

DIE EROSION DES ANWALTSGEHEIMNISSES

DIE ENTSIEGELUNGSPRAXIS DES BUNDESGERICHTS ALS SPIEGEL DES WANDELS DES ANWALTSBERUFS?

PATRICK SUTTER

RA, Dr. iur., Schwyz/Wollerau

Stichworte: Anwaltsgeheimnis, Entsigelungspraxis des Bundesgerichts, interne Untersuchungen durch externe Anwaltskanzleien

Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Entsigelung von Dokumenten, welche Informationen enthalten, die möglicherweise durch das Anwaltsgeheimnis geschützt sind, diverse Kriterien in seiner Rechtsprechung etabliert, die nach Sinn und Zweck des Berufsgeheimnisses zu problematisieren sind und eher durch die Strafverfolgungsinteressen motiviert zu sein scheinen. Und sie würden bei genereller Anwendung das Anwaltsgeheimnis in einer Weise erodieren lassen, wie dies nach der hier vertretenen Auffassung nicht im Interesse des Rechtsstaates sein kann.

I. Einleitung

Wenn Vertreter des Anwaltsstandes vom Höchstgericht fordern, dass es sich flexibler Gestaltungen von Organisationsformen und Tätigkeiten vor dem Hintergrund der Wirtschaftsfreiheit nicht verschliessen dürfe,¹ so müssen diese Äusserungen m.E. im Bewusstsein erfolgen, welche Konsequenzen damit im Hinblick auf die Kernaufgaben der Anwaltstätigkeit verbunden sein können. Dies zeigt sich etwa am hier Gegenstand bildenden Themenbereich der Geltung des Berufsgeheimnisses der Anwältinnen und Anwälte (nachfolgend vereinfachend «Anwaltsgeheimnis»).

Die Rechtsprechung zum Begriff bzw. Gehalt des Anwaltsgeheimnisses entwickelt sich *einerseits* im berufsrechtlichen (Art. 13 BGFA) und strafrechtlichen (Art. 321 StGB) Zusammenhang, insbesondere auch zur Befreiung von ebenjenem zum Zweck der Geltendmachung von Honorarforderungen gegenüber der Mandantschaft. *Andererseits* aber zeigt sich in der Rechtsprechung zum Geltungsbereich des Berufsgeheimnisses in der Frage der Entsigelung von beschlagnahmten Unterlagen ein Bild des sich drastisch wandelnden Berufsbildes zumindest eines Teils dieser Berufsgruppe.

Eine einlässliche Darstellung hierzu folgt in der Anwaltsrevue noch.² Der vorliegende Beitrag äussert sich bezogen auf das Urteil 1B_433/2017 vom 21. 3. 2018, das in einer langen Reihe von Urteilen zur Entsigelungsfrage seit dem Urteil 1B_85/2016 vom 20. 9. 2016³ steht.⁴

II. Sachverhalt des Urteils 1B_433/2017 vom 21. März 2018

Eine Bank hatte eine bankinterne Untersuchung durch eine Schweizer Anwaltskanzlei erstellen lassen zur Frage, ob die verantwortlichen Organe der Bank im Zusammenhang mit Kontenbeziehungen zu betrugsgeschädigten Kunden die in Art. 9 GwG vorgeschriebene Verdachtsmeldung an die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) pflichtwidrig unterlassen. Dieser Abschlussbericht der Anwaltskanzlei wurde Gegenstand von Editionsbegehren in einem Strafverfahren gegen die Hauptverantwortlichen, dort jedoch wurde das Entsigelungsbegehren aus formalen Gründen abgewiesen⁵. Im separaten Verwaltungsstrafver-

¹ Vgl. zuletzt etwa BEAT VON RECHENBERG, Interdisziplinäre Anwaltskörperschaft – wohin führt der Weg?, Anwaltsrevue 5/2018, S. 201 ff.

² Vgl. BENOIT CHAPPUIS/DAVID RAEDLER, Anwaltsrevue 6/7 2018.

³ Hierzu einlässlich WOLFGANG WOHLERS/VERONICA LYNN, Das Anwaltsgeheimnis bei internen Untersuchungen, recht 1/2018, S. 9 ff.

⁴ Vgl. Urteile 1B_295/2016 vom 10. 11. 2016, 1B_331/2016 vom 23. 11. 2016, 1B_436/2016 vom 16. 3. 2017, 1B_376/2017 vom 22. 11. 2017 (BGE 143 IV 462) sowie jüngst nun die beiden Urteile 1B_525 und 1B_526/2017 vom 4. 5. 2018.

⁵ Urteil 1B_7/2017 vom 19. 6. 2017.

fahren (gegen Verantwortliche der Bank) erliess das EFD eine Editionsverfügung. Die Bank reichte den Abschlussbericht elektronisch und auf einem passwortgeschützten Datenträger (sprich: versiegelt) beim EFD ein und erhob Einsprache gegen die Durchsichtung der Unterlagen. Das EFD stellte beim Bundesstrafgericht ein Gesuch um Entsiegelung der fraglichen Aufzeichnungen bzw. um deren Freigabe zur Durchsichtung. Am 4.9.2017 wies die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts das Entsiegelungsgesuch ab. Zur Begründung wurde auf das anwaltliche Berufsgeheimnis verwiesen.

III. Erwägungen des Bundesgerichts

Art. 46 Abs. 3 VStrR besagt, dass Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr einer Person mit ihrem Anwalt nicht beschlagnahmt werden dürfen, sofern der Anwalt nach BGFA zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt ist und im gleichen Sachzusammenhang nicht selber beschuldigt ist (vgl. auch Art. 264 Abs. 1 lit. c-d i. V. m. Art. 171 Abs. 1 StGB).

Nach Ansicht des Bundesstrafgerichts (Vorinstanz) handle es sich bei der Untersuchung (und damit beim Abschlussbericht als deren Ergebnis) «klarerweise um klassische anwaltliche Rechtsberatung». Dies gelte auch für die Sachverhaltsfeststellungen, die Erhebungen durch Interviews sowie die Auswertung von über 520 000 E-Mails und diversen Telefonaufzeichnungen umfassen. Anders als im Urteil 1B_85/2016 habe die Bank nicht die Anwaltskanzlei beauftragt, um die Compliance- und Controllingaufgaben wahrzunehmen, sondern sie habe den Sachverhalt bezüglich der Geschäftsbeziehungen der Bank mit externen Vermögensverwaltern festgestellt, diesen rechtlich gewürdigt und Empfehlungen abgegeben.

Das Bundesgericht erinnert an seine Rechtsprechung, wonach die *akzessorische anwaltliche Geschäftstätigkeit nicht vom Berufsgeheimnis geschützt* sei. Diese umfasse «insbesondere die Geschäftsführung bzw. Verwaltung einer Gesellschaft oder die Vermögensverwaltung. Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung ist, ob bei den fraglichen Dienstleistungen die kaufmännisch-operativen oder die anwaltsspezifischen Elemente objektiv überwiegen» (E. 4.2).

«Bei problematischen Misch- bzw. Globalmandaten, bei denen sich anwaltsspezifische Dienstleistungen und akzessorische Geschäftstätigkeit überschneiden, kann sich der Anwalt oder die Anwältin ... nicht pauschal und umfassend auf das Berufsgeheimnis berufen. Die Entscheidung darüber, welche einzelnen Tatsachen oder Unterlagen unter das Anwaltsgeheimnis fallen, ist nach Massgabe der konkreten Verhältnisse des Einzelfalles zu treffen» (E. 4.3).

Das Bundesgericht erinnert sehr detailliert an die geldwäschereirechtlichen Abklärungs- und Meldepflichten der Banken (E. 4.4.-4.11) und geht auf besagte Rechtsprechung im Fall 1B_85/2016 ein, wonach «die fragliche bankinterne Controlling- und Untersuchungstätigkeit (inklusive Dokumenten-Transaktionsanalysen und Mitarbei-

terbefragungen) über eine vom Anwaltsgeheimnis geschützte Rechtsberatung deutlich hinausgegangen» sei (E. 4.12). Die bankinternen Untersuchungen hätten in jenem Fall «in weiten Teilen auch die Funktion eines geldwäschereigesetzlich vorgeschriebenen Controlling von Compliance-Vorschriften, welches zu den gesetzlichen Geschäftsaufgaben der Bank gehört», gehabt (E. 4.15).

Es ist demnach zu unterscheiden zwischen «anwaltschaftlicher Rechtsberatung und dem geldwäschereigesetzlich vorgeschrieben Controlling und Auditing (betreffend die von Banken einzuhaltenden Compliance-Vorschriften)» (E. 4.13). Im vorliegenden Fall sei der Untersuchungsauftrag der Anwaltskanzlei als Mischmandat zu qualifizieren, da es «neben rechtsberatenden Anteilen deutliche Merkmale eines nicht anwaltsspezifischen bankenrechtlichen Controlling und Auditing der von der Bank einzuhaltenden Controlling-Vorschriften im Bereich Geldwäschereiabwehr» enthalte. Es handle sich «zumindest partiell um komplexe finanzwirtschaftliche Dienstleistungen» (E. 4.16). Es sei «nicht ersichtlich, weshalb für komplexe interne Untersuchungen und Audits dieser Art (mit Befragungen von diversen Mitarbeitern und Auswertungen von zahlreichen Dokumenten, E-Mails und Telefonaten) notwendigerweise Anwaltskanzleien herangezogen werden müssen und weder bankinterne Rechts- und Controlling-Abteilungen noch spezialisierte externe Wirtschaftsprüfungs-, Revisions- und Auditingunternehmen den massgeblichen Sachverhalt ausreichend hätten abklären können... Soweit es sich dabei nicht um berufstypische – etwa forensische, rechtsgeschäftsplanende oder rechtsberatende – anwaltliche Aufgaben handelt (die zwangsläufig dem Anwaltsgeheimnis unterstehen müssten), sind solche globalen Dienstleistungen im Rahmen von Mischmandaten (die auf dem Finanzdienstleistungsmarkt im Übrigen regelmässig aktiv beworben werden) grundsätzlich als akzessorische anwaltliche «Geschäftstätigkeit» einzustufen» (E. 4.16).

Die Bank selbst sei eben «gesetzlich verpflichtet, geeignete Dokumente anzulegen, die es den zuständigen Strafbehörden nötigenfalls ermöglichen, auch komplexe bankinterne Sachverhalte aufzuklären» (E. 4.17). Sie lege «nicht dar, dass sie der im Verwaltungsstrafverfahren zuständigen Strafbehörde eine andere geeignete Dokumentation – anstelle der versiegelten internen Berichte – zur Verfügung gestellt hätte» (E. 4.18). Dass anwaltliche Sachverhaltsermittlung und Rechtsberatung in komplexen bankinternen Untersuchungen zwangsläufig untrennbar zusammen gehörten, überzeuge «in dieser pauschalen Form nicht, zumal auch nicht erkennbar ist, weshalb Anwälte nur zu Lebenssachverhalten Rechtsberatung leisten können sollten, die sie zuvor als Privatermittler selber festgestellt haben» (E. 4.18).

Die Vorinstanz wurde vom Bundesgericht dementsprechend angewiesen, zu prüfen, welche Teile der versiegelten Aufzeichnungen der anwaltlichen Rechtsberatung zugeordnet werden können. Sie müsse die versiegelten Berichte einsehen und einer entsprechenden Triage unterziehen.

IV. Anmerkungen

Das Bundesgericht argumentiert (in E. 4.17 f., nach entsprechenden Ausführungen in E. 4.4–4.11), dass die Bank geldwäschereirechtliche Dokumentationspflichten habe und sie, wenn sie diese vernachlässige und später dann einen Bericht durch externe Berater erstellen lasse, deshalb diesen Bericht einzureichen habe, da er substituierend das Einzige sei, was sie dazu vorzuweisen habe. Diese Ausführungen überzeugen nicht, wenn die Bank nicht behauptet, den Bericht im Rahmen ihrer geldwäschereirechtlichen Dokumentationspflichten in Auftrag gegeben zu haben. Die Bank ist vielmehr auf der Basis dessen zu beurteilen, dass sie diese Pflichten vernachlässigt und *keine* Dokumentation vorzuweisen hat. Der extern erstellte Bericht, der diese Pflichterfüllung gar nicht substituieren soll, sondern feststellen soll, dass, warum, in wie vielen Fällen, aus welchen organisatorischen Gründen (usw.) diese Pflichtverletzung resultierte, hat mit der geldwäschereirechtlichen Dokumentationspflicht selbst nichts zu tun.

Von viel grundsätzlicher Natur (und Bedrohung für das Anwaltsgeheimnis) ist aber, wie schon andernorts⁶ festgestellt, die Aussage des Bundesgerichts, dass sich Anwältinnen und Anwälte bezüglich ihrer Tätigkeit «nicht pauschal und umfassend auf das Berufsgeheimnis berufen» können, wenn es sich um Mischmandate handle. Vielmehr könnten sie sich nur dann darauf berufen, wenn sie zeigen könnten, warum es dazu einen Anwalt und eine Anwältin *brauchte* und nicht ein Treuhänder, ein Auditor, ein Finanzwissenschaftler *dasselbe hätte tun können*. Das Bundesgericht will m.a.W. das Berufsgeheimnis davon abhängig machen, ob es die Anwältin und den Anwalt für die konkrete Mandatsführung brauchte, oder ob auch andere Berufsgruppen dazu imstande gewesen wären.

Ist das aber tatsächlich das geeignete Kriterium? Will das Bundesgericht wirklich solche Fragen zum Massstab des Berufsgeheimnisschutzes machen, wie:

- Braucht es den Anwalt wirklich, wenn er einen Arbeitsvertrag redigiert, den es inzwischen auch irgendwo im Internet runterzuladen gäbe oder in Vertragssammlungen?
- Braucht es die Anwältin wirklich in einer unkomplizierten Ehescheidung, die vor Gericht im Rahmen der Einigungsverhandlung durch Vermittlung des Einzelrichters zustande kommt?
- Braucht es die Anwältin für eine Baueinsprache, wenn auch ein Architekt die Ausmessungen des nachbarlichen Bauprojekts prüfen und rügen könnte?

Ist es tatsächlich die Auffassung des Bundesgerichts, dass der Rahmen dessen, was vom Berufsgeheimnis geschützt ist, sich immer einem konkreten Aufgabenvergleich im Sinne eines Angewiesenseins auf bzw. der Notwendigkeit von anwaltlichem Beistand unterstellen soll? Es haben schon andere Autoren darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht somit faktisch die Geltung des Anwaltsgeheimnisses auf *anwaltsexklusive* Tätigkeiten reduziert, und damit eben auf solche, die dem Anwaltsmonopol unterstehen, also auf die Tätigkeit der berufsmässigen Vertretung von Parteien vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden.⁷

Ohnehin ist nicht klar, ob sich diese in den Entsiegelungsverfahren entwickelte Praxis auch im Hinblick auf Art. 321 StGB oder Art. 13 BGFA gebildet hätte. Denn in diesen Bestimmungen sind Anwältinnen und Anwälte ja erkennbar durch das Berufsgeheimnis *verpflichtet*. In den Entsiegelungsverfahren ist die Perspektive des Bundesgerichts offensichtlich eine andere, wenn es geltend macht, dass Anwältinnen und Anwälte sich auf das Berufsgeheimnis «berufen» können sollen (vgl. vorstehend zu E. 4.3) – was der Natur des Berufsgeheimnisses nicht gerecht wird. Das Berufsgeheimnis ist eine Pflicht der Anwältinnen und Anwälte, die sie zu beachten haben in der Ausübung ihres Berufes – kein Recht. Es steht im Interesse des Klienten auf Schutz seiner Privatsphäre und dem öffentlichen Interesse am Funktionieren des Rechtsstaates, aber nicht im Interesse seiner Anwältin.⁸ Im Strafverfahren ist es nun somit einfach ein «Hindernis» in der Sachverhaltsermittlung, aber ein seitens des Rechtsstaates Gewolltes.

Dass sich das Berufsgeheimnis in unterschiedliche Richtungen bewegt, je nachdem, um welche Auswirkung oder Ausprägung davon es geht, ist deshalb unter allen Umständen zu vermeiden. Ein Anwalt soll seine Pflichten aus dem Berufsgeheimnis nicht wahlweise übergehen dürfen, nur weil dieses konkrete Mandat auch von einem Treuhänder hätte begleitet oder geführt werden können. Genauso wenig aber darf die Rechtsprechung zur Entsiegelungspraxis auf solche Kriterien abstellen.

⁶ WOHLERS/LYNN (Fn. 3), S. 9 ff.

⁷ WOHLERS/LYNN (Fn. 3), S. 16 m. w. H.

⁸ Vgl. auch die Übersicht bei WOHLERS/LYNN (Fn. 3), S. 12 f.