



Roman Huber*

Interne Untersuchungen und Anwaltsgeheimnis

Entwicklungen und Eckpunkte einer «Best Practice» für Unternehmen

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Interne Untersuchungen und Anwaltsgeheimnis
 1. Interne Untersuchung: Begriff und Bedeutung
 2. Anwaltsgeheimnis: Rechtsgrundlagen in der Schweiz
 - 2.1 Funktion des Anwaltsgeheimnisses
 - 2.2 Rechtliche Rahmenbedingungen
 - 2.3 Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich des Anwaltsgeheimnisses
 3. Das Anwaltsgeheimnis im Kontext der internen Untersuchung
 - 3.1 Anwaltsgeheimnis gilt auch für Tätigkeiten ausserhalb des Anwaltsmonopols
 - 3.2 Anwaltsgeheimnis gilt auch wenn (noch) kein Verteidigungsmandat vorliegt
 - 3.3 Anwaltsgeheimnis gilt auch in Bezug auf die Ermittlung des (rechtserheblichen) Sachverhalts
- III. Jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung im Bereich der internen Untersuchung: Der Anfang eines Paradigmenwechsels
 1. Überblick
 2. Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflicht und (indirekter) Zwang zur strafrechtlichen Selbstbelastung
 - 2.1 BGE 140 II 384 («Spielbankenkommission»)
 - 2.2 BGE 142 IV 207 («Bruno-Manser-Fonds»)
 3. Aufsichtsrechtliche Pflichten und nachträgliche interne Untersuchung in Compliance-Fragen
 - 3.1 BGER 1B_85/2016 vom 20. September 2016 («Griechische Rüstungsgeschäfte»)
 - 3.2 BGER 1B_433/2017 vom 21. März 2018 («ASE-Betrugsfall»)
- IV. Eckpunkte einer «Best Practice» für Unternehmen
- V. Schlussbetrachtung

I. Einleitung

In den letzten Jahren hat sich im Zuge der in der Praxis stetig ansteigenden Zahl von internen Untersuchungen ein neuer Rechtsbereich etabliert, der verschiedene Bestandteile aus klassischen Rechtsgebieten, wie z.B. dem Arbeits-, Gesellschafts- oder Strafrecht, zusammenbringt und der dafür sorgt, dass Lehre und Rechtsprechung sich mit neuen rechtlichen Fragestellungen konfrontiert sehen. Die jüngst in verschiedenen Entscheiden

vom Bundesgericht zu klärende Frage, ob die durch eine Anwaltskanzlei durchgeführte interne Untersuchung *integral* dem Anwaltsgeheimnis untersteht, stellte sowohl die Lehre wie auch die Praktiker bis vor Kurzem noch vor keine besonderen Schwierigkeiten. Im Gegenteil war der Schutz des Anwaltsgeheimnisses, sofern die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen getroffen worden waren, soweit ersichtlich unbestritten.¹

Spätestens seit dem Urteil 1B_437/2017 des Bundesgerichts vom 21. März 2018 besteht nun aber eine erhebliche Rechtsunsicherheit, ob und inwieweit typische Tätigkeiten einer internen Untersuchung wie z.B. Mitarbeiterbefragungen, Durchsicht von E-Mails und anderen Dokumenten sowie das Festhalten des rechtserheblichen Sachverhalts und der entsprechenden rechtlichen Würdigung in einem Untersuchungsbericht durch BGFA-Anwälte² überhaupt noch unter den Schutz des Anwaltsgeheimnisses fallen.

Die betroffenen Unternehmen und ihre Führungsorgane stehen aufgrund dieser Rechtsunsicherheit vor einem Dilemma: Einerseits trifft sie die Pflicht, bei Verdacht

¹ Vgl. statt vieler: FLAVIO ROMERIO/CLAUDIO BAZZANI/STEPHAN GROTH, Interne und regulatorische Untersuchungen – Einführung und Auslegung, in: Romerio/Bazzani (Hrsg.), Interne und regulatorische Untersuchungen, Zürich/Basel/Genf 2015, 68 («Zur berufsspezifischen Anwaltstätigkeit zählen die Prozessführung sowie die Rechtsberatung und damit auch zu diesem Zweck durchgeführte interne Untersuchungen.»), ferner ANDREAS D. LÄNZLINGER, Rechtliche Rahmenbedingungen und praktische Erfahrungen im Zusammenhang mit Mitarbeiterbefragungen, in: Romerio/Bazzani (Hrsg.), Interne und regulatorische Untersuchungen, Zürich/Basel/Genf 2015, 124 («Dabei ist anerkannt, dass die Tätigkeit des Anwalts im Rahmen einer internen Untersuchung (...) unter die klassische Anwaltstätigkeit fällt.»).

² Gemäss Art. 4 und 21 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (SR 935.61, BGFA) fallen darunter Anwältinnen und Anwälte, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, sowie Angehörige von Mitgliedstaaten der EU oder EFTA, die berechtigt sind, den Anwaltsberuf in ihrem Herkunftsland auszuüben. Zudem fallen darunter Schweizer, welche den Anwaltsberuf in einem Mitgliedstaat der EU oder der EFTA ausüben dürfen (Art. 2 Abs. 3 BGFA), nicht aber Angehörige von EU/EFTA-Drittstaaten, selbst wenn sie als Anwälte in einem Mitgliedstaat der EU oder EFTA zugelassen sind, vgl. DOMINIQUE DREYER, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 2. Aufl., Zürich 2011, Art. 21 N 17.

* Roman Huber, Dr. iur., LL.M., ist Rechtsanwalt in Zürich. Der Autor drückt hier seine persönliche Ansichten aus und war nicht in die hier besprochenen Fälle involviert.

auf Rechtsverletzungen im Unternehmen interne Untersuchungen durch interne oder externe Spezialisten durchführen zu lassen.³ Andererseits besteht für Unternehmen und deren Mitarbeiter die Gefahr, dass Ergebnisse solcher interner Untersuchungen dereinst ungeschützt in Strafverfahren einfließen werden. In diesem Spannungsfeld stellt sich insbesondere die Frage, welche Vorkehrungen vor dem Hintergrund der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu treffen sind, damit die Gefahr eines (späteren) ungewollten und unkontrollierten Zugriffs der Strafbehörden auf die Ergebnisse der internen Untersuchung vermindert oder im besten Fall gänzlich ausgeschaltet werden kann.

Zunächst wird nachfolgend auf die bestehenden gesetzlichen Rahmenbedingungen eingegangen, welche ausgangsgemäss dazu geeignet sind, interne Untersuchungen unter Ausführung und Leitung von BGFA-Anwälten unter dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses durchzuführen.⁴ Ausgehend von der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Herausgabe von bankinternen Untersuchungsberichten im Strafverfahren soll dann der Frage nachgegangen werden, ob das Bundesgericht einen Paradigmenwechsel in Bezug auf interne Untersuchungen und das Anwaltsgeheimnis eingeläutet hat.⁵ Anschliessend wird versucht, aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse eine «Best Practice» für Unternehmen im Umgang mit dem Anwaltsgeheimnis bei internen Untersuchungen zu formulieren.⁶ Darauf folgt eine kurze Schlussbetrachtung.⁷

II. Interne Untersuchungen und Anwaltsgeheimnis

1. Interne Untersuchung: Begriff und Bedeutung

Im Schweizer Recht gibt es keine Definition der internen Untersuchung und sie ist also solche auch nicht gesetzlich geregelt.⁸ Das Instrument der internen Untersuchung hat seinen Ursprung zwar in den USA, doch hat es in den vergangenen Jahren immer mehr auch für in der Schweiz ansässige Unternehmen an Bedeutung ge-

wonnen.⁹ Unter den Begriff der internen Untersuchung fallen sämtliche unternehmensinternen Privatermittlungen¹⁰, die das Ziel haben, einen Verdacht auf einen Verstoß gegen gesetzliche oder interne Vorschriften durch systematische Aufarbeitung des Sachverhalts abzuklären und so für die verantwortlichen Organe notwendige Entscheidungsgrundlagen zu schaffen.¹¹

Aus Sicht der Öffentlichkeit wie auch der Straf- und Aufsichtsbehörden ist für die Glaubwürdigkeit der internen Untersuchung sodann entscheidend, dass diese von unabhängigen Spezialisten durchgeführt wird, welche nicht in den zu untersuchenden Fall involviert waren und für die keine Interessenskonflikte bestehen.¹² Anders als beim Prozessanwalt, der im Prozess den Sachverhalt aus der subjektiven Perspektive seiner Mandantin darstellt, soll der Sachverhalt bei einer internen Untersuchung aus einer objektiven und neutralen Sicht aufgeklärt und schliesslich in einem Untersuchungsbericht entsprechend dargelegt werden. In der Praxis werden für die faktischen und rechtlichen Abklärungen regelmässig externe Anwälte beigezogen, die den ermittelten Sachverhalt sowie die zu beurteilenden regulatorischen, zivil- und strafrechtlichen Risiken im Untersuchungsbericht festhalten und dem Unternehmen weitere Schritte empfehlen (z.B. Selbst- oder Strafanzeige und/oder Ausbau der «erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen»¹³ im Unternehmen).

Aufgrund der nach Abschluss der internen Untersuchung in einem internen Untersuchungsbericht zusammengefassten Ergebnisse sind die verantwortlichen Organe erst in der Lage, die nötigen Massnahmen für die Verhinderung weiterer Verstöße zu treffen sowie sich auf allfällige bevorstehende Verfahren mit Behörden und Gerichten, sei es gegen fehlbare Mitarbeiter oder das Unternehmen selbst, adäquat vorzubereiten.¹⁴ Interne Untersuchungen sind somit ein Führungsinstrument der Unternehmensleitung und als solche von routinemässiger

³ CLAUDIA M. FRITSCHKE, *Interne Untersuchungen in der Schweiz*, Ein Handbuch für regulierte Finanzinstitute und andere Unternehmen, Zürich/St. Gallen 2013, 109 ff.; ROMERIO/BAZZANI/GROTH (FN 1), 28 ff., je m.w.H.

⁴ Vgl. dazu II.

⁵ Vgl. dazu III.

⁶ Vgl. dazu IV.

⁷ Vgl. dazu V.

⁸ OTHMAR STRASSER, *Interne Untersuchungen: Compliance im Spannungsfeld zwischen Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Mitarbeitenden*, in: Emmenegger (Hrsg.), *Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht*, Schweizerische Bankrechtstagung 2014, Basel 2014, 245.

⁹ FRITSCHKE (FN 3), 18 f.; vgl. ferner DAVID MÜHLEMANN, *Unternehmensinterne Untersuchungen und strafprozessuale Verwertbarkeit von Mitarbeiterbefragungen*, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2018, 27 ff.

¹⁰ Die Ermittlungen werden nicht von Behörden mit hoheitlichen Befugnissen ausgeführt, sondern das betreffende Unternehmen finanziert die Ermittlungen eigenständig und die ermittelnden Spezialisten (Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Forensik- oder IT-Experten) sind auf privatrechtlicher Basis für das Unternehmen tätig, vgl. FRITSCHKE (FN 3), 55.

¹¹ Rechts- und Compliance-Risiken gelten heute als die gefährlichste Bedrohung für global tätige Unternehmen, vgl. PETER KURER, *Wenn das Paradigma wechselt: Rechtsrisiken in der globalen Welt*, GesKR 3/2015, 329.

¹² ROMERIO/BAZZANI/GROTH (FN 1), 11. Im Einzelfall kann unter dem Blickwinkel der Unabhängigkeit die Konstellation problematisch sein, in der eine Anwaltskanzlei vor der internen Untersuchung für das betreffende Unternehmen bereits während mehrerer Monate im zu untersuchenden Kernbereich beratend tätig gewesen ist.

¹³ Art. 102 Abs. 2 StGB.

¹⁴ STRASSER (FN 4), 246.

gen Prüfungen¹⁵ zu unterscheiden, wie sie etwa von der Compliance-Abteilung oder dem internen Audit periodisch und in der Regel von Gesetzes wegen durchgeführt werden müssen.

2. Anwaltsgeheimnis: Rechtsgrundlagen in der Schweiz

2.1 Funktion des Anwaltsgeheimnisses

Gemäss Bundesgericht stellt das Anwaltsgeheimnis ein für den Schutz der Rechtsordnung und des Justizzugangs unerlässliches Institut dar.¹⁶ Den Anwalt trifft die Pflicht, seine Klientin bestmöglich zu vertreten, was nur dann möglich ist, wenn diese ihn über sämtliche rechtserheblichen Umstände informiert.¹⁷ Das Anwaltsgeheimnis soll im Kern sicherstellen, dass sich sowohl Bürger wie auch Unternehmen dem Anwalt umfassend anvertrauen können, ohne befürchten zu müssen, dass Behörden, Gerichte oder Dritte Kenntnis von den mitgeteilten Umständen erhalten.¹⁸ Das Anwaltsgeheimnis stellt zudem sicher, dass die rechtssuchende natürliche oder juristische Person einen zur absoluten Verschwiegenheit¹⁹ verpflichteten Spezialisten mit der Beratung und Vertretung betrauen kann.

2.2 Rechtliche Rahmenbedingungen

Das Anwaltsgeheimnis leitet sich indirekt aus dem völkerrechtlich (Art. 8 EMRK) und verfassungsrechtlich (Art. 10 Abs. 2 BV) statuierten Schutz der Privatsphäre ab. Vertragsrechtlich sind Anwälte aufgrund der auftragsrechtlichen Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR) zur Verschwiegenheit verpflichtet. Das öffentlich-rechtliche Berufsrecht (Art. 13 BGFA) und Standesrecht (Art. 15 SSR) sowie das Strafrecht (Art. 321 StGB) stellen die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht durch entsprechende Sanktionen sicher.

Der Geheimnisschutz wurde sodann gestützt auf das Bundesgesetz über die Anpassung von verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum anwaltlichen Berufsgeheimnis vom 28. September 2012²⁰ in mehreren Verfahrensgesetzen des Bundes unter Nachbildung der Vorschriften in der StPO²¹ und ZPO²² verankert.²³ Ausschlaggebend für diese Gesetzesnovelle war die Absicht des Gesetzgebers, dass Gegenstände und Unterlagen aus dem anwaltlichen Verkehr unter das Anwaltsgeheimnis fallen und zwar unabhängig davon, wo sie sich befinden und wann sie geschaffen worden sind.²⁴ Das Vertrauen, das Klienten ihren Anwälten entgegenbringen können müssen, basiert also neben zivil-, aufsichts- und strafrechtlichen Bestimmungen weitgehend auch auf verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Bundes.

2.3 Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich des Anwaltsgeheimnisses

a. Sachlicher Anwendungsbereich

Gegenstand von Art. 321 StGB ist das Offenbaren eines fremden Geheimnisses. Als Geheimnis gilt dabei jede Tatsache, die allgemein weder offenkundig noch jederzeit zugänglich ist und die der Geheimnisherr seinem ausdrücklichen oder konkludenten Willen nach gewahrt wissen will.²⁵ Grundsätzlich umfasst das Anwaltsgeheimnis sämtliche Informationen, die dem Anwalt im Rahmen seines Mandats anvertraut oder anderweitig von ihm wahrgenommen wurden.²⁶ Die Art der Kenntnisgewinnung ist dabei unerheblich. So kann der Anwalt Informationen von seiner Klientin in mündlicher, schriftlicher oder nonverbaler Kommunikation erhalten haben.²⁷

Vom Anwaltsgeheimnis geschützt sind indes nur Informationen, die der Anwalt «infolge seines Berufes» erfahren hat.²⁸ Zwischen der berufsspezifischen Tätigkeit des Anwalts und der vertraulichen Information muss ein Zusammenhang bestehen. Im Kontext einer internen Untersuchung spielt daher die Frage, ob eine betreffende

¹⁵ Interne Untersuchungen werden zutreffend auch als «einmalige, durch einen spezifischen Anlass ausgelöste Unterfangen» beschrieben, vgl. URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA M. FRITSCHÉ/PATRIC EYMAN/FRITZ AMMANN, Finanzmarktenforcement, Verfahren zur Durchsetzung des Schweizer Finanzmarktrechts, 2. Aufl., Bern 2014, 162.

¹⁶ Urteil 2C_586/2015 des Bundesgerichts vom 9. Mai 2016, E. 2.1; BGE 135 III 597, E. 3.4.

¹⁷ BGE 112 Ib 606; BGE 87 IV 108; vgl. ferner JEAN-MARC REYMOND, Le secret professionnel de l'avocat dans les projets de Code de procédure pénal et civile suisses: un droit fondamental du justiciable en péril, Anwaltsrevue 2007, 66.

¹⁸ WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, 2. Aufl., Bern 2017, N 522.

¹⁹ Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats hielt in den Beratungen zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte fest, dass das Berufsgeheimnis ein «absolut zentrales Wesensmerkmal» sei und der Klient «wie z.B. beim Beichtgeheimnis die Gewissheit haben muss, dass der Anwalt das ihm Anvertraute in jedem Fall für sich behält»; vgl. Votum von Nationalrat Erwin Jutzet, Amtliches Bulletin 2000, N 45, <https://www.parlament.ch/> (zuletzt besucht am 12. Januar 2019).

²⁰ AS 2013 847; BBl 2011 8181; in Kraft seit 1. Mai 2013.

²¹ Art. 264 Abs. 1 lit. c und d StPO. Unterlagen aus dem Verkehr der beschuldigten Person mit ihrer Verteidigung durften zuvor bereits aufgrund von Art. 264 Abs. 1 lit. a StPO nicht beschlagnahmt werden.

²² Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO.

²³ Vgl. insbesondere für das Verwaltungsstrafverfahren: Art. 46 Abs. 3 VStR und Art. 50 Abs. 1, 2 VStR sowie für das Verwaltungsverfahren: Art. 13 Abs. 1^{bis} VwVG.

²⁴ PETER BURCKHARDT/ROLAND M. RYSER, Die erweiterten Beschlagnahmeverbote zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses insbesondere im neuen Strafverfahren, AJP 2/2013, 165.

²⁵ BSK StGB/JStGB-OBERHOLZER, Art. 321 N 14; ANDREAS DONATSCH, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 171 N 1.

²⁶ HANS NATER/GAUDENZ G. ZINDEL, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 2. Aufl., Zürich 2011, Art. 13 N 97.

²⁷ NATER/ZINDEL (FN 26), Art. 13 N 1 und 105.

²⁸ NATER/ZINDEL (FN 26), Art. 13 N 114.

Tätigkeit des Anwalts im Rahmen der internen Untersuchung als «anwaltstypisch»²⁹ zu qualifizieren ist, eine zentrale Rolle und bedarf – vor dem Hintergrund der im Einzelnen noch zu besprechenden jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts – bei der Planung und Durchführung einer vertieften Betrachtung.³⁰

b. Personaler Anwendungsbereich

Gemäss Art. 264 Abs. 1 lit. a StGB dürfen Unterlagen aus dem Verkehr der beschuldigten Person mit ihrer Verteidigung nicht beschlagnahmt werden, ungeachtet des Ortes, wo sie sich befinden, und des Zeitpunktes, in welchem sie geschaffen worden sind. Im Strafprozessrecht war der prozessuale Schutz des Anwaltsgeheimnisses in einem unternehmensrechtlichen Kontext vor der Revision vom 28. September 2012³¹ allerdings gesetzlich lückenhaft. So konnte sich eine Gesellschaft vor Inkrafttreten von Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO in einem gegen Mitarbeiter des Unternehmens geführten Strafverfahren nicht auf den Schutz des Anwaltsgeheimnisses berufen. Diese Rechtslage hatte unter anderem zur Folge, dass Unterlagen eines Unternehmens, die zur Instruktion der (ausländischen) Anwälte im Rahmen eines Zivilprozesses erstellt worden waren, im Strafverfahren gegen den ehemaligen Geschäftsführer in der Schweiz beschlagnahmt werden konnten.³² Durch die Ergänzung von Art. 264 Abs. 1 StPO um lit. d wurde diese Problematik teilweise entschärft, indem nun grundsätzlich auch das betreffende Unternehmen in der erwähnten Konstellation die Beschlagnahme der Anwaltskorrespondenz unter Verweis auf Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO verhindern kann, ohne selbst beschuldigt zu sein.³³

Im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden internen Untersuchungen besteht trotz der Revision von 2012 weiterhin die Problematik, dass einzig sog. BGFA-Anwälte, d.h. Anwälte, die nach BGFA zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt sind, von Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO erfasst sind.³⁴ Die gesamte Korrespondenz von Unternehmensjuristen – juristisch ausgebildeten Personen, die im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses für ein Unternehmen juristische Dienstleistungen erbringen – und nicht dem BGFA unterstehenden Anwälten kann somit weiterhin in einem Strafverfahren in der Schweiz gegen Mitarbeiter des Unternehmens

beschlagnahmt werden.³⁵ Dies ist einer der Gründe, dass Rechtsabteilungen von in der Schweiz ansässigen internationalen Unternehmen in der Praxis meist über BGFA-Anwälte mit ausländischen Anwaltskanzleien oder Behörden in Kontakt treten.

Aufgrund der erwähnten Rechtslage überrascht es nicht, dass die Frage, ob und inwieweit Unternehmensjuristen nach Schweizer Recht besondere Geheimnis- und/oder Mitwirkungsverweigerungsrechte³⁶ haben sollen, seit langer Zeit Gegenstand juristischer und politischer Diskussionen bildet.³⁷ Davon zeugen nicht zuletzt zahlreiche politische Vorstösse.³⁸ Bei Lichte betrachtet geht es dabei nicht allein um den Schutz von angestellten Anwälten oder Unternehmensjuristen, sondern mindestens ebenso sehr um den Schutz des Unternehmens durch Mitwirkungsverweigerungsrechte für unternehmensinterne Rechtsdienste.³⁹

In einem neuen Art. 160a VE-ZPO soll eine besondere Ausnahme von der generellen Mitwirkungspflicht gemäss Art. 160 ZPO für unternehmensinterne Rechtsdienste geschaffen werden.⁴⁰ Gemäss Begründung der Parlamentarischen Initiative 15.409 Markwalder⁴¹ soll damit indirekt auch erreicht werden, dass prozessuale Nachteile beseitigt würden, die Schweizer Unternehmen in ausländischen Gerichtsverfahren – namentlich in den USA⁴² – mit der geltenden Rechtslage erleiden könnten, weil in der Schweiz derzeit kein Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht für Mitglieder von unternehmensinternen Rechtsdiensten besteht. Um die Einheitlichkeit der Rechtsordnung zu wahren und mögliche Konflikte

²⁹ Die von Lehre und Rechtsprechung verwendete Terminologie ist uneinheitlich. Sofern nicht anders vermerkt, wird vorliegend zwischen «anwaltstypischen» und «nicht anwaltstypischen» Tätigkeiten unterschieden; so auch WOLFGANG WOHLERS/VERONICA LYNN, Das Anwaltsgeheimnis bei internen Untersuchungen, in: recht 2018, 15 ff.

³⁰ Vgl. dazu IV.

³¹ Vgl. FN 13.

³² Urteil 1B_103/2012 des Bundesgerichts vom 5. Juli 2012, E. 3.1.

³³ Vgl. BURCKHARDT/RYSER (FN 24), 165.

³⁴ Vgl. FN 2.

³⁵ Vgl. OTHMAR STRASSER, Das Legal Privilege des In-House-Counsel im Strafverfahren, ZSR 2018 I, 523–549, 532.

³⁶ Vgl. im Zivilprozessrecht Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO für Unterlagen aus dem Verkehr einer Partei oder einer Drittperson mit Patentanwälten i.S.v. Art. 2 des Patentanwaltsgesetzes vom 20. März 2009 (SR 935.62).

³⁷ Vgl. J. ALEXANDER BAUMANN, Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen – Nötige Verankerung eines Geheimnisschutzes in den Prozessrechten des Bundes, ST 6-7/2007, 466 ff.; PETER HONEGGER/PETER FORSTMOSER, Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen – Eine Notwendigkeit im internationalen Kontext, Anwaltsrevue 4/2017, 151–153; HERBERT WOHLMANN, Compliance und das Berufsgeheimnis der Unternehmensjuristen, Anwaltsrevue 4/2017, 154–155. Das Bundesgericht hat diese im Schrifttum kontrovers diskutierte Frage bis anhin (betreffend Art. 321 StGB) offen lassen können, vgl. Urteil 1B_101/2008 des Bundesgerichts vom 28. Oktober 2008, E. 4.2.

³⁸ Vgl. nur Mo. RK-N 07.3281 «Pflichten und Rechte von rechtsberatend oder forensisch tätigen Angestellten. Gleichstellung mit freiberuflichen Anwältinnen und Anwälten» und zuletzt Po. RK-S 16.3263 «Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristinnen und -juristen».

³⁹ Vgl. auch STRASSER (FN 35), 532 f.

⁴⁰ Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018, 63 f.

⁴¹ 15.409 Pa.Iv. Markwalder «Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristinnen und -juristen».

⁴² Vgl. dazu KAREN TOPAZ DRUCKMAN, Disadvantages for Swiss Corporations Involved in Litigation in the U.S., in: Jusletter 7. Mai 2018.

zwischen den einzelnen Verfahrensgesetzen zu vermeiden, wäre m.E. eine entsprechende Anpassung auch in der StPO sowie in weiteren relevanten Erlassen (VwVG, VstrR, etc.) vorzunehmen.⁴³

3. Das Anwaltsgeheimnis im Kontext der internen Untersuchung

3.1 Anwaltsgeheimnis gilt auch für Tätigkeiten ausserhalb des Anwaltsmonopols

Im schweizerischen Recht besteht nur in gewissen Bereichen des Prozessrechts ein Anwaltsmonopol.⁴⁴ Das Anwaltsgeheimnis schützt indes nicht nur Tätigkeiten, welche das eigentliche Anwaltsmonopol betreffen.⁴⁵ In der Praxis gibt es eine ganze Reihe von Tätigkeiten ausserhalb des Anwaltsmonopols⁴⁶, welche grundsätzlich ebenfalls dem Anwaltsgeheimnis unterstehen, vorausgesetzt, sie werden von unabhängigen im Anwaltsregister eingetragenen BGFA-Anwälten ausgeführt. Wird dagegen die genau gleiche Tätigkeit von einem Rechtsexperten eines Treuhandbüros oder einer Revisionsgesellschaft erbracht, bietet das Anwaltsgeheimnis keinen Schutz. Daher kann es für die Geltung des Anwaltsgeheimnisses mit anderen Worten keine Rolle spielen, ob die fragliche Tätigkeit nur von BGFA-Anwälten (oder aber auch von anderen Dienstleistungserbringern) ausgeführt werden kann.⁴⁷ Eine Klientin wird für eine bestimmte Tätigkeit jedenfalls immer dann einen BGFA-Anwalt mandatieren wollen, wenn sie den Schutz des Anwaltsgeheimnisses für sich beanspruchen möchte und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um eine Tätigkeit aus dem Bereich des Anwaltsmonopols handelt.

3.2 Anwaltsgeheimnis gilt auch wenn (noch) kein Verteidigungsmandat vorliegt

Der Umstand, dass während der Durchführung der internen Untersuchung (noch) kein *bestehendes* Verteidigungsmandat (vgl. Art. 264 Abs. 1 lit. a StPO) vorlag, kann für die Frage der Geltung des Anwaltsgeheimnisses

ebenfalls nicht entscheidend sein. Wie aufgezeigt, ist seit der Revision im Jahre 2012 gesetzlich ausdrücklich festgehalten, dass das Anwaltsgeheimnis im Strafprozessrecht nicht nur die Kommunikation mit dem Strafverteidiger schützt, sondern ebenfalls die Kommunikation eines Nicht-Beschuldigten (z.B. eines Unternehmens) mit dessen Anwälten.⁴⁸ Mit dem Erlass von Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO wollte der Gesetzgeber ausdrücklich den Schutz des Anwaltsgeheimnisses – gegen den Willen des Bundesgerichts⁴⁹ – stärken.

3.3 Anwaltsgeheimnis gilt auch in Bezug auf die Ermittlung des (rechtserheblichen) Sachverhalts

Aus Sicht des Unternehmens geht es im Falle eines strafrechtlichen Verdachts oder bei Hinweisen auf Defizite im Compliance-System immer zunächst darum, dass das Unternehmen selbst die relevanten Fakten kennt und sich gestützt auf den ermittelten Sachverhalt eine sinnvolle (Prozess-)Strategie zurechtlegen kann.⁵⁰ Eine sorgfältige und effektive Rechtsberatung setzt sodann stets voraus, dass der rechtserhebliche Sachverhalt eingehend abgeklärt ist. Der Anwalt muss entsprechend von seiner Klientin offen über den gesamten Sachverhalt sowie sämtliche Belange, die zur Wahrung der Interessen der Klientin erforderlich sind, informiert sein.⁵¹ Nach der h.L. erstreckt sich das Anwaltsgeheimnis grundsätzlich auf sämtliche Informationen, die der Anwalt von der Klientin erhält und welche zur Wahrung ihrer Interessen notwendig sind.⁵²

Der Frage, ob die Ermittlung der rechtserheblichen Informationen im Rahmen einer internen Untersuchung noch als *anwaltstypische Tätigkeit* («infolge ihres Berufes») gilt, kommt dabei eine entscheidende Bedeutung zu.⁵³ Würde die Ermittlung des rechtserheblichen Sach-

⁴³ Gl. M. in Bezug auf das Strafverfahren, STRASSER (FN 35), 535 und 548.

⁴⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 1 BGFA, ferner Art. 127 Abs. 1 und 5 StPO, Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO sowie Art. 40 Abs. 1 BGG. Dagegen fallen namentlich Verfahren vor der FINMA und der WEKO nicht unter das Anwaltsmonopol.

⁴⁵ Das Anwaltsmonopol bestimmt positiv, welche Tätigkeiten in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren nur von patentierten Anwältinnen und Anwälten ausgeübt werden dürfen und beschränkt damit die Wirtschaftsfreiheit von Nichtanwältinnen, die ebenfalls Rechtsdienstleistungen erbringen, vgl. FELLMANN (FN 18), N 806 ff., 808.

⁴⁶ Etwa die Rechtsberatung in erb- oder mietrechtlichen Angelegenheiten, welche auch anderen Dienstleistungserbringern wie Finanzexperten oder Mieterverbänden offensteht.

⁴⁷ Gl. M. DANIEL CSOPORT/SILVAN GEHRIG, Zum Anwaltsgeheimnis bei internen Untersuchungen im Finanzmarktbereich, in: Jusletter 10. April 2017, Rz. 119; STEPHAN GROTH/RETO FERRARI-VISCA, Höchstrichterlicher Angriff auf das Anwaltsgeheimnis?, GesKR 4/2016, 502.

⁴⁸ Vgl. dazu II. 2.2. a.

⁴⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über die Anpassung von verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum anwaltlichen Berufsgeheimnis vom 26. Oktober 2011, BBl 2011 8181, 8188.

⁵⁰ Vgl. FRITSCH (FN 3), 38.

⁵¹ NATER/ZINDEL (FN 26), Art. 13 N 105, vgl. auch Botschaft zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 28. April 1999, BBl 1999 6013, 6055, wonach das Berufsgeheimnis Schutz bietet für «sämtliche der Anwältin oder dem Anwalt anvertrauten Tatsachen und Dokumente, die einen gewissen Bezug zur Ausübung des Anwaltsberufes haben».

⁵² NATER/ZINDEL (FN 26), Art. 13 N 105; ferner CSOPORT/GEHRIG (FN 47), N 116 und GROTH/FERRARI-VISCA (FN 47), 494 und 501, die insbesondere auch sachverhaltsbezogene Informationen im Bereich der anwaltlichen Beratung zu geldwäschereirelevanten Fragestellungen dem Anwaltsgeheimnis unterstellen.

⁵³ So sind nach NATER/ZINDEL (FN 26), Art. 13 N 121 insbesondere folgende Tätigkeiten anwaltstypisch: die Vertretung und Verteidigung von Klienten vor Gerichten und Behörden; die Beratung von Klienten in Rechtsfragen, mit oder ohne Vertretung des Klienten nach aussen; das Verhandeln und Abschliessen von Rechtsgeschäften, das Abfassen rechtlicher Dokumente, das Erteilen rechtlicher Ratschläge oder das Erstellen von Rechtsgutachten und Second Opinions.

verhaltens durch einen Anwalt als eine *nicht anwaltstypische* Tätigkeit qualifiziert, wären die betreffenden Informationen nicht durch das Anwaltsgeheimnis geschützt.⁵⁴ Nach einem Teil der Lehre mangelt es in den nachfolgenden Konstellationen an einer anwaltstypischen Tätigkeit, weshalb hier der Schutz des Anwaltsgeheimnisses nicht greifen soll:

- Gemäss OLIVIER THORMANN soll eine interne Untersuchung durch eine Anwaltskanzlei mit dem Auftrag, ausschliesslich den relevanten Sachverhalt abzuklären, «eindeutig» keine anwaltstypische Tätigkeit darstellen.⁵⁵
- Die FINMA kann gemäss Art. 36 Abs. 1 FINMAG eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, bei einem Beaufsichtigten einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von ihr angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen.⁵⁶ Diese Tätigkeit soll ebenfalls nicht anwaltstypisch sein, weil der Untersuchungsbeauftragte nach Art. 36 FINMA keine interne, sondern eine öffentlich-rechtliche Untersuchung durchführe sowie ein regulatorisches und vom Staat delegiertes Mandat wahrnehme.⁵⁷
- Das Anwaltsgeheimnis soll ferner nicht zum Tragen kommen, wenn aufsichtsrechtliche und gesetzliche Pflichten des Unternehmens an Anwaltskanzleien ausgelagert werden.⁵⁸ Dies wäre etwa dann der Fall, wenn eine Anwaltskanzlei für Compliance-Aufgaben im Sinne des Geldwäschereigesetzes (Art. 7 GwG) oder die gesetzliche Buchführungspflicht (Art. 957 OR) mandatiert würde.

Unabhängig von der Qualifikation der jeweiligen Tätigkeit als anwaltstypisch oder nicht anwaltstypisch, dürfte unbestritten sein, dass die Ermittlung und nachträgliche Dokumentation unternehmensinterner Fakten im Rahmen einer internen Untersuchung geeignet ist, Begehrlichkeiten von Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden zu wecken. Dies geht auch aus den verschiedenen Fallkonstellationen hervor, die das Bundesgericht in den letzten Jahren zu beurteilen hatte. Auf die jeweilige Rechtsprechung wird im Folgenden näher eingegangen.

III. Jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung im Bereich der internen Untersuchung: Der Anfang eines Paradigmenwechsels

1. Überblick

In den letzten Jahren hatte das Bundesgericht verschiedentlich die Gelegenheit, die Rechtsprechung zum Verhältnis Anwaltsgeheimnis und interne Untersuchungen weiter zu entwickeln. An dieser Stelle soll nicht im Detail auf die einzelnen – von der Lehre mehrheitlich kritisierten – Urteile eingegangen werden.⁵⁹ Vielmehr beschränkt sich die nachfolgende Darstellung auf einige in Lehre und Rechtsprechung umstrittene Punkte, welche dann im Lichte der vorne skizzierten rechtlichen Rahmenbedingungen gewürdigt werden. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf das Urteil 1B_433/2017 des Bundesgerichts vom 21. März 2018 gelegt, welches – wie noch zu zeigen sein wird – wesentlich durch die Erwägungen des zuvor ergangenen Urteils 1B_85/2016 vom 20. September 2016 geprägt ist.⁶⁰

2. Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflicht und (indirekter) Zwang zur strafrechtlichen Selbstbelastung

2.1 BGE 140 II 384 («Spielbankenkommission»)

a. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Am 24. Januar 2011 erfuhr die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) davon, dass gegen einen Spieler ein Strafverfahren eingeleitet worden war, nachdem dieser Geld veruntreut und im Casino verspielt hatte. Sie führte am 1. Februar 2011 im entsprechenden Betrieb eine Inspektion durch, wobei sie auch Einsicht in die Unterlagen des Spielers nahm. Am 15. Februar 2011 teilte sie der Casinobetreiberin (A. AG) mit, dass ein Administrativverfahren eröffnet werde, um zu prüfen, ob im Zusammenhang mit dem betroffenen Spieler die spielbankenrechtlichen Vorschriften eingehalten worden seien.

⁵⁴ Vgl. NATER/ZINDEL (FN 26), Art. 13 N 122; FELLMANN (FN 18), N 662; ferner BURCKHARDT/RYSER (FN 24), 161. Zu diesen nicht anwaltstypischen Tätigkeiten gehören etwa die Vermögens- und Immobilienverwaltung, Tätigkeiten als Finanzintermediär, Verwaltungsrat oder Treuhänder.

⁵⁵ OLIVIER THORMANN, Sicht der Strafverfolger – Chancen & Risiken, in: Flavio Romerio/Claudio Bazzani, Interne und regulatorische Untersuchungen II, Zürich/Basel/Genf 2016, 119.

⁵⁶ Vgl. dazu ZULAUF et al. (FN 15), 147.

⁵⁷ CSOPORT/GEHRIG (FN 47), N 161; THORMANN (FN 55), 118 f.;

⁵⁸ THORMANN (FN 55), 120; vgl. ferner FELLMANN (FN 18), N 665.

⁵⁹ Vgl. etwa CSOPORT/GEHRIG (FN 47), Rz. 110 ff.; CLAUDIA M. FRITSCH/NADINE STUDER, Arbeitsprodukte interner Untersuchungen – Herausgabepflichten gemäss den wichtigsten Prozessordnungen, AJP 2018, 168 ff.; GROTH/FERRARI-VISCA (FN 47), 493 ff.; ANDREAS LÄNZLINGER/ROMAN HUBER, Wie intern sind interne Untersuchungsberichte?, in: Handelszeitung vom 20.4.2017, Nr. 16, 21; DAVID RAEDLER/BENOÎT CHAPPUIS, Les enquêtes internes et le secret professionnel de l'avocat: la fin d'une époque?, Anwaltsrevue 2018, 297 ff.; FLAVIO ROMERIO/STEPHAN GROTH, Angriff auf das Anwaltsgeheimnis?, in: NZZ vom 27.10.2016, Nr. 251, 9; MARTIN RAUBER/HANS NATER, Operationen am Rückenmark des Anwaltsgeheimnisses, SJZ 2017, 240 ff.; WOHLERS/LYNN (FN 27), 9 ff.

⁶⁰ Vgl. dazu III. 3.1–3.2.

Mit Verfügung vom 29. Juni 2011 sprach die ESBK gegen die Betreiberin eine Verwaltungssanktion in der Höhe von CHF 4'939'000.– aus. Sie begründete ihren Entscheid damit, dass die Betreiberin den im Sozialkonzept vorgesehenen Prozessen nicht nachgekommen sei. Die Betreiberin habe damit gegen die Spielbankengesetzgebung verstossen. Die Sanktionshöhe sei auf gerundet CHF 4'939'000.– festzulegen. Das Bundesverwaltungsgericht hiess am 26. Juni 2013 die hiergegen gerichtete Beschwerde der Betreiberin teilweise gut und reduzierte die Sanktion auf CHF 3'078'000.–.⁶¹ Vor Bundesgericht machte die Casinobetreiberin geltend, bei der gegen sie verfügten Sanktion handle es sich um ein Strafverfahren im Sinne von Art. 6 EMRK, ohne dass die ESBK die damit verbundenen strafprozessualen Grundsätze beachtet hätte. Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts hiess die Beschwerde mit Urteil vom 27. Mai 2014 teilweise gut und reduzierte die Sanktion auf CHF 1'497'645.–.⁶² Die Rügen betreffend Verletzung der strafprozessualen Schutzrechte und namentlich des «nemo-tenetur-Grundsatzes»⁶³ erachtete das Bundesgericht allerdings als unbegründet.

b. Ausgewählte Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht erwog, dass die blossе Aufforderung, Dokumente einzureichen, zu deren Erstellung eine gesetzliche – hier spielbankenrechtliche – Pflicht besteht, für sich allein noch keinem Verstoss gegen Art. 6 EMRK gleichkomme.⁶⁴ Die ESBK habe der Casinobetreiberin angezeigt, dass sie ein aufsichtsrechtliches Verfahren einleite und sie in dessen Rahmen um die umstrittenen Auskünfte und Unterlagen ersuche. Dabei seien der Casinobetreiberin keine spezifischen Folgen im Falle einer Mitwirkungsverweigerung angedroht worden. Insbesondere habe die ESBK ihre Verfügungen nicht mit dem Hinweis auf Art. 292 StGB verbunden, wonach mit Busse bestraft wird, wer von der zuständigen Behörde unter Hinweis auf diesen Artikel an ihn erlassenen Verfügungen keine Folge leistet.⁶⁵

Das Bundesgericht hielt zudem fest, dass die Aufforderung, am Verfahren mitzuwirken und bestimmte Unterlagen einzureichen, gegen die Casinobetreiberin als juristische Person in einem besonderen Rechtsverhältnis mit dem Bund (Konzessionärin) erginge.⁶⁶

Gemäss dem Bundesgericht gelte zwar nach verbreiteter Auffassung der nemo-tenetur-Grundsatz auch zugunsten juristischer Personen und Unternehmen. Der nemo-tenetur-Grundsatz sei bei juristischen Personen indessen differenziert zu umschreiben. Er gehe nicht so weit, die Herausgabe von Unterlagen, deren Führung bzw. Anlage in einem konzessionsrechtlichen Aufsichtsverfahren gesetzlich vorgeschrieben sind, zu verunmöglichen. Unternehmen seien aus zahlreichen Gründen gehalten, bestimmte Dokumente und Unterlagen zu erstellen, zu führen und gegebenenfalls den Verwaltungsbehörden zur Verfügung zu stellen, z.B. Buchhaltungen oder Dokumentationen, welche die Einhaltung von Pflichten bezüglich Umweltschutz, Sozialversicherung, Arbeitssicherheit, Geldwäscherei usw. belegen.⁶⁷ Könnte der Staat auf diese Unterlagen trotz entsprechender gesetzlicher Grundlagen nicht mehr zurückgreifen, würde eine aufsichts- bzw. damit verbundene strafrechtsähnliche Durchsetzung der materiellen gesetzlichen Pflichten in beaufsichtigten Wirtschaftsbereichen (Finanzmarkt, Spielbanken usw.) gemäss Bundesgericht praktisch verunmöglicht. Bilde der nemo-tenetur-Grundsatz bei natürlichen Personen (auch) einen Ausfluss aus der Menschenwürde, würde dieser – spezifisch grundrechtliche – Aspekt bei gesetzlichen Herausgabepflichten von juristischen Personen und Unternehmen fehlen. Solche Überlegungen könnten nicht als Negation der Rechtsstaatlichkeit bezeichnet und mit dem Hinweis entkräftet werden, es sei gerade der Zweck prozeduraler Garantien, die Arbeit der verwaltungsrechtlich eingesetzten Aufsichtsbehörden zu erschweren.⁶⁸

c. Bemerkungen

In einem fairen Strafverfahren gehört der nemo-tenetur-Grundsatz zu den fundamentalen Grundsätzen. Historisch gesehen hat der nemo-tenetur-Grundsatz einen engen Zusammenhang zum Folterverbot.⁶⁹ Es kann aber gestützt darauf nicht der Schluss gezogen werden, der nemo-tenetur-Grundsatz gelte für juristische Personen nur eingeschränkt, denn gerade der EGMR verweist in seiner Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK häufig auf die Unschuldsumutung bzw. die mit ihr verbundene Beweislastverteilung.⁷⁰ Der Beschuldigte soll im Strafverfahren selber entscheiden, ob er an seiner Verurteilung mitwirken will oder nicht (vgl. Art. 113 StPO). Hingegen folgt das öffentliche Recht einem anderen Paradigma und es wird dort in vielen Bereichen als selbst-

⁶¹ Urteil B-4830/2011 des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Juni 2013.

⁶² Urteil 2C_776/2013 des Bundesgerichts vom 27. Mai 2014.

⁶³ «Nemo-tenetur» wird hier im Sinne einer Kurzformel vom lateinischen Ausdruck «nemo tenetur se ipsum prodere vel accusare» abgeleitet, vgl. dazu DOMINIQUE OTT, Der Grundsatz «nemo-tenetur se ipsum accusare», unter besonderer Berücksichtigung der Strassenverkehrsrechtlichen Pflichten, Diss. Zürich 2012, 3.

⁶⁴ BGE 140 II 384, E. 3.3.4.

⁶⁵ BGE 140 II 384, E. 3.3.4.

⁶⁶ BGE 140 II 384, E. 3.3.6.

⁶⁷ BGE 140 II 384, 393, E. 3.3.4 mit Verweis auf PATRICK KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, N 19 ff. zu Art. 13 VwVG.

⁶⁸ BGE 140 II 384, E. 3.3.4 *in fine*.

⁶⁹ Vgl. OTT (FN 63), 45 ff. m.w.H.

⁷⁰ Vgl. etwa EGMR v. 17.12.1996, Saunders v. The United Kingdom, § 68; EGMR v. 10.03.2009, Bykov v. Russia, § 92; EGMR v. 1.6.2010, Gäfgen v. Germany, § 168.

verständlich erachtet, dass der Betroffene zu seinen Ungunsten am Verwaltungsverfahren teilnimmt (sog. Mitwirkungspflichten).⁷¹ Der strafrechtliche nemo-tenetur-Grundsatz und verwaltungsrechtliche Mitwirkungspflichten können also dort kollidieren, wo Informationen aus einem Verwaltungsverfahren als Grundlage für eine strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Verurteilung dienen.⁷²

Das Bundesgericht hat – zwar nicht im Zusammenhang mit einem Strafverfahren gemäss StPO – die Anwendbarkeit des «nemo-tenetur-Grundsatzes» im vorliegenden Entscheid grundsätzlich bestätigt. Gleichzeitig hat es aber ausgeführt, dass dieses Prinzip bei «juristischen Personen differenziert zu umschreiben sei» und erwo-gen, dass dieser Grundsatz auch aus dem Grundsatz der Menschenwürde fliesse, auf dessen grundrechtlichen Geltungsbereich ein Unternehmen sich als juristische Person in Zusammenhang mit gesetzlichen Herausgabepflichten nicht berufen könne.⁷³ Die Erwägungen des Bundesgerichts zum Anwendungsbereich und Umfang des nemo-tenetur-Grundsatzes dürften über den spiel-bankenrechtlichen Bereich hinaus von Bedeutung sein.⁷⁴ Im konkret zu beurteilenden Fall hat das Bundesgericht nach Prüfung diverser einschränkender Kriterien eine Verletzung des «nemo-tenetur» Grundsatzes im Ergebnis verneint. Dem Bundesgericht ist in diesem konkreten Fall im Ergebnis zuzustimmen.

Der Begründung des Bundesgerichts ist indes in einigen Punkten zu widersprechen. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts wird der nemo-tenetur-Grundsatz nicht nur aus der Menschenwürde, sondern auch aus der Unschuldsumutung abgeleitet.⁷⁵ So wird von der neueren Lehre eine wesentliche Grundlage von «nemo-tenetur» in einem fairen Ausgleich zwischen den Verteidigungsmöglichkeiten der beschuldigten Person und den weitreichenden strafprozessualen Kompetenzen des Staates gesehen.⁷⁶ Dementsprechend passt der Wesensgehalt der Selbstbelastungsfreiheit sowohl auf juristische wie natürliche Personen gleichermaßen, weil das öffentliche Interesse an einem *fairen Verfahren* bei juristischen Personen genauso wie bei natürlichen Personen greifen

muss. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts lässt sich m.E. die Einschränkung des nemo-tenetur-Grundsatzes nicht damit begründen, dem Unternehmen komme von Gesetzes wegen keine bzw. nur in beschränktem Masse eine Menschenwürde zu.⁷⁷

Ferner lässt sich auch aus einer gesetzlichen Pflicht, Dokumente und Unterlagen im Verwaltungsverfahren herauszugeben, nicht ohne Weiteres ableiten, dass das Unternehmen dazu auch im Strafverfahren verpflichtet sei.⁷⁸ Vielmehr kann sich nach der hier vertretenen Auffassung ein Unternehmen als juristische Person auch ausserhalb eines nach StPO geführten Verfahrens auf den nemo-tenetur-Grundsatz berufen.⁷⁹ Denn jede beschuldigte Person hat Anspruch darauf, dass der nemo-tenetur-Grundsatz in einem Verfahren gegen sie respektiert wird.⁸⁰

2.2 BGE 142 IV 207 («Bruno-Manser-Fonds»)

a. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Am 30. Mai 2016 hat die I. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts in einem in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil (BGE 142 IV 207) entschieden, dass die Bundesanwaltschaft für ihr Geldwäschereiverfahren gegen die Bank A. AG einen beschlagnahmten internen Bericht verwenden darf.⁸¹

Im Zuge einer Strafanzeige des gemeinnützigen Vereins Bruno-Manser-Fonds (Basel) vom 25. Mai 2012 hatte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) von der beschuldigten Bank (Art. 102 Abs. 2 i.V.m. Art. 305^{bis} StGB) im Rahmen eines bankenaufsichtsrechtlichen Vorabklärungsverfahrens ein schriftliches Risk Assessment vom 9. Juli 2012 («Memorandum») zu den fraglichen Vorgängen und den involvierten Personen verlangt (Art. 29 Abs. 1 FINMAG) und erhalten. Nach Eröffnung der Strafuntersuchung vom 29. August 2012 ver-

⁷¹ Vgl. dazu SIMON ROTH, Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz nemo tenetur se ipsum accusare, ZStrR 2011, 297–321.

⁷² Vgl. dazu GILLES BENEDICK, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, AJP 2/2011, 169 ff.

⁷³ BGE 140 II 384, E. 3.3.4.

⁷⁴ Vgl. dazu JEREMIAS FELLMANN/LUZIA VETTERLI, «Nemo tenetur» light bei strafähnlichen Verwaltungsanktionen?, forumpoenale 1/2015, 43.

⁷⁵ ANDREAS DONATSCH/JASMINA SMOKVINA, Der «Nemo-tenetur-Grundsatz» im Strafverfahren gegen Unternehmen – insbesondere unter Berücksichtigung der Kombination von Verwaltungs- und Strafverfahren, in: Rolf. H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenaux/Rolf Sethe (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2017, 864.

⁷⁶ FELLMANN/VETTERLI (FN 74), 45 m.w.H.

⁷⁷ Gl. M. DONATSCH/SMOKVINA (FN 75), 873; FELLMANN/VETTERLI (FN 74), 45; differenzierend LAURA MACULA, Erzwangene Selbstbelastung oder freiwillige Auskunft? Zur Verwertbarkeit von Unternehmensdossiers zuhanden der FINMA, ZStR 136/2018, 49 f.

⁷⁸ Vgl. DONATSCH/SMOKVINA (FN 75), 873.

⁷⁹ Nach h.L. kann sich ein Unternehmen in einem nach StPO geführten Verfahren auf den «nemo-tenetur-Grundsatz» (Art. 113 Abs. 1 StPO) berufen, was unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung auch in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren mit Sanktion ohne Einschränkung gelten muss, vgl. dazu FELLMANN/VETTERLI (FN 74), 45 m.w.H.

⁸⁰ Vgl. auch DONATSCH/SMOKVINA (FN 75), 872, die darauf hinweisen, dass im Zusammenhang mit Art. 6 EMRK bisher nie entschieden worden ist, es sei bei Beschwerden, welche sich auf Art. 6 EMRK berufen, zwischen natürlichen und juristischen Personen zu unterscheiden. Vgl. aber GUNTHER ARZT, Schutz juristischer Personen gegen Selbstbelastung, JZ 9/2003, 456 ff., der die Anwendung des nemo-tenetur-Grundsatzes auf Unternehmen kategorisch ablehnt.

⁸¹ Urteil 1B_249/2015 des Bundesgerichts vom 30. Mai 2016; vgl. auch Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 23. Juni 2016, abrufbar unter <https://www.bger.ch/index/press.htm> (zuletzt besucht am 12. Januar 2019).

weigerte die Bank die von der Bundesanwaltschaft angeordnete Edition, worauf diese am 19. November 2014 zur Beschlagnahme des vorsorglich bereits gesiegelten Memorandums schritt. Zuvor hatte die Bundesanwaltschaft erfolglos versucht, von der FINMA im März 2013 Informationen und Unterlagen aus dem aufsichtsrechtlichen Verfahren erhältlich zu machen.⁸²

Das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Bern lehnte mit Entscheid vom 18. Juni 2015 das Entsiegelungsgesuch der Bundesanwaltschaft vom 9. Dezember 2014 aufgrund der «offensichtlichen Unverwertbarkeit» des Memorandums ab⁸³, das Bundesgericht bewilligte das Gesuch schliesslich in einem langen und von zahlreichen Wiederholungen geprägten Entscheid.⁸⁴

b. Ausgewählte Erwägungen des Bundesgerichts

Im Einklang mit der Vorinstanz qualifizierte das Bundesgericht das bankintern erstellte Memorandum als untersuchungsrelevant.⁸⁵ Neben der Untersuchungsrelevanz bejahte das Bundesgericht auch die Verhältnismässigkeit (Art. 197 Abs. 1 lit. d StPO). Dabei betonte es mehrmals die Verfahrenseffizienz und führte aus, dass eine separate Erhebung aller Original-Einzeldokumente, auf welche sich das Memorandum beziehe, «die Strafuntersuchung deutlich komplizieren, verteuern und zeitlich nochmals verlängern» würde.⁸⁶

Das von der Bank angerufene Aussage- und Editionsverweigerungsrecht bzw. das strafprozessuale Verbot des Selbstbelastungszwangs bildeten gemäss Bundesgericht kein Entsiegelungshindernis im Sinne von Art. 248 Abs. 1 i.V.m. Art. 264 Abs. 1 und Abs. 3 StPO. Es müsse deshalb nicht näher geprüft werden, ob und inwiefern das strafprozessuale Selbstbelastungsprivileg (bzw. der *nemo-tenetur*-Grundsatz) bei beschuldigten juristischen Personen, denen ein sog. «Organisationsverschulden» (Art. 102 Abs. 2 StGB) vorgeworfen wird, im Vergleich zu beschuldigten natürlichen Personen noch weiteren

Einschränkungen zu unterwerfen wäre.⁸⁷ Zwar gelte das strafprozessuale Verbot des Selbstbelastungszwangs grundsätzlich auch für beschuldigte juristische Personen.⁸⁸ Doch sei dieser Grundsatz in dem Sinne restriktiv zu handhaben, dass der aufsichtsrechtliche und strafprozessuale Zugriff auf Unterlagen, welche das beschuldigte Unternehmen aufgrund verwaltungsrechtlicher (insbesondere konzessionsrechtlicher) Gesetzesvorschrift erstellen, aufbewahren und dokumentieren müsse, nicht unterlaufen werden könne. Mit Verweis auf den Spielbankenfall⁸⁹ würden zu diesen Vorschriften auch die Dokumentationspflichten von Banken nach der Geldwäschereigesetzgebung gehören.⁹⁰

Das Bundesgericht erwog ferner, dass das Selbstbelastungsprivileg nicht verletzt sei, wenn der (später) Beschuldigte Dokumente auf eine nicht strafbewehrte, bloss Anforderung bzw. Anfrage durch Verwaltungs- oder Strafbehörden hin erstelle bzw. einreiche. In einem aufsichtsrechtlichen Verwaltungsverfahren sei dies «insbesondere» dann der Fall, wenn «für den Editionsadressaten eine verwaltungsgesetzliche Pflicht besteht, entsprechende Dokumente zu erstellen, aufzubewahren und den zuständigen Behörden zur Verfügung zu stellen».⁹¹ Gemessen an diesen Richtlinien lag im betreffenden Entscheid nach Auffassung des Bundesgerichts kein «unzulässige[r] Zwang»⁹² zur Erstellung bzw. Edition des Memorandums vor. So habe die FINMA die Bank lediglich um eine Auskunft gebeten. Dies sei ausserhalb eines förmlichen Aufsichtsverfahrens geschehen und insbesondere seien weder die Auskunftsanfrage durch die FINMA noch die Editionsverfügung durch die Bundesanwaltschaft mit einer Strafdrohung wegen Ungehorsams verbunden worden. Ebenso wenig sehe das FINMAG automatische Straffolgen für die Verweigerung einer Auskunft vor.⁹³

An verschiedenen Stellen im Urteil finden sich sodann Erwägungen des Bundesgerichts, welche sich auf die Art der Beweiserhebung durch die Strafbehörden beziehen. Das Bundesgericht verneinte für den vorliegenden Fall ein aus der Selbstbelastungsfreiheit abgeleitetes Entsiegelungshindernis, da die «Dokumente mittels Beschlagnahmebefehl und Hausdurchsuchung zwangsweise sichergestellt»⁹⁴ wurden. Die Selbstbelastungsfreiheit schütze nicht davor, gesetzlich vorgesehene Zwangsmassnahmen erdulden zu müssen. Vielmehr sei «die aufgrund gesetzlicher Zwangsmassnahmen (auch gegen

⁸² Urteil 1B_249/2015 des Bundesgerichts vom 30. Mai 2016, E. 8.12–8.14; dem Ersuchen der Bundesanwaltschaft auf Herausgabe des Memorandums leistete die FINMA (gestützt auf Art. 40 FINMAG) keine Folge. Weder die FINMA noch die Bundesanwaltschaft ergriffen das spezifisch zur Klärung von Meinungsverschiedenheiten vorgesehene Verfahren (Art. 41 FINMAG) vor Bundesverwaltungsgericht.

⁸³ Ungeachtet dessen, dass es an anderer Stelle erwog, «Form und Intensität» der FINMA-Anfrage sowie gewichtige Interessen an der Wahrheitsfindung könnten gegen einen Vorrang der Selbstbelastungsfreiheit sprechen, vgl. Zwangsmassnahmengericht des Kantons Bern, Entscheid KZM 14 1699 ZIJ vom 18. Juni 2015, E. 3.4.6 ff., insb. 3.4.10.

⁸⁴ Vgl. auch die Entscheidbesprechungen von FELIX BOMMER, ZBJV 154/2018, 123 ff., 149 f.; CLAUDIA M. FRITSCHKE, Kooperieren oder nicht?, GesKR 3/2016, 376 ff.; LÄNZLINGER/HUBER (FN 59), 21; MACULA (FN 77), 30 ff.

⁸⁵ Urteil 1B_249/2015 des Bundesgerichts vom 30. Mai 2016, E. 3.5 und 7.1.

⁸⁶ Urteil 1B_249/2015 des Bundesgerichts vom 30. Mai 2016, E. 7.2.2.

⁸⁷ Urteil 1B_249/2015 des Bundesgerichts vom 30. Mai 2016, E. 9.5.

⁸⁸ Urteil 1B_249/2015 des Bundesgerichts vom 30. Mai 2016, E. 8.3.3.

⁸⁹ BGE 140 II 384, vgl. dazu III 2.1.

⁹⁰ Urteil 1B_249/2015 des Bundesgerichts vom 30. Mai 2016, E. 8.3.3 *in fine*.

⁹¹ Urteil 1B_249/2015 des Bundesgerichts vom 30. Mai 2016, E. 8.3.2.

⁹² Urteil 1B_249/2015 des Bundesgerichts vom 30. Mai 2016, E. 8.18.1.

⁹³ Urteil 1B_249/2015 des Bundesgerichts vom 30. Mai 2016, E. 8.10 f., 8.18.1, 9.6.

⁹⁴ Urteil 1B_249/2015 des Bundesgerichts vom 30. Mai 2016, E. 9.5.

den Willen des Beschuldigten) erfolgte Erhebung von Beweismitteln, die bereits vorliegen, bevor strafprozessualer Zwang ausgeübt wird»⁹⁵, zulässig. Sowohl Art. 113 Abs. 1 Satz 3 StPO als auch Art. 7 Abs. 2 GwG behielten sich ausserdem «die strafprozessuale Beschlagnehmung aller gesetzlich vorgeschriebenen Bankbelege bzw. entsprechender Dokumentationen»⁹⁶ vor. Dieser «gesetzlich vorgesehene strafprozessuale Zugriff»⁹⁷ auf solche Dokumente dürfe nicht durch die Selbstbelastungsfreiheit untergraben werden.

c. Bemerkungen

Das eigentliche Kernproblem des zu beurteilenden Falles, nämlich das Spannungsverhältnis zwischen Selbstbelastungsfreiheit und Mitwirkungspflichten aus dem FINMAG wird im vorliegenden Entscheid nicht im Detail behandelt. Auch die (restriktive) Handhabung der Selbstbelastungsfreiheit bei juristischen Personen begründet das Bundesgericht in BGE 142 IV 207 kaum und verweist lediglich auf die Rechtsprechung im Spielbankenrecht.⁹⁸

Das Bundesgericht führte im Urteil hingegen wiederholt aus, dass die Pflicht zur Dokumentation der internen Abklärungen geldwäschereirelevanter Sachverhalte vom Finanzinstitut nicht dadurch unterlaufen werden könne, dass sich das Finanzinstitut auf den vor allem im Strafprozess bekannten nemo-tenetur-Grundsatz berufe. Selbst wenn man dieser Sichtweise in grundsätzlicher Hinsicht noch folgen kann, vermag sie im konkreten Fall allerdings nicht zu überzeugen. Denn ein nachträglich von einem Finanzinstitut für die FINMA erstelltes Memorandum mit einer rechtlichen Beurteilung («Risk Assessment») betreffend die Einhaltung von Sorgfalts- und Organisationspflichten ist gerade nicht Gegenstand der geldwäschereirechtlichen Dokumentationspflicht.⁹⁹ Dennoch ging das Bundesgericht – m.E. zu Unrecht – davon aus, dass das bankintern erstellte Memorandum von der geldwäschereirechtlichen Dokumentationspflicht erfasst wird, weshalb es eine Herausgabe des Berichts an die Strafbehörden bejaht hat.

Sodann erscheint die Argumentation, dass eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit «insbesondere» bei Vorliegen gesetzlicher (sanktionierbarer) Mitwirkungspflichten zu verneinen sei, als Zirkelschluss.¹⁰⁰ Es ist ja gerade fraglich, ob solche Mitwirkungspflichten mit dem nemo-tenetur-Grundsatz vereinbar sind. Im Zusammenhang mit der Herausgabe von Buchhaltungen, zu deren

Führung Unternehmen gesetzlich verpflichtet und welche im Nachsteuerverfahren herauszugeben sind, hat das Bundesgericht erkannt, dass diese im Steuerbetrugsverfahren unter Zwang nicht herausverlangt werden dürfen.¹⁰¹ Zudem können solche verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten entgegen dem Bundesgericht nicht nur dann in Konflikt mit dem nemo-tenetur-Grundsatz treten, wenn der Mitwirkungspflichtige unter Strafantrohung darauf hingewiesen wurde. Denn auch ausserhalb eines formellen Enforcement-Verfahrens (z.B. in einem vorgelagerten «Vorabklärungsverfahren») kann ein Mitwirkungszwang begründet werden, wenn der Adressat einer gesetzlichen, sanktionierbaren Mitwirkungspflicht unterliegt.¹⁰²

3. Aufsichtsrechtliche Pflichten und nachträgliche interne Untersuchung in Compliance-Fragen

3.1 BGer 1B_85/2016 vom 20. September 2016 («Griechische Rüstungsgeschäfte»)

a. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die Bundesanwaltschaft (BA) führte eine Strafuntersuchung gegen einen Kundenberater einer Schweizer Bank wegen qualifizierter Geldwäscherei und Urkundenfälschung. Sie warf ihm vor, zwischen 1999 und 2011 diverse Konten verwaltet zu haben, über die Bestechungsgelder an griechische Regierungsvertreter im Hinblick auf staatliche Rüstungsgeschäfte geflossen seien. Mit Editionsverfügung vom 24. Oktober 2014 verlangte die BA bei der betroffenen Bank die Herausgabe sämtlicher Protokolle und Unterlagen von internen Sitzungen der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrats der Bank, bei denen die verdächtigen Bankbeziehungen Gegenstand der Sitzungen gewesen waren. Am 21. November 2014 forderte die BA die Bank zudem auf, sämtliche Unterlagen, welche die Bank im Zuge ihrer internen Untersuchung dieser Bankbeziehungen (intern und extern) erhoben hatte, zu edieren.

Am 1. Dezember 2014 beantragte die Zürcher Anwaltskanzlei C. AG, welche von der Bank vorgängig mit einer bankinternen Untersuchung zu den fraglichen Bankbeziehungen beauftragt worden war, im Namen der Bank die Siegelung des bankinternen Sitzungsprotokolls betreffend die Ergebnisse dieser Untersuchung. Mit Schreiben vom 3. und 9. Dezember 2014 beantragte dieselbe Zürcher Anwaltskanzlei sowohl in ihrem eigenen als auch im Namen der Londoner Anwaltsfirma B., welche ebenfalls mit einer bankinternen Untersuchung beauftragt worden war, die Siegelung ihres Auswertungsbe-

⁹⁵ Urteil 1B_249/2015 des Bundesgerichts vom 30. Mai 2016, E. 8.3.2.

⁹⁶ Urteil 1B_249/2015 des Bundesgerichts vom 30. Mai 2016, E. 8.18.1.

⁹⁷ Urteil 1B_249/2015 des Bundesgerichts vom 30. Mai 2016, E. 8.18.3.

⁹⁸ BGE 140 II 384, E. 3.3.4, vgl. dazu III. 2.1.

⁹⁹ FRITSCHÉ (FN 84), 381 m.w.H.; vgl. ferner LÄNZLINGER/HUBER (FN 59), 21.

¹⁰⁰ Vgl. DONATSCH/SMOKVINA (FN 74), 873; MACULA (FN 77), 43; ferner ROTH (FN 71), 318.

¹⁰¹ BGE 138 IV 47, E. 2.6, vgl. auch DONATSCH/SMOKVINA (FN 74), 873.

¹⁰² Vgl. MACULA (FN 77), 42 f.; ferner FRITSCHÉ (FN 84), 172 f.

richts vom 15. April 2014, der Aktennotizen über die von ihr durchgeführte interne Befragung des beschuldigten Kundenberaters sowie der Aktennotizen über die von der Londoner Anwaltsfirma durchgeführten internen Befragungen.

Am 22. Dezember 2014 beantragte die BA beim Zwangsmassnahmengericht die Entsiegelung der edierten und gesiegelten Unterlagen und Aufzeichnungen. Mit Entscheid vom 3. Februar 2016 hiess das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Bern das Entsiegelungsgesuch teilweise gut. Gegen den Entsiegelungsentscheid des Zwangsmassnahmengerichts gelangten die betroffene Schweizer Bank, die Londoner Anwaltsfirma und die Zürcher Anwaltskanzlei mit Beschwerde vom 7. März 2016 an das Bundesgericht. Sie beantragten zur Hauptsache die Aufhebung des angefochtenen Entscheids (soweit darin die Entsiegelung bewilligt wurde) und die Abweisung des Entsiegelungsgesuchs. Am 20. September 2016 wies die I. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts die Beschwerde vollumfänglich ab.¹⁰³

b. Ausgewählte Erwägungen des Bundesgerichts

Gemäss Bundesgericht gehören die «geldwäschereigetzliche Compliance und das interne Controlling über rechtskonformes Verhalten» von Gesetzes wegen zu den «Kernaufgaben der Banken».¹⁰⁴ Anhand der Dokumentation müssten sich fachkundige Dritte ein zuverlässiges Urteil über die Einhaltung der Bestimmungen des GwG bilden können (Art. 2 Abs. 2 lit. a GwG). Die gesetzlich vorgeschriebenen bankinternen Untersuchungen und Dokumentationen würden gemäss Bundesgericht regelmässig durch die eigene Compliance-Abteilung der Bank, in komplizierteren Fällen aber auch durch externe Beratungs-, Wirtschaftsprüfungs- und Treuhandunternehmen erfolgen.¹⁰⁵

Falls eine Bank «ihre eigenen gesetzlichen Compliance und Controlling-Aufgaben sowie die damit verbundene Pflicht, verdächtige Geschäftsabläufe sachgerecht zu dokumentieren» an eine Anwaltskanzlei delegiere, könne sie sich nach Ansicht des Bundesgerichts im Falle von strafrechtlichen Untersuchungen diesbezüglich

«nicht integral» auf das anwaltliche Berufsgeheimnis berufen. Anders zu entscheiden hiesse, «dass die Bestimmungen des GwG unterlaufen werden könnten, indem die Bank ihre gesetzlichen Compliance-, Controlling- und Dokumentationsaufgaben weder selber vollständig wahrnimmt, noch an ein spezialisiertes externes Wirtschaftsprüfungsunternehmen delegiert, sondern an eine Anwaltskanzlei überträgt».¹⁰⁶

Die Bank habe laut dem Bundesgericht im vorliegenden Fall zwei Anwaltsfirmen mit einer «umfassenden bankinternen Untersuchung von strafrechtlich verdächtigen Bankbeziehungen» beauftragt. Die Anwälte hätten zahlreiche Geschäftsvorgänge analysiert sowie diverse Mitarbeitende ausserhalb eines Verteidigungsmandats befragt.¹⁰⁷ Diese «bankinterne Controlling- und Untersuchungstätigkeit (inklusive Dokumenten-Transaktionsanalysen und Mitarbeiterbefragungen)» sei über eine vom Anwaltsgeheimnis geschützte Rechtsberatung «deutlich» hinausgegangen, weshalb hier die Unterlagen der bankinternen Untersuchung vom anwaltlichen Berufsgeheimnis «nicht integral und vollständig» geschützt seien.¹⁰⁸ Soweit das Zwangsmassnahmengericht bei der konkreten Entsiegelung von edierten Unterlagen zwischen Rechtsberatung im engeren Sinne und (delegierter) Geschäfts- und Controllingtätigkeit sachgerecht differenziert habe, so das Bundesgericht, halte der Entscheid der Vorinstanz vor Bundesrecht stand.¹⁰⁹

c. Bemerkungen

Fraglich ist zunächst, ob ein bestehendes Verteidigungsmandat erforderlich ist, damit die internen Befragungen durch die externen Anwälte aufgrund von Art. 261 Abs. 1 lit. a StPO geschützt sind. Im vorliegend zu beurteilenden Fall hatte die Bank zwei Anwaltsfirmen mit der umfassenden bankinternen Untersuchung von strafrechtlich verdächtigen Bankbeziehungen beauftragt. Neben der Analyse und Nachkontrolle der betreffenden zahlreichen Geschäftsvorgänge («review confidentially the quality of their diligence on this particular client», «analysis of various transactions») hatten die Anwaltsfirmen diverse implizierte Bankmitarbeitende intern zu befragen. Dass diese Befragungen im Rahmen von Verteidigungsmandaten erfolgt wären, wurde in der Beschwerdeschrift nicht behauptet. Die Bank machte offenbar vor Gericht lediglich geltend, es könne «nicht ausgeschlossen» werden, dass sie dereinst auch noch selber (unternehmens-

¹⁰³ Urteil 1B_85/2016 des Bundesgerichts vom 20. September 2016; vgl. ferner die Entscheidbesprechungen von BALTHASAR BESSE-NICH, Anwaltsgeheimnis bei Mandaten im Bereich Compliance oder GwG, *ius.focus* 11/2016, Nr. 304; CSOPORT/GEHRIG (FN 47), N 96 ff.; GROTH/FERRARI-VISCA (FN 47), 493 ff.; LÄNZLINGER/HUBER (FN 59), 21; STEFAN KIRSCH, Beurteilung der Beschlagnahmefreiheit von Unterlagen im Gewahrsam eines Zeugen, *NZWist* 2017, 475 ff.; VIKTOR LIEBER, Entscheid vom 20.09.2016 i.S. A. AG, Firma B. und C. AG c. Schweizerische Bundesanwaltschaft (1B_85/2016), *Pra* 106 (2017) Nr. 24, 216–224; ROMERIO/GROTH (FN 59), 9; WOHLERS/LYNN (FN 29), 9–24.

¹⁰⁴ Urteil 1B_85/2016 des Bundesgerichts vom 20. September 2016, E. 6.2.

¹⁰⁵ Urteil 1B_85/2016 des Bundesgerichts vom 20. September 2016, E. 6.5.

¹⁰⁶ Urteil 1B_85/2016 des Bundesgerichts vom 20. September 2016, E. 6.6.

¹⁰⁷ Urteil 1B_85/2016 des Bundesgerichts vom 20. September 2016, E. 7.1.

¹⁰⁸ Urteil 1B_85/2016 des Bundesgerichts vom 20. September 2016, E. 7.2., vgl. auch E. 7.9.

¹⁰⁹ Urteil 1B_85/2016 des Bundesgerichts vom 20. September 2016, E. 7.7.

strafrechtlich) beschuldigt werden könnte, und sie habe sich auch im Hinblick darauf juristisch beraten lassen.¹¹⁰

Gemäss Bundesgericht waren allerdings Verteidigungsgeheimnisse (und das damit zusammenhängende besondere Vertrauensverhältnis gegenüber Beschuldigten, vgl. Art. 264 Abs. 1 lit. a StPO) im konkreten Fall mangels Verteidigungsmandaten nicht zu wahren.¹¹¹ Das Bundesgericht deutet damit an, dass es die Entsiegelung der fraglichen Dokumente im Fall eines Verteidigungsmandats wohl nicht erlaubt hätte. Mit Blick auf Art. 264 Abs. 1 lit. a (sowie lit. c und d) StPO kann es nicht darauf ankommen ob es sich um ein Verteidigungsmandat handelt oder die Anwaltskanzlei aus anderen Gründen für die interne Untersuchung beauftragt worden ist.¹¹² Wie aufgezeigt, enthält Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO ein Beschlagnahmeverbot für sämtliche Unterlagen, die aus dem Verkehr einer anderen (nicht beschuldigten) Person mit ihrem Anwalt stammen.¹¹³ Ausserdem geht aus dem Sachverhalt hervor, dass gegen einen Kundenberater der Bank sowie Bankkunden Strafverfahren eröffnet wurden. Unter solchen Umständen muss aber das betroffene Unternehmen damit rechnen, dass auch gegen das Unternehmen selbst ein Verfahren nach Art. 102 Abs. 2 StGB eröffnet werden könnte. Das Abstellen auf ein bestehendes Verteidigungsmandat als Voraussetzung für die Geltung des Anwaltsgeheimnisses erscheint daher als zu formalistisch.

Unabhängig davon wäre es auch bei einem bereits bestehenden Verteidigungsmandat theoretisch denkbar, dass die GwG-Bestimmungen durch den Beizug einer externen Anwaltskanzlei, unterlaufen werden könnten. Das wäre insbesondere dann der Fall, wenn gleichzeitig zum bestehenden Verteidigungsmandat die geldwäschereigesetzlichen Abklärungs- und Dokumentationspflichten nicht von der Bank selbst rechtsgenügend erfüllt, sondern diese ebenfalls an die Anwaltskanzlei delegiert worden wären. Im Ergebnis kann es auch aus diesen Überlegungen für die Berufung auf das Anwaltsgeheimnis nicht darauf ankommen, ob ein *bestehendes* Verteidigungsmandats vorliegt oder (noch) nicht.

Sodann hätten gemäss Bundesgericht die Bank und die beiden Anwaltskanzleien nicht nachvollziehbar dargelegt, weshalb ein Grossteil der compliance-typischen internen Erhebungen und Dokumentationen in fachlicher Hinsicht nicht auch von bankenrechtlich spezialisierten Revisions- und Wirtschaftsprüfungsfirmen durchgeführt hätten werden können. Die fragliche bankinter-

ne Controlling- und Untersuchungstätigkeit (inklusive Dokumenten-Transaktionsanalysen und Mitarbeiterbefragungen) gehe über eine vom Anwaltsgeheimnis geschützte Rechtsberatung deutlich hinaus. Es kam zum Schluss, dass im vorliegenden Fall daher die Unterlagen der bankinternen Untersuchungen nicht vom anwaltlichen Berufsgeheimnis integral und vollständig geschützt sind.¹¹⁴ Das Abstellen auf die fachliche Fähigkeit erscheint m.E. nicht sachgerecht, da sonst die Geltung des Anwaltsgeheimnisses davon abhängig gemacht würde, ob die fragliche Tätigkeit nur von Anwälten ausgeführt werden kann.¹¹⁵ Vom Anwaltsgeheimnis bliebe dann aber – ausser im Bereich des Anwaltsmonopols¹¹⁶ – nicht mehr viel übrig.

Ferner liess das Bundesgericht den Einwand der beiden Anwaltskanzleien, sie seien nicht an den originären Compliance-Abwicklungen der Bank (Identifikation des Vertragspartners, besondere Abklärungen bei ungewöhnlichen oder mit erhöhten Risiken behafteten Transaktionen und Geschäftsbeziehungen usw.) beteiligt gewesen, sondern erst «ex post» eingeschaltet worden, nicht gelten. Die gesetzliche Geldwäscherei-Compliance beschränke sich nicht nur auf Sorgfalts- und Dokumentationspflichten bei der Eröffnung von Geschäftsbeziehungen oder vor dem Abwickeln von Transaktionen. Vielmehr schreibe die Gesetzgebung vor, dass die Bank auch nachträgliche Abklärungen und Kontrollen (ex post) zu treffen habe, sobald Anhaltspunkte für geldwäschereiverdächtige Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen erkennbar würden, insbesondere Geschäftsbeziehungen zu ausländischen «politisch exponierten Personen» und ihnen nahestehenden Personen, oder bei Anzeichen für verbrecherische Hintergründe von Vermögenswerten und Finanztransaktionen (Art. 3–7 GwG; Art. 10–19 GwV-FINMA).¹¹⁷

Solange mit dem Auftrag an den externen Anwalt tatsächlich die gesetzlich vorgesehene Untersuchungs- und Controllingtätigkeiten gemäss GwG ausgelagert worden wären, ist die bundesgerichtliche Position nicht zu beanstanden.¹¹⁸ Das Bundesgericht scheint indes davon auszugehen, dass compliance-typische Aktivitäten, unabhängig von wem und für welchen Zweck sie ausgeführt werden, nicht unter das Anwaltsgeheimnis

¹¹⁰ Urteil 1B_85/2016 des Bundesgerichts vom 20. September 2016, E. 7.1.

¹¹¹ Urteil 1B_85/2016 des Bundesgerichts vom 20. September 2016, E. 7.4.

¹¹² Vgl. DAMIAN K. GRAF, Aspekte der strafprozessualen Siegelung, AJP 4/2017, 564; GROTH/FERRARI-VISCA (FN 47), 502; RAUBER/NATER (FN 59), 243 f.

¹¹³ Vgl. dazu II. 3.2.

¹¹⁴ Urteil 1B_85/2016 des Bundesgerichts vom 20. September 2016, E. 7.2.

¹¹⁵ GRAF (FN 112), 564; GROTH/FERRARI-VISCA (FN 47), 502.

¹¹⁶ Vgl. dazu II. 3.1.

¹¹⁷ Urteil 1B_85/2016 des Bundesgerichts vom 20. September 2016, E. 7.5.

¹¹⁸ Gl. M. FRITSCHÉ/STUDER (FN 59), 170; im Ergebnis auch BESSENICH (FN 103), Nr. 304 und LIEBER (FN 103), 224; vgl. ferner FELLMANN (FN 18), 276, der m.E. zu weitgehend von einem «ungerechtfertigten Marktvorteil» der Anwaltschaft gegenüber Wirtschaftsprüfungsfirmen und anderen Konkurrenten der Anwälte ausgeht, falls das Bundesgericht die Unterstellung der fraglichen Compliance-Aufgaben durch das Anwaltsgeheimnis geschützt hätte.

fallen können.¹¹⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung muss der Schutz des Anwaltsgeheimnisses jedenfalls dann gelten, wenn eine vom Finanzinstitut beigezogene Anwaltskanzlei unabhängig von und parallel zu den gesetzlich geforderten internen Abklärungen und Dokumentationsbemühungen eine Untersuchung beim Finanzinstitut durchführt und der entsprechende Auftrag an die Anwaltskanzlei im Dienste der rechtlichen Beratung und Vertretung des Finanzinstituts steht.¹²⁰ Dieser Auftrag umfasst typischerweise die Einschätzung zivil-, strafrechtlicher und regulatorischer Risiken, weshalb die betreffende Tätigkeit weiterhin dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses untersteht.¹²¹

Diese anwaltstypische Tätigkeit der externen BGFA-Anwälte ist zudem auch von der nach GwG erforderlichen fortlaufenden Sorgfalts- und Dokumentationspflicht (vgl. Art. 7 GwG) abzugrenzen. Aufgrund der GwG-Gesetzgebung trifft eine Bank keine Pflicht, vertiefte Abklärungen vorzunehmen oder gar eine interne Untersuchung durchzuführen.¹²² Ungeachtet dessen überwogen aber für das Bundesgericht im vorliegenden Fall prozessökonomische Überlegungen, weshalb es den Strafbehörden den vollen Zugang zu allen erhältlichen Unterlagen ermöglichte, die den Sachverhalt betreffen.

Im Gegensatz zum kurz davor ergangenen BGE 142 IV 207¹²³ hat das Bundesgericht nun aber immerhin das Vorgehen der Vorinstanz geschützt, diejenigen Unterlagen nicht zu entsiegeln, die «erkennbar mit rechtsberatenden anwaltlichen Dienstleistungen verknüpft» waren.¹²⁴

3.2 BGer 1B_433/2017 vom 21. März 2018 («ASE-Betrugsfall»)

a. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Das Eidgenössische Finanzdepartement («EFD») führt ein Verwaltungsstrafverfahren gegen verantwortliche Personen der Bank A. wegen des Verdachts der Verletzung von Meldepflichten nach dem GwG. Die verantwortlichen Organe der Bank hätten die in Art. 9 GwG vorgeschriebene Verdachtsmeldung an die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) pflichtwidrig unterlassen. In ihrer aufsichtsrechtlichen Verfügung vom 25. März 2013 hatte die FINMA zuvor festgestellt, dass die Bank im Rahmen ihrer Geschäftsbeziehungen zur (unterdessen liquidierten) B. AG die bankengesetzlichen Organisations- und Gewährserfordernisse schwer verletzt habe.

Die Sachverhaltsfeststellungen der FINMA in ihrer Verfügung basierten hauptsächlich auf dem von einer Schweizer Anwaltskanzlei am 27. September 2012 erstellten Abschlussbericht zu einer bankinternen Untersuchung.¹²⁵ Im Verfahren vor dem Bezirksgericht Laufenburg gegen drei Beschuldigte wegen gewerbmässigen Anlagebetrugs, qualifizierter Geldwäscherei und weiterer Wirtschaftsdelikte stellte einer der Beschuldigten den Beweisantrag, die Bank A. sei aufzufordern, den Abschlussbericht vom 27. September 2012 zu edieren. Das Bezirksgericht verfügte gegenüber der Bank die Edition des internen Berichts. Die Bank edierte dem Bezirksgericht den Bericht, der mittels Passwortschutz versiegelt war, in elektronischer Form. Anschliessend eröffnete das Bezirksgericht ein Entsiegelungsverfahren.

Am 15. Dezember 2016 fällte das Bezirksgericht Laufenburg das erstinstanzliche Strafurteil. Der Hauptbeschuldigte wurde wegen gewerbmässigen Betrugs, qualifizierter Geldwäscherei, mehrfacher qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung, mehrfacher Urkundenfälschung und weiterer Delikte zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren und einer Geldstrafe verurteilt, zwei Mitbeschuldigte erhielten (wegen mehrfacher qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung, qualifizierter Geldwäscherei bzw. weiterer Delikte) fünf Jahre Freiheitsstrafe nebst Geldstrafe bzw. 18 Monate Freiheitsstrafe (bedingt).

Vier Tage nach Fällung und mündlicher Eröffnung des erstinstanzlichen Strafurteils entsiegelte das Bezirksgericht Laufenburg den bankinternen Abschlussbericht vom 27. September 2012. Gleichzeitig verpflichtete das Gericht die betroffene Bank, ihm innert 10 Tagen das Passwort zur Entsperrung des elektronischen Datenträgers mitzuteilen. Auf Beschwerde der Bank hin hob das Bundesgericht mit Urteil 1B_7/2017 vom 19. Juni 2017 den Entsiegelungsentscheid des Bezirksgerichtes aus formellen Gründen auf.¹²⁶

Im Rahmen seiner am 22. Juni 2016 eröffneten separaten Strafuntersuchung (gegen Verantwortliche der Bank) im Verwaltungsstrafverfahren erliess das EFD am 28. November 2016 eine Editionsverfügung. Darin wies es die Bank an, den vollständigen Abschlussbericht vom 27. September 2012 zur bankinternen Untersuchung sowie den betreffenden vollständigen Zwischenbericht (je ohne Schwärzungen und inklusive Beilagen) herauszugeben. Zuvor hatte sich das EFD vergeblich darum

¹¹⁹ Vgl. WOHLERS/LYNN (FN 29), 21.

¹²⁰ LÄNZLINGER/HUBER (FN 59), 21; ähnlich FRITSCHÉ/STUDER (FN 59), 170 f.; WOHLERS/LYNN (FN 29), 21 f.;

¹²¹ Vgl. dazu II. 1.

¹²² Vgl. RAUBER/NATER (FN 59), 242; vgl. auch GROTH/FERRARIVISCA (FN 47), 499 f., mit einer Übersicht über die geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten der Banken.

¹²³ Vgl. dazu III. 2.2

¹²⁴ Urteil 1B_85/2016 des Bundesgerichts vom 20.9.2016, E. 7.8.

¹²⁵ Vgl. auch Medienmitteilung der FINMA, «FINMA informiert über Fall ASE Investment», 14. Mai 2012, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/news/2012/05/mm-ase-investment-20120514/> (zuletzt besucht am 12. Januar 2019).

¹²⁶ Vgl. auch die Entscheidbesprechung von CHRISTIAN NÄPFLIN, Entsiegelung nach Urteilseröffnung unbeachtlich, *ius.focus* 8/2017, Nr. 213; vgl. ferner VIKTOR LIEBER, Entscheid vom 19.06.2017 i.S. Bank A. c. B., C., D. und Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau (1B_7/2017), *Pra* 106 (2017) Nr. 85.

bemüht, die Berichte von der FINMA zu erhalten. Die Bank reichte die fraglichen Unterlagen elektronisch und in versiegelter Form (auf einem passwortgeschützten Datenträger) beim EFD ein. Gleichzeitig erhob sie Einsprache gegen die Durchsuchung der Unterlagen.

Das EFD stellte beim Bundesstrafgericht das Gesuch um Entseigelung der fraglichen Aufzeichnungen bzw. um deren Freigabe zur Durchsuchung, welches vom Bundesstrafgericht abgelehnt wurde.¹²⁷ Gegen den Beschluss des Bundesstrafgerichts vom 4. September 2017 gelangte das EFD mit Beschwerde an das Bundesgericht. Das EFD beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Gutheissung des Entseigelungsgesuchs. Die I. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts hiess die Beschwerde des EFD mit Urteil vom 21. März 2018 gut und wies die Entseigelungssache zur Triage und zügigen Neubeurteilung an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zurück.¹²⁸

Mit Beschluss vom 13. September 2018 hiess das Bundesstrafgericht das Entseigelungsgesuch des EFD – im zweiten Anlauf und ohne wie vom Bundesgericht angewiesen eine Triage vorzunehmen – vollumfänglich gut.¹²⁹ Die gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde der Bank vom 3. Oktober 2018 wies das Bundesgericht mit Urteil vom 6. Februar 2019 ab, soweit es darauf eintrat.¹³⁰

b. Ausgewählte Erwägungen des Bundesgerichts

Nicht vom Berufsgeheimnis geschützt sei nach der Praxis des Bundesgerichts und der einschlägigen Lehre die sog. (akzessorische) anwaltliche «Geschäftstätigkeit». Diese umfasse insbesondere die Geschäftsführung bzw. Verwaltung einer Gesellschaft oder die Vermögensverwaltung. Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung sei, ob bei den fraglichen Dienstleistungen die kaufmännisch-operativen oder die anwaltsspezifischen Elemente objektiv überwiegen würden.¹³¹ Die akzessorische Geschäftstätigkeit eines Anwalts als Finanzintermediär falle unter die geldwäschereigesetzliche Melde- und Anschlusspflicht.¹³² Bei problematischen Misch- bzw. Globalmandaten, bei denen sich anwaltsspezifische

Dienstleistungen und akzessorische Geschäftstätigkeit überschneiden würden, könne sich der Anwalt oder die Anwältin nach der bundesgerichtlichen Praxis nicht pauschal und umfassend auf das Berufsgeheimnis berufen. Die Entscheidung darüber, welche einzelnen Tatsachen oder Unterlagen unter das Anwaltsgeheimnis fallen, sei nach Massgabe der konkreten Verhältnisse des Einzelfalls zu treffen.¹³³

Zwischen anwaltlicher Rechtsberatung und dem geldwäschereigesetzlich vorgeschriebenen Controlling und Auditing (betreffend die von Banken einzuhaltenden Compliance-Vorschriften bei Finanzgeschäften) sei demnach zu unterscheiden. Zwar schliesse diese gesetzlich gebotene Unterscheidung nicht aus, dass die dem GwG unterstehenden Finanzinstitute auch bei Fragen des Geldwäscherei-, Rechtshilfe- oder Bankenaufsichtsrechts anwaltliche Rechtsberatung in Anspruch nehmen könnten, welche durch das Anwaltsgeheimnis grundsätzlich geschützt sei. Bei komplexen Misch- und Globalmandaten, welche sowohl anwaltsspezifische Dienstleistungen als auch deutliche Elemente einer akzessorischen anwaltlichen «Geschäftstätigkeit» enthalten würden, könne sich der beauftragte Anwalt oder die Anwältin und ihre Mandantschaft aber nicht pauschal und umfassend auf das Berufsgeheimnis berufen. Falls eine Bank ihre eigenen gesetzlichen Compliance- und Controlling-Aufgaben sowie die damit verbundene Pflicht, verdächtige Geschäftsabläufe sachgerecht zu dokumentieren, an Anwälte delegiere, könne sie im Falle von strafrechtlichen Untersuchungen diesbezüglich nicht «integral» das Anwaltsgeheimnis anrufen.¹³⁴

Auch im vorliegenden Fall sei der Untersuchungsauftrag an die Anwaltskanzlei als «Mischmandat» zu qualifizieren. Es enthalte neben rechtsberatenden Anteilen deutliche Merkmale eines nicht anwaltsspezifischen bankenrechtlichen Controlling und Auditing der von der Bank einzuhaltenden Compliance-Vorschriften im Bereich Geldwäschereiabwehr. Wie die Vorinstanz selber festgestellt habe, hätten die Anwälte den komplexen Sachverhalt in Bezug auf die Geschäftstätigkeit der Bank mit der fraglichen Investment-Gesellschaft und ihren Kunden detailliert untersucht. Dabei seien unter anderem 520'000 E-Mails und zahlreiche Telefonaufzeichnungen ausgewertet und diverse Bankmitarbeiter zu den verdächtigen Sachverhalten befragt worden. Ausserdem hätten dieselben Anwälte die Einhaltung der in diesem Zusammenhang «massgeblichen bankrechtlichen Vorgaben (Aufsichtsrecht, Standesregeln, interne Weisungen etc.)» geprüft und in ihren umfangreichen Berichten «die Massnahmen zur Behebung allfälliger Verletzungen bankrechtlicher Vorgaben oder sonstiger bankregulato-

¹²⁷ Urteil BE.2017.2. des Bundesstrafgerichts vom 4. September 2017; vgl. dazu auch die Entscheidbesprechung von BALTHASAR BESSE-NICH, Verwertung von bankinternen, durch Anwaltskanzleien erstellten Berichten, *ius.focus* 1/2018, Nr. 27.

¹²⁸ Urteil 1B_433/2017 des Bundesgerichts vom 21. März 2018; vgl. dazu auch die Entscheidbesprechungen von RAEDLER/CHAPPUIS (FN 59), 297 ff.; PATRICK SUTTER, Die Erosion des Anwaltsgeheimnisses, *Anwaltspraxis* 6/7 2018, 293 ff.; WOLFGANG WOHLERS, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 21. März 2018 i.S. Eidgenössisches Finanzdepartement gegen Bank A. – 1B_433/2017, *forum* 6/2018, 500 ff.

¹²⁹ Urteil BE.2018.3 des Bundesstrafgerichts vom 13. September 2018.

¹³⁰ Urteil 1B_453/2018 des Bundesgerichts vom 6. Februar 2019.

¹³¹ Urteil 1B_433/2017 des Bundesgerichts vom 21. März 2018, E. 4.2.

¹³² Urteil 1B_433/2017 des Bundesgerichts vom 21. März 2018, E. 4.3 mit Verweis auf Art. 9 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 3 GwG; BGE 132 II 103 E. 2.2 S. 105 f.

¹³³ Urteil 1B_433/2017 des Bundesgerichts vom 21. März 2018, E. 4.3.

¹³⁴ Urteil 1B_433/2017 des Bundesgerichts vom 21. März 2018, E. 4.13, mit Verweis auf Pra 2017 Nr. 24, 215 ff. E. 4.2, 6.1, 6.6 und 7.1–7.3.

rischer Mängel» erörtert.¹³⁵ Dabei handle es sich zumindest partiell um komplexe finanzwirtschaftliche Dienstleistungen im Sinne der dargelegten Lehre und Praxis (sowie des Rundschreibens 2017/1 der FINMA «Corporate Governance, Risikomanagement und interne Kontrolle bei Banken», Rz. 81).¹³⁶

Das Bundesgericht führte sodann aus, dass es insbesondere nicht ersichtlich sei, weshalb für komplexe interne Untersuchungen und Audits dieser Art (mit Befragungen von diversen Mitarbeitern und Auswertungen von zahlreichen Dokumenten, E-Mails und Telefonaten) notwendigerweise Anwaltskanzleien herangezogen werden müssten und weder bankinterne Rechts- und Controlling-Abteilungen noch spezialisierte externe Wirtschaftsprüfungs-, Revisions- und Auditunternehmen den massgeblichen Sachverhalt ausreichend hätten abklären können.¹³⁷ Soweit es sich dabei nicht um berufstypische – etwa forensische, rechtsgeschäftsplanende oder rechtsberatende – anwaltliche Aufgaben handle (die zwangsläufig dem Anwaltsgeheimnis unterstehen müssten), seien solche globalen Dienstleistungen im Rahmen von Mischmandaten (die auf dem Finanzdienstleistungsmarkt im Übrigen regelmässig aktiv beworben würden) grundsätzlich als akzessorische anwaltliche «Geschäftstätigkeit» einzustufen.¹³⁸

Das EFD machte – so das Bundesgericht – geltend, dass die betroffene Bank schon im strafrechtlichen Hauptverfahren (auf entsprechende Anfrage der Aargauer Staatsanwaltschaft im Juni 2013 hin) ausdrücklich bestritten habe, über ein «eigentliches einheitliches GwG-Dossier» bezüglich der fraglichen Firmenkundin zu verfügen. Die Staatsanwaltschaft sei daher gezwungen gewesen, mehrmals zahlreiche Einzelunterlagen bei der Bank zu erheben und auszuwerten. Diverse Aufzeichnungen habe sie nur erhalten, weil sie zufällig auf anderem Weg Kenntnis von der Existenz dieser Unterlagen erhalten und dadurch bemerkt habe, dass die Bank den entsprechenden Editionsverfügungen nur unvollständig und zögerlich nachgekommen sei.¹³⁹

c. Bemerkungen

Es fällt auf, dass sich in mehreren Erwägungen Verweise auf das zuvor ergangene und ebenfalls hier besproche-

ne Urteil 1B_85/2016¹⁴⁰ finden.¹⁴¹ Es ist daher nicht erstaunlich, dass die I. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts mit dem vorliegenden Entscheid ihre Rechtsprechung fortsetzt, wonach jedenfalls für Unternehmen, die dem GwG unterstellt sind, offenbar nur noch die Unterlagen durch das Anwaltsgeheimnis geschützt werden sollen, in denen der Anwalt seinen Klienten die Rechtslage erläutert und beratend zur Seite steht. Nicht geschützt ist dagegen nach dieser Rechtsprechung die für die Rechtsberatung *notwendige* Sachverhaltsaufarbeitung. Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit diese Rechtsprechung auch für Unternehmen gilt, welche nicht als Finanzintermediäre der spezifischen Pflicht zur GwG-Compliance unterstellt sind.¹⁴²

Aus dem vorinstanzlichen Beschluss des Bundesstrafgerichts geht deutlich hervor, dass der Auftrag an die externe Anwaltskanzlei *nicht* dahingehend lautete, ein geldwäschereigesetzlich vorgeschriebenes Compliance-Controlling durchzuführen.¹⁴³ Vielmehr wurde die Anwaltskanzlei im vorliegenden Fall mandatiert, «weil es darum ging, den Sachverhalt im Zusammenhang mit den Geschäftsbeziehungen der Gesuchsgegnerin [Bank] und externen Vermögensverwaltern [...] festzustellen, diesen rechtlich zu würdigen und entsprechende Empfehlungen abzugeben».¹⁴⁴ Anders als vom Bundesgericht noch im Urteil 1B_85/2016 erwogen, bestand in der fraglichen internen Untersuchung – die mit der FINMA abgestimmt wurde – zu keinem Zeitpunkt die Gefahr einer Umgehung der Bestimmungen des GwG.

Beizupflichten ist sodann der Auffassung von WOLFGANG WOHLERS, der im vorliegenden Entscheid «eine Tendenz zur Neubestimmung des Umfangs des Anwaltsgeheimnisses» erblickt.¹⁴⁵ So erwähnt das Bundesgericht zwar zunächst die von Lehre und Rechtsprechung bisher anerkannte Unterscheidung von anwalts- bzw. berufstypischen Tätigkeiten einerseits und kaufmännisch-operativen bzw. akzessorisch-geschäftsmässigen Tätigkeiten eines Anwalts andererseits.¹⁴⁶ Doch geht es dann aber in seinen Erwägungen nicht mehr näher auf diese tradierte Differenzierung ein, sondern stellt vielmehr darauf ab, dass sich bei sog. Misch- bzw. Globalmandaten

¹³⁵ Urteil 1B_433/2017 des Bundesgerichts vom 21. März 2018, E. 4.16, mit Verweis auf das vorinstanzliche Urteil BE.2017.2. des Bundesstrafgerichts vom 4. September 2017, E. 6.4–6.5.

¹³⁶ Urteil 1B_433/2017 des Bundesgerichts vom 21. März 2018, E. 4.16, vgl. ferner E. 4.4–4.11, wo sich das Bundesgericht zu den einschlägigen Bestimmungen im GwG äussert.

¹³⁷ Urteil 1B_433/2017 des Bundesgerichts vom 21. März 2018, E. 4.16 mit Verweis auf E. 4.6

¹³⁸ Urteil 1B_433/2017 des Bundesgerichts vom 21. März 2018, E. 4.16 *in fine*.

¹³⁹ Urteil 1B_433/2017 des Bundesgerichts vom 21. März 2018, E. 4.17.

¹⁴⁰ Vgl. dazu III. 3.1.

¹⁴¹ Vgl. Urteil 1B_433/2017 des Bundesgerichts vom 21. März 2018, E. 4.1, 4.12 und 4.15.

¹⁴² Vgl. WOHLERS (FN 128), 508; vgl. aber RAEDLER/CHAPPUIS (FN 59), 301, die u.a. mit Verweis auf GROTH/FERRARI-VISCA (FN 47), 495, wohl davon ausgehen, dass sich diese Rechtsprechung lediglich auf den spezifisch geldwäschereirechtlichen Kontext beschränke.

¹⁴³ Vgl. Urteil BE.2017.2. des Bundesstrafgerichts vom 4. September 2017, E. 6.4.

¹⁴⁴ Urteil BE.2017.2. des Bundesstrafgerichts vom 4. September 2017, E. 6.5.

¹⁴⁵ WOHLERS (FN 128), 508.

¹⁴⁶ Vgl. BGE 112 Ib 606, E. b–c; BGE 114 III 105, E. 3a; BGE 115a 197, E. 3d (= Pra 1990 Nr. 44, 166 f.); GROTH/FERRARI-VISCA (FN 47), 496 f.; RAUBER/NATERS (FN 59), 241 f., WOHLERS/LYNN (FN 29), 15 ff.

«anwaltsspezifische Dienstleistungen und akzessorische Geschäftstätigkeiten überschneiden», weshalb man sich bei diesen «nicht pauschal und umfassend auf das Berufsgeheimnis berufen» könne.¹⁴⁷ Nach dieser «neuen» Formel des Bundesgerichts ist mit anderen Worten nicht mehr der Schwerpunkt der Tätigkeit entscheidend für die Frage, ob aufgrund eines Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechts «Gegenstände und Unterlagen»¹⁴⁸ beschlagnahmt werden können, sondern der Schutz des Anwaltsgeheimnisses ist – zumindest bei Misch- bzw. Globalmandaten – einzig auf Unterlagen beschränkt, die im Zuge berufstypischer Tätigkeit produziert worden sind.¹⁴⁹

Wie bereits zum Urteil 1B_85/2017¹⁵⁰ erwähnt, darf zudem der Schutz des Anwaltsgeheimnisses nicht davon abhängig gemacht werden, ob es Anwälte für eine konkrete Mandatsführung (z.B. Durchführung einer internen Untersuchung), braucht, oder ob auch andere Berufsgruppen (z.B. bankinterne Rechts- und Controlling-Abteilung oder Revisionsgesellschaften) dazu imstande gewesen wären. Die Geltung des Anwaltsgeheimnisses würde dadurch im Ergebnis auf anwaltstypische Tätigkeiten im Bereich des Anwaltsmonopols reduziert, wie namentlich der berufsmässigen Vertretung von Parteien vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden.¹⁵¹

IV. Eckpunkte einer «Best Practice» für Unternehmen

Die massgeblichen Verfahrensordnungen auf Bundesebene sehen wie aufgezeigt gesetzliche Editionsverweigerungsrechte für Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr zwischen Anwalt und Klientin vor. Doch steht und fällt dieser gesetzliche Schutz mit der Qualifikation als «anwaltstypische» bzw. «berufstypische» Tätigkeit. Die praktischen Auswirkungen der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf interne Untersuchungen bei Unternehmen sind erheblich. Dies gilt insbesondere für Finanzintermediäre (z.B. Banken, Versicherungen, Effekthändler, externe Vermögensverwalter usw.), die dem GwG unterstehen. Allerdings muss davon ausgegangen werden, dass die in diesem Beitrag besprochene Rechtsprechung des Bundesgerichts auch Auswirkungen für Unternehmen haben wird, die nicht als Finanzintermediäre der spezifischen Pflicht zur GwG-Compliance unterstellt sind. Inskünftig muss ein Unternehmen damit rechnen, dass die Strafbehörden abwarten werden, bis

im Rahmen einer internen Untersuchung die relevanten (entlastenden und belastenden) Dokumente ermittelt wurden und die Ergebnisse der internen Untersuchung vorliegen. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung kann sich die Strafbehörde dann nämlich ohne Weiteres auf den Standpunkt stellen, die anlässlich der internen Untersuchung erstellten Dokumente unter Einschluss des Untersuchungsberichts seien mangels bestehendem Verteidigungsmandat zu beschlagnahmen bzw. zu edieren.

Das Bundesgericht hat ausserdem in einem neueren Urteil bestätigt, dass nach gutgeheissener Entsiegelung durch das Zwangsmassnahmengericht der abschliessende Entscheid über die Beweiswürdigung sowie über die weitere Verwertbarkeit einzelner Beweismittel (z.B. Befragungsprotokolle von Mitarbeitern) dem Sachrichter im Hauptverfahren vorbehalten bleibe.¹⁵² Wie bei der Anwendung des nemo-tenetur-Grundsatzes – der bei juristischen Personen nach dem Bundesgericht wie dargelegt ohnehin nur *restriktiv* gelten soll – muss wohl auch bei der Frage der Beweisverwertungsverbote davon ausgegangen werden, dass das Interesse an einer effizienten Strafverfolgung allfälligen rechtsstaatlichen Bedenken vorgehen wird.¹⁵³ Diese Entwicklungen haben auch unmittelbare Folgen für Mitarbeiter, die im Rahmen einer internen Untersuchung zur Aufklärung des Sachverhaltes beigetragen haben.¹⁵⁴ Solche Mitarbeiterbefragungen sind unter allen Umständen fair, sachlich und objektiv durchzuführen.¹⁵⁵ Aufgrund der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sowie der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts muss der zu befragende Mitarbeiter darüber hinausgehend nun auch noch über mögliche Offenlegungsrisiken aufgeklärt werden.¹⁵⁶

Noch sind nicht alle Dämme gebrochen und es bleibt abzuwarten, ob das Bundesgericht seine Rechtsprechung in einigen von der Lehre kritisierten Punkten überdenken wird.¹⁵⁷ Solange müssen Unternehmen und ihre externen BGFA-Anwälte allerdings in jedem Fall sicherstellen, dass das Mandat, für das eine Anwaltskanzlei hinzugezogen wird, nicht zu einer tatsächlichen Auslagerung von gesetzlich vorgesehenen Compliance- oder Kontrollfunktionen des Unternehmens führt. Um allfällige Beeinträchtigungen der unter dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses erfolgenden Tätigkeit des Anwalts aus-

¹⁴⁷ Urteil 1B_433/2017 des Bundesgerichts vom 21. März 2018, E. 4.3.

¹⁴⁸ Art. 46 Abs. 3 VStR und Art. 248 Abs. 1 StPO.

¹⁴⁹ Kritisch FRITSCHÉ/STUDER (FN 59), 170 f; WOHLERS/LYNN (FN 29), 21 ff., je m.w.H.

¹⁵⁰ Vgl. dazu III. 3.1 c.

¹⁵¹ Vgl. dazu die grundlegende Kritik von SUTTER (FN 128), 295.

¹⁵² BGE 143 IV 395 E. 4.4.; vgl. ferner DAVID MÜHLEMANN, Fairness und Verwertbarkeit unternehmensinterner Untersuchungen, AJP 4/2018, 475 f. m.w.H. zu den Beweisverboten im Strafverfahren.

¹⁵³ Vgl. auch STRASSER (FN 35), 531.

¹⁵⁴ Vgl. dazu MÜHLEMANN (FN 9), 61 ff.

¹⁵⁵ Vgl. dazu LÄNZLINGER (FN 1), 133 ff. m.w.H.

¹⁵⁶ LÄNZLINGER/HUBER (FN 59), 21; vgl. ferner MÜHLEMANN (FN 152), 479, der für ein Aussageverweigerungsrecht für strafrechtlich selbstbelastende Aussagen des Mitarbeiters plädiert.

¹⁵⁷ Dafür könnte sprechen, dass zwei der jüngst ergangenen und hier besprochenen Urteile (1B_85/2016 und 1B_433/2017) keine Leitentscheide sind, denen das Bundesgericht eine erhöhte Bedeutung zumessen würde, vgl. auch RAEDLER/CHAPPUIS (FN 59), 301.

zuschliessen, empfiehlt es sich die nachfolgenden Eckpunkte zu berücksichtigen:

- Der Auftrag des Unternehmens an die Anwaltskanzlei muss Gegenstand, Umfang und Ziel der Tätigkeiten, die im Rahmen der internen Untersuchung erfolgen sollen, *konkret* benennen.¹⁵⁸
- Unproblematisch ist dabei, wenn sich der Auftrag einzig auf die Rechtsberatung (z.B. in Bezug auf aufsichts- und strafrechtliche Risikoexpositionen des Unternehmens) und gestützt auf einen bereits erstellten Sachverhalt beschränkt. Klar zu dokumentieren sind hingegen die geplanten Untersuchungsschritte («Investigation Workplan»), wenn es darum geht, den für die rechtliche Beratung relevanten Sachverhalt erst noch zu ermitteln. In diesem Fall müssen gleichzeitig die nötigen Vorkehrungen getroffen werden, damit sichergestellt wird, dass Dritte (z.B. Forensiker, Wirtschaftsprüfer, etc.), die als Erfüllungsgehilfen¹⁵⁹ die Anwaltskanzlei bei der Ermittlung des Sachverhalts unterstützen, ebenfalls der Geheimhaltungspflicht (Art. 321 StGB) unterstehen.
- Erfolgt die Ermittlung des Sachverhalts vor dem Hintergrund eines bestehenden oder drohenden Verfahrens (z.B. Verteidigungsmandats, FINMA-Verfahren, Zivilprozess), soll dies ebenfalls bereits im Auftrag des Unternehmens an die Anwaltskanzlei vermerkt werden.
- Dient die Ermittlung des Sachverhalts *neben* der Vorbereitung auf ein mögliches Verfahren auch der Erfüllung von gesetzlich erforderlichen Compliance-Pflichten, ist bei der Abwicklung des Auftrages zudem dafür zu sorgen, dass allfällige bestehende gesetzliche Mitwirkungspflichten des betreffenden Unternehmens jederzeit erfüllt werden können. Empfehlenswert ist ein modulartiger Aufbau der jeweiligen Untersuchungstätigkeit sowie eine strikte organisatorische und dokumentarische Trennung zwischen GwG-Compliance/Controlling («GwG-Dossier») und anderen Themen.¹⁶⁰ Nur Arbeitsprodukte, die tatsächlich unter Geheimnisschutz stehen, sollen als solche auch gekennzeichnet werden.¹⁶¹

Selbst wenn diese Eckpunkte in der Praxis befolgt werden, besteht allerdings noch keine Gewähr dafür, dass die von einer Anwaltskanzlei erstellten Unterlagen nicht doch durch die Strafbehörden beschlagnahmt werden und allenfalls Eingang in die Strafakten finden. Durch eine sorgfältige Planung und Durchführung der internen Untersuchung lässt sich aber das Risiko für eine Beschlagnahme bzw. Edition zumindest reduzieren. So

kann sich eine sorgfältige Strukturierung der internen Untersuchungstätigkeit auch positiv auf ein allfällig späteres Entsiegelungsverfahren auswirken. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts obliegt es der Inhaberin der erhobenen Dokumente, die von ihr angerufenen Entsiegelungshindernisse – namentlich das Vorliegen von Unterlagen aus anwaltlichen Rechtsberatungsmandaten – ausreichend zu substantiieren.¹⁶² Dieser Anforderung nachzukommen dürfte keine Schwierigkeiten bereiten, sofern bereits am Anfang der Untersuchung entsprechende Vorkehrungen getroffen worden sind.

Ob vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts in Zukunft gänzlich auf eine schriftliche Dokumentation der internen Untersuchung verzichtet und das Ergebnis bloss noch mündlich den verantwortlichen Organen eines Unternehmens mitgeteilt werden soll, um so einer möglichen Beschlagnahme von untersuchungsrelevanten Dokumenten zu entgehen, kann m.E. nicht allgemein beantwortet werden.¹⁶³ Sofern die rechtlichen Rahmenbedingungen und konkreten Umstände dies im Einzelfall überhaupt zulassen, könnte aber eine prüfungswürdige Alternative darin bestehen, die Ergebnisse einer internen Untersuchung nur in stark gekürzter Form schriftlich festzuhalten und im Übrigen mündlich an die verantwortlichen Organe des Unternehmens zu rapportieren.

V. Schlussbetrachtung

Die Forderung nach Transparenz ist allgegenwärtig und führt gemeinsam mit dem technologischen Wandel zu einem veränderten Informationsbedürfnis und -verhalten.¹⁶⁴ Mehrere Vorfälle in der jüngsten Vergangenheit lassen keine Zweifel daran aufkommen, dass die Anforderungen an die Offenlegung und das Zugänglichmachen von Informationen und Vorgängen sowie ihre Nachvollziehbarkeit in sämtlichen Bereichen von Gesellschaft, Staat und Wirtschaft merklich gestiegen sind. Dieser stetig wachsende Transparenz-Druck schwappt jetzt langsam aber sicher auch auf den Bereich der internen Untersuchungen über und wird möglicherweise noch weitreichende Folgen für Unternehmen und andere Institutionen haben. So hat etwa in Deutschland der Deutsche Fussball-Bund (DFB) eine Anwaltskanzlei damit beauftragt, eine interne Untersuchung im Zusammenhang mit der Vergabe der FIFA Fussball-Welt-

¹⁵⁸ Vgl. auch RAEDLER/CHAPPUIS (FN 59), 302.

¹⁵⁹ Vgl. dazu FELLMANN (FN 18), N 1212 ff., 1214.

¹⁶⁰ WOHLERS/LYNN (FN 29), 23, GROTH/FERRARI-VISCA (FN 47), 503.

¹⁶¹ Vgl. auch FRITSCHÉ/STUDER (FN 59), 180.

¹⁶² Urteil 1B_433/2017 des Bundesgerichts vom 21. März 2018, E. 4.15.

¹⁶³ Vgl. dazu im Zusammenhang mit Rechts- und Compliance-Risiken für Banken, STRASSER (FN 35), 532, der auf die Unvereinbarkeit eines solchen Vorgehens mit Art. 12 Abs. 3 BankV verweist.

¹⁶⁴ Vgl. dazu FRANZISKA SPRECHER, Transparenz – Ein Grundprinzip des Rechtsstaats und seine Bedeutung im Gesundheitsrecht, insbesondere im Heilmittel- und Humanforschungsrecht, ZSR 2016 II, 39 ff.

meisterschaften 2006 durchzuführen. Der betreffende Untersuchungsbericht vom 4. März 2016 wurde der Öffentlichkeit vom DFB auf dessen Homepage zugänglich gemacht.¹⁶⁵ Auch in der Schweiz wurde im Rahmen der internen Untersuchung zur unrechtmässigen Buchungspraxis bei der PostAuto Schweiz AG der Untersuchungsbericht zuhanden des Verwaltungsrats der Schweizerischen Post AG vom 11. Juni 2018 zumindest teilweise publiziert.¹⁶⁶

Öffentliche Transparenzforderungen stehen aber nicht selten im Widerspruch zu den Interessen eines Unternehmens. Oftmals ist zu Beginn einer Untersuchung noch unklar, ob das Unternehmen Opfer von Taten ihrer Kunden, Mitarbeiter oder Dritten ist oder aber das Unternehmen selbst eine strafrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 102 StGB) trifft. In beiden Fällen können gute Gründe dafür sprechen, Ergebnisse einer internen Untersuchung nicht an die Öffentlichkeit zu tragen.¹⁶⁷ Es liegt auf der Hand, dass interne Untersuchungsberichte letztlich belastende Elemente enthalten können, die Eingeständnis des eigenen Versagens des Unternehmens und damit Selbstanklage sind. Ein Verteidigungsdispositiv zur Wahrung der eigenen berechtigten Interessen bleibt illusorisch, wenn die Strafbehörden die öffentlich zugänglich gemachten oder aber beschlagnahmten internen Untersuchungsberichte gegen das Unternehmen in einem Strafverfahren verwenden können.¹⁶⁸

Das Bundesgericht scheint die Interessen der Strafverfolgung momentan höher zu gewichten und das Anwaltsgeheimnis im Bereich der internen Untersuchung einzuschränken. Dabei geht ein Stück Waffengleichheit verloren. Weder soll das Anwaltsgeheimnis der BGFA-Anwältin oder dem BGFA-Anwalt einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, noch soll es dazu missbraucht werden, die gesetzlich vorgeschriebene Dokumentation dem gesetzlich vorgesehenen strafprozessualen Zugriff zu entziehen. Vielmehr steht das Anwaltsgeheimnis auch im Bereich der internen Untersuchung im Interesse der Klientin auf Schutz ihrer Privatsphäre und dem öffentlichen Interesse am Funktionieren des Rechtsstaates.

In England hat ein Berufungsgericht kürzlich mit überzeugender Begründung entschieden, dass im Rahmen einer internen Untersuchung erstellte Dokumente (insbesondere auch Protokolle von Befragungen mit Mitarbeitern des Unternehmens) aufgrund des «legal privilege» mehrheitlich geschützt sind vor einer unfreiwilligen

Herausgabe an die Behörden.¹⁶⁹ Es bleibt zu hoffen, dass auch in der Schweiz das Pendel im Bereich der internen Untersuchung bald wieder in Richtung «Anwaltsgeheimnis» zurückschwingen wird.

¹⁶⁵ <https://www.dfb.de/verbandsservice/verbandsrecht/freshfields-bericht/start/> (zuletzt besucht am 12. Januar 2019).

¹⁶⁶ <https://www.post.ch/de/pages/berichte-zur-unrechtmassigen-buchungspraxis-bei-postauto> (zuletzt besucht am 12. Januar 2019).

¹⁶⁷ Nebst Strafverfolgungsbehörden haben an solchen eigenen Untersuchungsergebnissen regelmässig auch Zivilkläger ein grosses Interesse.

¹⁶⁸ Vgl. auch STRASSER (FN 35), 525.

¹⁶⁹ *The Director of the Serious Fraud Office v Eurasian Natural Resources Corporation Limited* [2018] EWCA Civ 2006.