

Thomas Müller

Braucht es ein Unternehmensjuristengesetz?

Seit langem wird die Frage kontrovers diskutiert, ob sich eine bei einem Unternehmen angestellte Rechtsanwältin bei behördlich angeordneter Aktenedition auf ein Mitwirkungsverweigerungsrecht berufen kann. Bei dieser Diskussion werden möglicherweise verschiedene Aspekte vermischt, die getrennt voneinander dargestellt werden müssten: Insbesondere wird oft verkannt, dass nicht die strafrechtlichen Schutzbestimmungen die Grundlagen für ein Berufsgeheimnis darstellen, sondern dass diese vielmehr in den jeweiligen zivilrechtlichen Verhältnissen zu suchen sind.

Rechtsgebiet(e): Wirtschafts- und Wirtschaftsverwaltungsrecht; Verletzung der Berufs- und Amtspflicht

Zitiervorschlag: Thomas Müller, Braucht es ein Unternehmensjuristengesetz?, in: Jusletter 21. September 2009

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Akutelle materiellrechtliche Grundlagen für ein Berufsgeheimnis
 - 2.1 Zivilrechtliche Grundlagen
 - 2.2 Treuepflicht gemäss Art. 321a OR
3. Strafrechtlicher Schutz von Berufsgeheimnissen
 - 3.1 Einleitung
 - 3.2 Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses gemäss Art. 162 StGB
 - 3.3 Verletzung des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB
 - 3.4 Verletzung des Bankkundengeheimnisses gemäss Art. 47 BankG
 - 3.5 Verletzung der beruflichen Schweigepflicht gemäss Art. 35 DSG
4. Schaffung eines neuen Berufsgeheimnisses
 - 4.1 Gegenstand des VE Unternehmensjuristinnengesetz
 - 4.2 Berufsgeheimnis gemäss Art. 12 VE-UJG im Verhältnis zur arbeitsrechtlichen Geheimhaltungsverpflichtung
 - 4.3 Geheimnisherrin und Geheimnisträgerin
 - 4.4 Zwischenresultat
5. Berufsregeln für eingetragene Unternehmensjuristinnen
 - 5.1 Sorgfaltspflichten
 - 5.2 Unabhängige Rechtsberatung
6. Verbesserung des rechtskonformen Verhaltens durch den Erlass eines Unternehmensjuristinnen und -juristengesetz?
 - 6.1 Grundsätzliches
 - 6.2 Unternehmensinterne Einbindung von Unternehmensjuristinnen
7. Mitwirkungsverweigerungsrechte
 - 7.1 Allgemeines
 - 7.2 Benötigt die Schweiz ein Mitwirkungsverweigerungsrecht?
 - 7.3 Vorschlag

1. Einleitung

[Rz 1] Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD leitete am 5. Mai 2009 eine Vernehmlassung¹ über den Entwurf für ein Bundesgesetz über die Unternehmensjuristinnen und -juristen (Unternehmensjuristengesetz UJG) ein. Als einer der Hauptgründe für diese Gesetzgebungsaktivität wird angeführt, «dass Unternehmen die Ergebnisse der Rechtsberatung nicht in Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren offen legen müssen.» Bei den Ausführungen im Erläuterungsbericht wird schwergewichtig auf die Mitwirkungsverweigerungsrechte der freiberuflichen Anwältinnen verwiesen. Dabei wird jedoch kaum herausgearbeitet, dass sämtliche Berufsgeheimnisse im Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten gerade nicht in den Straf-, Verwaltungs- oder Verwaltungsstrafnormen begründet sind. Diese Normen dienen nur der Absicherung der meistens zivilrechtlichen Berufsgeheimnisse.

[Rz 2] Weiter wird ausgeführt, dass mit dem UJG die freie und die sachliche unternehmensinterne Rechtsberatung gestärkt und damit ein Beitrag zu rechtskonformem unternehmerischem Handeln geleistet werden soll. Diese Aussage enthält in sich einen Widerspruch: Art. 1 VE-UJG² führt als Gegenstand des Gesetzes ausschliesslich die Eintragung

von Unternehmensjuristinnen in ein Register sowie die daraus fliessenden Rechte und Pflichten. Von einer Compliance-Funktion wird weder im Gesetzesentwurf noch in den Erläuterungen³ gesprochen.

2. Akutelle materiellrechtliche Grundlagen für ein Berufsgeheimnis

2.1 Zivilrechtliche Grundlagen

[Rz 3] Es kann nicht genug betont werden, dass weder Art. 47 BankG⁴ noch die Strafbestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches StGB⁵ als Begründung für ein Berufsgeheimnis herangezogen werden können. Vielmehr begründet das meist zivilrechtliche Verhältnis⁶ zwischen der Geheimnisherrin und der Geheimnisträgerin das Berufsgeheimnis. Am häufigsten dürften dabei die auftragsrechtlichen Normen zur Anwendung kommen. Art. 398 Abs. 2 OR⁷ bestimmt, dass die Beauftragte der Auftraggeberin für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts haftet. Da der Auftrag die Wahrung fremder Interessen⁸ beinhaltet, erhält die Beauftragte unter Umständen Kenntnisse über die Auftraggeberin, die diese überhaupt nicht oder nur einem kleinen Kreis von Drittpersonen offenbaren will. Aus der Treue- und Interessenwahrungspflicht⁹ hat die Beauftragte die Pflicht, diese Informationen geheim zu halten. Eine allfällige Verletzung dieser Treuepflicht zieht unter Umständen die Schadenersatzforderungen gegen die Beauftragte gemäss Art. 398 ff. OR nach sich.

2.2 Treuepflicht gemäss Art. 321a OR

[Rz 4] Im Zusammenhang mit Unternehmensjuristinnen interessiert vor allem die Treuepflicht der Arbeitnehmerin gegenüber der Arbeitgeberin auf Grund von Art. 321a OR. Als Ausfluss dieser Treuepflicht sieht Art. 321a Abs. 4 OR die Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflicht vor. Bezüglich des Umfangs der Geheimhaltungsverpflichtung nimmt Art. 321a Abs. 4 OR folgende Unterscheidung vor: Absolute Geheimhaltungsverpflichtung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses; Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

¹ BBI 2009 3147.

² Siehe Entwurf für das Bundesgesetz über die Unternehmensjuristinnen und -juristen (Unternehmensjuristengesetz, UJG), nachfolgend VE-UJG.

³ Siehe Erläuterungsbericht zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Unternehmensjuristinnen und -juristen von April 2009, nachfolgend Erläuterungsbericht.

⁴ Bankengesetz vom 8. November 1934 (BankG), SR 952.

⁵ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.

⁶ Die öffentlich-rechtlich begründeten Berufs- und Amtsgeheimnisse werden vorliegend nicht bearbeitet.

⁷ Obligationenrecht vom 30. März 1911 (OR), SR 220.

⁸ Rolf H. Weber, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, N 2 zu OR 394.

⁹ Rolf H. Weber, (Fn. 8), N 10 zu OR 398.

besteht die Geheimhaltungsverpflichtung nur noch insoweit, als die Arbeitgeberin daran ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann¹⁰. Der Umfang der Geheimhaltung beschlägt alles, was die Arbeitnehmerin im Rahmen ihrer Berufs- und Dienstausbübung zu Gunsten der Arbeitgeberin erfahren hat. Die Verletzung dieser Geheimhaltungsverpflichtung kann zu einer Schadenersatzforderung der Arbeitgeberin führen (Art. 321e OR).

3. Strafrechtlicher Schutz von Berufsheimnissen

3.1 Einleitung

[Rz 5] Wie oben bereits ausgeführt steht der Geheimnisherin allenfalls ein zivilrechtlich begründeter Schadenersatzanspruch zu, sofern die Geheimnisträgerin ihre vertraglichen Treuepflichten verletzt hat. Demgegenüber stellt der strafrechtliche Schutz einzig eine Verstärkung des Schutzes des Berufsheimnisses als geschütztes Rechtsgut dar. Aber dieser strafrechtliche Schutz begründet – grundsätzlich – keine weitergehenden zivilrechtlichen Treuepflichten.

3.2 Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsheimnisses gemäss Art. 162 StGB

[Rz 6] Bei der Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsheimnisses muss die Täterin die Sondereigenschaft aufweisen, dass sie beim Unternehmen angestellt war oder noch immer ist. Als Tatbestandsmerkmal wird u.a. verlangt, dass die Täterin auf Grund einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung zur Geheimhaltung gehalten ist. Jedoch muss die Geheimhaltungspflicht nicht explizit vertraglich vereinbart sein. Sie kann sich aus der Vertragsauslegung ergeben¹¹. Geschäftsheimnisse sind Informationen oder Daten, die den kaufmännischen oder betriebswirtschaftlichen Bereich eines Unternehmens betreffen, und die das Unternehmen als Geheimnisherr nur einem bestimmten und/oder beschränkten Personenkreis zugänglich machen will¹². Das Fabrikations- oder Geschäftsheimnis kann auch nach der Beendigung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses verletzt werden. Jedoch ist in diesem Fall gem. Art. 321a Abs. 4 OR zu prüfen, ob und wie weit das gegebenenfalls verletzte Unternehmen noch ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung hat.

3.3 Verletzung des Berufsheimnisses gemäss Art. 321 StGB

[Rz 7] Hervorzuheben ist, dass nur die Täterin, die eine der im Gesetz abschliessend aufgezählten Sondereigenschaften aufweist, gemäss Art. 321 StGB bestraft werden kann. Unternehmensjuristinnen weisen keine der im Gesetz genannten Sondereigenschaften auf, auch wenn im Schrifttum¹³ versucht worden ist, diesen die Sondereigenschaft zuzuerkennen, sofern sie im Besitze eines Anwaltspatentes sind. Berufsheimnisse im Sinne dieser Bestimmung sind Informationen, «die dem Berufsangehörigen im Zusammenhang mit der Ausführung eines Auftrages anvertraut worden sind.»¹⁴ Gemäss Art. 321 Ziff. 1 Abs. 4 StGB ist die Geheimnisträgerin auch dann strafbar, wenn sie das Berufsheimnis nach Beendigung der Berufsausübung verletzt.

3.4 Verletzung des Bankkündengeheimnisses gemäss Art. 47 BankG

[Rz 8] Auch die Verletzung des Bankkündengeheimnisses bedingt, dass die Täterin die im Gesetz aufgezählten Sondereigenschaften aufweist. Tatobjekte können alle Informationen/Daten sein, welche die Täterin in ihrer Sondereigenschaft gemäss Art. 47 BankG im Rahmen ihrer Berufsausübung erfährt. Interessanterweise stellt Art. 47 Abs. 4 BankG die Verletzung des Bankkündengeheimnisses unter Strafe unabhängig davon, ob die Verletzung nach Beendigung des dienstlichen Verhältnisses oder nach der Beendigung der Berufsausübung begangen worden ist.

3.5 Verletzung der beruflichen Schweigepflicht gemäss Art. 35 DSG

[Rz 9] Gemäss Art. 35 DSG¹⁵ können Tatobjekte sein: Geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile, von denen die Täterin im Rahmen ihrer Berufsausübung Kenntnis erhalten hat und deren Kenntnisse für die Berufsausübung notwendig sind. Bei der Verwirklichung des Tatbestandes gemäss Art. 35 DSG handelt es sich um

¹⁰ Manfred Rehbinder, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, N 7 zu OR 321a.

¹¹ Günther Strathenwerth, Wolfgang Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007, N 2 zu StGB 162.

¹² Günther Strathenwerth, Wolfgang Wohlers, (Fn. 11), N 3 zu StGB 162.

¹³ Siehe unter anderem: Claudia Seitz, Die Unternehmensjuristen und das Anwaltsprivileg im europäischen Wettbewerbsverfahren – Wandel in der europäischen Rechtsprechung?, EuZW 2004, Seiten 231 ff.; Patrick Sommer/Alain Raemy, Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizerischen Kartellrechts, sic! 2004, Seiten 748 ff.; Stefan Brunnschweiler/Marquard Christen, Korrektes Verhalten bei Hausdurchsuchungen, Jusletter 17. Oktober 2005; Franz Hoffet/Dorothea Seckler, Vom Anwaltsheimnis zum «Legal Privilege», SJZ 2005, Seiten 333 ff.; Marcel Alexander Niggli, Gutachten betr. Anwendung von Art. 321 StGB auf angestellte Unternehmensjuristen vom 5. August 2005; Michael Pfeiffer, Gilt das Berufsheimnis nach Art. 321 StGB auch für Unternehmensjuristen, Anwaltsrevue, Heft 4/2006, Seiten 166 ff.; Michael Pfeiffer, Unterstehen dem Berufsheimnis nach Art. 321 StGB auch Unternehmensjuristen, Anwaltsrevue Heft 8/2006, Seiten 277 ff.

¹⁴ Günther Strathenwerth, Wolfgang Wohlers, (Fn. 11), N 3 zu StGB 321.

¹⁵ Datenschutzgesetz vom 19. Juni 1992 (DSG), SR 235.1.

ein Sonderdelikt. Der Kreis der möglichen Täterinnen ist im Gesetz abschliessend aufgezählt: Die Berufsausübende und ihr Personal¹⁶. Damit ist aber auch gleich gesagt, dass die Verletzung der beruflichen Schweigepflicht nur die in Art. 35 DSG aufgezählten Personendatenarten betrifft, welche die Täterin im Rahmen der Berufsausübung bearbeitet¹⁷. Damit ist ein Tatobjekt gemäss Art. 35 DSG wesentlich enger gefasst, als dies bei Art. 162, 321 StGB oder Art. 47 BankG der Fall ist.

4. Schaffung eines neuen Berufsgeheimnisses

4.1 Gegenstand des VE Unternehmensjuristinnengesetz

[Rz 10] Art. 1 des VE-UJG umschreibt den Gegenstand des Gesetzes wie folgt: «Dieses Gesetz regelt die Eintragung von Unternehmensjuristinnen und -juristen in ein Register sowie die Rechte und Pflichten, die aus dieser Eintragung folgen.» Damit bringt der VE zum Ausdruck, dass es sich dabei um einen öffentlich-rechtlichen Erlass handelt (hoheitliches Handeln gegenüber den Rechtsunterworfenen). Demgegenüber bestimmt Art. 12 VE-UJG, dass die eingetragenen Unternehmensjuristinnen und -juristen zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann das Berufsgeheimnis wahren und zwar über die Produkte ihrer rechtsberatenden und forensischen Tätigkeit. Bei dieser Bestimmung ist schon weniger eindeutig feststellbar, ob es sich dabei um eine zivilrechtliche Treuepflicht zwischen der Arbeitnehmerin und der Arbeitgeberin handelt oder ob eine aufsichtsrechtliche Berufspflicht statuiert wird. Das EJPD schreibt dazu einfach, dass das in Art. 12 VE-UJG normierte Berufsgeheimnis öffentlich-rechtlichen Charakter hat¹⁸.

4.2 Berufsgeheimnis gemäss Art. 12 VE-UJG im Verhältnis zur arbeitsrechtlichen Geheimhaltungsverpflichtung

[Rz 11] Art. 12 VE-UJG beschränkt das Berufsgeheimnis in zweifacher Hinsicht: In persönlicher Hinsicht sind davon nur die eingetragenen Unternehmensjuristinnen und -juristen sowie ihr Hilfspersonal betroffen. In sachlicher Hinsicht sind von diesem Berufsgeheimnis nur, aber immerhin, die Produkte der rechtsberatenden und forensischen Tätigkeit betroffen. Demgegenüber nimmt Art. 321a OR in sachlicher Hinsicht keine Einschränkung vor. Dieser Geheimhaltungsverpflichtung unterliegt alles, wovon die Arbeitnehmerin im Rahmen

der Arbeitstätigkeit Kenntnis erhält und die Arbeitgeberin als Geheimnisherrin ein Interesse an dessen Geheimhaltung hat.

[Rz 12] Was wird mit der Unterscheidung zwischen dem Berufsgeheimnis i.S. von Art. 12 VE-UJG und der Geheimhaltungsverpflichtung gemäss Art. 321a OR gewonnen? Voraussichtlich wird diese formale Unterscheidung nichts ausser Abgrenzungsprobleme zur Folge haben, wie das EJPD im Erläuterungsbericht selber einräumt¹⁹. Zudem können die Arbeitsergebnisse einer Unternehmensjuristin nicht derart genau in die Bereiche Kernaufgaben einer Unternehmensjuristin und übrige Aufgaben aufgeteilt werden, wie dies bei einer Anwaltstätigkeit der Fall ist. Auch wenn das EJPD ausführt, «dass in jedem Einzelfall zu prüfen ist, ob die betroffene Information in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der rechtsberatenden Tätigkeit steht»²⁰, wird mit Art. 12 VE-UJG ein Berufsgeheimnis geschaffen, das einerseits enger als die Geheimhaltungsverpflichtung in Art. 321a OR und andererseits ungenauer als Art. 13 BGFA²¹ abgefasst ist. Ein Gesetz, das bereits im Entstehungsstadium Abgrenzungsfragen aufwirft, ohne diese zu lösen, sollte jedoch gar nicht erst erlassen werden, da es somit keinen Mehrwert schafft.

4.3 Geheimnisherrin und Geheimnisträgerin

[Rz 13] Im Verhältnis zwischen der Anwältin und ihrer Klientin sind die Rollen klar: Die Klientin ist Geheimnisherrin, während die Anwältin Geheimnisträgerin ist. Das Gleiche kann für das arbeitsvertragliche Verhältnis gesagt werden: Die Arbeitgeberin ist Geheimnisherrin und die Arbeitnehmerin ist Geheimnisträgerin. Mit dem Berufsgeheimnis gemäss Art. 12 VE-UJG werden die Grenzen jedoch verwischt. Art. 2 VE-UJG definiert Unternehmensjuristinnen klar als Arbeitnehmerinnen eines Unternehmens, was noch auf die vorher beschriebene Rollenverteilung hinweisen würde. Art. 12 Abs. 1 VE-UJG schreibt den Unternehmensjuristinnen vor, dass sie das Berufsgeheimnis über die Produkte ihrer rechtsberatenden und forensischen Tätigkeit wahren. Da gemäss Art. 12 Abs. 3 VE-UJG nur die Aufsichtsbehörde die Unternehmensjuristin vom Berufsgeheimnis entbinden kann, ist nicht mehr klar, ob die Unternehmensjuristin nun Geheimnisherrin oder –trägerin ist. Wenn nämlich das arbeitsvertragliche Konzept der Rollenverteilung beibehalten würde, müsste mindestens das Unternehmen ebenso berechtigt sein, die

¹⁶ Gunther Arzt, Kommentar zum schweizerischen Datenschutzgesetz, Basel 1995, N 50 zu DSG 35.

¹⁷ Gunther Arzt, (Fn. 16), N 16 ff. zu DSG 35.

¹⁸ Erläuterungsbericht Seite 22.

¹⁹ Erläuterungsbericht Seite 21: «In jedem Fall ist zu prüfen, ob die betroffene Information in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der rechtsberatenden Tätigkeit steht. (...) Die Gerichte werden entscheiden müssen, ob und inwieweit die Praxis (des Bundesgerichts zum Inhalt des Anwaltsgeheimnisses) insbesondere im Falle des Inkrafttretens der neuen Strafprozessordnung per Analogie auf die Unternehmensjuristinnen und -juristen angewendet werden kann.»

²⁰ Erläuterungsbericht Seite 21.

²¹ Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), SR 935.61.

Unternehmensjuristin vom Berufsgeheimnis zu entbinden, was dem Konzept von Art. 321 Ziff. 2 StGB entsprechen würde.

4.4 Zwischenresultat

[Rz 14] Wie oben dargestellt gründet die Geheimhaltungsverpflichtung der Unternehmensjuristin ausschliesslich auf dem Arbeitsvertrag und dem Arbeitsrecht, somit auf dem Bundeszivilrecht. Mit der Qualifizierung des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 12 VE-UJG als öffentlich-rechtliche Norm suggeriert das EJPD, dass es sich beim Rechtsverhältnis zwischen der Unternehmensjuristin und der Arbeitgeberin um ein hoheitliches handeln würde. Und das kann und darf nicht gemeint sein, da ja nicht einmal das Anwaltsgeheimnis als öffentlich-rechtliches Berufsgeheimnis zu betrachten ist. Mit anderen Worten wird mit Art. 12 VE-UJG eine neue und vor allem eigene Art von Berufsgeheimnis geschaffen, die weder in die Zivilrechtsdogmatik passt noch einen Mehrwert schafft.

5. Berufsregeln für eingetragene Unternehmensjuristinnen

5.1 Sorgfaltspflichten

[Rz 15] Art. 11 Abs. 1 VE-UJG schreibt vor, dass die eingetragenen Unternehmensjuristinnen und -juristen ihre Tätigkeit sorgfältig und gewissenhaft ausüben. Auch diese Legiferierung ist nichts Neues. Auch die arbeitsrechtlichen²² und die meisten arbeitsvertraglichen Verpflichtungen verlangen diese Sorgfaltspflicht von allen Angestellten. Neu ist hingegen, dass die Verletzung dieser Sorgfaltspflicht nicht nur arbeitsvertraglich durch die Arbeitgeberin, sondern neu auch als Verletzung der Berufsregeln durch die Aufsichtsbehörden mit einer Sanktion belegt werden können²³. Im Unterschied zu den freiberuflich tätigen Anwältinnen ist bei den Unternehmensjuristinnen absolut kein öffentliches Interesse an einer zusätzlichen Sanktionierung von allfälligen Verstössen gegen die Sorgfaltspflichten ersichtlich: Anders als eine Klientin einer freiberuflich tätigen Anwältin kann sich ein Unternehmen gegenüber der angestellten Unternehmensjuristin, die sich Sorgfaltspflichtverstösse zu Schulden kommen liess, sehr wohl und angemessen zur Wehr setzen. In diesem Sinne ist sogar fraglich, ob diese Norm mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 und dort insb. Abs. 2 und 4 BV vereinbar ist.

5.2 Unabhängige Rechtsberatung

[Rz 16] Die schwierigste Norm im VE-UJG dürfte wohl Art. 11

Bst. b sein: Die Unternehmensjuristin beurteilt rechtliche Fragen unabhängig von Weisungen von nicht im Register eingetragenen Personen. Das EJPD schreibt dazu lapidar, dass sich die Praxis zu Art. 11 VE-UJG an der Rechtsprechung zu Art. 12 BGFA orientieren kann²⁴. Art. 11 Bst. b VE-UJG lässt sich aber in der Praxis nicht umsetzen und widerspricht diametral der Wirtschaftsrealität. Ein Unternehmen, das eine eigene Rechtsabteilung unterhält, hat sich aus verschiedenen Gründen dafür entschieden, eine interne Rechtsabteilung mit angestellten Juristinnen zu unterhalten, die in die Unternehmensorganisation und vor allem Unternehmenskultur eingebunden sind. Mit anderen Worten hat sich dieses Unternehmen gerade dagegen entschieden, juristische Dienstleistungen von externen – und somit unabhängigen – Anwaltskanzleien zu beziehen. Unternehmensinterne Rechtsberatung erfolgt nie unabhängig, sondern immer im Kontext der konkreten Unternehmenssituation und -kultur. Das Management eines Unternehmens interessiert sich nämlich oft nicht dafür, was rechtlich möglich ist oder nicht, sondern wie die Abwicklung eines Geschäftes möglich ist und, falls rechtliche Risiken bestehen, was es kostet, falls sich diese rechtlichen Risiken verwirklichen.

[Rz 17] Ein weiteres Mal bleibt das EJPD in den Erläuterungen die Antwort²⁵ schuldig, wie sich eine Unternehmensjuristin arbeitsrechtlich und arbeitsvertraglich zur Wehr setzen kann, die Nachteile wegen nicht befolgten Weisungen von vorgesetzten Stellen gewärtigt. Wie kann sich eine Unternehmensjuristin zur Wehr setzen, wenn sie Weisungen missachtet, die die Möglichkeit der unvoreingenommenen rechtlichen Beurteilung beeinträchtigen könnten? Falls ein Unternehmen gegenüber einer Unternehmensjuristin eine Kündigung ausspricht, weil sie Weisungen von übergeordneten Stellen missachtet hat, wird diese Kündigung mit dem geltenden Arbeitsrecht mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht als missbräuchlich eingestuft werden. Somit erweisen sich die geltenden Kündigungsschutzbestimmungen von Art. 336 OR für diesen Fall als zu wenig griffig. Falls Art. 11 Bst. b UJG je Gesetzeskraft erlangen sollte, macht diese Bestimmung nur dann Sinn und ist im täglichen Wirtschaftsleben umsetzbar, sofern gleichzeitig in Art. 336 Abs. 1 Bst. b OR eine griffige Kündigungsschutzbestimmung aufgenommen wird. Diese könnte etwa lauten: «Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht *oder gesetzlich verankerte Rechte oder Pflichten* ausübt (...).»

²² Art. 321a OR.

²³ Art. 16 VE-UJG.

²⁴ Erläuterungsbericht Seite 20.

²⁵ Erläuterungsbericht Seite 21.

6. Verbesserung des rechtskonformen Verhaltens durch den Erlass eines Unternehmensjuristinnen und -juristengesetz?

6.1 Grundsätzliches

[Rz 18] Das EJPD erhofft sich, dass die Verankerung von Berufsregeln für in Unternehmen angestellte, rechtberatend tätige Personen einen Beitrag dazu leisten kann, dass die sachlich korrekte unternehmensinterne Rechtsberatung gestärkt wird²⁶. Die Ursachen zur aktuellen Finanzkrise belegen eindrücklich, dass Compliance²⁷ nicht staatlich verordnet werden kann. Auch die verschiedenen Gewährbestimmungen²⁸ in den Finanzmarktgesetzen konnten die Finanzkrise nicht verhindern. Und soweit bekannt wurde seit dem Inkrafttreten von Art. 102 StGB per 1. Oktober 2003 noch keine Verurteilung gestützt auf diese Norm ausgesprochen. Die Unternehmensstrafnorm führte jedoch möglicherweise dazu, dass Unternehmen ihre Organisationen verbesserten, um einem möglichen Vorwurf der mangelhaften Organisation zur Verhinderung von Straftaten zu entgehen.

6.2 Unternehmensinterne Einbindung von Unternehmensjuristinnen

[Rz 19] «Der Compliance Officer hat zwei unterschiedliche Gesichter. Die einen sehen ihn als unwillkommenen Geschäftsverhinderer. Die anderen nehmen ihn als wertvollen Berater wahr, der hilft, kritische Entscheide vorzubereiten und dem Management Sicherheit zu bieten. Tatsächlich ist Compliance **kein** notwendiges Übel.»²⁹ Die Compliance Abteilung oder die Rechtsabteilung sind deshalb immer unterschiedlichen Interessen der Stakeholder eines Unternehmens ausgesetzt: Geschäftsleitung, Mitarbeitende, Medienöffentlichkeit, Kundschaft, Regulatoren, Aktionariat, Lieferanten. Alle diese Beteiligten haben unterschiedliche und zum Teil sich widersprechende Bedürfnisse und Anforderungen an die Rechtsabteilung.

[Rz 20] Früher wurden bei rechtlichen Fragen oft Rechtsanwältinnen ausserhalb der Unternehmung beigezogen. Später wurden wohl aus Kosten- und aus Effizienzgründen unternehmensinterne Rechtsabteilungen als Stabsabteilungen geschaffen, die aber ein weitgehend von der übrigen

Unternehmung abgeschiedenes Dasein fristeten oder immer noch fristen³⁰. Zur Jahrtausendwende wurden in vielen Unternehmungen spezielle Compliance Abteilungen geschaffen, die heute aber weitgehend ähnlich isoliert arbeiten wie früher die Rechtsabteilungen.

[Rz 21] Ausgehend vom St. Galler Management-Modell³¹ entwickelte Franco Taisch³² in Anlehnung an Hans Ulrich ein Compliance Management-Modell, das als integraler Bestandteil des Gesamtmanagements der Unternehmung zu verstehen ist, und das als eine von mehreren Sphären systemisch in sämtliche Unternehmensprozesse einzubinden ist.

[Rz 22] Und genau hier liegt die grosse Gefahr des VE-UJG: Die langsam einsetzende Entwicklung der Einbindung der Rechts- und Compliance-Abteilungen in die Produktionsprozesse von Unternehmen zu stoppen und aus ihnen wieder Abteilungen zu machen, die zwar «unabhängig von Weisungen von nicht im Register eingetragenen Personen» agieren (Art. 11 Bst. b VE-UJG), aber letztendlich als Fremdkörper in der Unternehmung wahrgenommen werden.

[Rz 23] Ein weiteres Element könnte diese Tendenz noch verstärken. Generell haben Juristinnen zuweilen die Tendenz, sich risikoavers zu verhalten und von einem Geschäftsabschluss eher abzuraten, da sich ein entferntes Rechtsrisiko verwirklichen könnte. Falls nun aber das Element der Unabhängigkeit als Voraussetzung in Art. 11 VE-UJG aufgenommen wird, könnte dadurch im Alltag die Kluft zwischen den Rechtsabteilungen und dem Management noch verstärkt werden. Zudem könnte das Management dazu neigen, die Rechtsabteilung erst gar nicht mehr beizuziehen, da diese auf ihre Unabhängigkeit pochen könnte. Dadurch könnte das UJG anstelle einer Verbesserung des rechtskonformen Verhaltens von Unternehm in sein Gegenteil verkehrt werden.

7. Mitwirkungsverweigerungsrechte

7.1 Allgemeines

[Rz 24] Zu Beginn der vorliegenden Gesetzgebungsarbeiten standen offenbar Vorschläge aus dem eidgenössischen Parlament, ein Zeugnisverweigerungsrecht für in einem

²⁶ Erläuterungsbericht Seite 6.

²⁷ Zum Compliance-Begriff siehe: Thomas Müller, Compliance Management, dargestellt am Beispiel der Versicherungswirtschaft, Bern 2007, Seiten 25 ff.

²⁸ Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG, Art. 14 Abs. 1 Bst. b KAG, Art. 14 VAG, Art. 3 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 1 Bst. c und d BEHG.

²⁹ Peter Haener, «Selber auf die Finger schauen» in, Handelszeitung vom 18. September 2002.

³⁰ Franco Taisch, in Management & Law, Band Nr. 10 «Meilensteine im Management»: Legal Management – Thoughts on Approach and Function, Basel 2003, Seite 278: «Sometimes one may be tempted to provocatively state that traditional front managers and traditional lawyers do not live in the same business environment, that their functions are completely isolated from each other, that they origin form different galaxies and that they speak – if they speak to each other at all – completely different languages.»

³¹ Johannes Rüegg-Stürm, Das neue St. Galler Management-Modell, Bern 2002, Seite 24 ff. «Umweltsphären einer Unternehmung».

³² Taisch, Franco, in Management & Law, Band Nr. 10 «Meilensteine im Management»: Legal Management – Thoughts on Approach and Function, Basel 2003, Seite 279.

Unternehmen rechtsberatend tätige Personen in die Strafprozessordnung aufzunehmen. Die Rechtskommission des Nationalrates gab diesem Antrag nicht statt, sondern beauftragte mittels Motion den Bundesrat, entsprechend tätig zu werden³³.

7.2 Benötigt die Schweiz ein Mitwirkungsverweigerungsrecht?

[Rz 25] Die Mitwirkungsverweigerungsrechte stehen vor allem Angeschuldigten, Zeugen und einem mehr oder weniger genau umschriebenen Personenkreis zu. Personen der letztgenannten Gruppe sollen nicht zur Preisgabe von Informationen angehalten werden können, die ihnen auf Grund eines besonderen Vertrauensverhältnisses zugegangen sind, ausser die Geheimnisherrin oder die Aufsichtsbehörde hätte sie von der Geheimhaltungsverpflichtung entbunden³⁴. Diese Konzeption macht für die so genannt freien Berufe durchaus Sinn, da die Geheimnisträgerinnen in aller Regel rechtlich eigenständige Personen sind, die nur vertragsrechtlich, aber nicht organisationsrechtlich mit der Geheimnisherrin verbunden sind.

[Rz 26] Anders verhält es sich im Falle der Produkte der rechtsberatenden Unternehmensjuristinnen. Diese sind nicht nur vertragsrechtlich, sondern auch organisationsrechtlich mit der Arbeitgeberin verbunden, da sie in den meisten Fällen mindestens die Stellung einer Prokuristin, wenn nicht sogar eines Unternehmensorgans, einnehmen. Mit anderen Worten ist eine angestellte Unternehmensjuristin nie eine aussenstehende und quasi neutrale oder unabhängige Person, sondern sie nimmt kraft ihrer Stellung innerhalb des Unternehmens an der Willensbildung der Organe des Unternehmens teil. Falls nun das Unternehmen Partei in einem Verfahren ist, liegt es im öffentlichen Interesse, dass sämtliche Unterlagen, die der Wahrheitsfindung in diesem Verfahren dienen, zu den Akten ediert werden können und den urteilenden Behörden zur Verfügung stehen. Das in den Erläuterungen oft zitierte «attorney-client-privilege» entspricht eindeutig der amerikanischen Tradition und mag dort auch einen gewissen Sinn haben. Aber ein «attorney-client-privilege» für angestellte Unternehmensjuristinnen entspricht in keiner Art und Weise der kontinental-europäischen Rechtstradition. Zudem würde gerade die Anwendung der Unternehmensstrafnorm gemäss Art. 102 StGB mit einem derartigen «attorney-client-privilege» noch schwieriger werden, als sie heute ohnehin schon ist³⁵.

7.3 Vorschlag

[Rz 27] Falls trotz aller Einwände ein Mitwirkungsverweigerungsrecht für angestellte Unternehmensjuristinnen geschaffen werden sollte, können die im 7. Abschnitt VE-UJG aufgezählten Bestimmungen (ausser natürlich jene, die Bezug auf das UJG selbst nehmen) allein und ohne das UJG in Kraft gesetzt werden. Diese Bestimmungen würden absolut genügen, um den seit dem Inkrafttreten des Kartellrechts 2004 geäusserten Bedenken und Wünschen an ein Mitwirkungsverweigerungsrecht von angestellten Unternehmensjuristinnen gerecht zu werden.

[Rz 28] Art. 321 Ziff. 1 StGB könnte mit einem neuen Abs. 2 (und nicht mit einer Ziffer 1^{bis}) wie folgt ergänzt werden (so dass die heutigen Absätze 2 und 3 zu den Absätzen 3 und 4 werden):

Unternehmensjuristinnen und -juristen sowie ihr Hilfspersonal, die Produkte der rechtsberatenden oder forensischen Tätigkeit offenbaren, werden, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

[Rz 29] Die neue Strafnorm müsste zwingend als neuer Absatz 2 in Art. 321 Ziff. StGB eingefügt werden, da ansonsten die Strafbarkeit der Verletzung des Berufsgeheimnisses nach der Beendigung der Berufsausübung gemäss Art. 321 Ziff. 1 Abs. 3 StGB wegfallen würde. Zudem braucht es das Wort «geheim» vor dem Begriff «Produkt» nicht, da vom Berufsgeheimnis ja alle Produkte der rechtsberatenden oder forensischen Tätigkeit erfasst sein sollen.

Thomas Müller ist Rechtsanwalt, Compliance Experte und Inhaber von www.prolege.ch sowie Autor des Buches «Compliance Management, Dargestellt am Beispiel der Versicherungswirtschaft».

* * *

³³ Erläuterungsbericht Seite 6.

³⁴ Art. 321 Ziff. 2 StGB.

³⁵ Niklaus Schmid, Strafbarkeit des Unternehmens: Die prozessuale Seite, recht 2003 Heft 3, Seiten 201 ff.