. Dafür spricht vieles. Andernfalls wäre der Anwalt gehalten, die Interessen des Organs/Gremiums zu vertreten und nicht die der Gesellschaft, was keinen Sinn macht.

<sup>60</sup> *Moore Business Forms, Inc. v. Cordant Holdings Corp.*, Nos. 13911, 14595, 1996 WL 307444, \*4-6 (Del. Ch. 1996): Die Gesellschaft könne das Privileg nicht gegen sich selbst geltend machen.

<sup>61</sup> *Hoiles v. Superior Court*, 204 Cal. Rptr. 111, 116-17 (Cal. Ct. App. 1984): Handeln als Gesellschafter und nicht als *Director*.

<sup>62</sup> *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 394 ff. (1981).

<sup>63</sup> Vgl. etwa *City of Pennsylvania v. Westinghouse Electric Corp.*, 210 Supp. 483, 485 (F. Supp. 1962): "*in a position to control or even take a substantial part in a decision about any action which the corporation may take upon the advice of the attorney*"; *Radiant Burners, Inc. v. Am. Gas Ass'n*, 320 F.2d 314, 323f. (7th Cir. 1963).

<sup>64</sup> Vgl. etwa *Consolidation Coal Co. v. Bucyrus-Erie Co.*, 432 N.E.2d 250, 256-58 (Ill. 1982): "*who substantially influence corporate decisions*"; *Resurrection Healthcare & Factory Mut. Ins. Co. v. GE Health Care*, No. 07 C 5980, 2009 WL 691286 \*3 (N.D. Ill. 2009): "*involved in decisionmaking at the highest levels*". *Wigod v. Wells Fargo Bank, N.A.*, No. 10-2348, Slip. Op., \*4-5 (N.D. Ill. 2012). Die *Upjohn*-Entscheidung ist nur für die bundesstaatlichen Gerichte bindend.

<sup>65</sup> Vgl. *Harper & Row Publishers, Inc. v. Decker*, 423 F.2d 487, 491f. (7th Cir. 1970): "*an employee of a corporation, though not a member of its control group, is sufficiently identified with the corporation so that his communication to the corporation's attorney is privileged where the employee makes the communication at the direction of his superiors in the corporation and where the subject matter upon which the attorney's advice is sought by the corporation and dealt with the communication is the performance by the employee of the duties of his employment*".

<sup>66</sup> *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 402 f. (1981); *In re Allen*, 106 F.3d 582, 606 (4th Cir. 1997).

<sup>67</sup> Vgl. etwa *United States v. Merck-Medco Managed Care, LLC*, 340 F. Supp. 2d 554, 557-58 (E.D. Pa. 2004).

In vielen Fällen bedienen sich Unternehmen nicht nur eigener Mitarbeiter zur Erfüllung von Aufgaben. Für den Anwalt einer Gesellschaft kann es notwendig sein, mit Dritten zu sprechen, die (etwa als langjährige Berater) über Informationen verfügen, die für seine Beratung erforderlich sind. Bezugspunkt ist hier, ob der Dritte als *funktionelles Equivalent* für einen Unternehmensmitarbeiter angesehen werden kann.<sup>68</sup> Einige Gerichte legen dieses Merkmal weit aus und räumen der Möglichkeit des Unternehmens, mit Rechtsberatern zu kommunizieren, Vorrang ein.<sup>69</sup> Andere Gerichte wiederum beschränken die *“functional equivalent”*-Doktrin auf folgende Konstellationen, in denen die Berater: *“(1) were incorporated in the staff to perform a corporate function, which is necessary in the context of actual or anticipated litigation; (2) possessed information needed by attorneys in rendering legal advice; (3) possessed authority to make decisions on behalf of the company; and (4) were hired because the company lacked sufficient internal resources and/or adequate prior experience within the consultant’s field.”*<sup>70</sup>

#### dd) Vertraulichkeit der Kommunikation

Eine weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Anwaltsprivilegs bezieht sich auf die Vertraulichkeit der Kommunikation<sup>71</sup> und hat mehrere Dimensionen: In subjektiver Hinsicht muss der Mandant beabsichtigt haben, dass die Kommunikation vertraulich bleibt.<sup>72</sup> In objektiver Hinsicht ist erforderlich, dass die Erwartung des Mandanten den Umständen entsprechend vernünftig ist.<sup>73</sup> Schließlich muss die Kommunikation auch tatsächlich vertraulich behandelt worden sein. Kommunikationen im Beisein von Dritten, die nicht vom Anwaltsprivileg umfasst sind, werden von vielen US-Gerichten regelmäßig als nicht vertraulich bewertet.

Eine besondere Rolle spielt die Wahrung der Vertraulichkeit in Organisationen. Hier besteht das Risiko, dass Personen an Kommunikationen beteiligt werden, die nicht privilegiert sind. Die Gerichte lassen hier zu, dass die Kommunikation mit bestimmten Mitarbeitern auf einer *need to know*-Basis geteilt wird, ohne dass das Privilege verloren geht. Wie weit reicht dieser Kreis von Mitarbeitern? Die Gerichte zählen dazu alle Personen, die vernünftigerweise die Kommunikation kennen müssen, um im besten Interesse des Unternehmens zu handeln.<sup>74</sup> Im Wesentlichen wird es hier um Mitarbeiter gehen, deren Aufgabe es ist, einzuschätzen, wie mit dem Rat des Anwalts umzugehen ist.

Auf das besondere Risiko von Emails für die Vertraulichkeit wurde bereits hingewiesen. Zwar sind Emails mit Blick auf die Wahrung der Vertraulichkeit nicht von vornherein als Kommunikationsmittel ungeeignet, hier ist aber besonders darauf zu achten, dass nur Personen involviert werden, die die Kommunikation vernünftigerweise kennen müssen.<sup>75</sup>

#### b) Ausnahmen vom Anwaltsprivileg

Vom US-Anwaltsprivileg gibt es einige Ausnahmen. Zu erwähnen ist vor allem die Ausnahme bei einer mißbräuchlichen Verwendung des Privilegs (sog. *Crime/Fraud Exception*).<sup>76</sup> Von einem Missbrauch ist auszugehen, wenn der Mandant Rechtsrat sucht, um eine Straftat (etwa einen Betrug)<sup>77</sup> zu begehen oder andauern zu lassen.<sup>78</sup> Diese Tat muss nicht stattgefunden haben,

<sup>68</sup> In re Bieter Co. 16 F.3d 929, 938 f. (8th Cir. 1994).

<sup>69</sup> In re High-Tech Emp. Antitrust Litig., No. 11-cv-2509-LHK-PSG, 2013 WL 772668, \*4 (N.D. Cal. 2013); vgl. auch United States ex rel. Strom v. Scios, Inc., C05-3004 CRB JSC, 2011 WL 4831193 \*4 (N.D. Cal. 2011): *“The accountant by virtue of her specialized knowledge of accounting rules and knowledge of the client/corporation is precisely the sort of person with whom a lawyer would wish to confer confidentially.”*

<sup>70</sup> Bristol-Myers Squibb Securities Litigation, No. 00-1990, 2003 WL 25962198, \*4 (D.N.J. 2003).

<sup>71</sup> Bezugspunkt ist wieder die Kommunikation, nicht die zugrundeliegende Information. Die Kommunikation mit dem Anwalt mag nichtvertrauliche Informationen oder bereits existierende Dokumente enthalten, die unabhängig von der Kommunikation zum Anwalt entstanden sind. Dies ist aber von der Frage zu trennen, ob der Mandant eine gerechtfertigte Erwartung haben konnte, dass die Kommunikation vertraulich behandelt wurde.

<sup>72</sup> Vgl. etwa Bogle v. McClure, 332 F.3d, 1347, 1358 (11th Cir. 2003). Welche Erwartung der Mandant an die Kommunikation hat, wird in vielen Fällen durch seine geäußerten Intentionen deutlich. Dabei kann es nach einigen Gerichten auch eine Rolle spielen, ob das Dokument mit dem Zusatz: *“Confidential – Attorney-Client Privilege”* markiert wurde. Allerdings ist das nur ein Faktor und kein zwingendes Kriterium, vgl. In re Grand Jury Proceeding, 2001, WL 1167497 (S.D.N.Y. 2001).

<sup>73</sup> Vgl. etwa In re Asia Global Crossing, Ltd., 322 B.R. 247, 257 (S.D.N.Y. 2005).

<sup>74</sup> Vgl. Coastal State Gas Corp. v. Dep’t of Energy, 617 F.2d 854, 863 (D.C. Cir. 1980).

<sup>75</sup> Einige frühe Stellungnahmen von US-Rechtsanwaltskammern hatten noch angenommen, dass Emails generell ungeeignet sind, um die Vertraulichkeit zu wahren. Vgl. die Nachweise bei Jenner/Block, Protecting Confidential Legal Information, 2017, S. 56f. <https://jenner.com/system/assets/assets/10391/original/2017-Jenner%20and%20Block%20Attorney-Client%20Privilege%20Handbook.pdf> (letzter Abruf: 16. September 2018).

<sup>76</sup> Einen guten Überblick zu anderen Ausnahmen gibt es bei Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 8:19 ff. Zu nennen ist etwa die Ausnahme vom Anwaltsprivileg bei Klagen des Mandanten gegen seinen früheren Anwalt oder bei besonderen Treubindungen (so kann es etwa Beschränkungen des Anwaltsprivilegs bei bestimmten Gesellschafterstreitigkeiten geben, vgl. dazu etwa Garner v. Wolfenbarger, 430 F.2d 1093 (5th Cir. 1970)).

<sup>77</sup> Umstritten ist, welches Fehlverhalten Gegenstand der *“crime exception”* ist, nur Straftaten oder auch deliktische Taten? Vgl. hierzu Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 8:12.



ausreichend ist, dass sie Ziel der Kommunikation ist.<sup>79</sup> Entscheidend ist hierbei die Intention des Mandanten, nicht die Intention oder das Wissen des Anwalts.<sup>80</sup> Damit die Ausnahme greift, muss der Gegner *prima facie* beweisen, dass die Beratungsbeziehung von Mandanten und Anwalt mißbräuchlich verwendet wurde.<sup>81</sup>

### c) Schutzwirkung des Anwaltsprivilegs

Liegen sämtliche zuvor beschriebene Voraussetzungen vor, so ist der Schutz des Anwaltsprivilegs grundsätzlich absolut<sup>82,83</sup>: Die Kommunikation muss nicht herausgegeben werden – unabhängig wie nachvollziehbar oder schutzbedürftig das Interesse an der Information im Einzelfall sein mag.<sup>84</sup> Die Beweislast für die Anwendbarkeit des Privilegs hat die Partei, die sich darauf beruft.<sup>85</sup> Was die Dauer des Privilegs anbelangt, so besteht es permanent und es bleibt grundsätzlich auch bestehen, wenn das Beratungsverhältnis zwischen Mandant und Anwalt endet.<sup>86</sup> Für Unternehmen gilt, dass das Privileg dann endet, wenn das Unternehmen aufhört, rechtlich zu existieren.<sup>87</sup>

Auch wenn der Name täuscht: Das Anwaltsprivileg steht dem Mandanten zu, nicht dem Anwalt.<sup>88</sup> Der Anwalt (oder ein anderer beauftragter Dritter) kann es aber im Namen des Mandanten geltend machen.<sup>89</sup> Das bedeutet: Dem Mandanten steht die Entscheidung zu, sich auf das Privileg zu berufen oder auf das Privileg zu verzichten.

### d) Internationale Anwendbarkeit des Anwaltsprivilegs

Für grenzüberschreitend tätige Mandanten stellt sich stets die Frage, wann die Regeln zum US-Anwaltsprivileg anwendbar sind. Soweit es um das Anwaltsprivileg nach Bundesrecht geht, bestimmt sich das Privileg nach Bundes-Common Law. Viele Gerichte stellen darauf ab, ob es Berührungspunkte (*“touch base”*) zum US-Recht gibt.<sup>90</sup> Danach werden diejenigen Regeln mit dem *“predominant”* oder *“most direct and compelling interest”* angewandt, dass die Kommunikation vertraulich bleiben soll.<sup>91</sup> Folgende Faktoren spielen in dieser Analyse eine Rolle: der Ort der Parteien, der Ort, an dem das Beratungsverhältnis von Anwalt und Mandant begründet wurde, und der Themenkreis (*subject matter*) der Kommunikation. Insbesondere wenn Kom-

<sup>78</sup> Vgl. *Coleman v. American Broadcasting Companies, Inc.*, F.R.D. 201, 206 f. (D.D.C. 1985): “[...] *communications made with a view toward engaging in and/or perpetuating criminal or fraudulent conduct fall outside these laudable aim [encourage frank discussions between client and counsel] and do not deserve the same sort of solicitous protection.*” Der Anwalt mag u.U. auch berufsrechtlich verpflichtet sein, falsche Tatsachenbehauptungen an ein Gericht zu melden, vgl. etwa Rule 3.3. der American Bar Association Model Rules for Professional Conduct (Stand 2016).

<sup>79</sup> Ein Fehlverhalten in der Vergangenheit ist allerdings nicht Gegenstand der *crime/fraud exception*. In re Fed. Grand Jury Proceedings, 89-10, 938 F.2d 1578 (11th Cir. 1991). Die Kommunikation zum Anwalt kann allerdings ein andauerndes Fehlverhalten darstellen (etwa in Form von *obstruction of justice*).

<sup>80</sup> Vgl. *United States v. Weingold*, 69 F. App’x 575, 578 (3d Cir. 2003).

<sup>81</sup> Für die Erbringung des *prima facie*-Beweises kann die in Rede stehende Kommunikation mit dem Anwalt grundsätzlich nicht benutzt werden. Einige Gerichte sind aber willens, die Dokumente *in camera* (im privaten) anzusehen. *Prima facie*-Beweis bedeutet im Übrigen nicht, dass die Gegenseite das Fehlverhalten vollumfänglich beweisen muss. Vgl. etwa der Maßstab bei *Clark v. United States*, 289 U.S., 1, 15, 53 S. Ct., 465, 77 L. Ed. 993 (1933): *“something to give colour to the charge”*.

<sup>82</sup> Bemerkenswert in diesem Zusammenhang die Twitter-Nachricht des amtierenden US-Präsidenten Trump vom 10. April 2018: *“Attorney-client privilege is dead!”* als Reaktion auf die Durchsuchung von Privat- und Büroräumen seines Anwalts Michael Cohen.

<sup>83</sup> Vgl. *Bank Hapoalim, B.M. v. American Home Assur. Co.*, 1993 WL 37506, \*2 (S.D.N.Y. 2013): *“The attorney-client privilege is an absolute privilege”*. Dieser absolute Schutz wurde allerdings vom Eight Circuit durchbrochen: In re Grand Jury Subpoena *Duces Tecum*, 112 F.3d 910, 46 Fed. R. Evid. Serv. 610, 37 Fed. R. Serv. 3d 309 hatte das Gericht entschieden, dass kein Schutz durch das Anwaltsprivileg besteht, wenn Kommunikationen in einer strafrechtlichen Untersuchung durch eine *Grand Jury Subpoena* herausverlangt werden.

<sup>84</sup> Das US-Anwaltsprivileg schützt aber nicht davor, dass sich Behörden oder Kläger die betreffenden Informationen anderweitig beschaffen. Vgl. etwa hierzu *Diversified Indus., Inc. v. Meredith*, 572 F.2d 596, 611 (8th Cir. 1977). Hier haben sich die Kläger Informationen, die in Interviews mit Unternehmensangestellten erwähnt sind, aus anderen Quellen besorgt.

<sup>85</sup> Vgl. etwa In re *Excel Innovations, Inc.*, 502 F.3d 1086, 1086, 1099 (9th Cir. 2007); In re Grand Jury Subpoena, 415 F.3d 333, 338 et seq (4th Cir. 2005).

<sup>86</sup> Selbst nach dem Tod des Mandanten bleibt es grundsätzlich bestehen. Vgl. etwa die Supreme Court Entscheidung *Swidler & Berlin v. United States*, 524 U.S. 399, 405 f. (1998). Es kommt im Übrigen auch nicht darauf an, dass der Anwalt formell mandatiert wurde; liegen alle Voraussetzungen vor, kommt der Privilege Schutz auch potentiellen Mandanten zugute.

<sup>87</sup> *Securities and Exchange Comm’n v. Carrillo Huetell LLP*, No. 13 Civ. 1735 (GBD (JCF)), 2015 WL 1610282, \*2 f. (S.D.N.Y. 2015).

<sup>88</sup> Meist wird dennoch der Anwalt *“Hüter”* des Privilegs sein.

<sup>89</sup> Vgl. *Haines v Liggett Grp., Inc.*, 975 F.2d 81, 90 (3d Cir. 1992).

<sup>90</sup> Hier soll nicht auf alle Einzelheiten eingegangen werden. Insbesondere bei Multi-District Litigations, bei denen hunderte von Verfahren in einem Verfahren zusammengefasst werden, kann es erhebliche Schwierigkeiten bereiten, herauszufinden, welches Recht anwendbar ist. Es gibt auch Gerichte, die mit dem *international comity* argumentieren. Vgl. etwa *J.T. Eaton & Co., Inc. v. Atlantic Paste & Glue Co.*, 1987 WL 17084, \*1 (E.D.N.Y.). Vgl. zum *comity*-Ansatz auch die Ausführungen bei *Merkt, Syndikusanwalt und deutsches Anwaltsprivileg im US-Zivilprozess*, 2013, S. 32 f.

<sup>91</sup> Vgl. etwa *Astra Aktiebolag v. Andrx Pharm., Inc.*, 208 F.R.D. 92 (S.D.N.Y. 2002).

munikationen mit US-amerikanischen Rechtsberatern betroffen sind, wird bei Anwendung dieses breiten Ansatzes wohl regelmäßig US-Recht anwendbar sein.<sup>92</sup>

#### e) Verzicht auf das Anwaltsprivileg (*Waiver*)

Mindestens genauso wichtig wie die Frage, wann das Privileg vorliegt, ist die Frage, wann es verloren geht. Ist auf das Privileg einmal verzichtet, kann sich der Mandant nicht zu einem späteren Zeitpunkt wieder darauf berufen. Vom Grundsatz her gilt: Ein Verzicht liegt dann vor, wenn die Kommunikation Dritten zugänglich gemacht wird.<sup>93</sup> Dies ist in Zusammenhang mit der Verpflichtung zu sehen, die privilegierte Kommunikation vertraulich zu behandeln. Bei einer Weitergabe von Informationen an Dritte ist diese Voraussetzung nicht mehr gewahrt.

##### aa) Dritter

Wer Dritter ist, ergibt sich implizit schon aus den Voraussetzungen zum Anwaltsprivileg: jeder der außerhalb der privilegierten Beratungsbeziehung von Mandant und Anwalt steht. Dritte können daher Mitarbeiter des Mandanten sein, sofern sie die Kommunikation nicht auf einer "need to know"-Basis erhalten haben. Gleiches gilt für Berater auf Seiten des Mandanten und des Anwalts, sofern diese nicht lediglich als "Hilfspersonen" fungieren. Auch Behörden werden grundsätzlich als Dritte angesehen.

##### bb) Reichweite des Verzichts: *Selected vs. Subject Matter Waiver*

Der Grundsatz lautete für lange Zeit: Wenn die Weitergabe von Kommunikationen zu einem Verzicht auf das Privileg führt, so erstreckt sich der Verzicht auch auf alle damit zusammengehörende Kommunikationen (*Subject Matter Waiver*). Diesen Grundsatz schränkt die seit 2011 in ihrer jetzigen Form geltende Rule 502(a) Federal Rule of Evidence (FRE) ein: Der Verzicht erstreckt sich nur dann auf zusammengehörende Dokumente, wenn der Verzicht auf das Privileg beabsichtigt erfolgt ist, die veröffentlichte und nichtveröffentlichte Information den gleichen Themenkreis (*subject matter*) betreffen und billigerweise (*in fairness*)<sup>94</sup> zusammen beurteilt werden sollten. Es ist nicht ganz klar, wann das *fairness*-Merkmal anwendbar ist. Einige Gerichtsentscheidungen stellen darauf ab, ob jemand mit der Offenlegung von privilegierten Kommunikationen strategische Vorteile erlangt. So soll sich der Verzicht auf das Anwaltsprivileg nur auf die offengelegten Kommunikationen beschränken, wenn die Kommunikationen freiwillig veröffentlicht und nicht zum Nachteil der empfangenden Partei ausgenutzt wurden.<sup>95</sup>

##### cc) Befugnis zum Verzicht

Es wurde bereits angedeutet: Das Recht auf das Privileg zu verzichten, steht dem Mandanten zu, nicht dem Anwalt.<sup>96</sup> Bei Gesellschaften stellt sich die Frage, welche Einzelpersonen das Recht zum Verzicht haben.<sup>97</sup> Muss der Mitarbeiter zum Kreis der Führungspersonen nach den Grundsätzen des *Control Tests* gehören? Soweit ersichtlich lautet die Antwort der Gerichte meist: ja. Die Gesellschaft ist Inhaber des Privilegs und es können nur diejenigen verzichten, die die Autorität haben, die Aktivität in der Gesellschaft vorzugeben und durchzusetzen.<sup>98</sup>

<sup>92</sup> So hatte etwa ein Gericht im S.D.N.Y. im Jahr 2017 die Regeln zum US-Anwaltsprivileg im Zusammenhang mit der internen Untersuchung von Volkswagen (VW) zu Emissionsthemen angewandt. Vgl. In re: Ex Parte Application of financialright GmbH, 2017 WL 2879696, (S.D.N.Y. 2017). Die Kläger hatten ein 28 United States Code (U.S.C.) § 1782-Verfahren anstrengt, um von den weitreichenden US-Discovery Regeln im europäischen Recht zu profitieren und Dokumente von VW's Rechtsberater Jones Day herausverlangt. In der Abwägung, welches Recht anwendbar ist, hob das Gericht hervor, dass viele der Interviews im Rahmen der internen Untersuchung in Deutschland und in deutscher Sprache durchgeführt wurden. Auch stammten viele Dokumente im Besitz von Jones Day aus Deutschland. Dennoch sei Jones Day in erster Linie eine "American Law Firm" und sei vornehmlich mandatiert worden, um VW gegenüber US-Behörden zu vertreten. Daher sei es gerechtfertigt, die US-Regeln zum Anwaltsprivileg anzuwenden. Zur Einschätzung Jones Day sei vor allem eine "American Law Firm" und darausfolgenden Auswirkungen auf das deutsche Recht, vgl. BVerfG Beschl. v. 27.06.2018; Az. 2 BvR 1287/17 ("keine inländische juristische Person im Sinne von Art. 19 Abs. 3 GG").

<sup>93</sup> Dabei muss die Kommunikation mit dem Anwalt offengelegt werden, nicht bloß die Fakten, die Anlass für die Suche von Rechtsrat sind.

<sup>94</sup> In der amtlichen Erläuterung zu dieser Regel heißt es: "[A] party that makes a selective, misleading presentation that is unfair to the adversary opens itself to a more complete and accurate presentation". Vgl. explanatory note prepared by the Judicial Conference Advisory Committee on Evidence Rules, revised Nov. 28, 2007.

<sup>95</sup> Vgl. In re General Motors LLC Ignition Litigation, F. Supp.3d, 2015, WL 221057, \*11; Freedman v. Weatherford Int'l Ltd., No. 12 Civ. 2121, 2014, WL 3767034.

<sup>96</sup> Verzichtet der Mandant auf das Privileg, kann sich auch der Anwalt später nicht mehr darauf berufen.

<sup>97</sup> Davon zu trennen, ist die Frage, wer faktisch die Möglichkeit hat, das Privileg zu zerstören. Vom Grundsatz her kann das jeder Mitarbeiter sein, der von einer Kommunikation mit dem Anwalt weiß, vgl. Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 4:25.

<sup>98</sup> In erster Linie stellen die Gerichte auf die *officers* und *directors* ab, da diese die Gesellschaft repräsentieren. Vgl. Commodity Futures Trading Commission v. Weintraub, 471 U.S. 343, 348f., 105 (S. Ct 1986). Aber auch andere Mitarbeiter sind anerkannt, sofern ihnen die ausdrückliche oder konkludente Autorität zum Verzicht übertragen wurde, vgl. Velsicol Chemical Corp. v. Parsons, 561 F.2d 671, 674 (7th Cir. 1977): Senior Inhouse Counsel. Interessant ist auch

#### dd) Formen des Verzichts

Die Formen eines Verzichts auf das Anwaltsprivileg sind vielfältig: Ein Verzicht kann ausdrücklich erfolgen (*express waiver*) oder konkludent (*implied waiver*). Eine Form eines konkludenten Verzichts ist der sog. "At Issue Waiver". In diesem Fall gilt es als Verzicht, wenn der Inhaber privilegierte Kommunikation "at issue" stellt, d.h. wenn er etwa einen Anspruch erhebt, dessen Erwidmung nur effektiv mit privilegierten Dokumenten möglich ist.<sup>99</sup> Erforderlich ist, dass sich die Gegenpartei ausschließlich mit der privilegierten Kommunikation verteidigen kann.

Was die Arten des Verzichts anbelangt, so lässt sich ferner zwischen einem freiwilligen oder einem unfreiwilligen Verzicht unterscheiden. Im Folgenden soll auf einige besondere Formen eingegangen werden.

##### (1) Unfreiwilliger Verzicht

Nicht selten werden Kommunikationen unfreiwillig an Dritte weitergegeben,<sup>100</sup> sei es im Rahmen umfangreicher Dokumentenverlangen in einem Zivilprozess oder weil Kommunikationen z.B. in der Bahn vergessen wurden. Ursprünglich sind Gerichte mehrheitlich davon ausgegangen, dass eine solche unfreiwillige Offenlegung an Dritte stets einen Verzicht zur Folge hat.<sup>101</sup> Dahinter steckt der Gedanke, dass die erforderliche Sorgfalt zur Aufrechterhaltung der Vertraulichkeit nicht eingehalten wurde. Einmal gegenüber einem Dritten veröffentlicht, gibt es keine Vertraulichkeit mehr und die Pflicht, die Kommunikation vertraulich zu behandeln, kann nicht mehr erfüllt werden. Die Grundlage für das Privileg sei daher entfallen. Allerdings ist dieser Ansatz nicht wirklich überzeugend ohne auf den Grund abzustellen, weshalb die Kommunikation Dritten zugänglich gemacht wurde. Die neuere Rechtsprechung stellt daher meist eine Interessenabwägung an, ob die unfreiwillige Weitergabe tatsächlich einen Verlust des Privilegs nach sich zieht. Faktoren sind etwa<sup>102</sup>:

- Haben die Parteien eine vernünftige Vorsorge getroffen, um die unfreiwillige Offenlegung zu verhindern?
- Was ist der Umfang der Offenlegung?
- Gab es in der Vergangenheit schon eine unfreiwillige Offenlegung?
- Wie schnell wurden Maßnahmen getroffen, um den Fehler zu beheben?<sup>103</sup>
- Ist es gerecht, eine Partei von ihrem Fehler zu entlasten?

Eine ähnliche Interessenabwägung existiert mit Rule 502(b) Federal Rule of Evidence (FRE). Danach stellt eine unfreiwillige Offenlegung keinen Verzicht in einem Bundes- oder einzelstaatlichen Verfahren dar, wenn der Inhaber des Privilegs vernünftige Vorkehrungen getroffen hat, um die Weitergabe an Dritte zu verhindern und prompt angemessene Schritte vorgenommen hat, um den Fehler zu berichtigen.<sup>104</sup>

##### (2) Weitergabe von Informationen an US- oder ausländische Behörden

Stellt es einen Verzicht auf das Anwaltsprivileg dar, wenn Kommunikation aufgrund behördlicher oder gerichtlicher Anordnung offengelegt wird? Denkbar sind solche Konstellationen vor allem bei ausländischen Behörden oder Gerichten, da diese im Regelfall nicht an das US-

die Entscheidung In re Grand Jury Subpoena, 274 F.3d 563, 573 (1st Cir. 2001). Hier hatte das Gericht entschieden, dass die Gesellschaft auf das Anwaltsprivileg in Bezug auf Kommunikation von einem "corporate officers" in seiner Eigenschaft als solcher verzichten kann, obgleich es ein separates Beratungsverhältnis zwischen ihm und dem Unternehmensanwalt gab.

<sup>99</sup> Vgl. etwa United States v. Mendelsohn, 896 F.2d 1183, 1188-89 (9th Cir. 1990). Nicht ausreichend ist indessen, lediglich einen Anspruch der Gegenseite zu bezweifeln. Vgl. N. River Ins. Co. v. Phila. Reins. Corp., 797 F. Supp. 363, 370-71 (D.N.J. 1992). Ein besonderer Fall des "at issue" waiver liegt vor, wenn der Inhaber des Privilegs in einem Prozess unter bestimmten Voraussetzungen behauptet, er hätte nach dem Rat seines Anwalts gehandelt. In diesem Fall kann er nicht verhindern, dass die Kommunikation mit demselben "subject matter" genauer beleuchtet wird. Vgl. zum Verzicht auf das Anwaltsprivileg in Bezug auf Rechtsstreitigkeiten (einschließlich *Testimonial Waiver*), Rice, Attorney-Client Privilege in the United States, 2017-2018 Edition, § 9:45 ff.

<sup>100</sup> Da der Mandant Inhaber des Anwaltsprivilegs ist, ist grundsätzlich sein Fehler, wenn die Kommunikation unfreiwillig weitergegeben wurde. Einige Gerichte haben es abgelehnt, Fehler des Anwalts dem Mandanten anzulasten, vgl. etwa Lloyds Bank PLC v. Republic of Ecuador, 1997 WL 96591, \*5 (S.D.N.Y. 1997). Grundsätzlich werden Fehler des Anwalts (und anderer Berater) aber dem Mandanten zugerechnet. Vgl. Ciba-Geigy Corp. v. Sandoz Ltd., 916 F. Supp. 404, 411 (D.N.J. 1995).

<sup>101</sup> In re Victor, 422 F. Supp. 475 (S.D.N.Y. 1976): Dokumente wurden in einem öffentlichen Gang (*hallway*) für Weiterleitung an den Anwalt liegengelassen.

<sup>102</sup> Vgl. etwa Hydroflow, Inc. v. Enidine, Inc., 145 F.R.D. 626 (W.D.N.Y. 1993).

<sup>103</sup> Dahinter steckt der Gedanke, dass mit zunehmenden Zeitablauf die Partei, die die Kommunikation gesehen hat, Zeit hatte, die Kommunikation auszuwerten oder sich mit der Kommunikation auf einen Rechtsstreit vorbereiten konnte.

<sup>104</sup> Dazu gehören etwa in die Zukunft gerichtete Maßnahmen, um einen ähnlichen Fehler zu verhindern.

Anwaltsprivileg gebunden sind. Ebenfalls in Betracht kommen fehlerhafte gerichtliche Anordnungen zur Herausgabe geschützter Anwaltskommunikation.

Ältere Gerichtsentscheidungen gehen davon aus, dass die Herausgabe von Kommunikation aufgrund von fehlerhaften Gerichtsentscheidungen oder zwingenden Dokumentenanforderungen (*subpoenas*) von Behörden als Verzicht auf das Anwaltsprivileg anzusehen ist – unwiderfürlich und gegenüber jedermann.<sup>105</sup> Einmal veröffentlicht, sei die Vertraulichkeit der Kommunikation nicht mehr gewahrt. Die neuere Rechtsprechung erkennt an, dass dies unbillig ist und lehnt einen Verzicht ab, wenn die Kommunikationen auf der Grundlage einer zwingenden Herausgabeanforderung veröffentlicht wird oder der Inhaber des Privilegs keine Möglichkeit hatte, das Privileg geltend zu machen.<sup>106</sup> Die Gerichte stellen meist darauf ab, ob der Betroffene Schritte unternommen hat, um sein Anwaltsprivileg zu wahren.<sup>107</sup> Es ist anzunehmen, dass sich diese (für US-Behörden entwickelten) Grundsätze auch auf ausländische Behörden und Gerichte übertragen lassen.<sup>108</sup>

### (3) Verzicht bei Weitergabe von Kommunikation an Behörden

Die freiwillige Offenlegung von Kommunikationen an Behörden wird grundsätzlich als Verzicht auf das Anwaltsprivileg angesehen.<sup>109</sup> Das spielt vor allem im Zusammenhang mit internen Untersuchungen von Unternehmen eine Rolle. Unternehmen sind hier vor eine schwierige Entscheidung gestellt. Auf der einen Seite wollen sie mit den Behörden kooperieren, um von einem Kooperationsbonus zu profitieren<sup>110</sup>, auf der anderen Seite kann die Herausgabe privilegierter Kommunikationen dazu führen, dass diese Informationen zukünftig an Zivilkläger herausgegeben sind. Es liegt also im Interesse der Unternehmen, die Herausgabe von privilegierten Kommunikationen zu vermeiden. Erschwerend kommt hinzu, dass die Position von US-Behörden zum Umgang mit privilegierten Informationen nicht immer eindeutig ist. In der Vergangenheit hatten Behörden etwa gezielt nach privilegierten Kommunikationen gefragt und einen Verzicht auf das Anwaltsprivileg als einen Faktor zur Bestimmung des Kooperationsbonus angesehen. Auf diese Weise wurde der Druck auf Unternehmen noch erhöht.<sup>111</sup> Seit dem Filip-Memorandum von 2008<sup>112</sup> stellt das US-Department of Justice (DoJ) zwar auf die Offenlegung der relevanten Fakten ab und nicht mehr auf die vom Anwaltsprivileg umfasste Kommunikation mit Anwälten.<sup>113</sup> Allerdings sollen Unternehmen nach dem Yates-Memo aus 2015 "*all relevant*

<sup>105</sup> Vgl. Kunglig Järnvagsstyrelsen v. Dexter & Carpenter, 32 F.2d 195 (2d Cir. 1929).

<sup>106</sup> Vgl. etwa Studiengesellschaft Kohle mbH v. Hovamont Corp., 1980 U.S. Dist. LEXIS 15042, \*9 f. (S.D.N.Y. 1980): "*Attempts to comply with court orders ought not to be penalized by subsequent judicial transformations into voluntary waivers*".

<sup>107</sup> Vgl. im Zusammenhang mit gerichtlichen Anordnungen: Securities Exchange Commission v. Teo, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P 95249, 2009 WL 1684467. Hier hatte das Gericht darauf abgestellt, dass der Inhaber des Privilegs keine Maßnahmen ergriffen hat, um die Vertraulichkeit der Dokumente zu sichern, als das Gericht die Veröffentlichung der privilegierten Dokumente angeordnet hat (etwa Rechtsmittel einlegen oder zu beantragen, dass die Dokumente versiegelt oder zumindest vertraulich durchgesehen werden (*in camera*)). So kann ein Bundesgericht etwa nach Rule 502(d) FRE anordnen, dass das Privileg bei einer Veröffentlichung in einem Rechtsstreit nicht als Verzicht in einem Bundes- oder Landesverfahren angesehen wird. Weitere Beispiele zur Frage, welche Maßnahmen notwendig sind, um das Privileg aufrechtzuerhalten, bei Epstein, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, Sixth Edition, Vol. I, 2017, S. 539 f.

<sup>108</sup> Dies kann ausländische Unternehmen in eine schwierige Lage bringen, wenn sie einerseits mit den Ermittlungsbehörden in ihrem Heimatland kooperieren wollen, auf der anderen Seite eine freiwillige Offenlegung von Kommunikationen das US-Anwaltsprivileg gefährdet. In diesen Fällen ist den Unternehmen nicht damit geholfen, zwingende Ermittlungsmaßnahmen abzuwarten, da dies die Kooperation gefährdet und die Unternehmen mitunter weitere Ermittlungsmaßnahmen abzuwarten, die von noch größeren Nachteilen sein können (etwa Durchsuchungen – die Übrigen bei US-Ermittlungsbehörden nicht allzu verbreitet sind). Zur schwierigen Situation von deutschen Unternehmen bei grenzüberschreitenden internen und behördlichen Untersuchungen Spoerr/Priewer, *Risk & Compliance*, Jul.-Sept. 2018, S. 207 ff.

<sup>109</sup> Vgl. etwa *United States v. Jones*, 696 F.2d 1069, 1072 (4th Cir. 1982); In re Grand Jury Proceedings, 219 F.3d 175, 182-83 (2d Cir. 2000).

<sup>110</sup> Für die Berücksichtigung der Kooperation im Rahmen der Strafzumessung, vgl. *United States Sentencing Commission, Guidelines Manual*, Stand: 1. November 2016, § 8C2.5g.

<sup>111</sup> Vgl. die folgenden internen Verhaltensrichtlinien zur Ausübung des staatsanwaltlichen Ermessens. **Für das DoJ:** Memorandum from Eric Holder, Deputy Attorney Gen., Dep't of Justice, on Bringing Criminal Charges Against Corps. to Dep't Component Heads and U.S. Attorneys (June 16, 1999) ("Holder Memorandum"); Memorandum from Larry D. Thompson, Deputy Att'y Gen., U.S. Dep't of Justice, to Heads of Departments Components and United States Attorneys, regarding Principles of Federal Prosecution of Business Organizations (20 January 2003) ("Thompson Memorandum"). **Für die SEC:** Sec. & Exch. Comm'n, SEC Rel. No. 34-44969, Report Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934 and Commission Statement on Relationship of Cooperation to Agency Enforcement Decisions (2001): Dieser Report enthält die Erklärung, dass ein Unternehmen voll kooperiert hat, wenn es – ohne sich auf das Privileg zu berufen – Interviews herausgegeben hat, die im Rahmen einer internen Untersuchung durchgeführt wurden.

<sup>112</sup> Memorandum from Mark R. Filip, Deputy Att'Gen., U.S. Dep't of Justice, to Heads of Department Components and United States Attorneys, regarding Principles of Federal Prosecutions of Business Organizations (28 August 2008) ("Filip Memorandum").

<sup>113</sup> Auch die SEC hat im aktuellen Enforcement Manual Vorschriften zur Berücksichtigung des Anwaltsprivilegs aufgenommen. Vgl. *Securities and Exchange Commission, Division of Enforcement, Enforcement Manual*, 2017, § 4.3: "*The staff should not ask a party to waive the attorney-client or work product privileges and is directed not to do so.*" Vgl. aber auch folgende Aussage im Manual: "*Certain notes and memoranda generated from attorney interviews*

*facts relating to the individuals responsible for the misconduct*“ offenlegen, um vom Kooperationsbonus zu profitieren.<sup>114</sup> Für Unternehmen besteht nun die Unsicherheit, wie mit dieser Erwartung umzugehen ist, ohne privilegierte Kommunikationen offenzulegen.<sup>115</sup>

Den besonderen Konflikt von Unternehmen in Bezug auf Ermittlungsbehörden berücksichtigen einige Gerichte wie folgt: Sie gehen davon aus, dass sich der Verzicht auf das Anwaltsprivileg nur auf die Behörde(n) bezieht und nicht auf Kläger im Rahmen eines Zivilverfahrens.<sup>116</sup> Dieser Ansicht haben sich allerdings soweit ersichtlich kaum Gerichte angeschlossen. Die meisten Gerichte gehen davon aus, dass ein Verzicht des Privilegs gegenüber Behörden auch zu einem Verzicht gegenüber Dritten führt.<sup>117</sup> Unternehmen könnten sich sonst aussuchen, wem gegenüber das Privileg gilt.

Wie können Unternehmen den soeben beschriebenen Konflikt sonst mindern? Empfehlenswert ist eine Vereinbarung mit einer Behörde, die gelieferten privilegierten Dokumente vertraulich zu behandeln. Einige Gerichte nehmen in diesem Fall nur einen beschränkten Verzicht an.<sup>118</sup> Allerdings ist auch dies keine Garantie für die Wahrung des Anwaltsprivilegs, da andere Gerichte einen solchen beschränkten Verzicht auch bei einer Vertraulichkeitsvereinbarung mit einer Behörde ausdrücklich ablehnen.<sup>119</sup>

---

*may be subject, at least in part, to the protections of attorney-client privilege and/or attorney work product protection. To receive cooperation credit for providing factual information obtained from the interviews, the corporation need not necessarily produce, and the staff may not request without approval, protected notes or memoranda generated by the attorneys' interviews. To earn such credit, however, the corporation must produce, and the staff always may request, relevant factual information—including relevant factual information acquired through those interviews.”*

<sup>114</sup> Vgl. das Memorandum unter <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download> (letzter Abruf: 16. September 2018). Diese Aussage soll nach Sally Yates nicht so verstanden werden, dass Unternehmen verpflichtet wären, vom Privileg umfasste Kommunikationen offenzulegen Vgl. <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-sally-q-yates-delivers-remarks-new-york-city-bar-association>.

<sup>115</sup> Insbesondere bei Interviews mit Mitarbeitern des Mandanten ist die Abgrenzung von Fakten und privilegierter Information alles andere als einfach.

<sup>116</sup> *Diversified Industries, Inc. v. Meredith*, 572 F.2d 596 (8th Cir. 1977 *en banc*).

<sup>117</sup> Vgl. etwa *Westinghouse Electric Corp. v. Republic of Philippines*, 951 F.2d 1414, 1424 ff.; In re *Pac. Pictures Corp.*, 679 F.3d 1121, 1127 f. (9th Cir. 2012).

<sup>118</sup> In re *Natural Gas Commodity Litigation*, No. 03 Civ. 6186VMAJP, 2005 WL 1457666, \*5f. (S.D.N.Y. 2005) ging das Gericht von einem *selective waiver* aus. Zu einem beschränkten Verzicht tendierend: In re *Steinhardt*, 9 F.3d 230, 234 (2d Cir. 1993).

<sup>119</sup> In re *Columbia/HCA Healthcare Corp. Billing Practices Litigation*, 293 F.3d 289 (6th Cir. 2002).

---

## Unternehmensstrafrecht / Internal Investigations

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt a.M.

# (Präventive) Ermittlungen der (Unternehmens-)Verteidigung im Verbandssanktionsverfahren und unternehmensinterne Ermittlungen nach italienischem Recht

## I. Die Ermittlungen der Verteidigung nach italienischem Strafrecht

### 1. Rechtliche Grundlage

Mit dem Gesetz Nr. 397 vom 7. Dezember 2000 wurden in Italien spezielle Vorschriften (Artikel 391-bis – 391-decies) in das Buch V, in einen neuen Titel VI-bis der Strafprozessordnung (Codice di Procedura Penale, im Weiteren “CPP”) eingeführt, die die Befugnisse des Verteidigers regeln, eigenverantwortlich Ermittlungen im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens zu Verteidigungs-