

Private Ermittlungen

Leuenbergtagung vom 14. Juni 2013



Dr. Mark Livschitz

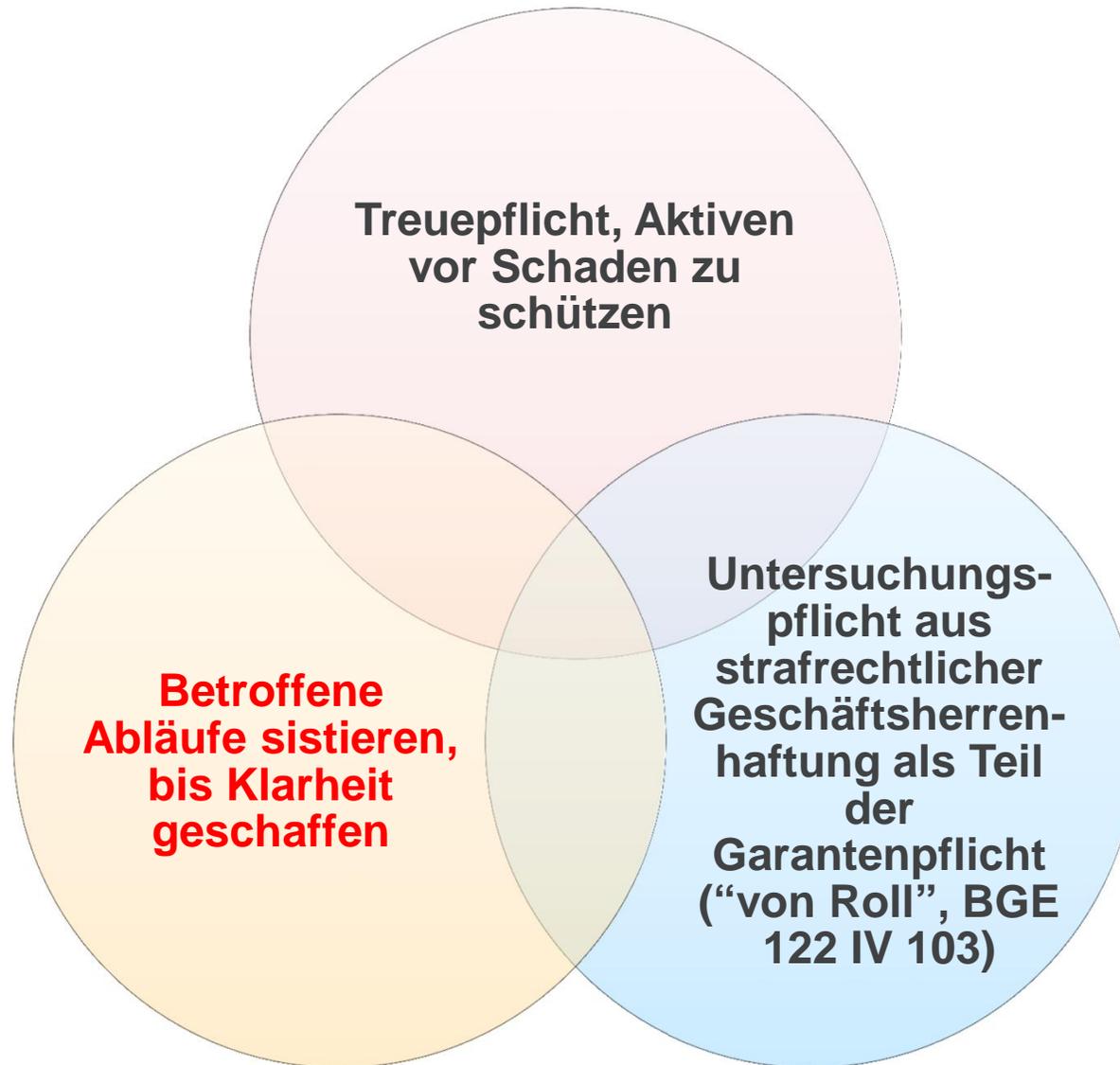
Need ADV Lic: AES

Ich bin Richter oder STA – was kümmern mich private Ermittlungen?

		
<p>Ich muss wissen, wann ich Beweismittel aus diesen Ermittlungen verwenden darf</p>	<p>Ich muss evtl. Ansprüche von betroffenen Privatpersonen beurteilen</p>	<p>Ich möchte als STA evtl. auf Ergebnisse privater Ermittlungen zugreifen – wie weit ist das sinnvoll, und wie weit darf ich das überhaupt?</p>



**WOZU BRAUCHT ES
ÜBERHAUPT PRIVATE
ERMITTLUNGEN?**



Kontakt mit Zeugen: BGE 136 (2010) II 551, 555 f.

Im Sinne des Klienten

Eigentlich immer der Fall, ausser offensichtlich unüberlegt wie in BGE 136 II 551

Mögliche Auswirkungen auf Aussageverhalten und somit Strafverfahren im Auge behalten

Anschein der Beeinflussung vermeiden

Schriftlich einladen, Hinweis auf Freiwilligkeit, Interessenvertretung kenntlich machen

Gespräch evtl. vor Zeugen, in Kanzlei des RA. Vorsicht bei (potenziell) Beschuldigten

In guten Treuen erforderlich

Eignung, für Klienten ein besseres Resultat zu erzielen. Eigentlich normalerweise der Fall

Erfordernis gemäss T.d.L. überflüssig (vgl. **forumpoenale** 2/2012, 82 ff.)

Exkurs: Evtl. weitere Notwendigkeit, zu ermitteln



**Evtl. bei
Geschäftspartner
(sofern
Prüfrechte), vgl.
z.B. Alstom-
Entscheide BA v.
22.11.2011
(EAll.04.0325.LEN)**



**Schattenermittlung
bei schon
hängigem
Strafverfahren**



**M & A-
Transaktionen in
aufstrebenden
Märkten**



**Sie streben
abgekürztes
Verfahren (StPO
358 ff.) an**



Eine Fallstudie...

In der Whistleblowing-Hotline der Müller-Meier AG (Transport/Spedition) geht eine Whistleblowingmeldung aus der US-Tochtergesellschaft ein: Der lokale US Managing Director (MD) unterhalte über eine Offshore-Struktur schwarze Kassen auf den Bahamas, die er für Bestechungszahlungen an den Zoll in Kasachstan benütze.

Die Struktur sei mit dem COO, dem CFO (je Konzernstufe, CH) und dem für das Produktesegment „Oil solutions“ global Verantwortlichen (auch in der CH tätig) abgestimmt worden. Der MD von Kasachstan treffe sich periodisch mit dem kasachischen Zollchef zwecks Vereinbarung monatlicher Fixzahlungen an die einzelnen Beamten.

Über die schwarzen Kassen führe der US-MD eine Schattenbuchhaltung, die er dem CFO und dem „Oil solutions“-Verantwortlichen jeweils melde. Diese drei Herren würden den Status der „Geschäfte“ jeweils am letzten Tag jeder Woche in einer Telefonkonferenz diskutieren.

Insgesamt würden so jährlich rund CHF 2 Mio. an kasachische Zollbeamte abgeführt. Das US-DOJ bekommt „Wind“ von der Sache und verlangt von der US-Tochtergesellschaft, den Vorgang konzernweit (inkl. Muttergesellschaft CH) zu untersuchen und das Ergebnis dem DOJ dokumentiert offenzulegen.

USA

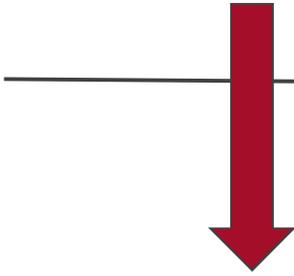
CH



MD



CFO
COO
Oil S.



BAH



MD



KAS

Die erste Reaktion der Gesellschaft

Betreiber der
Hotline eskaliert
an VR

VR ist sich
uneinig: Teil der
Mitglieder
befürwortet rasche
Einschaltung der
Behörden



**PRIVAT ERMITTELN ODER
BEHÖRDEN EINSCHALTEN?**

**Regel: keine
Anzeigepflicht**

**Man kann
Behörden später
immer noch
einschalten, aber:**

**Behörden brauchen
Zeit, um
Geschäftstätigkeit zu
verstehen**

**Behörden haben oft
andere Agenda, sind
häufig langsam**

**Selbstbelastungspri-
vileg gilt auch für
Unternehmen**

**Situationen möglich,
wo frühe
Einschaltung von
Behörden sinnvoll
oder nötig ist**

**Behörden wollen evtl.
einen Teil der privaten
Ermittlung
wiederholen**

EDÖB: Leitfaden über Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz,
www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00445/00472/00532/index.html

“Es besteht keine Anzeigepflicht, **es ist jedoch empfehlenswert, zumindest im Zusammenhang mit Officialdelikten, Anzeige zu erstatten**, um die Gefahr der Mittäterschaft zu verhindern. Da ein Missbrauch vorliegt, darf der Arbeitgeber die verdächtige Person identifizieren und Anzeige gegen sie erstatten. Das weitere strafrechtliche Vorgehen ist Sache der zuständigen Behörde. Zum Beispiel kann die Anordnung einer weiteren personenbezogenen Überwachung des Internetverhaltens zur Erhärtung des Verdachtes wegen des schweren Eingriffs in die Persönlichkeit nur durch die zuständige Strafjustizbehörde angeordnet werden. **Vom Arbeitgeber selber durchgeführte weitere personenbezogene Verhaltensüberwachungen zur Erhärtung des Verdachtes können als unzulässige Beweismittel im Rahmen eines Strafverfahrens betrachtet werden. Zudem können sie auch rechtliche Folgen für den Arbeitgeber nach sich ziehen.**»

Pflicht zur Behördeneinschaltung

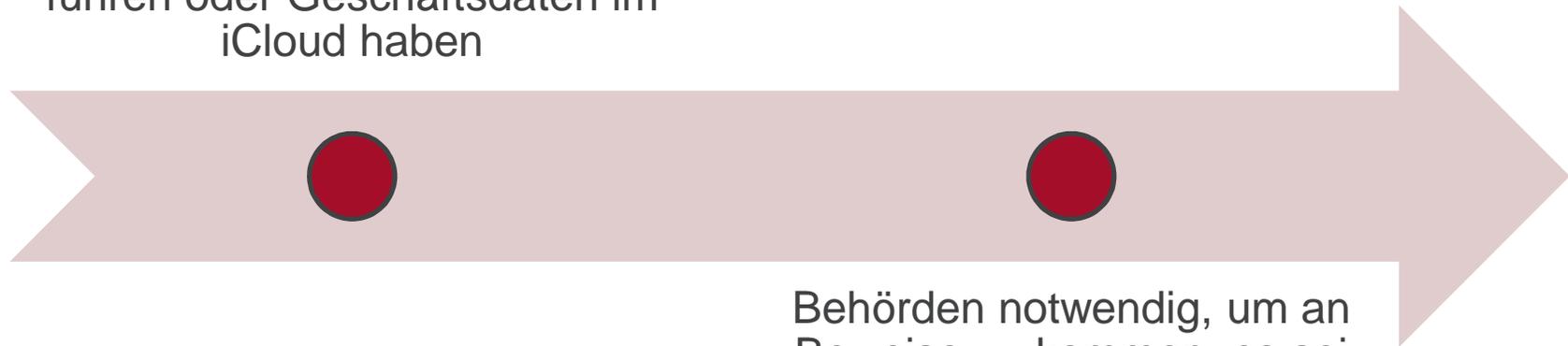
Evtl. Meldepflicht nach GWG 9

FINMAG 24, 29, 36

- Pflicht, Compliance-relevante Unregelmässigkeiten der FINMA zu melden (wie schwere Rechtsverstösse, Vorfälle mit Wirkung auf Risk Mapping, etc.)
- Evtl. Pflicht, mit von FINMA eingesetzter Prüfgesellschaft oder Untersuchungsbeauftragtem zu ermitteln und Ergebnis der FINMA zu melden

Falls Beweismittel ausserhalb Unternehmenssphäre

Z.B., wenn Mitarbeiter
geschäftliche Korrespondenz
über gmail oder yahoo etc.
führen oder Geschäftsdaten im
iCloud haben



Behörden notwendig, um an
Beweise zu kommen, es sei
denn, Mitarbeiter hätten
Zutrittsvollmachten
unterzeichnet (Letzteres
schwierig umzusetzen...)

Warum Unternehmen tendenziell keine Behörden einschalten wollen...

Staatsanwaltschaften verlangen häufig extensive Kooperation. D.h.: Viel Informationen liefern, wenig Verständnis für Anwaltsgeheimnis etc.

Konfliktpotential, falls Konkurrenten oder Gegenparteien involviert sind oder sein könnten

Tendenz, Ermittlungslast weitgehend auf Gesellschaft zu verlagern. Kann hinderlich sein

Behörden nicht immer proaktiv, v.a. nicht wenn Handeln im Ausland nötig. Selten erfolgreich im ausländischen Asset Tracing

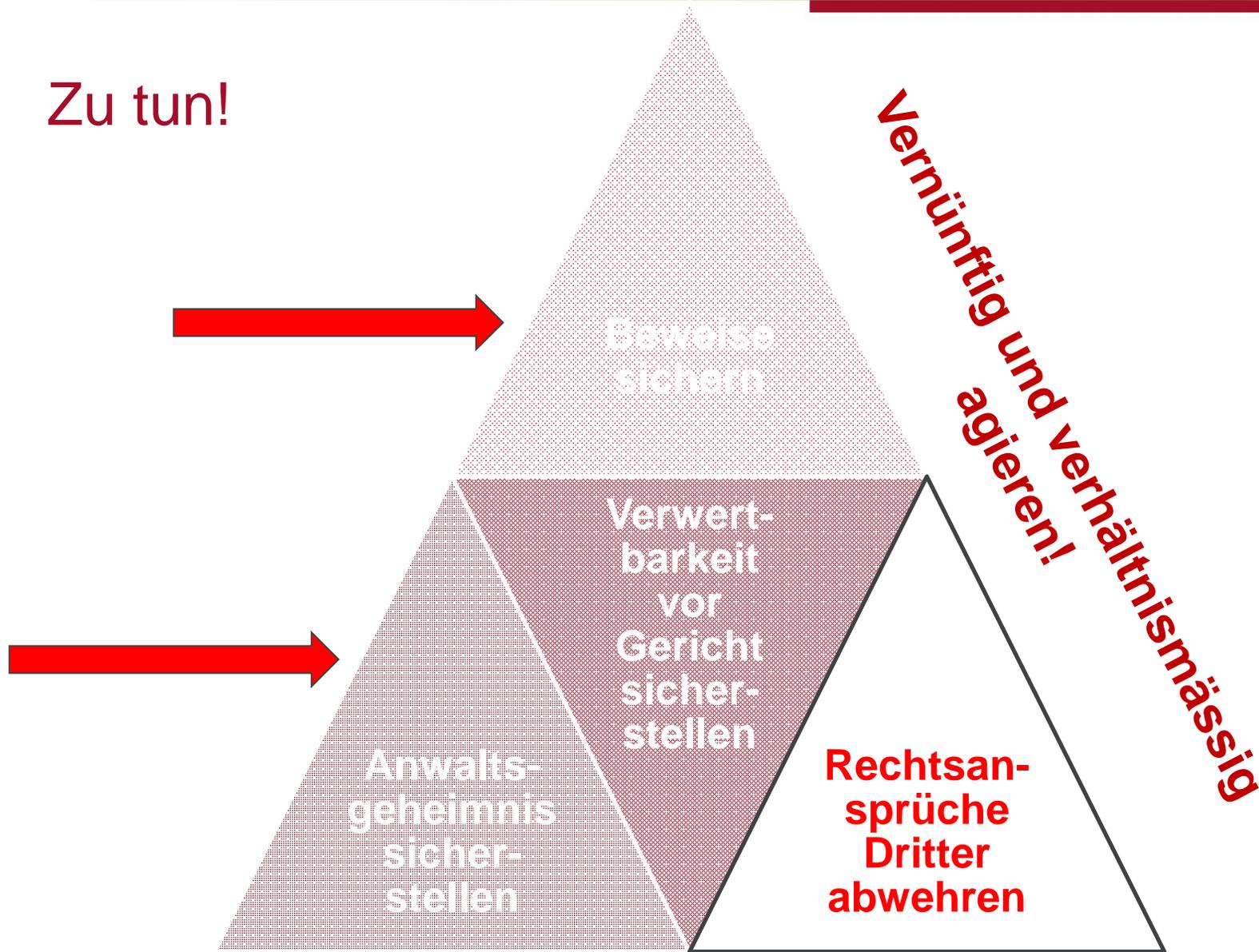
Prüfungsausschuss VR ordnet private Ermittlung an

Es bittet den General Counsel, eine interne Ermittlung zu veranlassen

Was muss der General Counsel nun tun?

Externe Anwälte/Ermittler oder interne Juristen und interne Revision instruieren?

Zu tun!



Anwaltsgeheimnis wahren: **externe Anwälte...**

Art. 264 Abs. 1 lit. d (neu) StPO

¹ Nicht beschlagnahmt werden dürfen, ungeachtet des Ortes, wo sie sich befinden, und des Zeitpunkts, in welchem sie geschaffen worden sind:

(...) d. Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr **einer anderen Person mit ihrer Anwältin oder ihrem Anwalt, sofern die Anwältin oder der Anwalt nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt ist** und im gleichen Sachzusammenhang nicht selber beschuldigt ist.

Art. 160 ZPO

¹ Die **Parteien** und **Dritte** sind zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet. Insbesondere haben sie:

(...) b. Urkunden herauszugeben; **ausgenommen ist die anwaltliche Korrespondenz**, soweit sie die berufsmässige Vertretung einer Partei oder einer Drittperson betrifft; (...).

Art. 13 Abs. 1bis VwVG: Die Mitwirkungspflicht erstreckt sich nicht auf die Herausgabe von Gegenständen und Unterlagen aus dem Verkehr einer Partei **mit ihrem Anwalt**, wenn dieser nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt ist.

Art. 17 VwVG (neuer zweiter Satz): ... Vorbehalten bleibt Artikel 51a BZP

Art. 51a BZP: Die Editionsspflicht erstreckt sich nicht auf die Herausgabe von Unterlagen aus dem Verkehr der **Partei oder einer Drittperson mit ihrem Anwalt**, wenn dieser nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt ist.

Art. 46 Abs. 3 VStrR: Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr einer Person **mit ihrem Anwalt** dürfen nicht beschlagnahmt werden, sofern dieser **nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt** ist und im gleichen Sachzusammenhang nicht selber beschuldigt ist.



Verwertbarkeit sichern und Rechtsansprüche Dritter vermeiden:

**RECHTSSCHRANKEN BEI
PRIVATEN ERMITTLUNGEN
BEACHTEN!**

Warum Rechtsschranken zwecks Verwertbarkeit der Beweise beachten?

Legalitätshypothese und Interessenabwägung bei illegal erlangten Beweisen

**Hätten diese auch legal erlangt werden können?
Überwiegt das Interesse der Wahrheitsfindung das
Interesse an der Rechtskonformität der Erhebung?**

Vgl. etwa die Nachweise bei Godenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, Diss. Zürich 2008, 147 ff. m.w.H.

Gilt grundsätzlich auch für privat beschaffte Beweise

Da Interessenabwägung immer mit Risiken verbunden, hält man sich bei der Beweisbeschaffung besser ans Recht



Man hält sich also besser ans Recht...

**WELCHES RECHT IST BEI
PRIVATEN ERMITTLUNGEN
MASSGEBLICH?**

Private Ermittlungen = Datenbearbeitung. Massgeblich ist, soweit CH-Recht nach IPR anwendbar, das DSG

Grundregel 1: Einverständnis Datensubjekt einholen (DSG 13 I; 4 III/IV); oder Datenbearbeitung ist a priori vorhersehbar; oder überwiegendes Interesse des Unternehmens feststellen (DSG 4 II, 9 IV, 13 I; Verhältnismässigkeitsgrundsatz)

Rosenthal/Jöhri, Handkommentar DSG, Art. 328b OR N 71 ff. und N 92 ff.; BGE 130 II 425 = Pra 94 (2005) Nr. 71, E.4.2. m.w.H.

- **Welchen Zweck hat die Untersuchung?**
- **Welcher Verdacht steht im Raum – Bagatelle oder erheblicher Rechtsbruch?**
- **Welche Untersuchungshandlungen sind wirklich nötig und geeignet, und in welcher Zeitabfolge?**

Grundregel 2: Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis zulässig/verhältnismässig soweit nötig zur Umsetzung Arbeitsvertrag/Leistungsbeurteilung, Art. 328b OR

Grundregel 3: keine generelle Verhaltensüberwachung (Art. 26 ArGV 3 [SR 822.13]; 59 I lit. a ArG; gilt als gesundheitsschädigend)

Und ausserdem...

Diverse Straftatbestände schützen Privatsphäre:
Art. 179 ff. StGB (Briefgeheimnis, Verbot v.
Aufnahmen in Privatbereich, Telefonanzapfverbot)

Je nach Verwendungszweck in Folgeprozessen
stellt sich die Frage nach Anwendbarkeit von
Beweisverwertungsverboten

Bei grenzüberschreitenden Vorgängen,
entsprechende Überlegungen für ausländische
Unternehmensteile anstellen

Bei grenzüberschreitenden Vorgängen: Art. 271
und 273 StGB beachten!

Rechtliche Beurteilung

Unter welchen Umständen sind diese Handlungen datenschutzrechtlich erlaubt (von – evtl. implizitem – Einverständnis gedeckt oder verhältnismässig)?

Wo stehen strafrechtliche Verbote entgegen?

Was möchte der Auftraggeber zur Ermittlung mit diesen Beweismitteln:

- Täter disziplinieren/entlassen? (Evtl. Verwendung Zivilprozess)
- Auf Schadenersatz klagen? (Verwendung Zivilprozess)
- Strafanzeige erstatten? (Verwendung Strafprozess)
- Im laufenden Strafverfahren zur Entlastung des Unternehmens verwenden? (Verwendung Strafprozess)

Wo bestehen Beweisverwertungsschranken?

Verhältnismässigkeit dokumentieren: Ermittlungsplan erstellen. Was konkret muss Ermittler wozu tun?





BEWEISSICHERUNG



GC beauftragt RA als Ermittler

GC will konzertiert Beweise in CH, US und KAS sichern

GC hat Angst vor Kollusion und z.T. Gewalttätigkeit der Betroffenen

Will «Securitas» als Wachen aufstellen, Betroffene hinausbegleiten

Will den Betroffenen möglichst wenig Informationen über Ermittlungshandlungen offenlegen



GC wünscht ausserdem...

Dass Datenverluste / Löschungen etc. in den betreffenden Unternehmensteilen weiträumig verhindert werden

E-Mailspiegelung ohne Information der Betroffenen ab Live-Server, Archiven und Laptops

Sicherung Buha-Daten in den USA

Sammeln physischer Akten aus Archiven

Ausräumen Arbeitsplatz



Der CEO informiert den GC, dass er den Ölverantwortlichen beim Herunterladen von Daten auf einen Stick und beim Heimnehmen diverser Arbeitsunterlagen beobachtet hat. Der GC will, dass der Ermittler die persönlichen Taschen, inkl. Kleidungstaschen, sowie die Autos dieser Person nach Sticks und Arbeitsakten durchsucht.

Mögliche Informationsbesitzer (“Custodians”) identifizieren

Mit Whistleblower sprechen

Quantitative Indikatoren in Buha anschauen (v.a. Kreditoren USA)

Organigramme etc. studieren

Legal Hold an Custodians

Verhältnismässigkeit beachten (Datenschutz will eigentlich rasche Löschung der Daten)

Vermeiden von Geschäftsherrenhaftung für 254 StGB?

Spiegelung durch externen Dienstleister; forensisch

Datensicherung im Grundsatz ohne Information der Datensubjekte jederzeit möglich

Rasch handeln (Achtung: immer mehr *Wiping Software* im Umlauf)

General Counsel sollte bereithalten:



Entwurf für Legal Hold



Organisationsdokumente / Charts / etc., um Custodians und Beweismittel zu identifizieren



Liste mit Telefonnummern / E-Mails geeigneter externer Dienstleister



Step Plan mit Zuständigkeiten in jeder Abteilung etc. (betr. Verteilung und Empfangsbestätigung Legal Hold, Kontaktperson IT mit externem Dienstleister, etc.?)

Datensicherungs-Grundregeln etwas genauer:

E-Mailspiegelung	Zulässig ohne Information Datensubjekt
Sammeln physischer Akten aus Archiven	Zulässig ohne Information Datensubjekt
Ausräumen Arbeitsplatz	Vermutung: Alles ist geschäftsbezogen. Einverständnis Datensubjekt einholen, falls verweigert oder unmöglich (Abwesenheit) zulässig bei Verhältnismässigkeit
Durchsuchen persönliche Taschen/Effekten Mitarbeiter	Nur bei dringendem Verdacht / Verhältnismässigkeit, falls kein Einverständnis. Achtung: Briefgeheimnis bei verschlossenen Umschlägen, Art. 179 StGB!

Wie steht es mit dem Durchsuchen des Autos?

Auto ist nicht durch Hausrecht geschützt (z. B. ZK-Keller N 3 zu Art. 244 StPO m. H. auf a.M.; BSK-Delnon/Rüdy N 10 zu StGB 186 m. H. auf Rechtsprechung)

Wie persönliche Tasche des Mitarbeiters zu behandeln

Solange auf Unternehmensgebiet oder öff. Grund, durchsuchen nur mit Einverständnis Mitarbeiter; ohne Einverständnis nur bei ganz dringendem Tatverdacht und nur wenn Fahrzeug offen



DIE ERMITTLUNG GEHT NACH ERSTER BEWEISSICHERUNG WEITER

Der Untersuchungsplan enthält Schritte für die folgenden Tätigkeiten:



Der Untersuchungsplan sieht insbesondere Screening der E-Mails und der physischen Akten aller 5 Verdächtigen und des Controllers in den USA, und dann Mitarbeitergespräche vor

Ist das E-Mail-screening/
Aktenstudium erlaubt?

Müssen die Datensubjekte informiert werden?

Was tun mit privaten Daten?
Müssen Mitarbeiter im Interview kooperieren?

Wer ist sonst zu involvieren (Datenschutzbeauftragter, Betriebsrat)?

Grundregeln (Ausnahmen immer denkbar)

E-Mail Screening mit Stichworten	Stichwortauswahl muss sich auf das Notwendige und Geeignete beschränken; offensichtlich private E-Mails dürften nicht gelesen werden. So rasch wie möglich informieren.
Studium physische personenbezogene Akten	Auswahl auf notwendiges und geeignetes Material beschränken; offensichtlich Privates ausscheiden. So rasch wie möglich informieren

Einige Betroffene verweigern Mitarbeitergespräch ganz, einige nur zum Teil wegen angebl. Selbstbelastung. Einige wollen Fragen betr. Arbeitskollegen nicht beantworten.

Einige verlangen Mitwirkungen des Betriebsrates, einige einen Rechtsanwalt auf Kosten des Unternehmens

Nach dem Gespräch verlangen einige Betroffene eine Kopie des Protokolls; einige wollen dieses nur durchlesen und Korrekturen anbringen

- Müssen Mitarbeiter beim Gespräch teilnehmen?
- Gibt es ein Selbstinkriminierungsprivileg?
- Gibt es ein Privileg, Kollegen nicht belasten zu müssen?
- Gibt es ein Recht auf Teilnahme des Betriebsrates?
- Gibt es ein Recht auf Kopien, zumindest aber Einsicht und Korrektur des Gesprächsprotokolls?

Mitwirkungspflicht	Ja (Treuepflicht). Inhalt auf Notwendiges und Geeignetes beschränken
Selbstbelastungsprivileg	Ja, trotz Treuepflicht
Privileg, andere nicht belasten zu müssen	Grundsätzlich nein, ausser evtl. nahe Verwandte (vgl. aber Übersicht in BGE 113 IV 68, E. I.6.b m.w.H.))
Recht auf Einsicht und Korrektur der Gesprächsnotiz	Grundsätzlich ja, ausser Verweigerung ist verhältnismässig (z.B. zum Schutz RA-Geheimnis insb. gemäss ausländ. Recht). Vgl. aber zum Einsichtsrecht neuerdings: BGE 138 III 425

Recht des Mitarbeiters auf selbst bezahlten Rechtsbeistand **Ja**

Recht des Mitarbeiters auf RA auf Kosten Unternehmen **Nein, aber «Pool Counsel» auf Kosten Unternehmen empfehlenswert**

Mitwirkung Betriebsrat...



Lehren

Off-Bezahlung von Pool Counsel im Interesse des Unternehmens, selbst wo Verdacht dringend

Bessere Kooperation, besserer Geheimnisschutz, insb. ausländ. Recht

Pool Counsel besser als z.B. GC, weil vor Pool Counsel weniger Sprechhemmungen

Falls von Mitarbeiter verlangt, kann GC aber Vorteil sein

Flexibilität gegenüber vernünftigen Wünschen des Mitarbeiters verbessert Untersuchungsergebnis

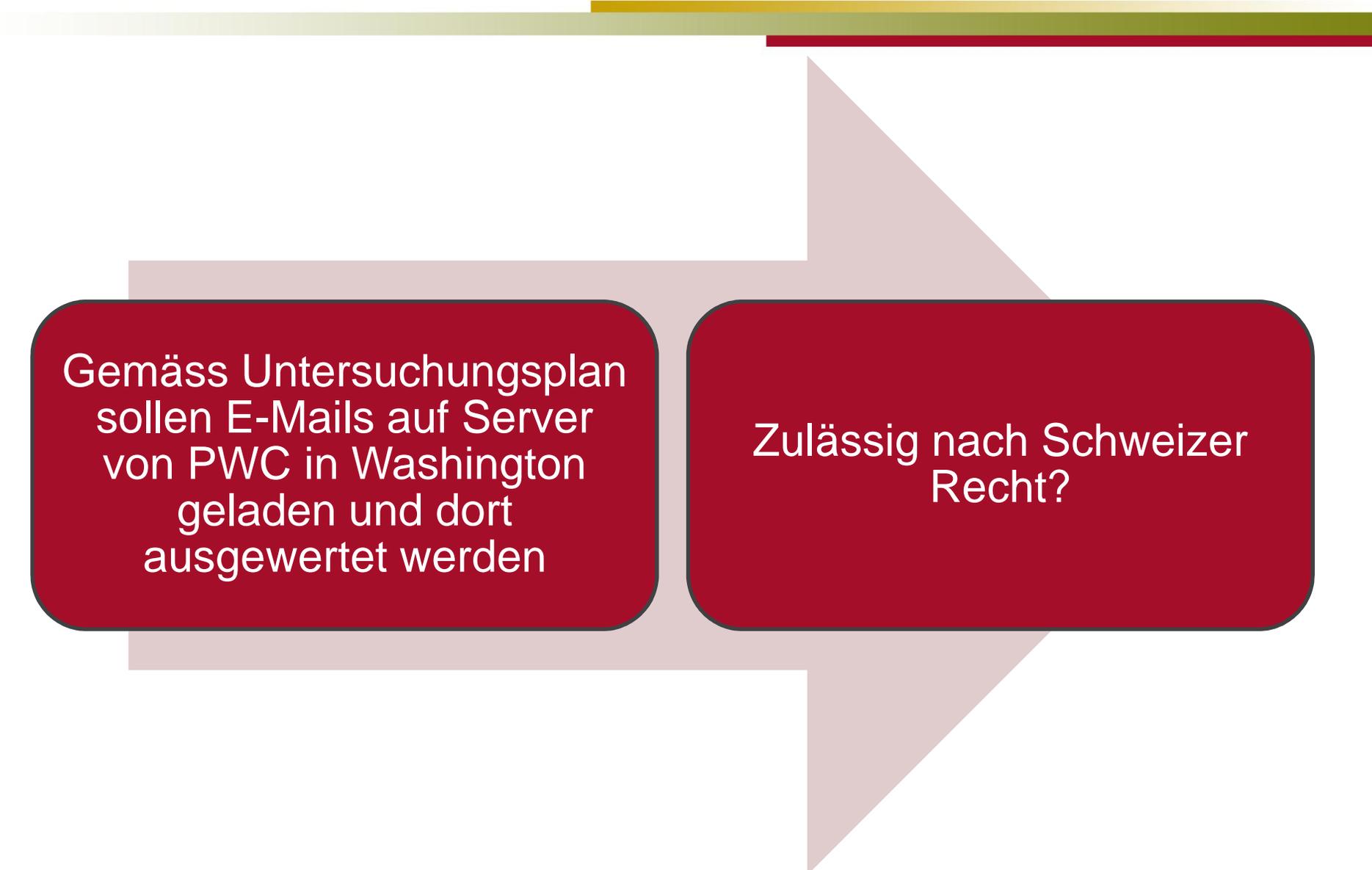
Gespräche ausserhalb Unternehmens-räumlichkeiten führen häufig zu mehr Kooperation

Zu Empfehlen

Best Practice 1: „Pool Counsel“ auf Kosten Gesellschaft

Best Practice 2: Am Anfang Interview Information über Verwendungszweck und Einverständnis des Mitarbeiters (ähnlich wie „Upjohn Warning“ gem. US Recht).
Empfehlenswert: weitergehende Rechtsbelehrung (Schweigerecht)

Unkooperative Mitarbeiter dürfen im Rahmen Verhältnismässigkeit arbeitsrechtlich diszipliniert werden



Gemäss Untersuchungsplan
sollen E-Mails auf Server
von PWC in Washington
geladen und dort
ausgewertet werden

Zulässig nach Schweizer
Recht?

Achtung: "Blocking Statutes"



Art. 271 StGB
(verbotene
Handlungen für
fremden Staat)

Art. 273 StGB
(Schutz Schweizer
Geschäftsgeheimnis)



Art. 273 StGB: Schutz
schweizerischer
Geschäftsgeheimnisse vor
Verrat an ausländische
Behörde oder
Unternehmung

Gilt auch Intragroup!

Was ist als Schweizer Geschäftsgeheimnis geschützt?

Sachverhalt mit kommerzieller Signifikanz

Ausserhalb Schweiz nicht öffentlich bekannt

Enger Bezug zur Schweizer Wirtschaft (i.d.R.: Betrifft Schweizer Unternehmung oder Zweigniederlassung, kann aber auch Mitarbeiter betreffen, vgl. etwa **BGE 65 I 333**)

Schutzwürdig (d.h. z.B.: nicht kriminell). Teil der Lehre: Muss von qualifizierter Verschwiegenheitspflicht erfasst sein, z.B. Auftragsverhältnis: **Zulauf**, Kooperationen mit dem Ausland: Verrat an der Schweiz? Festschrift Peter Nobel, Bern 2004, 1089

Bspw...

Vertrag

Vertragsverhandlungen

Vertragsbruch

Vertragskündigung

Offertstellung

Lohnausweise von
Personal



Achtung: bis zum Ende der Untersuchung, strenggenommen bis zu Verurteilung durch Gericht, wissen Sie nicht, ob es wirklich kriminelle Vorgänge sind!

Ein angeblich korruptes BCA könnte sich als völlig normaler Beratungsvertrag herausstellen

Ermittler muss damit rechnen, dass entgegen dem Anfangsverdacht ein legaler Vorgang vorliegt

Immer Schutzwürdigkeit vermuten!

Ausnahme

Verzicht auf Geheimnis möglich

Verzicht muss immer freiwillig sein

Betroffenes Unternehmen wird immer verzichten, und zwar freiwillig

Freiwilligkeit auch bei Verzicht von Tochter zugunsten Mutter anzunehmen

Problem: Drittberechtigter des Geheimnisses (Mitberechtigter). Evtl. hier Problemlösung durch Schwärzung von Identifikatoren

Wie steht es nun mit Datentransfer an PWC USA?

PWC USA ist kein
ausländisches
Unternehmen i.S.v. StGB
273, falls nur für Müller-
Meier CH tätig (**gerichtlich
nicht getestet!**)

Falls PWC US auch
Beraterin der US-Tochter,
wäre Datenübermittlung
Verstoss gegen 273 StGB
ohne Schwärzungen oder
Verzichtserklärungen
(**Drittgeheimnisse!**)

Dito, wenn hohes Risiko,
dass US-Behörden darauf
Zugriff nehmen
(Eventualvorsatz)

Im Zweifel besser keine
ausländischen Review-
Plattformen verwenden

StGB 271:

U.a. Beweiserhebungen zugunsten fremder Behörde / fremden Gerichts verboten. Insbes. Zeugenvernehmungen, aber auch unfreiwillige Dokumenteneinreichung (BGE 114 IV 128). Fragwürdig angesichts BGE 136 II 551; vgl. auch ZR 104 Nr. 62

Dokumenteneinreichung nur dann freiwillig, wenn Kooperationsverweigerung nur zivilrechtliche Folgen hat (dann hat man sozusagen freie Wahl). Wohl kaum gegeben bei Strafverfahren vor DOJ. Vgl. auch www.rhf.admin.ch/etc/medialib/data/rhf.Par.0049.File.tmp/wegl-ziv-d.pdf, 23

Bewilligung nach 271: Möglich, wenn Rechtshilfe theoretisch offensteht, aber praktisch untunlich. EJPD oft zurückhaltend, andere Departemente liberaler

Alternative: Rechtshilfe / Amtshilfe (v.a. Letzteres interessant, weil keine STA in der Schweiz involviert)

Ist Datentransfer an PWC USA Verstoss gegen Art. 271 StGB?

E-Mailreview durch ausländischen Dienstleister tangiert Art. 271 StGB grundsätzlich nicht



Anders, wenn Datentransfer erster Schritt einer Edition an DOJ ist:
Dann kann Art. 271 StGB verletzt sein



Vorliegendenfalls: Angesichts Anfrage DOJ und dessen "Subpoena Power" besser nicht transferieren (Eventualvorsatz!)

VE ZSSG, Art. 17

² Von Privatpersonen vorgenommene Amtshandlungen liegen insbesondere vor, wenn die Handlungen in der Schweiz in die Zuständigkeit einer schweizerischen Behörde fallen und die Privatperson:

- a. durch die ausländische Behörde direkt oder in deren Auftrag ausgewählt wurde;
- b. von der ausländischen Behörde direkt oder in deren Auftrag instruiert wurde; oder
- c. in Anwendung ausländischen Rechts tätig wird.

³ Als qualifizierte Handlung gilt insbesondere die Herausgabe von öffentlich nicht zugänglichen Informationen, die:

- a. Dritte betreffen; oder
- b. in einem ausländischen Verfahren als Beweismittel dienen sollen.

Trends



Ausländ. Behörden (D, EU, US) verlangen zuweilen interne Ermittlung und anschliessende Offenlegung. Unternehmen suchen zuweilen die Hilfe der CH-Behörden; diese können teils Schutzfunktion übernehmen



Ausländische Behörden möchten zuweilen Fernzugang zu CH-Server und behaupten, 271 StGB sei dann nicht tangiert. Kann nicht vorbehaltlos bestätigt werden, Tatort nicht zwingend gleich beurteilt wie bei Hacking-Tatbestand...



FINMA-Amtshilfe rasche und unkomplizierte Lösung, wo im Ausland Finanzmarktaufsicht involviert ist (in USA häufig SEC in FCPA-Fällen)



Schlimmstenfalls Dokumente einfach den CH-Behörden abliefern und **spontane** Rechts- / Amtshilfe verlangen (vgl. IRSG 67a, Zusatzprotokolle zu div. DBA etc., VE ZSSG 7 I)

Beim Datentransfer im Ausland beachten

Datenexportvertrag mit ausländischem Dienstleister abschliessen

Mustervertrag EDÖB:

<http://www.edoeb.admin.ch/themen/00794/00827/index.html?lang=de>

Datenexportvertrag auch bei hinreichendem Datenschutzniveau oder Safe Harbor-Zertifizierung des Dienstleisters

Bei Bankenuntersuchung: Bankgeheimnis beachten (BaG 47) und Outsourcinggrundschriften (2008/7) FINMA, insbes. Rz. 48 ff.

Im weiteren Verlauf der Untersuchung...



Der Chef Oil Solutions beschuldigt den CEO, selbst der Drahtzieher der Machenschaft zu sein, und seine belastenden Daten mittels Wiping Software gelöscht zu haben. Gegen den CEO wurde noch nicht ermittelt



Der Prüfungsausschuss verlangt Telefon- und E-Mail-Liveüberwachung beim CEO. Jemand soll seine Meetings geheim mithören, ihn beschatten und seinen Arbeitsplatz geheim per Video überwachen

Grundregeln (Ausnahmen immer denkbar)

<p>Abhören Telefon (StGB 179^{bis/ter})</p>	<p>Straftatbestand. Nur in Fällen von Notstand/Notwehr!</p>
<p>Monitoring live-E-Mailkorrespondenz (Rosenthal/Jöhri, Art. 328b OR N 96 ff. m.w.H.; vgl. aber EDÖB-Leitfaden, Kap. 6 und 7)</p>	<p>Ohne Einverständnis nur bei Verhältnismässigkeit (hinreichend schwerer Verdacht, Notwendigkeit). Siehe jetzt BGE 139 II 7 ff.</p>
<p>Videoüberwachung Arbeitsplatz (vgl. z.B.: 6B.536/2009 vom 12.11.2009, E. 3.7)</p>	<p>Ohne Einverständnis nur bei Verhältnismässigkeit (hinreichend schwerer Verdacht, Notwendigkeit); am besten nur sporadisch</p>
<p>Verstecktes Abhören von Privatkonversationen (StGB 179^{bis})</p>	<p>Nicht mit technischem Aufnahmegerät! Direkt (übers Ohr, z.B. im Nebenzimmer): erlaubt</p>
<p>Hintergrundabklärungen im Umfeld von Mitarbeitern (ggf. durch Detektive) (vgl. z.B. 5A.78/2007 vom 27.8.2007)</p>	<p>Keine Aufnahmen aus Privatbereich! Verdeckte „Spionage“ in privaten Quellen grundsätzlich treuwidrig. Bei Verhältnismässigkeit erlaubt</p>

Zur Beachtung

Private Ermittler sind weder James Bond noch die Polizei!

Er darf bei internen Untersuchungen nie in die Geheimagentenrolle schlüpfen – er soll sich stets das Ziel der Übung vor Augen halten (Verhältnismässigkeit!)

Ermittler muss niemanden überführen und ins Gefängnis werfen: Er sammelt nur Beweise für seinen Klienten (oft Unternehmen), um dessen Position vor Gericht oder ggf. STA zu optimieren, und um strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung bzw. Unternehmensstrafbarkeit zu verhindern

Er muss sich immer streng an das Gesetz halten und massgebliche Schranken beachten, sonst gefährdet er den Erfolg/die Verwertbarkeit der Untersuchung

Die Gretchenfrage...

Braucht es für private Ermittlungen spezielle gesetzliche Regelung?

Oder reicht geltendes Recht, v.a. DSG, um alle massgeblichen Interessen auszugleichen?

- DSG sehr flexibel (Interessenabwägung) und nur beschränkt strafbewehrt: bevorzug Unternehmen
- Andererseits soll Unternehmen in seiner Privatsphäre auch privat ermitteln dürfen
- Ggf. neue Regeln in den Prozessgesetzen betr. Verwertbarkeit von privat ermittelten Beweisen (punkto Einforderung privater Ermittlungspläne, Chain of Custody-Dokumentation etc. ex officio)?

Vielen Dank!



mark.livschitz@bakermckenzie.com