

Der ungestörte Zugang zum Recht und faire Rechtsverfahren für alle müssen verteidigt werden

Immer wieder Geldwäscherei, immer wieder «Steueroasen», dann mal «Panama Papers» oder «Pandora Papers», jetzt «Ukraine-Sanktionen»: bei solcherlei Schlagzeilen kommt das Anwaltsgeheimnis regelmässig unter Druck, mal medial, mal politisch, meist in verzahnter Kombination.

In einzelfallgeborener Hektik wird dann periodisch die Abschaffung des Anwaltsgeheimnisses gefordert. Oder zumindest soll ein gesellschaftlich etablierter Beruf regelrecht umgebaut werden, indem die Prozessvertretung durch Anwältinnen und Anwälte von der Beratung ihrer Klientschaft getrennt werden und der Schutz des Klienten durch das Anwaltsgeheimnis nur während der eigentlichen Prozessführung greifen sollen. Die Frage lautet letztlich, ob Kenntnisse aus der Rechtsberatung auch ohne Einverständnis der Klienten offenzulegen sind oder ob das Berufs- und Anwaltsgeheimnis greift, wie das in klassischen Beratungsfällen eigentlich immer unbestritten war, etwa bei der Beratung für eine Erbnachfolge eines Familienunternehmens, bei der Abwicklung der Rückforderung eines Mietzinsdepots oder im Hinblick auf einen Vertragsabschluss und bei der aussergerichtlichen Durchsetzung vertraglicher Abmachungen.

Die Forderungen nach Abschaffung oder Beschränkung des Berufsgeheimnisses verkennen die Bedeutung des Anwaltsgeheimnisses für unseren Rechtsstaat. Sie sind gefährlich, weil sie ein austariertes System der Durchsetzung von Recht und Rechtsfrieden grundsätzlich in Frage stellen. Sie sind auch unnötig, weil die missbräuchliche Berufung auf das Anwaltsgeheimnis ohnehin wirksam ausgeschlossen bleibt und weil sich Anwältinnen und Anwälte in ihrer Tätigkeit für ihre Klientschaft im Rahmen des Rechts bewegen müssen und selbst hart sanktioniert werden, wenn sie es nicht tun.

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) möchte mit diesem Vademekum Politik, Behörden, Medien und den Menschen in der Schweiz vermitteln, dass es das anwaltschaftliche Berufsgeheimnis verdient, zum Schutz von Rechtssuchenden und unseres Rechtsstaats verteidigt zu werden und nicht verwässert werden darf.

Der SAV wird weiterhin dafür kämpfen, ungestörten Zugang zum Recht und faire Rechtsverfahren für alle zu garantieren und aufzeigen, wie wichtig es ist, das Anwaltsgeheimnis als Instrument unserer Wertordnung zu verstehen und zu verteidigen. Er wird sich auch weiterhin wehren gegen den ungerechten und schmerzlichen Verdacht, Anwältinnen und Anwälten könnten oder wollten sich zu ihrem Vorteil privilegieren.

Das anwaltliche Berufsgeheimnis im schweizerischen Rechtssystem

I. Vom Generellen ...

A. Worum es dem SAV bei der Verteidigung des Berufsgeheimnisses nicht geht

Der SAV setzt sich nicht für die umfassende Sicherung des Berufsgeheimnisses ein, um seinen Mitgliedern einen Dienst zu erweisen und ihnen einen «Wettbewerbsvorteil» zu verschaffen. Vielmehr ist der SAV davon überzeugt, dass es das Berufsgeheimnis des unabhängigen Rechtsanwaltes für das Funktionieren des Rechtsstaates braucht. Das Berufsgeheimnis schützt nicht den Anwalt, sondern den Klienten, und zwar zugunsten eines Rechtsstaates, der den Zugang zum Recht mit anwaltlicher Unterstützung garantiert und diesen Namen auch verdient.

B. Geschichtliches

Bereits der römische advocatus hatte eine harte Bestrafung zu gewärtigen, verletzte er das Berufsgeheimnis. Anders dann zwar der Rechtsweiser des Früh- und Hochmittelalters und der Vorsprecher im Spätmittelalter; diese waren aber nicht mit dem geschulten advocatus zu vergleichen und dienten mehr der Allgemeinheit bei der Durchsetzung von Sicherheit und Sühne. In der Schweiz setzte die Entwicklung zurück zum gebildeten Advokaten im Interesse seines Klienten erst mit der allmählichen Verwissenschaftlichung des Rechts im ausgehenden Ancien Regime ein. Damit einher ging die Anerkennung des gebildeten und vor allem von der Obrigkeit unabhängigen Advokaten, dessen Berufsgeheimnis ein unabdingbarer Bestandteil der ihm zugeordneten Funktion im Rechtsstaat war. Die Ideen der Aufklärung beschleunigten die Entwicklung des unabhängigen und geschulten Anwaltes, dem sich der Bürger wegen dessen Unabhängigkeit und dessen Berufsgeheimnis vorbehaltlos anvertrauen konnte.

Das Berufsgeheimnis des Anwalts war somit immer eng mit dessen Unabhängigkeit verbunden (Definition Unabhängigkeit gemäss Bundesgericht: Die anwaltliche Unabhängigkeit soll «grösstmögliche Freiheit und Sachlichkeit bei der Interessenwahrung gegenüber dem Klienten wie gegenüber dem Richter gewährleisten. Sie bildet die Voraussetzung für das Vertrauen in den Anwalt und die Justiz. Wer sich an einen Anwalt wendet, soll gewiss sein dürfen, dass dieser in keiner Weise an einen Dritten gebunden ist, dessen Interessen den eigenen in irgendeiner Weise entgegenstehen können» – siehe Urteil des Bundesgerichts vom 8. Januar 2000, E.4a – 2P.187/2000).

C. Das Berufsgeheimnis der unabhängigen Anwältin: eine zur Rechtspflicht erhobene moralische Pflicht (Artikel 321 StGB)

Dass man nicht ausplaudert, was einem jemand unter dem Siegel der Verschwiegenheit anvertraut, ist ein «Gebot der Anständigkeit». Aber nicht jede moralische Pflicht muss – zumindest nicht im *freiheitlich* konzipierten Rechtsstaat – zwingend auch als rechtliche Pflicht ausgestaltet werden. Grundsätzlich ist ein jeder selbst dafür verantwortlich, dass er sich verschwiegene Geheimnisträger aussucht. Der Gesetzgeber hat die Verschwiegenheit nun aber in Artikel 321 StGB zur strafbewehrten Rechtspflicht erhoben, und zwar für einen

ausgewählten Kreis von Berufsträgern, darunter die Anwälte, in den Diensten ihrer Klientel. Und auch hier gilt: Nur Personen, die «vermöge ihres Berufs zur Kenntnis von Geheimnissen gelangen», werden durch die Rechtsordnung zur Verschwiegenheit über solche Geheimnisse verpflichtet. Darauf ist zurückzukommen.

Das Berufsgeheimnis der unabhängigen Anwältin ist damit moralisch (ich gehe zur Anwältin, der ich vertraue) *und* rechtlich (ich gehe zum Anwalt, weil ich weiss, dass er schweigen muss) geschuldet, es ist «geronnene Moral» (Wilfried Härle/Bernhard Vogel - hrsg., «Vom Rechte, das mit uns geboren ist», aktuelle Probleme des Naturrechts, Freiburg/Br. 2007, S. 146). Bei Verletzung des Berufsgeheimnisses droht gemäss Artikel 321 StGB eine Freiheitsstrafe von bis zu 3 Jahren oder eine Geldstrafe.

D. Das anwaltliche Berufsgeheimnis gilt als fester Bestandteil der schweizerischen Gesetzgebung absolut

Das Berufsgeheimnis des unabhängigen Anwaltes wurde vom Gesetzgeber wiederholt «bestätigt». Es ist nicht nur im Strafrecht (StGB, StPO und JStPO), sondern auch in anderen Gesetzen (u.a. OR, ZPO, BGFA) unter verschiedenen Blickwinkeln fest verankert und besitzt *absolute* Geltung. Der Anwalt muss nicht nur schweigen, bis er vom Klienten oder von der Aufsichtsbehörde entbunden wird; er darf (und muss nach auftragsrechtlich geschuldeter Sorgfalt) auch schweigen, selbst wenn er vom Geheimnis entbunden wird.

Das Geheimnis erstreckt sich gemäss den geltenden Zivil- und Strafprozessordnungen auf sämtliche von der Anwältin erstellten Dokumente sowie auf den von ihr erteilten Rat, unabhängig des Ortes, an welchem Dokumente liegen, wo Rat erteilt oder Dokumente verfasst wurden und ungeachtet des Zeitpunktes, zu dem die Anwältin tätig ist.

E. Individuelle und gesellschaftliche Bedeutung des Berufsgeheimnisses

Aufgrund seiner grundrechtlichen Aspekte kommt dem Berufsgeheimnis zunächst ein *individualrechtlicher* Teilgehalt zu. «Im Fokus steht hier nicht der Anwalt, sondern die Klientschaft respektive die an einem Verfahren beteiligte Person.» (Bernhard Ehrenzeller / Reto Patrick Müller in Festgabe für Walter Straumann, Solothurn 2013, S. 27). Das Berufsgeheimnis schützt nicht den Anwalt, sondern den Klienten. Dieser individualrechtliche Teilgehalt wird auch vom Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung bestätigt und hochgehalten (statt vieler: BGer vom 9.5.2016, 2C_586/2015 E. 2.2 und 2.3). Berechtigt ist, wenn überhaupt jemand, dann der Geheimnisherr, also üblicherweise der Mandant, nicht der Geheimnisträger. Der Geheimnisherr darf sich darauf verlassen, dass die Geheimnisse, die er offenbart, nicht weitergegeben werden. Dem Berufsgeheimnis kommt aber auch ein **institutioneller Charakter** zu. Dieser institutionelle Teilgehalt ist **das Alleinstellungsmerkmal** im Vergleich zu anderen Berufsgeheimnissen, die nur den Berechtigten (Geheimnisherrn) individuell schützen. Das Bundesgericht umschreibt die institutionelle Bedeutung wie folgt: «Das anwaltliche Berufsgeheimnis als ein im *öffentlichen Interesse* geschaffenes, für einen funktionierenden und den Zugang zur Justiz garantierenden Rechtsstaat *unerlässliches Institut* [...] garantiert die Vertraulichkeit sämtlicher Einblicke, welche der Klient im Rahmen einer berufsspezifischen Tätigkeit der Anwältin oder dem Anwalt in seine Verhältnisse gewährt hat [...] [E]rst die *Vertraulichkeit* [ermöglicht] dem Rechtssuchenden, der Anwältin oder dem Anwalt die für eine zutreffende Beratung und wirksame Rechtsvertretung notwendigen Grundlagen vorbehaltlos zu offenbaren, weshalb sie unerlässliche Grundlage für deren Berufsausübung und damit für eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Justiz bildet.» (BGer vom 9.5.2016, 2C_586/2015, E.2.2 und 2.3;

siehe auch BGE vom 22. Juni 2021, 1B_333/2020, E.2.2). Besser kann man es nicht umschreiben.

In einem Rechtsstaat muss jeder Rechtssuchende, der in einen Konflikt mit dem Staat oder mit anderen Personen verwickelt wird, mit seiner Anwältin in völliger Offenheit kommunizieren können, **ohne befürchten zu müssen, dass diese Kommunikation oder ein Teil davon später offengelegt oder zu sachfremden Zwecken verwendet wird**. Diese Vertraulichkeit ist notwendig, um den ungehinderten **Zugang zum Recht** möglich zu machen.

F. Strafrecht und Berufsrecht sind nicht identisch

Das strafrechtlich geschützte Berufsgeheimnis nach Artikel 321 StGB und das berufsrechtlich statuierte Anwaltsgeheimnis nach Artikel 13 BGFA sind nicht identisch oder deckungsgleich. Das Berufsgeheimnis erfasst neben Rechtsanwältinnen auch Verteidiger, Notare und Patentanwälte, sowie über die Rechtsberufe hinaus auch Medizinalpersonen, Psychologen, Revisoren und Geistliche.

Auch die zu wahrenen Geheimnisse sind unterschiedlich: Im Gegensatz zum Anwaltsgeheimnis, das nur Geheimnisse erfasst, die dem Anwalt von seinem Klienten offenbart wurden, erfasst das strafrechtlich geschützte Berufsgeheimnis alles, was dem Berufsträger anvertraut wurde, aber darüber hinaus auch alles andere nicht ohnehin Bekannte, was er im Rahmen der Berufsausübung erfahren hat.

G. Das Berufsgeheimnis gilt für die Rechtsvertretung und die Rechtsberatung

Eines aber ist dem strafrechtlichen Berufsgeheimnis der Anwältinnen und dem berufsrechtlichen Anwaltsgeheimnis gemein: Sie dürfen nicht vorgeschoben werden, um eine bestimmte, typischerweise nicht durch Anwältinnen erbrachte Tätigkeit durch einen Anwalt ausüben zu lassen, nur damit das Offenbare und der daraus abgeleitete Rat geheimnisgeschützt ist und nicht an Dritte, z.B. Regulatoren oder Strafbehörden offengelegt werden muss. Das ist wichtig. Das Bundesgericht hat die nicht mehr geheimnisgeschützte Anwaltstätigkeit, also die Tätigkeit von Anwältinnen, die typischerweise von Nichtanwältinnen erbracht wird, als "akzessorisch" oder "anwältliche Geschäftstätigkeit" bezeichnet. Für das im Rahmen solcher bloss akzessorischer Tätigkeit Anvertraute gilt das Berufs- und Anwaltsgeheimnis nicht (siehe aus der jüngeren Rechtsprechung die nicht publizierten Urteile BGE vom 6.2.2019, 1B_453/2018, E.2; BGE vom 21. März 2018, 1B_433/2017, E.4, und BGE vom 20. September 2016, 1B_85/2016, E.6, mit Hinweisen zur früheren publizierten Rechtsprechung und zur praktisch einhelligen Lehre).

Das Bundesgericht hat aber auch seit jeher anerkannt, dass auch das im Rahmen der rein beratenden und nicht nur in der prozessierenden (Monopol-) Tätigkeit der Anwältinnen Anvertraute im Grundsatz dem Berufsgeheimnis untersteht. Daher ist im Einzelfall abzugrenzen, ob der Anwalt anwaltstypisch oder eben bloss geschäftlich bzw. akzessorisch für seinen Klienten tätig ist. Trifft das eine und das andere zu, scheidet die integrale Berufung auf das Berufsgeheimnis aus, und anwaltliche Arbeitsprodukte und Anvertrautes sind der einen und anderen Tätigkeit des beauftragten Anwalts zuzuordnen. Nur das ist vom Berufsgeheimnis geschützt, was der Anwältin anvertraut wurde, weil sie für den Klienten anwaltstypisch tätig wurde (siehe BGE vom 21. März 2018, 1B_433/2017, E.4.3, und hinsichtlich der grundsätzlichen Geltung des Berufsgeheimnisses auch für beratende Anwaltstätigkeit BGE vom 20. September 2016, 1B_85/2016, E.6.1).

Diese Praxis kann in Einzelfällen zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen, z.B. dann, wenn die Anwältin für eine Bank im Rahmen deren Compliance-Aufgaben tätig wird (dazu wieder BGE vom 20. September 2016, 1B_85/2016). Klar sind demgegenüber Fälle, in denen der Anwalt für seine Klientschaft als Finanzintermediär bzw. Vermögensberater tätig ist oder Aufgaben der Geschäftsführung von Unternehmen übernimmt. Solche Anwaltstätigkeiten geniessen nicht den Schutz des Berufsgeheimnisses (BGE vom 21. März 2018, 1B_433/2017, E.4.2 und 4.3).

H. Die unabhängige Anwaltschaft verträgt keine Zweiteilung

Höchst gefährlich, nicht mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Einklang zu bringen und vom SAV seit jeher wirksam bekämpft, sind nun aber politische und behördliche Versuche, der Schwierigkeit der Abgrenzung anwaltstypischer von bloss akzessorischer Anwaltstätigkeit dadurch zu begegnen, überhaupt nur noch Anvertrautes im Rahmen der Prozessführung, Strafverteidigung und Vertretung von Klienten in behördlichen Verfahren, also der forensischen Anwaltstätigkeit dem Berufsgeheimnis unterstellen zu wollen. Das ist unsinnig, zeugt von Missverständnissen über die anwaltliche Tätigkeit und würde die rechtsberatende Anwaltschaft in letzter Konsequenz zu reinen Gehilfen bei der Sachverhaltsermittlung durch Strafbehörden, Regulatoren und Gegenparteien in zivil-, straf- und verwaltungsrechtlichen Verfahren machen. So etwas verträgt sich nicht mit dem Berufs- und Anwaltsgeheimnis als Garantin dafür, dass jeder Rechtssuchende im Rechtsstaat Anspruch auf Unterstützung beim Zugang zum Recht erhält und dabei seinem unabhängig und frei von Interessenskonflikten handelnden Anwalt alles anvertrauen kann (und auch muss), um eben zum Recht zu gelangen.

Wie unsinnig eine Abgrenzung der (geschützten) forensischen von der (angeblich ungeschützten) Beratungstätigkeit der Anwälte ist, zeigt ein Blick in die anwaltliche Praxis. Fast jedes Prozessmandat beginnt vor der Einreichung einer Klage. Es werden der Sachverhalt ermittelt, der Klient über seine Rechte und Risiken aufgeklärt, ihm ein Vorgehen empfohlen, der Versuch einer aussergerichtlichen Streitbeilegung unternommen (was standesrechtlich für Anwältinnen zwingend ist) und nur geklagt, wenn für die Herstellung von Rechtsfrieden Gerichte bemüht werden müssen. Umgekehrt sind reine Beratungsmandate wie das Verhandeln und Dokumentieren von Verträgen, die Abklärung, ob ein Verhalten unter dem anwendbaren Recht zulässig ist oder nicht, die Gründung und Dokumentierung einer Gesellschaft, etc. stets auch darauf ausgerichtet, den beratenen Klienten auch für den Fall bestmöglich zu schützen, dass es später zu Streitigkeiten oder behördlichen Interventionen kommt, die dann wiederum in Prozess- oder Verwaltungsverfahren ausgetragen werden müssen, wenn man sich nicht vernünftig vergleicht. Wie soll nun erklärt werden, dass alles, was in der beratenden Phase getan und anvertraut wurde, vom Berufsgeheimnis ungeschützt bleibt und der Schutz erst und nur dann greift, wenn es zum (letztlich immer zu vermeidenden) Rechtsstreit vor Gerichten oder Behörden kommt?

Sämtliche politischen Vorstösse, das Anwaltsgeheimnis auf die forensische Anwaltstätigkeit zu beschränken, um die beratende Anwaltschaft anderen Regulierungsnormen zu unterstellen, schlugen in der Vergangenheit fehl. Solche Vorstösse wurden besonders im Rahmen der Revision des GwG (und jetzt auch wieder danach) unternommen, im Wesentlichen internationalem Druck gehorchend, der sich nach den «Panama-Papers-Enthüllungen» aufbaute. Jüngstens ist die Diskussion wieder im Zusammenhang mit den Meldepflichten der Anwälte für Vermögenswerte entfacht, welche dem Ukraine-Sanktionsregime gegen Russen unterstehen. Die Vorstösse gründeten zunächst auf der Behauptung, Anwälte als Berater von Trusts unterständen in der Schweiz keiner ausreichenden Überwachung, was schlicht falsch ist:

- Allein schon die Vorstellung, dass sich der Anwalt in seiner beratenden Tätigkeit rechtsfrei bewegen kann, ist falsch. Wie der prozessierende ist auch der rechtsberatende Anwalt dem Gesetz verpflichtet. Berät er den Klienten zwecks Umgehung und damit in Verletzung des Rechts und somit in Missachtung seiner Berufspflichten, macht er sich strafbar und kann sich selbstverständlich nicht auf das Berufsgeheimnis berufen.
- Alle Anwältinnen und Anwälte unterstehen - im Gegensatz zu anderen Beratern - einem strengen Berufsrecht. Die Einhaltung des Berufsrechts wird durch staatliche Aufsichtsbehörden überwacht. Dieses Berufsrecht verpflichtet den Anwalt, seine Geschäfte in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht zu tätigen. Verstösst die Anwältin oder der Anwalt gegen berufsrechtliche Pflichten, wird er von den staatlichen Aufsichtsbehörden sanktioniert. Die Sanktionen reichen bis hin zum Verbot der Ausübung der Anwaltstätigkeit.
- Nebst dem bereits erwähnten Berufsrecht und den entsprechenden Sanktionen gilt auch für den Anwalt – gleichermassen wie für jeden Rechtsunterworfenen - Artikel 305bis des Strafgesetzbuches. Diese Bestimmung deckt die Gehilfenschaft ab und damit einen auch von der Empfehlung 22 lit. d der FATF/GAFI geregelten Bereich. Dass der schweizerische Gesetzgeber in seinem Strafgesetzbuch keinen derartigen Detaillierungsgrad vorsehen will, entspricht ganz grundsätzlich gesetzgeberischer Tradition.
- Des Weiteren untersteht auch der Anwalt, soweit er ausserhalb seiner angestammten Tätigkeit Klienten berufsmässig als Finanzintermediär berät, gestützt auf Artikel 305ter, ganz generell der Pflicht, die Identität der wirtschaftlich berechtigten Person festzustellen. Dies gilt, selbst wenn er unrechtmässig nicht einer GwG-Selbstregulierungsorganisation (SRO) angeschlossen ist. Mit dieser Bestimmung gilt die Identifikationspflicht automatisch.
- Schliesslich ist zu beachten, dass seit dem 1. Januar 2016 auch qualifizierte Steuervergehen als Vortat, aus welchem „verbotene“ Vermögenswerte stammen können, gelten.

I. Ein Beratungsmandat erfordert ebenso Verschwiegenheit wie ein Prozessmandat

Die konsequent umgesetzte schweizerische Lösung erlaubt somit kaum Schlupflöcher. Dies mag den Schweizer Gesetzgeber auch dazu bewogen haben, konsequent seinen Weg zu gehen und auch unter diesem Aspekt auf eine Zweiteilung zu verzichten und nicht jede anwaltliche Beratungstätigkeit dem GWG zu unterstellen. **Jede Anwaltstätigkeit erfordert ein Berufsgeheimnis.** Der Anwaltsberuf ist als Ganzes zu betrachten und als Ganzes zu regeln. Eine gesamtheitliche Erfassung der Anwaltstätigkeit ist aus Gründen der Rechtssicherheit erforderlich. Das *Bundesgericht* hat festgehalten, dass *zur Anwaltstätigkeit* typischerweise neben der Vertretung von Parteien vor Gericht *auch die Rechtsberatung gehört* (vgl. neben den oben zitierten Entscheiden auch etwa BGE vom 26. März 2002, 1A.182/2001; BGE 114 III 105, E.3a; BGE 132 II 103). „Ehrenwerte Tätigkeiten“ sind beide, Anwaltsberatung und Prozessvertretung! Denn auch nicht prozessierende Anwälte sind, wie gesagt, wichtig und massgeblich daran beteiligt, dass künftige juristische Auseinandersetzungen vermieden werden oder der Rechtsfrieden „ausserprozessual“ wieder hergestellt werden kann.

Ein **Beratungsmandat erfordert ebenso Verschwiegenheit** wie ein Prozessmandat. Auch der Klient, der von seinem Anwalt eine beratende Tätigkeit erwartet, sucht den Zugang zum Recht und ist vor einer Preisgabe, der dem Anwalt anvertrauten Informationen zu schützen. Mit „*anvertraut*“ ist gemäss Bundesgericht *alles* gemeint, was der Klient dem Anwalt *im Zuge des Mandates direkt oder indirekt mitteilt* und ihm in den Akten übergibt oder elektronisch überlässt. Die Informationen müssen aber immer einen Bezug zum anwaltlichen Mandat aufweisen. Mit „*infolge ihres Berufes*“ ist nach Bundesgericht die Zuordnung der Informationen zur Berufstätigkeit gemeint. Nicht jede vom Anwalt wahrgenommene Information, sondern **nur die aus der anwaltstypischen Berufstätigkeit stammende Information** untersteht dem Berufsgeheimnis. Anwaltstypisch sind gemäss Bundesgericht zum Beispiel die Vertretung und die Verteidigung von Klienten vor Gerichtsbehörden, die Beratung von Klienten in Rechtsfragen, das Verhandeln und Abschliessen von Rechtsgeschäften, das Abfassen rechtlicher Dokumente, das Erstellen von Rechtsgutachten, das Erteilen rechtlicher Ratschläge. Entscheidendes Kriterium der Abgrenzung der beratenden Anwalts- von der akzessorischen Tätigkeit ist letztlich die Frage, ob bei der fraglichen Anwaltsdienstleistung die kaufmännisch-operativen oder die typischerweise durch eine Anwältin, einen Anwalt erbrachten Leistungsinhalte objektiv überwiegen (so das Bundesgericht in BGE vom 20. September 2016, 1B_85/2017, E. 4.2). Als Orientierungshilfe mag die Frage dienen, ob die zur Diskussion stehende Tätigkeit dem Klienten den Zugang zum Recht gewährleistet oder fördert. Der Zweck des Berufsgeheimnisses erfordert aber klarerweise, dass jede anwaltstypische Tätigkeit der Verschwiegenheitspflicht untersteht und damit jeder Person, die sich in ihrem Bedarf nach Zugang zum Recht an den Anwalt wendet, die Garantie zukommt, dass Anvertrautes nur zweckgerichtet und mit Zustimmung des Klienten verwendet und unter keinen Umständen Dritten weitergegeben wird.

Aus den dargelegten Gründen kann und soll es **keine Grenzlinie zwischen prozessierender und beratender Anwaltstätigkeit und auch keine zwischen forensisch tätigen und rein beratenden Anwälten** geben. Eine Zerteilung würde die Übersichtlichkeit erschweren, ja den sachgerechten Entscheid darüber verunmöglichen, welche Berufsregeln in welcher Fallkonstellation und wann (schon vor oder erst nach Einleitung eines Prozesses) gelten und ob die vom Klienten anvertrauten Informationen den Schutz eines Berufsgeheimnisses erlangen oder nicht.

Das Berufsgeheimnis als institutioneller Teilgehalt des Zugangs zur Justiz duldet **keine Relativierung** und auch **keine „Parzellierung“ typischer anwaltlicher Tätigkeit**.

J. Nur die anwaltstypische Tätigkeit wird vom Berufsgeheimnis erfasst

Klar bleibt aber eben auch: Das Berufsgeheimnis bezieht sich nur auf *anwaltstypische* Tätigkeiten, «*uneigentliche*» Anwaltstätigkeiten fallen nicht darunter. Betätigt sich der Anwalt als reiner Vermögensverwalter oder beschafft, überbringt oder platziert er Geld, so unterliegen diese Tätigkeiten nicht dem Berufsgeheimnis. Diesbezüglich besteht kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf, das Berufsgeheimnis ist bereits *de lege lata* gegen eine «Zweckentfremdung» geschützt. Anwältinnen und Anwälte können sich auch in Bereichen betätigen, die nur noch entfernt oder nichts mehr mit einer Rechtsdienstleistung zu tun haben (z.B. Ausübung eines Verwaltungsratsmandates, Vermögensverwalter, etc.). Auf solche Tätigkeiten erstreckt sich das Berufsrecht und die staatliche Aufsicht nicht. Sie sind auch nicht dem Berufsgeheimnis unterstellt. Synonyme für die anwaltstypische Tätigkeit sind auch Begriffe wie anwaltsspezifische, klassische, eigentliche oder Kerntätigkeit resp. genuine Anwaltstätigkeit. Für Aktivitäten, die dem Berufsrecht nicht unterliegen, finden sich Bezeichnungen wie uneigentliche, atypische, andere, sonstige oder periphere, akzessorische Anwaltstätigkeit oder nicht anwaltsspezifische, nicht anwaltstypische Berufstätigkeit, etc.

Die Lehre (etwa Kaspar Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, N 326 ff.) hat ein griffiges Abgrenzungskriterium entwickelt: Die Legitimation der anwaltlichen Berufsregeln, einschliesslich des Anwaltsgeheimnisses, ist die **Sicherstellung des Zugangs zum Recht**. Wer den Zugang zum Recht sucht, muss die Möglichkeit haben, einen Anwalt beizuziehen, der an die Berufsregeln gebunden ist. Für andere Dienstleistungen ist dies nicht erforderlich. Der Klient der Rechtsberatung verlangt, sucht den Zugang zum Recht. Mit dem praktikablen Kriterium des Zugangs zum Recht lässt sich die typische Anwaltstätigkeit von der uneigentlichen (z.B. reiner Vermögensverwalter, Verwaltungsrat, Trustee, etc.) in den meisten Fällen ohne grosse Schwierigkeit abgrenzen.

K. Das anwaltliche Berufsgeheimnis schützt den Anwalt nicht vor einer Rechtsverfolgung, wenn er sich nicht an das Gesetz hält

Anwälte müssen sich, wie jedermann, an die Gesetze halten. Dies gilt für ihre Beratungstätigkeit, das Erbringen von Treuhanddienstleistungen oder die Vertretung eines Mandanten vor Gericht. Zu den Gesetzen, die einzuhalten sind, gehören unter anderem das Strafgesetzbuch, aber auch alle Steuergesetze. Es wird oft verkannt, dass z. B. Artikel 305bis des Strafgesetzbuches – um wieder zum «Panama-Papers»-Kontext zurückzukehren – auch auf Anwälte anwendbar ist; dies unabhängig davon, ob sie als Finanzintermediär oder beratend tätig sind. Gemäss dieser Bestimmung ist es verboten, eine Handlung vorzunehmen, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, von welchen der Anwalt weiss oder annehmen muss, dass sie aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren. Zu beachten ist, dass seit dem 1. 1. 2016 auch qualifizierte Steuervergehen als Vortat zur Geldwäscherei gelten. Auch unter diesem Aspekt sind die erwähnten, von der Alltagspolitik getriebenen und den Gesamtrahmen ausser Acht lassenden parlamentarischen Vorstösse, die den beratenden Anwalt unter Generalverdacht stellen wollen, unnötig.

L. Disziplinaufsicht ist ein sehr wirksames Mittel gegenüber fehlbaren Anwälten

Die im Anwaltsregister eingetragene Rechtsanwältin unterliegt einem rigiden Berufsrecht. Verstösst sie gegen dieses, riskiert sie – und zwar unabhängig davon, ob ein Straftatbestand erfüllt ist (und sie verurteilt wurde) oder nicht – eine *Disziplinar massnahme*, die bis hin zu einem dauernden Berufsausübungsverbot reichen kann. Artikel 12 lit. a BGFA, der vom Rechtsanwalt eine sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung verlangt, ist äusserst weitreichend: «*Der Anwalt darf nicht versuchen, die bestehende Rechtsordnung zu umgehen oder zu durchkreuzen, sondern er hat diese peinlich zu respektieren, sich an Recht und Gesetz zu halten. Er soll die Interessen seines Klienten nicht mit Lug und Trug, sondern nach Recht und Billigkeit verfechten. [...] Der Rechtsanwalt darf nicht bewusst das Unrecht fördern [...]. Er soll keine verwerflichen, ungehörigen, verbotenen, sittenwidrigen oder unrechtmässigen Ansinnen vertreten.*» (Fellmann, in Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich, 2011, Art. 12 N 37, mit Verweis auf das Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zürich 1988). Es braucht in Bezug auf das Berufsgeheimnis keine unterschiedliche Behandlung von «Prozessanwälten» und «Geschäftsanwälten», wie dies die parlamentarischen Initiativen erfolglos gefordert haben. Auch im Anwaltsregister eingetragene «Geschäftsanwälte» unterliegen dem Berufsrecht. Sie werden gleichermassen wie die «Prozessanwälte» sanktioniert, wenn sie bewusst das Unrecht fördern. Dass man das Berufsgeheimnis nach Massgabe der Unterscheidung in «Prozessanwälte» und «Geschäftsanwälte» zuweisen kann, ist, wie oben dargelegt, ohnehin eine Chimäre (eine Wahrnehmung, die man sich nur einbildet). Zum einen entziehen sich diese Begriffe einer klaren und nachvollziehbaren Definition und gegenseitigen Abgrenzung. Zum anderen sollte

auch der «Prozessanwalt» (was auch immer man unter diesem Begriff verstehen mag) in erster Linie darauf bedacht sein, Prozesse zu vermeiden, und zwar durch Beratung seines Klienten. Soll die Beratung im Rahmen der Prozessvermeidung denn vom Berufsgeheimnisschutz ausgenommen sein?

M. US-amerikanisches attorney-client-privilege und das Berufsgeheimnis des unabhängigen Schweizer Anwaltes: zwei völlig unterschiedliche Verschwiegenheitspflichten

Das Berufs- und Anwaltsgeheimnis des unabhängigen Anwaltes ist in der Schweiz in diversen Gesetzen verankert (StGB, BGFA, ZPO, StPO). Soweit es die Verteidigungsrechte im Strafverfahren betrifft, genießt das Berufsgeheimnis den Rang eines (indirekt geschützten) verfassungsmässigen Rechtes (Artikel 32 Abs. 2 BV). Das anwaltliche Berufsgeheimnis ist ein absolutes: Selbst bei Entbindung durch den Klienten kann der Rechtsanwalt schweigen. Der Rechtsanwalt darf das ihm Anvertraute nicht einmal dann offenbaren, wenn er dadurch ein Verbrechen verhindern könnte. Ihm bleibt dann nur die Pflicht, das Mandat niederzulegen. Wegen des öffentlichen Interesses an der Tätigkeit der unabhängigen Anwältin als Funktionsträgerin des Rechtsstaats wird deren Berufsgeheimnis eine institutionelle Funktion zuerkannt. Nur dann, wenn es eine unmittelbare Gefahr für Dritte abzuwenden gilt und keine weniger einschneidende Möglichkeit zur Verfügung steht, soll gemäss einem Teil der Lehre subsidiär ein rechtfertigender Notstand zur Anwendung gelangen (vgl. Kaspar Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, N 566 ff.). Gegebenenfalls müsste das Interesse des Dritten höherwertig sein, als dasjenige des Klienten an der Geheimhaltung. Die Offenlegung wird dementsprechend einzig bejaht, wenn damit ein unmittelbar drohendes schweres Verbrechen gegen Leib und Leben abgewendet werden kann. Dem hohen verfassungsmässigen Rang des Anwaltsgeheimnisses ist Rechnung zu tragen. Auf Notstand liesse sich in einer solchen Situation eine Preisgabe von Vertraulichem allerdings höchstens stützen, wenn eine Entbindung der Aufsichtsbehörde aus Zeitgründen nicht eingeholt werden kann.

Das attorney-client-privilege in den USA hat einen anderen konzeptionellen Hintergrund und ist weniger umfassend und weitreichend. Rechtsgrundlage bildet das common law. Das privilege ist nicht in einem staatlichen Erlass verankert, schon gar nicht in der Verfassung. Das attorney-client-privilege schützt auch die Klientenschaft nicht umfassend in ihrer Vertrauensbeziehung zur Anwältin, zum Anwalt. Es ist beschränkt auf Informationen, die der Klient für den nachgesuchten legal advice offenbart. Anderes, was der Anwältin anvertraut wird, bleibt ungeschützt, so insbesondere reine business information. Zudem bedeutet ein waiver, also eine ausdrückliche oder stillschweigende Verzichtserklärung des Klienten, dass das attorney-client-privilege entfällt. Die Gerichte in den USA gehen bereits schnell davon aus, dass ein waiver vorliegt und sich der Anwalt nicht mehr auf das privilege berufen kann. So wird ein Verzicht beispielsweise bereits dann angenommen, wenn der Anwalt einen Dritten via «cc» in eine Kommunikation an den Klienten einbindet. Ganz generell sind Informationen, die der Klient in Gegenwart Dritter offenbart, generell nicht dem privilege unterstellt. Noch deutlicher wird der gegenüber unserem absoluten Anwaltsgeheimnis abgeschwächte Schutz, den das attorney-client-privilege bietet, wenn man sich die crime-fraud-exception in den USA vor Augen führt: Sobald Indizien vorhanden sind, die den Schluss nahelegen, der Klient habe den Anwalt nur deshalb aufgesucht, um auszuloten, wie er am besten das Gesetz umgehen kann, muss der Anwalt die Klienteninformation bei späteren Untersuchungen auf Aufforderung offenbaren (Sergio Giacomini, im Fokus des Vorstands SAV, Anwaltsrevue 1/2017 S. 3 ff.).

N. Fazit

1. Das anwaltliche Berufsgeheimnis ist von jeher ein unverzichtbarer Bestandteil der Tätigkeit der von der Obrigkeit unabhängigen Anwaltschaft. Ihm kommt ein institutioneller Charakter zu: Ohne umfassendes Anwaltsgeheimnis gibt es keinen funktionierenden und den Zugang zum Recht garantierenden Rechtsstaat. Die Rechtsberatung und die forensische Tätigkeit, die die unabhängige Rechtsanwältin zugunsten einer unbestimmten Anzahl von Klienten erbringt, liegt im öffentlichen Interesse.
2. Das attorney-client-privilege in den USA schützt den Klienten bei Weitem nicht im gleichen Umfang, wie dies das Berufsgeheimnis der unabhängigen kontinentaleuropäischen Rechtsanwaltschaft tut. Das Berufsgeheimnis ist bei uns umfassend, absolut und gesetzlich, teilweise verfassungsmässig geschützt.
3. Das anwaltliche Berufsgeheimnis schützt den Klienten und nicht die Rechtsanwältin.
4. Die unabhängige Anwaltschaft kennt keine «Zweiklassengesellschaft» von Prozessanwältinnen und beratenden Rechtsanwälten. Anwalt ist Anwalt. Vom Berufsgeheimnis umfasst sind die Rechtsvertretung vor Gerichten und Behörden ebenso wie die Beratung der Klientschaft bei der Anwendung des Rechts für ihre Anliegen.
5. Die bestehende Rechtsordnung bietet sachgerechten Schutz vor einer «Zweckentfremdung» des Berufsgeheimnisses: Nur die anwaltstypische Tätigkeit fällt in den Bereich des Berufsgeheimnisses. Hält sich der Anwalt nicht an das Gesetz, kann er sich nicht unter Berufung auf das Berufsgeheimnis einer Strafverfolgung entziehen. Auch das Berufsrecht mit seinen Disziplinarmaßnahmen sorgt dafür, dass der Rechtsanwalt nicht «ungestraft» die bestehende Rechtsordnung umgehen kann. Der parlamentarische Aktivismus, der sich im Nachgang an die «Panama-Papers-Enthüllungen» entwickelt hat, trägt diesen Überlegungen nicht Rechnung. Es braucht keine zusätzlichen gesetzlichen Regelungen, um allfälligen Missbrauchen im Zusammenhang mit dem anwaltlichen Berufsgeheimnis zu begegnen. Das vorhandene Instrumentarium ist fein austariert und trägt der herausragenden Bedeutung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses für das Funktionieren des Rechtsstaates Rechnung.

II. ... zum Konkreten: Bekämpfung der Geldwäscherei

A. Das Wichtige vorweg

Die Anwaltschaft und der SAV bekennen sich nachdrücklich zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung.

Mit dem geltenden Geldwäschereigesetz (GwG), den im regulierten Meldesystem einhergehenden Kontrollmechanismen und den Geldwäschereibestimmungen im StGB hat die Schweiz **eine umfassende und griffige Pionierrolle** zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung eingenommen, welche bezüglich Regulierungsumfang und -dichte seinesgleichen im übrigen Europa vermissen lässt.

Zudem hat die Schweiz mit der **Verstärkung der Transparenzregeln** und der **Abschaffung der Inhaberaktien** in der Zwischenzeit eine noch verbliebene Lücke in Bezug auf Sitzgesellschaften geschlossen.

Das schweizerische System unterscheidet sich von anderen Systemen, die weniger auf die konkrete (geldwäschereirelevante) Tätigkeit, sondern auf die Zugehörigkeit zu einem Beruf ausgerichtet sind. Dies gilt insbesondere für die zuerst EG- und später EU-Richtlinien. Der im geltenden GwG auf den Finanzintermediär ausgerichteten Fokus ermöglicht es jedoch, "ein sehr weites Netz zu werfen", obschon nicht der Beruf, sondern die konkrete Tätigkeit Anknüpfungspunkt ist.

Der im geltenden GwG statuierte Kriterienkatalog für Finanztransaktionen entspricht jenem der GAFI und die aktuelle Regulierung im Vergleich zu anderen Ländern ist vorbildlich.

Die **Abkehr** von einem bewährten System darf nicht zulasten **von im Schweizer Recht verhafteten Grundsätzen**, wie Rechtsklarheit und -sicherheit sowie das Verbot der Umkehr der Beweislast erfolgen. Diese dürfte auch nicht die **praktische Aushebelung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses**, welchem in unserem Rechtsstaat verfassungsmässige Kraft zukommt, zur Folge haben. Das Berufsgeheimnis ist eines der tragenden Grundprinzipien eines funktionierenden Rechtsstaates.

Die Schweiz darf zu ihrer lückendichten Regulierung stehen und muss sich kein externes System aufzwingen lassen, welches auf exakt dieselben Ergebnisse hinzielt, aber einen anderen Ansatz wählt.

Es war richtig, bei der letzten Revision des GwG zu verhindern, dass die anwaltliche Beratungstätigkeit generell dem GwG unterstellt wird. So soll es auch bleiben. Anwältinnen und Anwälte, die als Finanzintermediäre tätig sind, sind dem Gesetz unterstellt. In ihrer sonstigen Beratungstätigkeit machen sie sich zu strafbaren Mittätern und werden hart sanktioniert, wenn sie Geldwäscherei oder andere Straftaten aktiv unterstützen.

B. Das geltende schweizerische 3-Säulen-System

Das geltende GwG stellt auf das **Berühren von Vermögenswerten**, also auf bestimmte Tätigkeiten und nicht auf Berufsgattungen ab. Dem Gesetz sind alle Anwältinnen und Anwälte unterstellt, welche eine Finanztransaktion für die Kunden durchführen. Als nicht typisch anwaltliche Tätigkeit untersteht diese Tätigkeit nicht dem Schutz des Berufsgeheimnisses (vgl. zur Unterscheidung typisch atypische oben). Der **Anwendungsbereich des GwG ist klar und die Konsequenzen für den Finanzintermediär konkret**, da er nicht nur die Grundsätze des GwG einzuhalten hat, sondern auch die detaillierten Vorschriften der FINMA und der Selbstregulierungsorganisationen SRO (die ihrerseits der Aufsicht der FINMA unterstehen) zu beachten hat. Ein vergleichbares System gibt es nirgendwo sonst auf der Welt. Was **die Anwälte und Anwältinnen** betrifft, so **unterliegen sie in vollem Umfang der soeben erwähnten Regelung**. Denn als Finanzintermediäre unterliegen die Anwälte nicht dem Berufsgeheimnis und haben keinen Sonderstatus.

Andererseits ist es wichtig, dass sie ihre typische, dem Berufsgeheimnis unterliegende Tätigkeit als Anwältin streng von ihrer nicht dem Berufsgeheimnis unterliegenden akzessorischen Tätigkeit als Finanzintermediär abgrenzen. Dazu ist es erforderlich, dass die "Trennlinie" absolut klar ist, was derzeit nach rund 20 Jahren Praxisentwicklung der Fall ist. Wenn ein Anwalt beispielsweise als Direktor einer Sitzgesellschaft - deren einziger Zweck darin besteht, Vermögenswerte zu halten - und/oder die Zeichnungsberechtigung für ein Konto hat, das die Sitzgesellschaft bei einer Bank in der Schweiz oder im Ausland führt, handelt er

als Finanzintermediär und unterliegt vollumfänglich dem GwG. Dasselbe gilt, wenn der Anwalt als Trustee fungiert.

Zudem untersteht der Anwalt auch in seiner berufsspezifischen Tätigkeit wie jedermann den Bestimmungen des StGB, sei es als Täter (Artikel 305 bis) oder Gehilfe (Artikel 25 StGB). Damit ist auch seine beratende Tätigkeit abgedeckt. Mit Artikel 305bis StGB besteht ein wirksamer Schutz, da alle Personen, auch Anwälte, davon erfasst sind. Das Grundkonzept, wonach Gelder deliktischer Herkunft beim Eintritt in den sauberen Vermögenskreislauf zu prüfen sind, genügt, wenn diese Arbeit von allen "Gate-Keepern" weltweit korrekt gemacht wird. Es versteht sich, dass der Sorgfaltsmassstab hier bei Anwältinnen und Anwälten (you have to know your client) weitaus höher anzusetzen ist, als bei anderen Personen. Aufgrund seiner Berufsbildung und seiner berufsrechtlichen Pflicht zu besonderer Sorgfalt greift diese Verpflichtung beim Anwalt früh und besonders wirksam, da er in der Lage ist und sein muss, verdächtige Strukturen und Transaktionen zu erkennen. Abzuklären sind Herkunft der Gelder, Identität der Vertragspartei und der wirtschaftlich berechtigten Person und die damit verbundenen Transaktionen. Gegebenenfalls ist zu sperren und zu melden. Es geht nicht an, dass die schweizerische Gesetzgebung Lücken in der Geldwäschereiabwehr ausländischer Staaten, z.B. Panama, schliesst.

C. Vergleichbarkeit der Ansätze CH – EU

Ein Blick über die Grenzen macht deutlich, dass **die wenigsten Staaten Europas den Regulierungsetat der Schweiz** vorzuweisen vermögen. Es ist nicht einzusehen, weshalb unser durchaus lückendichtes und bewährtes Regulierungsmodell verlassen und zulasten unsere rechtsstaatlichen Prinzipien „verschlimmbessert“ werden soll.

Den Gründen für den Erlass der **EU-Richtlinie** ist expressis verbis zu entnehmen, dass **Angehörige von rechtsberatenden Berufen nur dann dem Gesetz unterstellt werden sollen, wenn sie «sich an einer Finanz- oder Unternehmenstransaktion beteiligen», nicht aber wenn sie für einen Klienten eine Rechtslage beurteilen**. Das wird in Artikel 2 der EU-Richtlinie festgeschrieben. Der Blick über die Grenzen zeigt, dass kein EU-Staat die Rechtsberatung ohne Bezug zu einer Finanz- oder Unternehmenstransaktion dem Geldwäschereigesetz unterstellt. Die Aufgabe der bewährten Konzeption des GwG, das eben für die Unterstellung auch die direkte oder indirekte Beteiligung an einer Finanztransaktion abstellt, ist somit mit Blick auf die EU nicht zu rechtfertigen.

Auch die FATF hat den Wert des Schweizer Systems erkannt, da die Evaluationsberichte - zuletzt im Dezember 2016 - die insgesamt gute Qualität des Schweizer Systems zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung anerkennen. In der Tat wird der **Grad der Wirksamkeit** in den 11 von der FATF definierten Bereichen als "signifikant" und in 4 Bereichen als "mässig" angesehen. Damit der betreffende Staat unter "verstärkte Beobachtung" ("enhanced follow-up") gesetzt wird, muss der Grad der Wirksamkeit in mindestens 7 Bereichen "gering oder mässig" oder in mindestens 4 Bereichen "gering" eingestuft werden. Was den **Grad der technischen Übereinstimmung** mit jeder der 40 Empfehlungen betrifft, wird sie in 31 Fällen als "konform oder im Wesentlichen konform" und in 9 Fällen als "teilweise konform" bewertet. Es wurden keine "nicht konformen" Fälle festgestellt.

Damit ein Staat für eine "verstärkte Beobachtung" in Frage kommt, müssen mindestens 8 Empfehlungen vorliegen, für welche die Qualifikation "teilweise erfüllt" oder "nicht erfüllt" ist.

Die Massnahmen, die die Schweiz bereits ergriffen hat - *insbesondere in Bezug auf Regeln für gemeinnützige Organisationen (R.8), Senkung des Schwellenwerts für*

Bargeldtransaktionen auf 15'000 CHF, die Verpflichtung zur Überprüfung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten und die Verpflichtung zur periodischen Überprüfung des Kundenprofils (R.10), Staaten mit hohem Risiko (R.19), Statistiken (R.34) und Sanktionen (R.35) - ermöglichen es unserem Land bereits, das Risiko einer verstärkten Beobachtung oder von Sanktionen durch die FATF auszuschliessen. Des Weiteren wurden die Inhaberaktien abgeschafft und den Gesellschaften die Pflicht auferlegt, die wirtschaftlich berechtigte Person, welche letztlich die Gesellschaftsanteile hält, festzustellen und eine entsprechende Liste zu führen. Ausserdem wurde der Tatbestand der Steuergeldwäscherei eingeführt. Daher sollte die Qualifikation "teilweise konform" für die Empfehlungen R.22 (Bezeichnete Unternehmen und Berufe ausserhalb des Finanzbereichs - Sorgfaltspflicht bei der Feststellung der Kundenidentität) und R.23 (Bezeichnete Unternehmen und Berufe ausserhalb des Finanzbereichs - Sonstige Massnahmen) nicht zu einer Abweichung vom bewährten Schweizer Konzept der Finanzintermediation / Handhabung von Vermögenswerten führen. Dies ist in keiner Weise notwendig, um die internationale Position der Schweiz aufrechtzuerhalten oder um Sanktionen zu vermeiden. Die Verletzung von rechtsstaatlichen Prinzipien wäre unverhältnismässig und könnte durch die Umsetzung der anderen Empfehlungen durchaus vermieden werden. Es sei auch darauf hingewiesen, dass die Einhaltung der Empfehlung R.40 (Andere Formen der internationalen Zusammenarbeit), die als partiell betrachtet wird, weitere Probleme aufwirft, die vom SAV bei der Anhörung der sicherheitspolitischen Kommission des Ständerats am 10. Januar 2019 festgestellt wurden und unbedingt zu vermeiden sind.

D. Geltendes System hält dem EU-Ansatz mehr als Stand

Es könnte argumentiert werden, dass einige Länder der EU ein Kontrollsystem in Anwaltskanzleien eingeführt haben oder demnächst einführen werden, welches insbesondere oder ausschliesslich die Bekämpfung der Geldwäscherei betrifft, und dass es keinen Grund gibt, warum die Schweiz diesem Trend nicht folgen sollte.

Die vom SAV bei ihren ausländischen Kollegen erhobenen Informationen zeigen jedoch grosse Unterschiede zwischen den einzelnen europäischen Ländern. Ganz zu schweigen von der tatsächlichen Durchführung der Kontrollen, die in der Regel sehr schwach und zufällig (durch einfache Auslosung) erfolgt. Es ist daher zu beachten, dass **die Kontrollen in der EU weniger weit gehen und auch weniger wirksam sein werden als die systematischen Kontrollen nach dem Schweizer System.** Bei uns werden alle als Finanzintermediäre tätigen Rechtsanwälte jedes Jahr, alle 2 Jahre oder mindestens alle 3 Jahre (nach einem risikobasierten Ansatz) streng kontrolliert, und nicht bloss solche, welche ein Los willkürlich selektiert.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das derzeitige MLA-System gut funktioniert und von der FATF anerkannt wird. Die wesentlichen Lücken gemäss FATF Länderreport 2016 sind in der Zwischenzeit geschlossen. Es konnte in der abgeschlossenen GwG-Revision mit Recht vermieden werden, durch eine unglückliche Ausdehnung des Geltungsbereichs des GwG auf die "Berater" die Wirkung des Gesetzes zu verzerren und zu schwächen.

Die bewährte Konzeption des GwG, dass nur Personen vom Geltungsbereich erfasst werden, die berufsmässig als Finanzintermediäre tätig sind oder als Händler Bargeld entgegennehmen, d.h. fremde Vermögenswerte annehmen und darüber verfügen ("*Gatekeeper*"), wurde anlässlich der GwG-Revision zu Recht nicht aufgegeben. Die massgebliche Berichterstattung zur Empfehlung Nr. 22 im Länderbericht der FATF von 2016 lautet nämlich wie folgt (Hervorhebung beigefügt): "*Lawyers, notaries other legal professionals and accountants, and also trust and company service providers are not subject to the LBA when their work is limited to preparing or executing non-financial aspects of the transactions concerned, even though these situations are expressly included in the criterion. This means in particular that acts*

related to the creation of companies, legal persons and legal arrangements, in which they may be involved without being parties to transactions such as transfers, are outside the scope of the LBA."

Daraus erhellt, dass die FATF von der Schweiz keineswegs verlangt, dass Beraterdienstleistungen, die keinerlei Zusammenhang zu einer Finanz- oder Unternehmenstransaktion haben, dem GwG unterstellt werden müssen.

Das Kernelement zur Unterstellung bildet (weiterhin), dass die Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Finanztransaktion steht ("aspects of the transactions concerned"), was bei Weitem nicht bei allen, bei richtigem Betracht nur bei den allerwenigsten Beraterdienstleistungen von Anwältinnen und Anwälten der Fall ist. Der generelle Einschluss von Beraterdienstleistungen im GwG hätte dazu geführt, dass alle Dienstleistungen von beratenden Anwälten im Zusammenhang mit Sitzgesellschaften unter das GwG fallen, selbst wenn damit keine finanzielle Transaktion verbunden ist oder der Anwalt in eine solche nicht involviert ist, bspw.: Aushändigen einer Checkliste zur Gründung einer Gesellschaft; Ausarbeiten/Prüfen von Mietverträgen oder Arbeitsverträgen; Rechtsauskünfte zu arbeits-, miet- oder sozialversicherungsrechtlichen Fragen; Beratung in ehe- oder erbrechtlichen Angelegenheiten mit einer Sitzgesellschaft im ehelichen Vermögen; Prüfen von Statuten und Aktionärsbindungsverträgen; Beratung bei der Vorbereitung von Verwaltungsratssitzungen und Generalversammlungen; Beratung des Verwaltungsrates bei Streitigkeiten innerhalb der Gesellschaft oder mit Dritten; Auskünfte zum Immaterialgüterrecht; Begleitung von Nachfolgeregelungen; Mitwirkung bei der Durchführung einer *due diligence*; Erarbeiten/Prüfen von Veräusserungsverträgen; Auskunft zu Gewährleistungsfragen und Verjährungsfristen; Steuerrulings und vieles mehr.

Diese Ausführungen gelten auch für Treuhänder, Steuerberater, Consultants, Banken oder Versicherungen, etc., wenn sie solche Dienstleistungen erbringen. Jede der vorgenannten Dienstleistungen hätte die gesamte **Kaskade von Sorgfaltspflichten** gemäss GwG ausgelöst, selbst wenn die Rechtsauskunft in kurzer Zeit erledigt und damit keine finanzielle Transaktion verbunden ist. Dies hätte in der Praxis zur Folge gehabt, dass der interne Aufwand und die externen Kosten (Prüfpflicht durch eine externe Revisionsstelle) nicht selten höher ausgefallen wären als der Ertrag aus den verrechenbaren Arbeitsstunden, zumal kleine und mittelgrosse Anwaltskanzleien im Vergleich zu Banken und professionellen Finanzintermediären über wesentlich geringere personelle und finanzielle Ressourcen verfügen, um die interne Compliance nach GwG durchzuführen.

E. Die generelle Ausdehnung des GwG auf die Beratertätigkeit der Anwaltschaft hätte eine Unschärfe mit verheerenden Folgen für das anwaltliche Berufsgeheimnis

Das abgelehnte Revisionsvorhaben hatte **unbestimmte Begriffe** einführen wollen, wie etwa "*gewerblich*" oder "*vorbereiten*", während auf der geltenden Verordnungsstufe der in den letzten 20 Jahren durch Praxis genau definierte Begriff "berufsmässig" verwendet wird. Unklar wurde damit, ob bspw. unter den Begriff "*Kauf oder Verkauf von Sitzgesellschaften*" nur der Verkauf sämtlicher Beteiligungsrechte fallen oder auch Verträge erfasst würden, die sich auf den Erwerb bzw. die Veräusserung einer Mehrheitsbeteiligung oder sogar Minderheitsbeteiligung beziehen. Wie hätte es sich mit Rechtsgeschäften verhalten, die wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommen, wie etwa die Übertragung nach Fusionsgesetz, Schenkungen, die Begründung einer Nutzniessung, etc.? Die für Gesetze elementaren Gebote der Bestimmtheit und Klarheit waren auf einmal nicht mehr erfüllt.

Eine - teilweise und ungenaue - Ausdehnung des Geltungsbereichs des GwG auf bestimmte Beratungstätigkeiten (in allen Fällen, in denen eine Sitzgesellschaft oder ein Trust vorhanden ist) hätte das **Berufsgeheimnis des Anwalts grundsätzlich in Frage gestellt**, ohne die Geldwäschereiprävention zu verstärken. Die Unschärfe, die sich aus der **Abweichung vom bewährten Begriff des Finanzintermediärs** zur Einbeziehung von "Beratern" im neuen Gesetz ergeben hätte, galt es zu vermeiden, da sie unnötig ist und zu einer Aushöhlung des Berufs- und Anwaltsgeheimnisses geführt hätte: so hätten neu Revisionsunternehmen Anwaltsdossiers kontrollieren müssen. Diesem hätten alle für die Prüfung erforderlichen Auskünfte erteilt und nötige Unterlagen herausgegeben werden müssen (Offenlegungspflicht). Das Revisionsunternehmen hätte dadurch unweigerlich Kenntnis von vertraulichen Informationen erlangt, die dem Berufs- und Anwaltsgeheimnis unterstehen. Im Nachgang an eine Prüfung hätten sich dann auch im Sinn von Artikel 321 StGB geschützte Informationen bei einem Dritten befunden, welcher sich nicht auf den Schutz berufen kann und letztlich auskunftspflichtig ist, auch wenn keine aktive Meldepflicht besteht. Daran hätte sich auch nichts geändert, wenn die Einsichtnahme durch Personen erfolgt, die einem Berufsgeheimnis unterstellt sind. Das Berufsgeheimnis wird auch durch die Offenlegung des Ersttäters an Berufskollegen, welche nicht in die Mandatsarbeit für den Klienten involviert sind, verletzt. Die Prüfpflicht im Bereich der berufsspezifischen Anwaltstätigkeit hätte mit der beabsichtigten Regulierung somit das Berufsgeheimnis der Anwältinnen und Anwälte aufgehoben. Das ist eine vollständig andere Ausgangslage als die geltende Situation, in der zwar schon eine Prüfpflicht von Anwälten besteht, aber eben nur, wenn sie als Finanzintermediäre dem GwG unterstehen, was wiederum nur bei Finanztransaktionen im akzessorischen und damit nicht im vom Berufsgeheimnis geschützten Bereich der Fall ist.

F. Fazit

1. Das heutige **Abwehrdispositiv**, bestehend aus GwG, StGB, der Abschaffung der Inhaberaktien, der Einführung des qualifizierten Steuervergehens als Vortat zur Geldwäsche und den Transparenzregeln im OR **genügt**. Dabei ist die Wirkung des Dispositivs massgebend, nicht der methodische Ansatz, auch wenn er nicht genau mit dem unserer Nachbarländer übereinstimmt.
2. Der **Wirkungsgrad des Abwehrdispositivs nimmt mit zunehmendem Ausbau** ab. Mehr Regulierung führt nicht zwingend zu mehr Wirkung.
3. Wenn es Defizite im Vergleich zu internationalen Standards und Lücken im internen Recht gäbe, welche tatsächliche Risiken betreffen, müssten diese geschlossen werden. Der Revisionsentwurf ging über dieses Ziel hinaus, wollte weiter regulieren als es die EU tut und GAFI/FATF vorgeben haben und hätte eine Abkehr von einem bewährten und anerkannten Konzept dargestellt.
4. **Konsequente Umsetzung** und die Bereitstellung der dafür notwendigen Ressourcen sind viel **entscheidender**. Hier ist anzusetzen.

III. ... zum Konkreten: Meldepflicht unter den Ukraine-Sanktionen

A. Einordnung der Meldepflicht angesichts des Berufs- und Anwaltsgeheimnisses

Die Schweiz hat die EU-Sanktionen übernommen, die aufgrund des Angriffskriegs von Russland gegen die Ukraine erlassen wurden. Mit der Verordnung über Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine vom 4. März 2022 (SR 946.231.176.72; nachfolgend auch die "Ukraine-Verordnung") wird das umgesetzt. Die Ukraine-Verordnung wurde gestützt auf das Bundesgesetz über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen vom 22. März 2002 (SR 946.231; nachfolgend das "EmbG") erlassen. Nach Artikel 1 EmbG kann der Bund Zwangsmassnahmen zur Durchsetzung von Sanktionen erlassen. Zuständig ist nach Artikel 2 EmbG der Bundesrat, und er erlässt Zwangsmassnahmen auf dem Verordnungsweg. Das hat er mit der Ukraine-Verordnung getan. Deren Artikel 16 Abs. 1 lautet:

«Personen und Institutionen, die Gelder halten oder verwalten oder von wirtschaftlichen Ressourcen wissen, von denen anzunehmen ist, dass sie unter die Sperrung nach Artikel 15 Absatz 1 fallen, müssen dies dem SECO unverzüglich melden.»

Gemäss Artikel 15 Absatz 1 der Ukraine-Verordnung sind "Gelder und wirtschaftliche Ressourcen, die sich im Eigentum oder unter der Kontrolle der natürlichen Personen, Unternehmen und Organisationen nach Anhang 8 befinden", gesperrt. Wer die Meldepflicht verletzt, wird gemäss Artikel 10 des Bundesgesetzes über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen vom 22. März 2002 (SR 946.231; nachfolgend das "EmbG") bei Vorsatz mit Haft und Busse bis zu CHF 100'000 und bei Fahrlässigkeit mit Busse bis zu CHF 40'000 bestraft. Es handelt sich um ein Officialdelikt, das verfolgt wird, sobald die Untersuchungsbehörden Kenntnis von einer Verletzung erhalten.

Es war abzusehen, dass in der Politik, von ausländischen, v.a. amerikanischen Behörden und von den Medien Druck aufgebaut würde, auch gegen Anwältinnen und Anwälte eine uneingeschränkte Meldepflicht durchzusetzen. Das hat den SAV schon früh dazu bewogen, seine Position gegenüber den Medien zu kommunizieren. Zudem hat er beim renommierten Strafrechtler Prof. Marcel Niggli ein Rechtsgutachten zur Frage erstellen lassen, wie sich Anwältinnen und Anwälte angesichts des strafrechtlichen Berufs- und des berufsrechtlichen Anwaltsgeheimnisses angesichts der Meldepflicht zu verhalten haben.

Wie sich die Anwältin, der Anwalt angesichts der Meldepflicht verhält, ist selbstverständlich ihre und seine Selbstverantwortung. Bei einer Meldung in Verletzung des Berufsgeheimnisses gemäss Artikel 321 StGB läuft der Anwalt Gefahr, auf Antrag des Klienten bestraft zu werden. Ebenso, und auch ohne Strafantrag des Klienten, wird er berufsrechtlich hart sanktioniert, wenn er das Anwaltsgeheimnis gemäss Artikel 13 BGFA durch eine Meldung verletzt. Dem steht die Frage gegenüber, ob die Meldepflicht gemäss Artikel 16 der Ukraine-Verordnung einen Rechtfertigungsgrund abgibt, so dass die straf- und berufsrechtliche Sanktionierung bei Meldungen ohne Entbindung durch den Klienten unterbleibt. Und wäre dem so, dann ist die Anschlussfrage unvermeidlich, ob die Nichtmeldung als Verletzung des EmbG und der Ukraineverordnung ihrerseits strafrechtlich sanktioniert wird.

B. Rechtslage in der EU

In der EU gilt die infolge der Annexion der Krim durch Russland erlassene Verordnung (EU) Nr. 269/2014 des Rates vom 17. 3. 2014 (Abl. L 78, 17.3.2014, 6 ff.). Deren Artikel 8 regelt,

ähnlich wie Artikel 16 der Ukraine-Verordnung, die Pflicht natürlicher und juristischer Personen, Einrichtungen und Organisationen, ihnen bekannte Informationen zur Durchsetzung der Sanktionen ohne Verzug zu melden, so insbesondere Informationen über gesperrte Vermögenswerte. Hingegen behält Absatz 1 von Artikel 8 ausdrücklich Vorschriften über die Anzeigepflicht, die Vertraulichkeit und das Berufsgeheimnis vor. Daraus ist abzuleiten, dass in der EU der Meldepflicht von Anwältinnen und Anwälten das Berufsgeheimnis vorgeht, dass also die Nichtmeldung von Informationen, die zu Gunsten des Klienten durch das Berufsgeheimnis geschützt sind, keine Verletzung des Sanktionsrechts in der EU darstellt.

C. Diskussion und Lösung in der Schweiz

Ob die Schweiz in dieser Hinsicht weitergehen und das Berufs- und Anwaltsgeheimnis durch die Meldepflicht zurückbinden wollte, ist alles andere als klar. Hinweise dazu finden sich weder im Verordnungstext, noch in den Materialien. Andererseits fehlt aber auch der ausdrückliche Vorbehalt des Berufs- und Anwaltsgeheimnisses, wie er im EU-Sanktionsrecht vorgesehen ist.

Angesichts des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung in der Ukraine-Verordnung wurde die Frage, ob sich Anwälte betreffend die Meldepflicht auf das Anwaltsgeheimnis berufen können, in der Schweiz kontrovers diskutiert. Das SECO hatte diesbezüglich anfänglich widersprüchliche Angaben gemacht, sich dann aber nach Intervention der Lehre und der Anwaltschaft in einer Email von Botschafter Erwin A. Bollinger, Delegierter des Bundesrates für Handelsverträge, Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) an den SAV vom 12.5.2022 wie folgt geäußert: *«Nach internen Abklärungen unter Einbezug verschiedener Fachstellen und Gutachten – darunter dasjenige [Gutachten Niggli], welches Sie (SAV) uns zugestellt hatten – sind wir zum Schluss gekommen, dass aus unserer Sicht Anwältinnen und Anwälte im Rahmen sogenannter «kernanwaltschaftlicher» Tätigkeiten nicht zur Meldung gesperrter Vermögenswerte verpflichtet sind. Insbesondere bei der Vertretung vor Gericht geht das Anwaltsgeheimnis der embargorechtlichen Meldepflicht vor. Anders verhält es sich bei Tätigkeiten ausserhalb des Anwaltsmonopols, beispielsweise der Vermögensverwaltung oder treuhänderischen Tätigkeiten. In diesem Rahmen sind aus unserer Sicht Anwältinnen und Anwälte verpflichtet, Meldungen vorzunehmen.»* - Unklar ist, was das SECO unter «kernanwaltschaftlicher Tätigkeit» versteht bzw. bis zu welchem Rahmen rechtsberatende Tätigkeit miteingeschlossen ist. Verfehlt ist jedenfalls der generelle Hinweis auf Anwaltstätigkeit ausserhalb des Anwaltsmonopols, denn auch die beratende Anwaltstätigkeit ist kernanwaltschaftliche Tätigkeit (siehe oben).

Klar äussert sich das Gutachten von Professor Niggli: *«Ein Anwalt muss nicht melden, soweit er keine fraglichen Vermögenswerte hält oder verwaltet. Er muss ein entsprechendes Mandat auch nicht ablehnen, soweit es nicht das Halten oder Verwalten entsprechender Vermögenswerte umfasst. Wohl aber muss der Anwalt aufgrund seiner Berufspflichten einen bestehenden oder zukünftigen Klienten auf die entsprechenden Vorgaben der Ukraine-Verordnung hinweisen.»*

D. Einschränkung des Berufsgeheimnisses gemäss Ziff. 3 von Artikel 321 StGB?

Die in Artikel 321 StGB auf den 1. Januar 2019 neu eingeführte Bestimmung in Ziff. 3 lautet:

«Vorbehalten bleiben die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Melde- und Mitwirkungsrechte, über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde.»

Obwohl der Wortlaut dieses Vorbehalts einer Meldepflicht weit gefasst ist, ergibt die historische Auslegung dieser noch jungen Regelung ein eindeutig anderes Ergebnis. Die entsprechende Gesetzesänderung hatte ausschliesslich das Kindeswohl als möglichen Grund von Melderecht bzw. -pflicht vorgebracht (vgl. BBL 2015, 3431). Bei diesem engen Gesetzeszweck kann Artikel 321 Ziff. 3 StGB nicht als Grundlage weiterer Melderechte und -pflichten dienen. Zum Zeitpunkt der Einführung von Ziff. 3 in Artikel 321 StGB bestand das EmbG bereits; es hätte also darauf verwiesen werden können und müssen, wenn man das Berufsgeheimnis auch hinsichtlich Embargomassnahmen hätte einschränken wollen.

Prof. Niggli führt in seinem Gutachten aus: *"Zu den Einschränkungen in Artikel 321 Ziff. 3 StGB ist sodann anzumerken, dass es bereits höchst merkwürdig anmutet, dass eine eidgenössische Strafbestimmung, die einen Geheimnisträger und seine Pflichten betrifft und die unmittelbar die Interessen des Geheimnisherren schützt, der auch als einziger zum Strafantrag berechtigt ist, durch kantonale Regelungen bzgl. Melde- und Mitwirkungsrechten oder Auskunftspflichten beschränkt werden bzw. dass ihr Umfang durch kantonales Recht bestimmt werden kann. Sofern man solches überhaupt rechtsstaatlich für zulässig erachtet, muss es jedenfalls auf den in der Gesetzgebung angeführten Bereich des Kindesschutzes beschränkt bleiben und kann keinesfalls eine allgemeine Kompetenzregelung für alle Geheimnisse aller von Artikel 321 StGB erfassten Geheimnisträger bilden. Rechtsstaatlich einwandfrei kann sich Artikel 321 Ziff. 3 StGB aufgrund des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes eigentlich auch nur auf gesetzlich statuierte Pflichten beziehen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Ziff. 3 auch schon bestimmt und umschrieben sind."*

E. Wer oder was ist eine « meldepflichtige Person »?

Strafrechtlich ungenügend bestimmt ist auch, wer von den Auskunftspflichten gemäss Artikel 16 Ukraine-Verordnung erfasst ist und welche Informationen er mitteilen müsste. Auch dazu hat sich Prof. Niggli in seinem Gutachten geäußert:

"Die fragliche Bestimmung (Artikel 16 Ukraine-Verordnung) spricht einerseits von Personen, die «Gelder halten oder verwalten» [...] und andererseits von «Personen ..., die von wirtschaftlichen Ressourcen wissen, von denen anzunehmen ist, dass sie unter die Sperrung nach Artikel 15 Absatz 1 fallen».

Der Terminus «wirtschaftliche Ressourcen»[,] «von denen anzunehmen ist», erscheint strafrechtlich jedenfalls ungenügend bestimmt, weil dafür schlicht keine Kriterien bekannt oder erkennbar sind. Darüber hinaus scheint sich die Formulierung «von wirtschaftlichen Ressourcen wissen» ganz offensichtlich am Berufsgeheimnis nach Artikel 321 StGB zu orientieren («Geheimnis, ... das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben»). Das Anwaltsgeheimnis nach Artikel 13 BGFA ist enger und erfasst nur, was dem Anwalt von der Klientschaft «anvertraut» worden ist. Das zeigt an, dass sich Artikel 16 Ukraine-Verordnung auf das Berufsgeheimnis nach Artikel 321 StGB bezieht, nicht aber auf das (engere) Anwaltsgeheimnis nach Artikel 13 BGFA, das im Übrigen auch keine «Ausnahmen» oder Einschränkungen und Vorbehalte kennt, die Artikel 321 Ziff. 3 StGB entsprächen, weshalb auch keine derartigen Einschränkungen gelten können [mit Nachweisen].

Schliesslich ist zu bemerken, dass auch die Strafbestimmung von Artikel 321 StGB als ungenügend bestimmt erscheinen muss, wenn die Liste der Personen, auf die sich entsprechende Einschränkung in deren Ziff. 3 bezieht, durch Artikel 16 Ukraine-Verordnung zwar eingeschränkt werden soll, die Einschränkung sich aber auf Artikel 15 derselben Verordnung bezieht und diese Bestimmung wiederum auf Personen, Unternehmen und Organisationen im Anhang 8 derselben Verordnung, dieser Anhang selbst aber Folgendes angibt: «Der Anhang wird weder in der AS noch in der SR veröffentlicht. Der Text kann beim SECO, Ressort Sanktionen, Holzikofenweg 36, 3003 Bern bestellt werden oder unter

www.seco.admin.ch > Aussenwirtschaft & Wirtschaftliche Zusammenarbeit > Wirtschaftsbeziehungen > Exportkontrollen und Sanktionen > Sanktionen/Embargos > Sanktionsmassnahmen" eingesehen werden.

Das erscheint unter jedem vorstellbaren Titel dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot von Artikel 1 StGB (dem, es sei daran erinnert, Verfassungsrang zukommt) zu widersprechen. Selbst wenn man also eine Einschränkung des Berufsgeheimnisses von Artikel 321 StGB durch die Ukraine-Verordnung als grundsätzlich zulässig betrachten wollte, so kann sich das höchstens auf Artikel 321 StGB und höchstens auf zukünftig anzuvertrauende Geheimnisse beziehen, muss aber jedenfalls an der Unbestimmtheit der Vorgaben scheitern. Das Anwaltsgeheimnis nach Artikel 13 BGFA ist davon jedenfalls nicht betroffen.»

F. Fazit

Es ergibt sich damit ein eindeutiges Ergebnis: Artikel 16 der Ukraine-Verordnung statuiert keine rechtsstaatlich saubere und damit ausreichende Einschränkung des Berufs- und Anwaltsgeheimnis. Mit anderen Worten liefert diese Bestimmung für die Anwältin, den Anwalt keine ausreichende Rechtfertigung, wenn sie oder er in Verletzung des Berufs- und Anwaltsgeheimnisses Meldung über Vermögenswerte sanktionierter Personen und Unternehmen erstattet, von denen in Ausübung kernanwaltschaftlicher Tätigkeit Kenntnis erworben wurde. Das muss uneingeschränkt gelten, solange sich die Anwältin nicht vom Klienten entbinden lässt und mit seinem Einverständnis Meldung erstattet. Die Beratung darüber, ob das ein sinnvoller und den Interessen des Klienten dienendes Vorgehen ist, gehört zur kernanwaltschaftlichen Aufgabe der Anwaltschaft, die sie mit der berufsrechtlich geforderten Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit zu erfüllen hat.

In seiner Stellungnahme vom 29.06.2022 zur Interpellation Nr. 22.3492 von Nationalrat Raphaël Mahaim (Grüne Schweiz) hält denn auch der Bundesrat fest, dass nach seiner Auffassung Anwältinnen und Anwälte im Rahmen ihrer spezifischen beruflichen Tätigkeiten nicht zur Meldung gesperrter Vermögenswerte nach Artikel 16 der Verordnung vom 4. März 2022 über Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine (SR 946.231.176.72, nachfolgend: Ukraine-Verordnung) verpflichtet werden sollen. Gleichzeitig verweist er auf die Haltung des Bundesgerichts, wonach mit spezifische Anwaltstätigkeit, die durch das Berufsgeheimnis geschützt ist, das Verfassen von Entwürfen von Rechtsschriften, der Beistand oder die Vertretung einer Person vor einer Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde sowie die Rechtsberatung gemeint ist (BGE 147 IV 385, E. 2.2).

G. Was gilt, wenn ein Anwalt nach Inkrafttreten der Verordnung von einer vom SECO gelisteten Person kontaktiert wird?

Auch dazu äussert sich Prof. Niggli in seinem Gutachten klar und deutlich:

"Was der Anwalt nicht vom Klienten anvertraut erhält, sondern im Rahmen seiner Tätigkeit nur beiläufig (von anderer Seite) erfährt, wird zwar nicht vom Anwaltsgeheimnis gemäss Artikel 13 BGFA erfasst, wohl aber vom Berufsgeheimnis i.S.v. Artikel 321 StGB. Nur in diesen Fällen sind Einschränkungen i.S.v. Artikel 321 Ziff. 3 StGB möglich bzw. vorstellbar, was beim Anwaltsgeheimnis ausgeschlossen bleibt. Eine Einschränkung des Berufsgeheimnisses bedürfte allerdings einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, die gegenwärtig nicht besteht. Zudem gilt auch hier, dass das Berufsgeheimnis primär die Interessen des Geheimnisherrn schützt (siehe sein Recht zum Strafantrag). Erfährt der Anwalt hingegen durch seinen Klienten von den Vermögenswerten, ist ihm diese Information anvertraut und untersteht dem Anwaltsgeheimnis nach Artikel 13 BGFA. Einschränkungen sind hier weder vorgesehen noch zulässig."

Informationen, die der Anwältin also von einem sanktionierten Klienten nach Erlass der Ukraine-Verordnung anvertraut werden, geniessen den absoluten Schutz des berufsrechtlichen Anwaltsgeheimnisses. Gelangen Informationen über Vermögenswerte des sanktionierten Klienten auf andere Weise zur Kenntnis der Anwältin, wird sie in der Praxis mit dem Klienten darüber sprechen, bevor sie eine Meldung nach der Ukraine-Verordnung in Betracht zieht. Dann aber wird die zusätzlich verifizierte Information zu Anvertrautem, und eine Meldung ohne Entbindung fällt ausser Betracht. Ohne solche Verifikation durch den Klienten, ist die Rechtslage nach Auffassung des SAV aber ebenso klar. Das strafrechtliche Berufsgeheimnis bleibt auch für solche derivativen Informationen anwendbar, und eine klare gesetzliche Grundlage dafür, dass die Meldepflicht nach der Ukraine-Verordnung vorgehen könnte, fehlt.

H. Sanktionssperren verpflichten nicht zu vertieften Abklärungen über die Herkunft gesperrter Vermögenswerte

Gesperrte Vermögenswerte gemäss der Ukraine-Verordnung sind weder vollständig noch teilweise deliktisch erworben, sondern eben nur blockiert bzw. mit Beschlag belegt. Dass geldwäschereirechtlich gegebenenfalls weitere Abklärungen notwendig sind hinsichtlich einer einzelnen Transaktion (gemäss FINMAG und zugehörigen Verordnungen), ändert daran nichts. Sicherlich nicht zutreffen kann daher die Position, dass allein die Tatsache der Sanktionssperre die Notwendigkeit weiterer Abklärungen erfordern würde. Artikel 6 Abs. 2 lit. b GwG verweist ausdrücklich auf die kriminelle Herkunft von Vermögenswerten bzw. deren Verwendung zur Finanzierung des Terrorismus. Nichts davon wird aber durch den Eintrag auf einer Liste im Zusammenhang mit der Ukraine-Verordnung präjudiziert oder vermutet. Nicht der Charakter oder die Herkunft der fraglichen Vermögenswerte stellen Hindernisse für ihre Verwendung dar, sondern allein die Tatsache, dass sie nach Artikel 15 Ukraine-Verordnung gesperrt sind. Dieser Feststellung entsprechend sieht denn Artikel 15 Abs. 5 Ukraine-Verordnung auch Ausnahmen vor, unter welchen das SECO eine Verwendung bewilligen kann, was bei Vermögenswerten krimineller Herkunft nicht der Fall wäre.

Ein Verweis auf das Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen vom 18. Dezember 2015 (SR 196.1; nachfolgend "SRVG") führt zu keinem anderen Ergebnis. Gegenstand dieses Gesetzes sind gemäss dessen Artikel 1 Vermögenswerte von PEP, die «vermutlich durch Korruption, ungetreue Geschäftsbesorgung oder andere Verbrechen erworben wurden». Eine solche Anknüpfung macht die Ukraine-Verordnung demgegenüber nicht. Sie bezieht sich allein auf das EmbG, das wiederum in Artikel 1 bestimmt, dass die vorgesehenen Zwangsmassnahmen der Durchsetzung von Sanktionen zur Einhaltung des Völkerrechts dienen. Das betrifft die Herkunft der fraglichen Vermögenswerte nicht. Die Ukraine-Verordnung und die entsprechenden Sanktionen und Listen tragen *politischen*, nicht strafrechtlichen Charakter.

Dass sich der Name einer Person auf einer solchen Liste findet, kann daher für sich nie weitere Pflichten zur Abklärung begründen.

I. Dürfen Honorare aus gesperrten Vermögen finanziert werden?

Dass die Sperrung von Vermögenswerten nach der Ukraine-Verordnung weder deren Zusammenhang mit Geldwäscherei indiziert, noch zu diesbezüglich vertieften Abklärungen anhält, wurde soeben ausgeführt.

Artikel 15 Abs. 5 der Ukraine-Verordnung nennt zudem als Ausnahme der Sperrung ausdrücklich die Verwendung zur Erfüllung bestehender Verträge, die Erfüllung von Forderungen, die Gegenstand einer bestehenden Entscheidung eines Gerichtes, einer Verwaltungsstelle oder eines Schiedsgerichts sind. Wollte man nun eine Finanzierung der Rechtsberatung und -vertretung in Verfahren gegen verhängte Sanktionen oder über deren Verwendung aus den gesperrten Vermögenswerten nicht zulassen bzw. dem Anwalt verbieten, mit einem Vorschuss an Anwaltshonoraren zu arbeiten, so würde dies bedeuten, dem betroffenen Klienten den Zugang zum Recht zu verweigern. Die jüngere Praxis des Bundesgerichts fordert von der Anwaltschaft sogar, ihre Honorare nach Möglichkeit bevorschussen zu lassen und kann die Entbindung vom Anwaltsgeheimnis zur gerichtlichen Durchsetzung von Honoraransprüchen verweigern, wenn dies unterbleibt. Dass staatliche Organe Vermögenswerte eines Individuums sperren und ihm dadurch womöglich auch die Mittel zur Finanzierung seiner Rechtsbehelfe verweigert, kann weder logisch, noch rechtsstaatlich richtig sein.

Prof. Niggli kommt daher in seinem Gutachten zum Schluss: *«Entsprechend ist die Frage, ob aus gesperrten Mitteln das Honorar für das Mandat eines Rechtsanwaltes zur Vertretung in Verfahren zur rechtlichen Überprüfung der Sperrung dieser Mittel beglichen werden kann, mit Ja zu beantworten».*

Bern, im September 2022/SAV

Quellen:

- Diverse Quellen gemäss direkten Quellenangaben im Text
- Interne Argumentarien zum Thema Revision GwG und Parlamentarischen Initiative Sommaruga
- Gutachten Prof. Marcel Niggli, Universität Freiburg, Sanktionen und Embargogesetz, Ukraine-Verordnung und Anwaltsgeheimnis, 13.5.2022
- Sergio Giacomini, im Fokus des Vorstands SAV, Anwaltsrevue 1/2017 S. 3 ff.
- Sergio Giacomini, im Fokus des Vorstands SAV, Anwaltsrevue 3/2017 S. 99 ff.
- Peter Burckhardt/Nina Lumengo Paka, Die Russland-Sanktionen der Schweiz, in: Recht der Internationalen Wirtschaft RJW 68 (1922), S. 266 ff.