

Stephan Groth / Reto Ferrari-Visca*

Höchstrichterlicher Angriff auf das Anwaltsgeheimnis?

Besprechung des Urteils 1B_85/2016 des schweizerischen Bundesgerichts vom 20. September 2016

Inhaltsübersicht

- I. Zusammenfassung
- II. Sachverhalt
- III. Erwägungen und Entscheid
 1. Abgrenzung: Anwaltstypische Tätigkeit vs. nicht privilegierte akzessorische Geschäftstätigkeit
 2. Grundsatz: Rechtsberatung zur Geldwäscherei-Compliance fällt unter das Anwaltsgeheimnis
 3. Ausnahme: Keine Geltung des Anwaltsgeheimnisses bei delegierter Geschäfts- und Controllingtätigkeit
- IV. Erläuterungen
 1. Grundlagen
 - 1.1 Bedeutung des Anwaltsgeheimnisses
 - 1.2 Rechtsgrundlagen
 2. Durchsetzung des Anwaltsgeheimnisses in behördlichen Verfahren
 - 2.1 Persönlicher Geltungsbereich
 - 2.2 Sachlicher Geltungsbereich
 3. Geldwäschereirechtliche Sorgfaltspflichten der Banken
 - 3.1 Pflicht zur Plausibilitätskontrolle
 - 3.2 Pflicht zur Herausgabe der *notigen* Dokumente
 - 3.3 Zwischenfazit: Keine geldwäschereigesetzliche Pflicht zur Durchführung einer internen Untersuchung
 4. Anwaltliche Sachverhaltsabklärungen in geldwäschereirechtlichen Belangen sind durch das Anwaltsgeheimnis geschützt
 - 4.1 Durchführung von Sachverhaltsabklärungen ist eine anwaltstypische Tätigkeit
 - 4.2 «Anwaltsexklusive» Tätigkeit ist keine Voraussetzung für das Anwaltsgeheimnis
 - 4.3 Verteidigungsmandat ist keine Voraussetzung für das Anwaltsgeheimnis
- V. Fazit und Bedeutung für die Praxis

I. Zusammenfassung

Das Anwaltsgeheimnis stellt sicher, dass Bürger und Unternehmen ihren Rechtsanwältinnen Informationen anvertrauen können, ohne befürchten zu müssen, dass auch Behörden, Gerichte oder Dritte gegen ihren Willen davon erfahren. Damit schafft das Anwaltsgeheimnis eine in einem Rechtsstaat unverzichtbare Grundlage für

eine freie und effektive Rechtsberatung und anwaltliche Vertretung. Es bildet einen «*Baustein des formellen und materiellen Rechtsstaates*»¹. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats hielt in den Beratungen zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte² fest, dass man sich vor jeder «*Relativierung des Anwaltsgeheimnisses*» hüten sollte, denn der Klient müsse «*wie z.B. beim Beichtgeheimnis*» die Gewissheit haben, dass der Anwalt das ihm Anvertraute «*in jedem Fall*» für sich behalte³.

Auch die Rechtsprechung anerkannte das Anwaltsgeheimnis als ein im öffentlichen Interesse liegendes, für den Schutz der Rechtsordnung und des Rechtszugangs zentrales Institut. Es achtete dieses Berufsgeheimnis «*erster Klasse*»⁴ selbst dann, wenn die Sicherstellung der Geheimhaltung mit dem Interesse an der Wahrheitsfindung kollidierte⁵.

Ein Urteil der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 20. September 2016 hat nun das Vertrauen in die Geltung des Anwaltsgeheimnisses und damit in den Schweizer Rechtsstaat beeinträchtigt⁶. Das

¹ WALTER SCHLUEP, Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat, Zürich 1994, N 76; vgl. zur Bedeutung des Anwaltsgeheimnisses auch HANS NATTER/GAUDENZ G. ZINDEL, Kommentar zu Art. 13 N 1, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.) Kommentar zum Anwaltsgesetz, Luzern und Zürich 2011; WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, Luzern 2010, N 456.

² Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61).

³ Vgl. das Votum von Nationalrat Jutzet, Amtliches Bulletin 2000 N 45.

⁴ Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Aargau vom 29. Januar 2013, Kantonale Staatsanwaltschaft gegen X, ZM.2012.257 und ZM.2012.286, Erw. 5.1.

⁵ BGE 135 III 597 Erw. 3.4: «*Le secret professionnel de l'avocat est donc institué et régi par des dispositions particulières de droit fédéral, édictées dans l'intérêt général parce que ce secret est un élément important de la protection de l'ordre juridique et de l'accès à la justice.*»; vgl. Auch BGer vom 9. Mai 2016, 2C_586/2015 E. 3.2 sowie Hunt v. Blackburn, 128 U.S. 464, 470 (1888): «*The rule which places the seal of secrecy upon communications between client and attorney is founded upon the necessity, in the interest and administration of justice, of the aid of persons having knowledge of the law and skilled in its practice, which assistance can only be safely and readily availed of when free from the consequences or the apprehension of disclosure.*».

⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 20. September 2016, 1B_85/2016.

* Die Autoren sind Rechtsanwälte bei Homburger AG. Sie waren nicht in den besprochenen Fall involviert.

Bundesgericht schützte die von der Bundesanwaltschaft verlangte Entsiegelung von Arbeitsprodukten von Anwälten. Eine Bank hatte die Anwälte zur Untersuchung von Geschäftsbeziehungen und Transaktionen beigezogen, die möglicherweise der Bestechung von griechischen Regierungsvertretern dienten. Die Bundesanwaltschaft hatte die anwaltlichen Unterlagen zuvor im Rahmen einer Strafuntersuchung gegen einen Mitarbeiter der Bank beschlagnahmen lassen.

Im **Ergebnis** ist das hier besprochene Urteil des Bundesgerichts nachvollziehbar. Das schweizerische Geldwäschereirecht⁷ verpflichtet Banken, alle Geschäftsbeziehungen und Transaktionen mit erhöhten Risiken – wie sie im beurteilten Fall offenbar vorlagen – zeitnah abzuklären, sobald Risiken erkennbar werden. Die Ergebnisse dieser Abklärungen sind zu dokumentieren und so aufzubewahren, dass die Bank den Auskunfts- und Beschlagnahmebegehren von (Strafverfolgungs-)Behörden unter Beilage der nötigen Dokumente innert angemessener Frist nachkommen kann. Wird ein Anwalt mit der Abklärung dieser Risiken beauftragt, stellt sich die Frage, ob sich die Bank im Falle der Beschlagnahme der anwaltlichen Dokumente auf das Anwaltsgeheimnis berufen kann oder ob die im Geldwäschereirecht statuierten Kooperations- und Editionsspflichten vorgehen. Das Bundesgericht hat nun entschieden, dass die geldwäschereirechtlichen Pflichten dann höher zu gewichten seien als das Anwaltsgeheimnis, wenn die Bank die geldwäschereigesetzlichen Abklärungs- und Dokumentationspflichten nicht selbst rechtsgenügend erfüllt, sondern sie an eine Anwaltskanzlei *delegiert*. In dieser Konstellation können sich gemäss Bundesgericht weder Bank noch Anwalt gegen die strafrechtliche Beschlagnahme der anwaltlichen (Sachverhalts-)Abklärungen durch Berufung auf das Anwaltsgeheimnis wehren. Im gleichen Geiste hat die I. öffentlich-rechtliche Abteilung in fast identischer Besetzung unlängst die Interessen der Strafverfolgungsbehörden bei Verfahren gegen Unternehmen ebenfalls als wichtiger betrachtet als den *nemo tenetur*-Grundsatz⁸. So erstaunt nicht, dass das Bundesgericht das *in casu* mögliche alternative Vorgehen, nämlich die Sanktionierung der Bank wegen Verletzung ihrer geldwäschereirechtlichen Dokumentationspflichten, nicht einmal in Erwägung gezogen hat. Zu sehr überwogen offenbar die Bedenken des Bundesgerichts, dass es zu Missbräuchen kommen könnte, wenn sich eine Bank in

der beurteilten Situation auf das Anwaltsgeheimnis berufen dürfte.

Während das Ergebnis des Urteils nachvollziehbar ist, sind es Teile dessen **Begründung** nicht:

Erstens schreibt das Bundesgericht, dass die von den Anwälten *in casu* getätigten Abklärungen geldwäschereirelevanter Sachverhalte «*deutlich*» über die vom Anwaltsgeheimnis geschützte Rechtsberatung hinausgegangen und keine anwaltstypischen Tätigkeiten mehr seien. Es entzog jene anwaltlichen Unterlagen dem Schutz durch das Anwaltsgeheimnis, die nicht primär juristische Ausführungen, sondern tatsächliche Feststellungen enthielten. Nach herrschender Lehre stellt indes die Abklärung des rechtlich relevanten Sachverhalts einen der Kernbereiche der anwaltlichen Tätigkeit dar, denn ohne Klärung und Kenntnis der Fakten ist eine rechtliche Beratung und Vertretung schlicht nicht möglich. Deshalb untersteht auch die anwaltliche Klärung des Sachverhalts nach einhelliger Lehre und Praxis dem Anwaltsgeheimnis. Ob die Abklärungen erheblichen oder geringen Aufwand verursachen, spielt keine Rolle. Dies gilt auch im Bereich der anwaltlichen Beratung zu Fragen der Geldwäschereigesetzgebung.

Zweitens begründet das Bundesgericht seinen Entscheid mit dem Hinweis, dass die Bank die Abklärungen auch selbst oder durch einen nicht als Anwalt zugelassenen Dienstleister hätte tätigen können. Dieses Argument taugt freilich zur Beschränkung des Anwaltsgeheimnisses nicht. In vielen Rechtsbereichen bieten auch Nicht-Anwälte Rechtsberatung und -vertretung an. Zu denken ist etwa an die steuer-, gesellschafts- und erbrechtliche Beratung durch Revisionsgesellschaften, Treuhänder und Banken, die Vertretung von Arbeitnehmern durch Gewerkschaften, oder die Vertretung von Asylsuchenden durch Flüchtlingsorganisationen. In diesen Bereichen ist noch niemand auf die Idee gekommen, den Schutz des Anwaltsgeheimnisses aufzuheben, weil sich der Klient auch durch einen Nicht-Anwalt hätte beraten oder vertreten lassen können. Es sind keine sachlichen Argumente ersichtlich, weshalb dies im Bereich des Geldwäschereirechts anders sein sollte.

Drittens erwähnt das Bundesgericht wiederholt, dass die Anwälte der Bank nicht im Rahmen eines Verteidigungsmandats tätig gewesen seien. Auch dieser Punkt ist nicht entscheidend. Spätestens seit der Vereinheitlichung der verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum anwaltlichen Berufsgeheimnis im Jahr 2013 ist gesetzlich ausdrücklich festgehalten, dass das Anwaltsgeheimnis im Strafprozessrecht nicht nur die Kommunikation mit dem Strafverteidiger schützt, sondern auch die Kommunikation eines Nicht-Beschuldigten mit dessen Rechtsvertreter⁹.

⁷ Vgl. Art. 6 ff. des Bundesgesetzes vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (GwG; SR 955.0) sowie Art. 15 ff. der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (GWV-FINMA; SR 955.033.0).

⁸ BGer vom 30. Mai 2016, 1B_249/2015; vgl. dazu die Besprechung von CLAUDIA M. FRITSCHÉ, Kooperieren oder nicht?, in: GesKR 2016, 376 ff.

⁹ Vgl. Art. 264 Abs. 1 lit. d der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0).

Das Anwaltsgeheimnis schützt somit die Tätigkeit des Anwalts und dessen Arbeitsprodukte integral und generell, auch wenn diese aus einer beratenden oder vorprozessualen Konsultation stammen. Diese Revision war u.a. eine Reaktion des Gesetzgebers auf die restriktive Praxis und Tendenz des Bundesgerichts, das Anwaltsgeheimnis übermässig einzuschränken¹⁰.

Diese unseres Erachtens nicht überzeugenden Urteils-erwägungen dürfen jedoch nicht isoliert gelesen werden, sondern müssen im Lichte des konkret zu beurteilenden Falles betrachtet werden. Aufgrund des geldwäscherei-rechtlichen Kontexts des vorliegenden Entscheids gehen die Autoren davon aus, dass dieser das Anwaltsgeheimnis nur insoweit aufheben wollte, **als eine Bank ihren geldwäschereirechtlichen Dokumentationspflichten nicht selbständig nachgekommen ist**. Anwaltliche Beratung kann aus diesem Grund auch in geldwäscherei-rechtlichen Belangen weiterhin unter dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses erfolgen. Die Geltung des Anwaltsgeheimnisses ist jedoch dann genauer zu prüfen, wenn keine rechtsgenügenden bankeigenen Abklärungen vorhanden sind und Anwälte entsprechende tatsächliche Abklärungen getätigt haben. In diesem Fall kann gemäss Bundesgericht die Herausgabe vorhandener anwaltlicher Sachverhaltsabklärungen nicht unter Berufung auf das Anwaltsgeheimnis verweigert werden.

II. Sachverhalt

Die Bundesanwaltschaft führt eine Strafuntersuchung gegen einen Kundenberater einer Schweizer Bank wegen qualifizierter Geldwäscherei und Urkundenfälschung. Der Kundenberater habe Kontobeziehungen verwaltet, über die mutmasslich Bestechungsgelder an griechische Regierungsvertreter geflossen seien. Noch vor Beginn der Strafuntersuchung hatte die betroffene Bank eine Zürcher und eine Londoner Anwaltskanzlei mit einer Untersuchung der relevanten Bankbeziehungen beauftragt. Die Rechtsanwälte analysierten Transaktionen, befragten den beschuldigten Kundenberater sowie andere Mitarbeitende der Bank, erstellten Aktennotizen über die Gespräche und verfassten einen Untersuchungsbericht. Die Leitungsorgane der Bank thematisierten die fraglichen Bankbeziehungen sowie die Untersuchungs-

ergebnisse anlässlich einer protokollierten Sitzung. Mit Editionsverfügung vom 24. Oktober 2014 verlangte die Bundesanwaltschaft von der Bank die Herausgabe *«sämtlicher Protokolle und Unterlagen von internen Sitzungen der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrats, bei denen die verdächtigen Bankbeziehungen Gegenstand der Sitzung waren»*. Am 21. November 2014 forderte die Bundesanwaltschaft die Bank weiter auf, *«sämtliche Unterlagen, welche die Bank im Zuge ihrer internen Untersuchung dieser Bankbeziehungen (intern und extern) erhoben hatte»*, zu edieren.

Nachdem die Bank und die Anwälte die Siegelung der an die Bundesanwaltschaft übergebenen Unterlagen verlangt hatten, stellte die Bundesanwaltschaft beim Zwangsmassnahmengericht des Kantons Bern ein Entsiegelungsgesuch. Mit Entscheid vom 3. Februar 2016 hiess das Zwangsmassnahmengericht das Entsiegelungsgesuch der Bundesanwaltschaft teilweise gut. Das Zwangsmassnahmengericht ordnete die Entsiegelung des Untersuchungsberichts (teilweise geschwärzt), der Aktennotizen über die Befragungen von Bankmitarbeitenden durch die Londoner Anwaltskanzlei (teilweise geschwärzt) sowie einer Aktennotiz zu einer der Befragungen des beschuldigten Kundenberaters (ungeschwärzt) an. Das bankinterne Sitzungsprotokoll sowie die Aktennotiz zu einer weiteren Befragung des beschuldigten Kundenberaters wurde der Bank hingegen versiegelt zurückgegeben.

Die teilweise Gutheissung des Entsiegelungsgesuchs begründete das Zwangsmassnahmengericht damit, dass die streitigen Unterlagen *«zu einem überwiegenden Teil aus eigenen Compliance-Aufgaben der Bank»* stammten, die sie an zwei Anwaltskanzleien *«delegiert»* habe, und nur *«zu einem kleinen Teil aus berufsspezifischer anwaltlicher Rechtsberatung»*. Nach Ansicht des Zwangsmassnahmengerichts hätte die Bank ihre Compliance-Aufgaben *«ebenso gut selber wahrnehmen können»*. Die Tätigkeit der Anwälte würde eine *«anwaltliche Geschäftstätigkeit»* darstellen, die nicht vom Anwaltsgeheimnis geschützt sei. Von der Entsiegelung auszunehmen bzw. einzuschwärzen seien lediglich *«spezifische Unterlagen»*, die der Rechtsberatung zugeordnet werden könnten (Erw. 2).

Gegen den Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts erhoben die Bank und die beiden Anwaltskanzleien Beschwerde ans Bundesgericht. Vor Bundesgericht machten sie geltend, dass die Herausgabe der Unterlagen Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO verletze, weil diese Dokumente *«integral»* dem Anwaltsgeheimnis unterständen, da sie im Rahmen *«anwaltstypischer Mandate»* erstellt worden seien. Falls bankinterne Untersuchungen von Geldwäschereiverdachtsfällen nicht auch hinsichtlich der Sachverhaltsermittlung dem Anwaltsgeheimnis unterstellt würden, würde der Anwalt zum *«Hilfsberiff der Strafverfolgungsbehörden degradiert»*.

¹⁰ Gemäss der Botschaft über die Anpassung von verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum anwaltlichen Berufsgeheimnis vom 26. Oktober 2011, BBl 2011, 8181 ff., 8188, hat sich das Bundesgericht dagegen ausgesprochen, den Schutz des Anwaltsgeheimnisses in Zivil- und Strafverfahren zu vereinheitlichen, da im Strafverfahren *«berechtigte Interessen an der Wahrheitsfindung»* zu beachten seien. Der Gesetzgeber hielt dem entgegen, dass es ein Anliegen gewesen sei, den Schutz des Anwaltsgeheimnisses in der StPO zu verstärken.

Die I. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts¹¹ wies die Beschwerde in Fünferbesetzung¹² aus nachfolgenden Gründen vollumfänglich ab.

III. Erwägungen und Entscheid

1. Abgrenzung: Anwaltstypische Tätigkeit vs. nicht privilegierte akzessorische Geschäftstätigkeit

Das Bundesgericht legte einleitend dar, dass Rechtsanwälte sowie ihre Hilfspersonen das Zeugnis über Geheimnisse verweigern können, die ihnen aufgrund ihres Berufes anvertraut worden sind oder die sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben (Art. 171 Abs. 1 StPO). Weiter 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 (Art. 264 Abs. 1 lit. a StPO). Dies gelte gemäss Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO analog für Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr einer nicht beschuldigten Person mit ihrem Anwalt, sofern dieser nach dem BGFA zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt und im gleichen Sachzusammenhang nicht selber beschuldigt sei (Erw. 4.2).

Nicht vom Berufsgeheimnis geschützt sei aber nach der Praxis des Bundesgerichts sowie der Lehre die sog. «(akzessorische) anwaltliche Geschäftstätigkeit». Entscheidend für die Abgrenzung von der geschützten anwaltstypischen Tätigkeit sei, ob bei den fraglichen Dienstleistungen die «kaufmännisch-operativen» oder die «anwaltspezifischen Elemente» objektiv überwiegen. Nach Ansicht des Bundesgerichts könne sich der Anwalt bei «problematischen Misch- bzw. Globalmandaten», bei denen sich anwaltspezifische Dienstleistungen und akzessorische Geschäftstätigkeit überschneiden würden, nicht «integral und umfassend» auf das Anwaltsgeheimnis berufen. Die Entscheidung darüber, welche einzelnen Tatsachen oder Unterlagen unter das Anwaltsgeheimnis

fallen, sei jeweils nach Massgabe der konkreten Verhältnisse des Einzelfalles zu treffen (Erw. 4.2).

2. Grundsatz: Rechtsberatung zur Geldwäscherei-Compliance fällt unter das Anwaltsgeheimnis

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Rechtsberatung zu «juristischen Fragen der Geldwäscherei-Compliance» grundsätzlich vom Anwaltsgeheimnis geschützt sei (Erw. 6.1). Auch schliesse die von der Vorinstanz getroffene Unterscheidung zwischen anwaltlicher Rechtsberatung und geldwäschereigesetzlich vorgeschriebenem Compliance-Controlling «keineswegs» aus, dass Banken «bei komplexen und schwierigen Fragen des Geldwäscherei-, Rechtshilfe- oder Bankenaufsichtsrechts» anwaltliche Rechtsberatung beanspruchen könnten, die «im konkreten Fall» durch das Anwaltsgeheimnis geschützt sei (Erw. 7.3). Die Abgrenzung zwischen berufstypischer anwaltlicher Tätigkeit und der nicht vom Anwaltsgeheimnis geschützten «Geschäftstätigkeit» sei gemäss Bundesgericht dann «heikel», wenn die anwaltlichen Dienstleistungen «ausserhalb eines Verteidigungsmandats über die juristische Rechtsberatung» hinausgehen würden, «etwa wenn eigentliche Bankcompliance-Aufgaben bzw. die interne Aufsicht darüber» an eine Anwaltskanzlei delegiert würden (Erw. 6.1).

3. Ausnahme: Keine Geltung des Anwaltsgeheimnisses bei delegierter Geschäfts- und Controllingtätigkeit

Gemäss Bundesgericht gehörten die «geldwäschereigesetzliche Compliance und das interne Controlling über rechtskonformes Verhalten» von Gesetzes wegen zu den «Kernaufgaben der Banken» (Erw. 6.2). Gemäss GwG seien die Banken insbesondere verpflichtet, die bei Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken gebotenen Abklärungen zu tätigen und diese zu dokumentieren (Erw. 6.2). 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 (Erw. 6.5).

Die Banken müssten die Belege so aufbewahren, dass sie allfälligen Auskunfts- und Beschlagnahmebegehren der Strafverfolgungsbehörden innert angemessener Frist nachkommen können (Art. 7 Abs. 2 GwG). Diese Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht im Hinblick auf allfällige Strafuntersuchungen erstreckte sich auf «alle

¹¹ Gemäss Art. 29 Abs. 3 des Reglements für das Bundesgericht vom 20. November 2006 (SR 173.110.131) behandelt die erste öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts Beschwerden in Strafsachen gegen strafprozessuale Zwischenentscheide, wozu u.a. Beschwerden gegen Entsiegelungen zählen.

¹² Gemäss Art. 20 Abs. 1 BGG entscheidet das Bundesgericht in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern. In Fünferbesetzung entscheidet das Gericht insbesondere über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder auf Antrag eines Richters (Art. 20 Abs. 2 BGG). Der Entscheid 1B_85/2016 ist nicht zur Publikation vorgesehen. Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass das Bundesgericht – trotz der gewichtigen Bedeutung des Schutzes des Anwaltsgeheimnisses – von einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ausgegangen ist. Wahrscheinlicher ist es, dass ein Richter beantragt hat, dass der Entscheid in Fünferbesetzung gefällt werden soll, weil sich die Richter nicht einig waren.

nötigen Dokumente». Bei komplexen Geldwäscherei-verdachtsfällen könnten darunter auch «bankinterne Untersuchungsberichte und die ihnen zugrunde liegenden strukturierten Dokumentationen über umfangreiche Bankunterlagen und Compliance-Formulare» fallen (Erw. 6.4).

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, so das Bundesgericht weiter, 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 Wirtschaftsprüfungunternehmen delegiert, sondern an eine Anwaltskanzlei überträgt» (Erw. 6.6).

Gemäss Bundesgericht habe die Bank 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 (Erw. 7.1). 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 (Erw. 7.2, vgl. auch Erw. 7.9). 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 (Erw. 7.7).

Zur Begründung führte das Bundesgericht folgende Umstände an:

- **Keine anwaltsexklusive Tätigkeit:** Die Bank und die Anwälte hätten nicht «nachvollziehbar» dargelegt, weshalb ein «Grossteil der Compliance-typischen internen Erhebungen und Dokumentationen in fachlicher Hinsicht nicht auch von bankenrechtlich spezialisierten Revisions- und Wirtschaftsprüfungsfirmen» oder von der Bank selbst hätten durchgeführt werden können (Erw. 7.2).
- **Kein Verteidigungsmandat:** In der Beschwerdeschrift sei nicht behauptet worden, dass die Befragungen im Rahmen von Verteidigungsmandaten erfolgt seien oder dass die Anwälte als Verteidiger der Bank tätig gewesen seien (Erw. 7.1). «Verteidigungs-

geheimnisse» seien mangels Verteidigungsmandaten nicht zu wahren gewesen. Vielmehr habe sich die betroffene Bank «vor dem Hintergrund ihrer gesetzlichen Verpflichtungen primär über die verdächtigen internen Geschäftsabläufe in Kenntnis setzen lassen wollen» (Erw. 7.4).

- **Fortlaufende geldwäschereirechtliche Pflichten:** Die Anwälte, die geltend gemacht hätten, sie seien nicht an den «originären Compliance-Abwicklungen» der Bank beteiligt gewesen, sondern erst «ex post» eingeschaltet worden, hätten übersehen, dass sich die gesetzlich vorgeschriebene Geldwäscherei-Compliance nicht auf Sorgfalts- und Dokumentationspflichten bei Eröffnung der Geschäftsbeziehungen oder dem Abwickeln von Transaktionen beschränke. Die Gesetzgebung schreibe vielmehr vor, dass die Bank auch nachträgliche Abklärungen und Kontrollen zu treffen habe, sobald Anhaltspunkte für geldwäscherei-verdächtige Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen erkennbar würden (Erw. 7.5).

IV. Erläuterungen

1. Grundlagen

1.1 Bedeutung des Anwaltsgeheimnisses

Das Anwaltsgeheimnis gewährleistet, dass Rechtssuchende einen zur absoluten Verschwiegenheit verpflichteten Experten mit der Beratung und Vertretung betrauen können¹³. Es stellt eine «vitale Säule für die erfolgreiche Anwaltstätigkeit»¹⁴ dar und bildet gemäss Bundesgericht die Grundlage für eine «rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Justiz»¹⁵. Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses liegt deshalb nicht nur im Interesse des einzelnen Klienten, sondern an der Achtung dieses fundamentalen rechtsstaatlichen Prinzips bestehen auch gewichtige öffentliche Interessen. Die mit dem Schutz der anwaltlichen Vertraulichkeit allenfalls einhergehenden Schwierigkeiten bei der Wahrheitsfindung sind somit aufgrund der Bedeutung des Anwaltsgeheimnisses in einem Rechtsstaat hinzunehmen¹⁶.

¹³ KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, N 120.; JÖRG SCHWARZ, Das Anwaltsgeheimnis, einige Gedanken zur heutigen Rechtslage, in: Schweizerisches Anwaltsrecht, Walter Fellmann/Claire Huguénin Jacobs/Tomas Poledna/Jörg Schwarz (Hrsg.), Luzern und Zürich 1998, 108 ff., 109; SCHLUEP (FN 1), N 13.

¹⁴ STEFAN HEIMGARTNER, Strafprozessuale Beschlagnahme, Habil., Zürich 2011, 231; vgl. auch NATER/ZINDEL (FN 1), Art. 13 N 1.

¹⁵ BGer vom 9. Mai 2016, 2C_586/2015, Erw. 2.1.

¹⁶ BGE 112 IB 606 Erw. 2b; bestätigt in BGer vom 9. Mai 2016, 2C_586/2015, Erw. 2.1.

1.2 Rechtsgrundlagen

Das Anwaltsgeheimnis leitet sich indirekt aus dem völkerrechtlich (vgl. Art. 8 EMRK) und verfassungsrechtlich (Art. 10 Abs. 2 BV) statuierten Schutz der Privatsphäre ab¹⁷. Vertragsrechtlich sind Anwälte aufgrund der auftragsrechtlichen Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR) zur Verschwiegenheit verpflichtet¹⁸. Das öffentlich-rechtliche Berufsrecht (Art. 13 BGFA)¹⁹ sowie das Strafrecht (Art. 321 StGB) stellen die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht durch entsprechende Sanktionen sicher.

Das Vertrauen, das Klienten ihren Anwälten entgegenbringen können müssen, ist somit durch zivil-, aufsichts- und strafrechtliche Bestimmungen umfassend abgesichert.

2. Durchsetzung des Anwaltsgeheimnisses in behördlichen Verfahren

Der Gesetzgeber garantiert die Achtung des Anwaltsgeheimnisses in behördlichen Verfahren, indem er den Berufsgeheimnistägern in zivil-, straf- und verwaltungsrechtlichen Verfahren absolute Zeugnisverweigerungsrechte gewährt²⁰ und Unterlagen aus dem anwaltlichen Verkehr vor einer Herausgabe an die betreffenden Behörden schützt²¹. Nachfolgend wird dargestellt, unter welchen Voraussetzungen diese Rechte den Schutz des Anwaltsgeheimnisses gegenüber Behörden sicherstellen.

2.1 Persönlicher Geltungsbereich

Gemäss Art. 171 Abs. 1 StPO können Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte das *Zeugnis* über Geheimnisse verweigern, die ihnen aufgrund ihres Berufes anvertraut worden sind oder die sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben (vgl. zur anwaltstypischen Tätigkeit nachfolgend lit. b). Gemäss Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO dürfen Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr einer Person mit ihrem Anwalt *nicht beschlagnahmt* werden. Sowohl das Zeugnisverweigerungsrecht wie auch das Beschlagnahmeverbot setzen voraus, dass es sich beim Rechtsvertreter um eine *zur Ausübung der Anwaltstätigkeit in der Schweiz zugelassene*²² bzw. *eine nach dem Anwaltsgesetz zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigte Person* handelt.

Als solche gelten die Inhaber eines kantonalen Fähigkeitsausweises (Art. 7 Abs. 1 BGFA) oder die Angehörigen eines EU- oder EFTA-Mitgliedstaates, die berechtigt sind, den Anwaltsberuf in ihrem Herkunftsstaat auszuüben und die Klienten deshalb im freien Dienstleistungsverkehr vor schweizerischen Gerichten vertreten können (Art. 21 ff. BGFA)²³. Das Zeugnisverweigerungsrecht und das Beschlagnahmeverbot gelten entsprechend nicht für einen Anwalt aus z.B. Singapur oder den USA, der nicht zur Berufsausübung in der Schweiz zugelassen ist. Dieser fällt nur unter das Schweizer Anwaltsgeheimnis, wenn er als Hilfsperson eines zur Berufsausübung in der Schweiz zugelassenen Rechtsanwalts tätig ist, was es bei der Betreuung grenzüberschreitender Sachverhalte zu bedenken gilt.

2.2 Sachlicher Geltungsbereich

Das Anwaltsgeheimnis schützt sämtliche Informationen, Mitteilungen, Abklärungen oder Wahrnehmungen, die ein Anwalt *«im Hinblick auf, im Zusammenhang mit oder im Nachgang zu einem Mandat»* macht²⁴. Als geschützt gelten beispielsweise der Bestand des Mandatsverhältnisses, der Name und der Aufenthaltsort des Klienten, dessen Verhalten gegenüber seinem Anwalt, anwaltliche Wahrnehmungen über die Gesinnung des Klienten sowie Informationen zu Erfindungen oder Projekten des Klienten²⁵. Ob der Klient oder ein Dritter dem Anwalt derartige Informationen zur Verfügung stellt oder sie der Anwalt selbst erhebt, ist unerheblich.

Die Geltung des Anwaltsgeheimnisses sowie auch die prozessualen Mitwirkungsverweigerungsrechte setzen aber voraus, dass der Anwalt die Informationen bei seiner *berufsspezifischen bzw. anwaltstypischen Tätigkeit* erlangt hat²⁶. Was er privat oder bei der Ausübung einer nicht anwaltlichen Tätigkeit erfährt, ist durch das Anwaltsgeheimnis nicht geschützt²⁷. Als *anwaltstypische Dienstleistungen* gelten forensische sowie beratende Tätigkeiten, solange der *«juristische Aspekt»*²⁸ im Vordergrund steht²⁹. Keine anwaltstypischen Tätigkeiten liegen gemäss herrschender Lehre vor, wenn das *kaufmännische Element* überwiegt bzw. der Anwalt ein *«wirt-*

¹⁷ NATER/ZINDEL (FN 1), Art. 13 N 7 ff.

¹⁸ FELLMANN (FN 1), N 461 ff.; SCHILLER (FN 13), N 385.

¹⁹ FELLMANN (FN 1), N 536.

²⁰ Art. 163 Abs. 1 lit. b ZPO, Art. 171 Abs. 1 und Abs. 4 StPO und Art. 16 Abs. 2 VwVG.

²¹ Vgl. Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO, Art. 264 Abs. 1 lit. a und d StPO sowie Art. 13 Abs. 1^{bis} VwVG.

²² ANDREAS DONATSCH, Kommentar zu Art. 171 StPO N 8, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), 2. Auflage, Zürich 2014.

²³ FELLMANN (FN 1), N 538 ff.; SCHILLER (FN 13), N 405 ff.; HEIMGARTNER (FN 14), 233.

²⁴ NATER/ZINDEL (FN 1), Art. 13 N 97; FELLMANN (FN 1), N 471 ff.

²⁵ Nach NATER/ZINDEL (FN 1), Art. 13 N 478.

²⁶ BBl 2011 8184; BSK StPO-BOMMER/ GOLDSCHMID, Art. 264 N 26; HEIMGARTNER (FN 14), 234.

²⁷ BSK StPO-VEST/HORBER, Art. 171 N 8a; BURCKHARDT/RYSER, 160; HEIMGARTNER (FN 14), 234; NATER/ZINDEL (FN 1), Art. 13 N 479.

²⁸ HEIMGARTNER (FN 14), 234.

²⁹ STEFAN HEIMGARTNER, Kommentar zu Art. 264 StPO N 16c: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), 2. Auflage, Zürich 2014; BSK StPO-VEST/HORBER, Art. 171 N 8a; FRITSCH (FN 8), GesKR 3/2016, 384.

schaftliches Mandat»³⁰ führt. Das Anwaltsgeheimnis gilt deshalb nicht, wenn Rechtsanwälte Vermögensverwaltungs- oder Verwaltungsratsmandate ausüben oder wenn sie Kommissions-, Immobilien- oder Treuhandgeschäfte tätigen³¹. Ein Verteidigungsmandat ist hingegen weder für die Geltung des Anwaltsgeheimnisses noch für die Mitwirkungsverweigerungsrechte erforderlich. Die anwaltstypische Tätigkeit untersteht vielmehr integral dem Anwaltsgeheimnis. Nachfolgend (vgl. Ziff. 4) wird darauf zurückzukommen sein, dass das Anwaltsgeheimnis auch anwaltliche Sachverhaltsabklärungen schützt, sofern der Anwalt sie im Rahmen eines anwaltstypischen Mandats tätigt.

3. Geldwäschereirechtliche Sorgfaltspflichten der Banken

Der Gesetzgeber führt den Kampf gegen die Geldwäscherei auf der Ebene des Strafrechts und durch Massnahmen, die verhindern sollen, dass Gelder verbrecherischen Ursprungs überhaupt in den ordentlichen Geldkreislauf gelangen³². Diesem Ziel dienen die den Finanzintermediären durch das GwG³³ und die GwV-FINMA³⁴ auferlegten Abklärungs- und Dokumentationspflichten. Diese verpflichten Banken bei Verdacht auf erhöhte Geldwäschereirisiken zu einer Plausibilitätskontrolle, nicht aber zu einer vertieften Abklärung und erst recht nicht zu einer umfassenden internen Untersuchung, wie sie die Anwälte der Bank im besprochenen Fall durchführten. Weiter sind Banken verpflichtet, die Ergebnisse ihrer Abklärungen in einer für Fachkundige nachvollziehbaren Dokumentation festzuhalten.

3.1 Pflicht zur Plausibilitätskontrolle

Banken sind verpflichtet, der Geldwäschereiprävention dienende Abklärungen zu tätigen. Neben der Identifikation der Vertragspartei (Art. 3 GwG) und der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person (Art. 4 GwG) sind Banken gehalten, die Hintergründe und den Zweck einer Geschäftsbeziehung oder Transaktion abzuklären, sobald diese ungewöhnlich erscheinen (Art. 6 Abs. 2 lit. a GwG und Art. 15 GwV-FINMA), An-

haltspunkte vorliegen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder qualifizierten Steuerdelikt herrühren (Art. 6 Abs. 2 lit. b GwG) oder die Transaktionen mit einem erhöhten Risiko³⁵ behaftet sind (Art. 6 Abs. 2 lit. c GwG).

Die GwV-FINMA konkretisiert, wie Banken die ihnen obliegenden Pflichten zur Bekämpfung der Geldwäscherei umsetzen müssen. Gemäss Art. 13 und 14 GwV-FINMA müssen Finanzintermediäre Kriterien entwickeln, die auf Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen mit erhöhten Risiken hinweisen. Nach Art. 15 GwV-FINMA müssen Banken bei Geschäftsbeziehungen und Transaktionen mit erhöhten Risiken *mit angemessenem Aufwand u.a.* Folgendes abklären:

- ob die Vertragspartei an den eingebrachten Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist;
- die Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte;
- den Verwendungszweck abgezogener Vermögenswerte;
- die Hintergründe und die Plausibilität grösserer Zahlungseingänge; und
- den Ursprung des Vermögens der Vertragspartei.

Der Gesetzgeber gibt in Art. 16 GwV-FINMA die für diese Abklärungen zu nutzenden Informationsquellen vor. Verlangt ist nach Art. 16 Abs. 1 lit. a-d GwV-FINMA:

- das Einholen schriftlicher oder mündlicher Auskünfte der Vertragspartei, der Kontrollinhaberin, des Kontrollinhabers oder der an Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigten Person;
- Besuche am Ort der Geschäftstätigkeit der Vertragspartei, der Kontrollinhaberin, des Kontrollinhabers oder der an Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigten Person;
- die Konsultation allgemein zugänglicher öffentlicher Quellen und Datenbanken; und
- gegebenenfalls Erkundigungen bei vertrauenswürdigen Personen.

Die Geldwäschereigesetzgebung verpflichtet somit zu jenen Abklärungen, die für ein *«befriedigendes Abklärungsergebnis»*³⁶ nötig sind und die Banken mit *«angemessenem Aufwand»* tätigen können. Dass keine umfassende Untersuchung der Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen – und erst recht keine interne Untersuchung – verlangt ist, ergibt sich auch aus Art. 16 Abs. 2 GwV-FINMA. Diese Norm verpflichtet Banken zu Recht nur dazu, die getätigten Abklärungen auf *«Plau-*

³⁰ FELLMANN (FN 1), N 480; SCHILLER (FN 13), N 480; HEIMGARTNER (FN 14), 236; NATER/ZINDEL (FN 1), Art. 13 N 480.

³¹ BURCKHARDT/RYSER, 162; BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 321 N 14; BSK StPO-Vest/HORBER, Art. 171 N 8a; FELLMANN (FN 1), N 48; SCHILLER (FN 13), N 481; Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Sonderbulletin 1/2011 zum Geldwäschereigesetz (GwG), Rz. 117; Botschaft (FN 10), 8184.

³² Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 17. Juni 1996, BBl 1996, 1101 ff., 1102.

³³ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0).

³⁴ Nachfolgende Darstellung beruht auf der seit 1. Januar 2016 in Kraft stehenden revidierten Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (SR 955.033.0).

³⁵ Die Kriterien für die Bestimmung, ob eine Geschäftsbeziehung oder Transaktion vorliegt, sind beispielhaft in Art. 13 und Art. 14 GwV-FINMA aufgeführt.

³⁶ RALPH WYSS, Kommentar zu aArt. 18 GwV-FINMA N 1, in: Geldwäschereigesetz, Daniel Thelesklaf/Ralph Wyss/Dave Zollinger/Mark van Thiel (Hrsg.), 2. Auflage, 2009.

sibilität» zu prüfen. Eine weitergehende Abklärung würde die Möglichkeiten einer Bank meist übersteigen und wäre daher nicht praktikabel. Die Prüfungen müssen nur die Tiefe haben, damit eine Bank ihren Meldepflichten nach Art. 9 GwG nachkommen bzw. ihr Melderecht nach Art. 305^{ter} StGB nutzen kann. Nach erfolgter Meldung liegt es an den Strafverfolgungsbehörden, mit ihren (Zwangs-)Mitteln den Sachverhalt vertieft abzuklären.

3.2 Pflicht zur Herausgabe der nötigen Dokumente

Banken sind gemäss Art. 7 Abs. 1 GwG und Art. 22 Abs. 1 GwV-FINMA verpflichtet, die *gesetzlich gebotenen Abklärungen* zu dokumentieren. Die Dokumentationspflicht beschränkt sich auf die in Art. 3 bis 6 GwG statuierten Identifikations- und Abklärungspflichten³⁷. Anhand der vorhandenen Belege muss sich ein fachkundiger Dritte innert angemessener Frist ein zuverlässiges Urteil über die Einhaltung der Pflichten zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung bilden können³⁸. Die Dokumentation ist so aufzubewahren, dass Strafverfolgungsbehörden und andere Berechtigte innert angemessener Frist mit den für diese Beurteilung *nötigen* Dokumenten bedient werden können (Art. 7 Abs. 2 GwG und Art. 22 Abs. 2 GwV-FINMA).

Banken müssen jene Belege erstellen und allenfalls an Behörden herausgeben, die einem fachkundigen Dritten ein Urteil über die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen ermöglichen. In Bezug auf Geschäftsbeziehungen und Transaktionen mit erhöhten Risiken sind somit jene Belege herauszugeben, die der gesetzlich verlangten und in Art. 15 und 16 GwV-FINMA konkretisierten Plausibilitätskontrolle zuzuordnen sind. Darüber hinausgehende dokumentierte Abklärungen, wie etwa der Untersuchungsbericht einer internen Untersuchung, stellen deshalb keine *nötigen*, gemäss Art. 22 GwV-FINMA herauszugebenden Unterlagen dar, da sie den Rahmen der gesetzlich verlangten Plausibilitätskontrolle sprengen.

3.3 Zwischenfazit: Keine geldwäschereigesetzliche Pflicht zur Durchführung einer internen Untersuchung

Das Bundesgericht hat im besprochenen Fall verkannt, dass eine Bank bei Geschäftsbeziehungen und Transaktionen mit erhöhten Risiken eine Plausibilitätsprüfung durchführen und nur die Ergebnisse dieser Prüfung den Strafbehörden herausgeben muss. Zu vertiefteren Abklärungen oder gar einer internen Untersuchung sind Banken nicht verpflichtet. Entsprechend müssen sie die Ergebnisse solcher Abklärungen, die den regulatorisch verlangten Rahmen deutlich übersteigen, auch nicht den Behörden übergeben. Eine Beschlagnahme solch umfassender anwaltlicher Abklärungen erscheint vielmehr nur dann begründbar, wenn die Bank selbst überhaupt keine rechtsgenügenden bankeigenen Abklärungen durchgeführt und dokumentiert hat. Liegen jedoch bankeigene Abklärungen vor, welche die gesetzlich verlangte Plausibilisierung ermöglichen, so erlaubt es das Gesetz nicht, allfällige weitergehende Untersuchungsergebnisse zu beschlagnahmen. Aufgrund der Urteilerwägungen bleibt jedoch unklar, ob im vorliegend besprochenen Fall bankeigene Abklärungen vorhanden waren und inwieweit diese allenfalls den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt haben. Es bleibt somit offen, ob die vom Bundesgericht zur Begründung der Beschlagnahme der anwaltlichen Dokumente u.a. angeführte Gefahr einer Umgehung der geldwäschereigesetzlichen bankeigenen Pflichten überhaupt bestand.

Bemerkenswert ist schliesslich auch, dass das Bundesgericht eine zur Missachtung des Anwaltsgeheimnisses alternative Vorgehensweise nicht einmal erwogen hat: Die Nichterfüllung der geldwäschereirechtlich vorgeschriebenen Abklärungs- und Dokumentationspflichten ist rechtswidrig und kann aufsichtsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, einschliesslich eines *Enforcement*-Verfahrens der FINMA gegen die Bank und die betroffenen Organe und Mitarbeitenden. Unseres Erachtens wäre dieses Vorgehen die rechtlich korrekte Antwort gewesen – und nicht die Aufhebung des Anwaltsgeheimnisses – sofern die betroffene Bank *in casu* ihren aufsichtsrechtlichen Pflichten tatsächlich nicht durch eigene Abklärungen bereits nachgekommen ist.

4. Anwaltliche Sachverhaltsabklärungen in geldwäschereirechtlichen Belangen sind durch das Anwaltsgeheimnis geschützt

Das Bundesgericht rechtfertigte sein Urteil damit, dass (i) die Tätigkeit der Anwälte *«deutlich»* über eine vom Anwaltsgeheimnis geschützte Rechtsberatung hinausgegangen sei, (ii) die Abklärungen auch andere Spezialisten hätten tätigen können und (iii) die Anwälte nicht im Rahmen eines Verteidigungsmandats gehandelt hätten. Wie nachfolgend zu zeigen ist, sind diese Kriterien zur

³⁷ CHRISTOPH K. GRABER, Kommentar zu Art. 7 GwG N 4 ff., in: Das neue GwG, Christoph K. Graber/Dominik Oberholzer (Hrsg.) 3. Auflage, 2009; WYSS (FN 36), Kommentar zu Art. 7 GwG N 3 ff.; TAMARA TAUBE, Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag, Diss. St. Gallen 2013, 206 ff.

³⁸ Verlangt wird etwa, dass Transaktionen aufgrund der vorhandenen Unterlagen nachvollziehbar sind, ein aktuelles Kundendossier besteht und die vorhandenen Unterlagen an einem sicheren, jederzeit zugänglichen Ort in der Schweiz aufbewahrt werden; vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. November 2015, B-7096/2013, Erw. 5.1 ff.; WYSS (FN 36), Kommentar zu aArt. 23 GwV-FINMA N 2, der empfiehlt, ein Register der wirt. Berechtigten und Bevollmächtigten zu führen.

Beurteilung der Geltung bzw. Einschränkung des Anwaltsgeheimnisses indessen gemäss absolut herrschender Lehre und Praxis nicht massgebend.

4.1 Durchführung von Sachverhaltsabklärungen ist eine anwaltstypische Tätigkeit

Das Bundesgericht führte aus, dass die von den von der Bank mandatierten Rechtsanwältinnen erbrachten Dienstleistungen nicht mehr anwaltstypisch gewesen seien, da sie über eine vom Anwaltsgeheimnis geschützte Rechtsberatung «*deutlich*» hinausgegangen seien (Erw. 7.1 und 7.7). Das Bundesgericht bestätigte die von der Vorinstanz vertretene Auffassung, wonach die Bank jene Unterlagen an die Bundesanwaltschaft herauszugeben hatte, die der «*delegierten Geschäfts- und Controllingtätigkeit*» und nicht der «*Rechtsberatung im engeren Sinn*» zugeordnet wurden (Erw. 7.7). Zu edieren hatte die Bank deshalb den Untersuchungsbericht (teilweise geschwärzt), die Aktennotizen über die Befragungen von Bankmitarbeitenden durch die Londoner Anwaltskanzlei (teilweise geschwärzt) sowie eine Aktennotiz zu einer der Befragungen des beschuldigten Kundenberaters (ungeschwärzt). Zu schwärzen waren jene Passagen, die «*erkennbar mit rechtsberatenden anwaltlichen Dienstleistungen verknüpft*» oder die «*nicht untersuchungsrelevant*» waren (Erw. 7.8). Das Bundesgericht entzog somit die **anwaltlichen Sachverhaltsabklärungen, nicht aber die juristischen Schlussfolgerungen** dem Schutz durch das Anwaltsgeheimnis.

Damit Anwälte juristisch beraten können, ist es aber unabdingbar, dass Klienten ihnen sämtliche für die Rechtsberatung relevanten Fakten zugänglich machen. In einem Rechtsstaat müssen sich Klienten deshalb darauf verlassen können, dass *alle dem Rechtsanwalt offenbarten vertraulichen Informationen* den durch das Anwaltsgeheimnis «*hermetisch geschlossenen Geheimbereich*»³⁹ nicht verlassen. Entgegen den bundesgerichtlichen Erwägungen im vorliegenden Entscheid ist anerkannt, dass das Anwaltsgeheimnis insbesondere anwaltliche Sachverhaltsabklärungen bzw. im Rahmen einer anwaltstypischen Tätigkeit erlangte Tatsachen schützt. So ist der Botschaft zum BGFA zu entnehmen, dass das Anwaltsgeheimnis «*sämtliche der Anwältin oder dem Anwalt anvertrauten Tatsachen und Dokumente, die einen gewissen Bezug zur Ausübung des Anwaltsberufs haben*»⁴⁰, schützt. Auch das Bundesgericht führte in der Vergangenheit aus, dass das Anwaltsgeheimnis die dem Anwalt anvertrauten oder von diesem wahrgenommenen Tatsachen vor der Kenntnisnahme Dritter schütze⁴¹. So

entschied es in der Vergangenheit, dass ein im Besitze eines Anwalts befindliches schriftliches Geständnis eines Beschuldigten, das kaum rechtsberatende Elemente enthalten haben dürfte, durch das Anwaltsgeheimnis vor einer Beschlagnahme geschützt sei⁴². Auch von der Lehre wird nicht angezweifelt, dass das Anwaltsgeheimnis auch rein sachverhaltsbezogene Informationen schützt⁴³. So dürfe ein Anwalt von ihm gemachte Wahrnehmungen oder vom Klienten zur Verfügung gestellte Analysen und Beurteilungen nicht preisgeben⁴⁴.

Dass das Anwaltsgeheimnis auch sachverhaltsbezogene Informationen schützt, gilt auch im Bereich der anwaltlichen Beratung zu geldwäschereirelevanten Fragestellungen – denn nur wer den Sachverhalt kennt, kann einen Klienten zu den Compliance- und Meldepflichten beraten, ihn auf regulatorische, zivil- und strafrechtliche Verfahren vorbereiten und allenfalls zur Verbesserung des geldwäschereirechtlichen Dispositivs oder die zur Sanktionierung fehlbarer Mitarbeiter erforderliche Massnahmen empfehlen. Nach Ansicht der Autoren bestehen deshalb keine sachlichen Grundlagen, um die Tätigkeiten der Anwälte im besprochenen Fall und deren Arbeitsprodukte als nicht privilegierte akzessorische Geschäftstätigkeit eines Anwalts einzustufen. Auch der Schutz anwaltlicher Sachverhaltsabklärungen, die im Rahmen einer internen Untersuchung erfolgen, ist im Übrigen anerkannt. So schützte das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Aargau einen Bericht von Anwälten, die eine Bank mit der Durchführung einer internen Untersuchung zu bankenregulatorischen Fragestellungen beauftragt hatte⁴⁵. Die Anwälte hatten u.a. den relevanten Sachverhalt festzustellen und diesen mit den massgebenden rechtlichen Vorgaben des Bankenrechts zu vergleichen. Das Zwangsmassnahmengericht hielt fest, dass es sich bei derartigen Abklärungen um «*berufsspezifische Beratungstätigkeiten eines Anwaltes*» handle, die vom Berufsgeheimnis abgedeckt seien. In der Tat: In der vergleichbaren Konstellation des Arztgeheimnisses wäre es auch abwegig, nur die verordnete Behandlung, nicht aber die vom Patienten geschilderten Symptome und die ärztliche Diagnose vor der Kenntnisnahme Dritter zu schützen. Der nach Gutdünken einer Behörde zu weitgehende Umfang einer anwaltlichen Sachverhaltsabklärung schliesst die Geltung des Anwaltsgeheimnisses in

die ihm von Klienten anvertraut worden sind, um die Ausübung des Mandates zu ermöglichen, oder die der Anwalt in Ausübung seines Mandats wahrgenommen hat».

⁴² BGE 117 Ia 341.

⁴³ SCHILLER (FN 13), N 376, hält fest, dass alle Sachverhaltsinformationen, die der Klient seinem Anwalt offenbart, zu schützen seien, da es nicht sein dürfe, dass der Klient aus Angst vor möglicher Offenlegung stets abwägen müsse, welche Information er dem Anwalt preisgeben soll; NATER/ZINDEL (FN 1), Art. 13 N 83.

⁴⁴ NATER/ZINDEL (FN 1), Art. 13 N 83; FELLMANN (FN 1), N 425.

⁴⁵ Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Aargau vom 29. Januar 2013, Kantonale Staatsanwaltschaft gegen X, ZM.2012.257 und ZM.2012.286, Erw. 5.3.

³⁹ SCHLUEP (FN 1), N 41; SCHILLER (FN 13), N 377.

⁴⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz BGFA) vom 28. April 1999, BBl 1999 6013 ff., 6055.

⁴¹ Gemäss BGE 115 Ia 197 Erw. 3c erstreckt sich die Geheimhaltungspflicht des Anwaltes im Sinne von Art. 321 StGB «*auf Tatsachen,*

einem Rechtsstaat, der Parteien die Vertragsfreiheit zugesteht, daher selbstredend nicht aus. Lehrmeinungen, die die bundesgerichtliche Auffassung auch nur ansatzweise stützen würden, sind nicht auffindbar, und auch in den Materialien finden sich keinerlei Hinweise, die ein solches Urteil rechtfertigen.

4.2 «Anwaltsexklusive» Tätigkeit ist keine Voraussetzung für das Anwaltsgeheimnis

Weiter hielt das Bundesgericht den Beschwerdeführerinnen entgegen, sie hätten nicht begründet, weshalb ein Grossteil der Compliance-typischen internen Erhebungen und Dokumentationen «*in fachlicher Hinsicht nicht auch von bankenrechtlich spezialisierten Revisions- und Wirtschaftsprüfungsfirmen*» oder von der Bank selbst hätten durchgeführt werden können (Erw. 7.2). Auch hielt das Bundesgericht fest, dass es für den Schutz des Anwaltsgeheimnisses nicht ausreichte, dass die fraglichen Tätigkeiten durch eine Anwaltskanzlei wahrgenommen worden seien (Erw. 7.2).

Ein «*anwaltsexklusiver Bereich*» besteht jedoch nur im Rahmen des sog. Anwaltsmonopols. Dieses behält die berufsmässige Vertretung von Parteien vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden den Inhabern eines Anwaltspatents vor (vgl. Art. 2 Abs. 1 BGFA)⁴⁶. Es beschränkt die Wirtschaftsfreiheit von Nicht-Anwälten in Bezug auf forensische Tätigkeiten. Ausserhalb von Zivil- und Strafverfahren ist jedoch beispielsweise die Vertretung durch Nicht-Anwälte vor Bundesgericht zulässig (Art. 40 Abs. 1 BGG *e contrario*). Weiter können Nicht-Anwälte Parteien in Zwangsvollstreckungsverfahren (Art. 27 SchKG) und je nach kantonaler Regelung auch in Übertretungsstrafverfahren (Art. 127 Abs. 5 StPO) gewerbmässig vertreten. Nicht-Anwälte bieten zudem weitere Rechtsdienstleistungen an, die auch von Anwälten erbracht werden, denn ein «*Rechtsberatungsmonopol*»⁴⁷ existiert in der Schweiz nicht⁴⁸. Als Beispiele sind zu nennen:

- Treuhänder und Steuerexperten bieten gesellschafts- und steuerrechtliche Beratungen an;
- Finanzexperten beraten in erbrechtlichen Belangen;
- Architekten beraten in baurechtlichen Angelegenheiten;
- Mieter- und Vermieterverbände beraten in mietrechtlichen Angelegenheiten und Streitigkeiten;
- Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände bieten Beratungen im Arbeitsrecht an;
- Konsumentenorganisationen unterstützen Konsumenten in konsumentenrechtlichen Anliegen; und

- Flüchtlingsorganisationen beraten Asylsuchende zu Fragen des Asylrechts und vertreten diese in Asylverfahren.

Würde daher die Geltung des Anwaltsgeheimnisses davon abhängig gemacht, dass die fragliche Tätigkeit *nur* von Anwälten ausgeführt werden kann, würde das Anwaltsgeheimnis marginalisiert. Praktisch sämtliche klassischen anwaltlichen Tätigkeiten, die nach gängiger Praxis unter das Anwaltsgeheimnis fallen, können und werden auch von Nicht-Anwälten ausgeübt. Entgegen dem Bundesgericht entfällt der Schutz durch das Anwaltsgeheimnis daher nicht allein deshalb, weil ein Nicht-Anwalt eine vergleichbare Dienstleistung wie ein Berufsgeheimnisträger erbringen könnte. Auch muss sich der Klient den Strafbehörden gegenüber weder erklären noch rechtfertigen, weshalb er einen Anwalt – anstelle etwa einer Prüfgesellschaft – beigezogen hat, um den Schutz des Anwaltsgeheimnisses beanspruchen zu dürfen. In der kantonalen Rechtsprechung wird zutreffend festgestellt, dass für die Geltung des Anwaltsgeheimnisses nicht entscheidend sei, «*dass der Auftrag möglicherweise auch einer Revisionsgesellschaft hätte erteilt werden können*», denn wenn ein Anwalt beauftragt und berufsspezifisch tätig werde, «*unterliegen die entsprechenden Arbeitsprodukte dem Anwaltsgeheimnis*»⁴⁹.

4.3 Verteidigungsmandat ist keine Voraussetzung für das Anwaltsgeheimnis

Das Bundesgericht deutete in verschiedenen Erwägungen an, dass die Geltung des Anwaltsgeheimnisses vom Bestand eines Verteidigungsmandats abhängt. In Erw. 6.1. wurde etwa ausgeführt, dass die Abgrenzung zwischen berufstypischer anwaltlicher Tätigkeit und nicht geschützter Geschäftstätigkeit dann «*heikel*» sei, wenn die anwaltlichen Dienstleistungen «*ausserhalb eines Verteidigungsmandats*» über die juristische Rechtsberatung in Compliance-Fragen hinausgehen. In Erw. 7.1. hält das Bundesgericht den Beschwerdeführerinnen entgegen, dass diese nicht behauptet hätten, dass die Befragungen von Mitarbeitenden «*im Rahmen von Verteidigungsmandaten*» erfolgt wären. In Erw. 7.4. führte das Bundesgericht aus, dass keine «*Verteidigungsgeheimnisse*» zu wahren seien, sondern sich die betroffene Bank «*vor dem Hintergrund ihrer gesetzlichen Verpflichtungen*» primär über die verdächtigen internen Geschäftsabläufe habe in Kenntnis setzen lassen wollen. Schliesslich liess das Bundesgericht offen, ob eine anwaltliche Befragung von Mitarbeitenden einer Bank zu geldwäschereverdächtigen Geschäftsvorgängen in begründeten Fällen «*auch ohne entsprechendes Verteidigungsmandat*» der Rechtsbera-

⁴⁶ FELLMANN (FN 1), N 710 ff.; SCHILLER (FN 13), N 122.

⁴⁷ SCHILLER (FN 13), N 125.

⁴⁸ SCHILLER (FN 13), N 125; FELLMANN (FN 1), N 712.

⁴⁹ Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Aargau vom 29. Januar 2013, Kantonale Staatsanwaltschaft gegen X, ZM.2012.257 und ZM.2012.286, Erw. 5.3.

tung und damit der anwaltsspezifischen Berufstätigkeit zugerechnet werden könnte.

Wie bereits dargelegt, ist eine anwaltstypische Tätigkeit nicht vom Bestand eines Verteidigungsmandats abhängig. Dies hat der Gesetzgeber mit aller Deutlichkeit – aber gegen den Willen des Bundesgerichts⁵⁰ – mit Erlass von Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO klargestellt. Im Gegensatz zu Art. 264 Abs. 1 lit. a StPO, der den Verkehr eines Beschuldigten mit seinem Verteidiger schützt, statuiert Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO ein Beschlagnahmeverbot für sämtliche Unterlagen, die aus dem Verkehr einer nicht-beschuldigten Person mit ihrem Anwalt stammen. Dass das Bundesgericht die Geltung des Anwaltsprivilegs vom Bestand eines Verteidigungsmandats abhängig macht, widerspricht somit dem in Art. 264 Abs. 1 lit. d StPO manifestierten Willen des Gesetzgebers diametral.

V. Fazit und Bedeutung für die Praxis

Trotz der unzutreffenden bzw. teilweise unklaren Begründung des hier besprochenen Bundesgerichtsurteils ist nach Auffassung der Autoren nicht auf eine generelle Relativierung des Anwaltsgeheimnisses bei durch Anwälte durchgeführten bankinternen Untersuchungen und bei anwaltlichen Abklärungen im Geldwäschereibereich zu schliessen. Das Bundesgericht scheint vielmehr entschieden zu haben, wie vorzugehen ist, wenn eine Bank ihren geldwäschereigesetzlichen Pflichten nicht rechtsgenügend nachkommt, aber zugleich weitergehende Abklärungen eines mandatierten Anwalts vorhanden sind. Für diese singuläre Konstellation ist das Bundesgericht zum Ergebnis gekommen, dass die Erfüllung der bankeigenen Abklärungs-, Dokumentations- und Kooperationspflichten gemäss GwG höher zu gewichten seien, als der Schutz der anwaltlichen Sachverhaltsabklärungen durch das Anwaltsgeheimnis. Denn anders zu entscheiden, so das Bundesgericht, hiesse, dass sich eine Bank durch Berufung auf das Anwaltsgeheimnis den eigenen geldwäschereirechtlichen Pflichten in missbräuchlicher Weise entziehen könnte.

Das Urteil des Bundesgerichts stimmt aber doch nachdenklich, da die Begründung unseres Erachtens mehrheitlich auf nicht haltbaren Argumenten beruht. Obwohl der Gesetzgeber mit der Anpassung der verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum anwaltlichen Berufsgeheimnis vom 26. Oktober 2011 unlängst in aller Deutlichkeit den Schutz des Anwaltsgeheimnisses verstärkt hat, scheint das Bundesgericht unbeirrt seinen Kurs fortzusetzen und das Anwaltsgeheimnis einzuschränken. Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht in Bälde mit der erforderlichen Klarheit den unmissverständlichen Willen des

Gesetzgebers umfassend respektiert und sich mit aller Deutlichkeit zum Anwaltsgeheimnis als tragenden Pfeiler unseres Rechtsstaats bekennt.

Um sicherzustellen, dass anwaltliche Sachverhaltsabklärungen im Rahmen der Rechtsberatung zu geldwäschereirechtlichen Belangen unter dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses erfolgen können, ist aber einstweilen in der Praxis Folgendes zu bedenken:

- **Sicherstellung der Plausibilitätskontrolle:** Auch wenn eine Bank einen Anwalt beizieht, muss sie sicherstellen, dass die geldwäschereirechtlich vorgesehene Plausibilitätskontrolle bei Geschäftsbeziehungen und Transaktionen mit erhöhten Risiken durchgeführt und dokumentiert wird. Die Bank kann die Kontrolle und Dokumentation selber durchführen oder an Dritte übertragen.
- **Klare Mandatierung:** Der Mandatsvertrag sollte klarstellen, dass die anwaltlichen Abklärungen nicht die bankeigenen gesetzlichen Abklärungs- und Dokumentationspflichten umfassen. Die gilt, wenn die Bank diese Pflichten in rechtsgenügender Weise selber erfüllt.
- **Trennung von Tatsächlichem und Rechtlichem:** Sind keine rechtsgenügenden bankeigenen Abklärungen vorhanden oder werden externe Anwälte mit der gesetzlich vorgeschriebenen Plausibilitätskontrolle beauftragt, so muss aufgrund des vorliegend besprochenen Urteils davon ausgegangen werden, dass die Beschlagnahme anwaltlicher Unterlagen nicht durch Berufung auf das Anwaltsgeheimnis verweigert werden kann. Falls Anwälte auch die geldwäschereirechtlich vorgesehene Plausibilitätskontrolle vornehmen, ist diese als solche zu kennzeichnen und der Bank zur Dokumentation zu übergeben. Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses entfällt bei einer solchen Delegation insoweit, als die Unterlagen Tatsächliches und nicht Rechtliches dokumentieren. In der Praxis kann es sich unter diesen Umständen aufdrängen:
 - o rechtsberatende und sachverhaltsbezogene Unterlagen klar zu trennen und die Möglichkeit der Beschlagnahme letzterer Unterlagen zu bedenken; oder
 - o Untersuchungsergebnisse mündlich zu präsentieren.

⁵⁰ Botschaft (FN 10), 8188.