

MARC FORSTER
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt
Schweizerisches Bundesgericht
CH-1000 Lausanne 14

Tel.: +41 21 318 91 51
E-Mail: marc.forster@bger.ch
www.marc-forster-strafrecht.com

Gutachten zur Masterarbeit von Herrn Alex Kapsahili

I. Kurzbeurteilung und Notenantrag

Der Bearbeiter untersucht die heikle Abgrenzung zwischen der vom *Anwaltsgeheimnis* geschützten (spezifischen) **anwaltlichen Berufstätigkeit** und der (nicht gesetzlich privilegierten) sogenannten **akzessorischen Geschäftstätigkeit** von Anwältinnen und Anwälten. Dabei fokussiert er auf die Problematik von "*Misch-*" und "*Globalmandaten*" bei (von Finanzinstituten an Anwaltskanzleien übertragenen) **bankinternen Untersuchungen zur Geldwäscherei-Compliance**. Es handelt sich um eine **hervorragende Masterarbeit** zu einem *anspruchsvollen* strafprozessualen Themenbereich mit engen Bezügen zum *Finanzmarkt-* und zum *anwaltlichen Berufsrecht*. Der Bearbeiter entwickelt mit Sorgfalt einen eigenständigen wertvollen Forschungsbeitrag.

Der Referent beantragt dafür die **Höchstnote 6**.

II. Thematik und Aufbau der Arbeit

Die Untersuchung ist in zwei Hauptteile und *neun Paragraphen* gegliedert: § 1 umreißt die *Fragestellung* und den *Aufbau* der Arbeit; § 2 erörtert die zentralen *Rechtsgrundlagen* und *Begriffe* sowie die Bedeutung **bankeninterner Untersuchungen zur Geldwäscherei-Compliance** im finanzmarktrechtlichen und strafprozessualen Kontext. In den §§ 3-4 werden weitere Schnittstellen zu straf-, berufs- und bankenrechtlichen *Spannungsfeldern* erarbeitet, insbesondere das (thematisch einschlägige) strafprozessuale Zwangsmassnahmenrecht und das Anwaltsgeheimnis im Allgemeinen.

Diesem aufbauenden **Ersten Teil** schliesst sich der vertiefende **Zweite Teil** der Arbeit an: § 5 präzisiert den *sachlichen Geltungsbereich* des **Anwaltsgeheimnisses** im Graubereich zwischen *berufsspezifischer* und *akzessorischer* Tätigkeit. Der Bearbeiter referiert sodann die einschlägige *bundesgerichtliche Praxis* (§ 6), bevor er – im Lichte kritischer Lehrmeinungen – die Bedeutung von anwaltlichen *Sachverhaltsermittlungen* im

Rahmen von (compliancerelevanten) *Misch-* und *Globalmandaten* analysiert und daraus ein *Zwischenfazit* zieht (§ 7). § 8 widmet sich *weiteren Abgrenzungsfragen* bei bankeninternen Untersuchungen durch Anwaltskanzleien, etwa der Problematik von Mitarbeiterbefragungen oder der Überschneidung von Verteidigungs- und bankinternen Untersuchungsmandaten. Abschliessend zieht der Bearbeiter sein zusammenfassendes und ausblickendes *Fazit* (§ 9).

III. Arbeitstechnik

Die *Literaturauswahl* ist aktuell, themenspezifisch und reichhaltig; die einschlägige *Praxis* wird vollständig und übersichtlich erfasst; die *Quellenverzeichnisse* und die *Zitiertechnik* im Fussnotenapparat erscheinen formal einwandfrei.¹ Die *Sprache* ist gepflegt und flüssig lesbar.²

IV. Inhaltliche Bemerkungen

Schon der **Erste Teil** der Arbeit (§§ 1-4) fällt konzise und stringent aus, mit *souveräner Gedankenführung* und *dichter Belegtechnik* im Fussnotenapparat. Geschickte Querverweise des Bearbeiters vermeiden unnötige Wiederholungen. Die jeweiligen Zwischenergebnisse werden sachgerecht und lesefreundlich zusammengefasst. Auch die Sprache ist (von wenigen Kleinigkeiten abgesehen) von hoher Qualität.³

Die sich im **zentralen Zweiten Teil** anschliessenden Analysen sind von *beachtlicher wissenschaftlicher Tiefenschärfe*. Dies gilt sowohl für die (ebenso wichtige wie umstrittene) Abgrenzung von berufsspezifischer Anwaltstätigkeit und "akzessorischer" Geschäftstätigkeit (§ 5), als auch für die (vorbildlich präzise dargestellte) Bundesgerichtspraxis zur Geltung des Anwaltsgeheimnisses bei Global- und Mischmandaten, insbesondere im Rahmen von bankeninternen Untersuchungen zu GwG-relevanten Vorgängen (§ 6).

Einen *eigenständigen systembildenden Forschungsbeitrag* entwickelt der Autor im Rahmen seiner Prüfung der "kritischen Lehrmeinungen" zur einschlägigen Praxis (§§ 7-8).

-
- 1 Das Literaturverzeichnis enthält ein paar nichtwissenschaftliche *Internetquellen*, etwa Medienartikel oder Informationen von NGOs und Behörden, die (ebenfalls, vgl. S. XX f.) in einem *separaten* Verzeichnis hätten aufgeführt werden können.
 - 2 Für künftige wissenschaftliche Arbeiten empfiehlt der Referent ein sorgfältiges Korrekturlesen, mit dem noch vereinzelte Tippfehler hätten ausgemerzt werden können.
 - 3 Diese Stärken zeigen sich beispielhaft bei den *Begriffsabgrenzungen*, beim Pflicht- bzw. (wie der Bearbeiter zutreffend erkennt) *Obliegenheits-Charakter* von internen Untersuchungen im Einzelfall (S. 8-16) oder bei der konzisen Zusammenfassung der Grundlagen des *Entsiegelungsrechts* (S. 22-24).

Überzeugend und differenziert schält er u.a. die Schwachpunkte von Theorieansätzen heraus, welche von einem allzu extensiven bzw. "integralen" Begriff spezifischer anwaltlicher Berufstätigkeit (mit Geheimnisprivileg) ausgehen oder *jegliche* (auch nachgeordnete) Rechtsberatungselemente im Kontext anwaltlicher Geschäftstätigkeit als berufsprivilegiert reklamieren.⁴

Der Bearbeiter neigt der Ansicht des Bundesgerichtes und einiger Autoren⁵ zu, dass bei *Mischmandaten* (mit Elementen von Abklärungen zur bankenspezifischen GwG-Compliance) eine *Differenzierung der Dienstleistungselemente* im Einzelfall vorzunehmen sei. Falls eine Anwaltskanzlei den GwG-relevanten *Sachverhalt selber* (bankintern) *untersucht* und sich in diesem Kontext (im gleichen Untersuchungsbericht) *auch noch rechtsberatend* äussert, könne die *Sachverhaltsermittlung* (z.B. Befragungen von Bankmitarbeitenden, Analyse von bankinterner Kommunikation oder Systematisierungen von relevanten Unterlagen) unter die *akzessorische Geschäftstätigkeit* fallen (vgl. S. 43 f., 50-53).

Die Arbeit überzeugt durch ihre eigenständige **kritische Haltung** sowohl gegenüber diversen Publikationen der "*wissenschaftlichen Lehre*" (welche den Standpunkt der Anwaltschaft und der Finanzwirtschaft teilweise sehr dezidiert zum Ausdruck bringen) *als auch* gegenüber der einschlägigen *Bundesgerichtspraxis*. Diese Haltung ist zu begrüßen; sie führt den Bearbeiter über weite Strecken zu *differenzierenden*, sachlich überzeugenden *Analysen*, welche durchaus geeignet erscheinen, zu einer gewissen *Verfeinerung* der höchstgerichtlichen Rechtsfortbildung beizutragen.⁶

In vereinzelt Passagen ist für den Referenten nicht ganz deutlich geworden, wo der Bearbeiter gewisse *Differenzen* zur Bundesgerichtspraxis sieht. Im *Fazit* (S. 65) wird

4 Eine stark auf das *wirtschaftliche* und *berufsspezifische Eigeninteresse* zentrierte Haltung reflektiert auch aus anderen (vom Bearbeiter mitberücksichtigten) Fällen, etwa wenn Anwälte im Rahmen von komplexen Wirtschaftsstraffällen den Standpunkt vertreten, sämtliche untersuchungsrelevanten *Beweismittel*, die sie mit ihrer Mandantschaft *besprochen* und mit handschriftlichen "*Notizen*" versehen haben, unterlägen automatisch einem Entsiegelungshindernis bzw. Beweisverwertungsverbot (vgl. S. 41 mit Hinweis auf das Urteil 1B_196/2018 E. 1.5). Solche und ähnliche Tendenzen einer berufsspezifischen "Hybris" dürften in der Bundesgerichtspraxis vermutlich weiterhin nur wenig Anklang finden.

5 Darunter THOMMEN, THORMANN, LIEBER oder BESSENICH.

6 Zum Beispiel: interne Untersuchungsergebnisse zur GwG-Compliance als (subsidiäre) "Surrogate" bei *Fehlen* von geeigneten (ausreichend strukturierten) GwG-Dossiers zuhanden der Strafbehörden (vgl. S. 47 f., 65); Unterscheidung zwischen der Frage, ob spezifische *Anwaltstätigkeit* vorliegt, und derjenigen, ob die Berufung auf das Anwaltsgeheimnis *rechtsmissbräuchlich* erfolgt (S. 54 oben); angemessene Mitberücksichtigung der Frage, ob eine Dienstleistung *regelmässig* auch durch *andere Dienstleister* (oder den Finanzintermediär selber) erbracht wird (bzw. ausreichend gewährleistet werden kann), bei der Abgrenzung "akzessorische"/berufsspezifische Tätigkeit (vgl. S. 65).

z.B. ausgeführt, dass die "Ansicht" des BGer "nicht geteilt" werde, bei internen Untersuchungsberichten handle es sich um (für die GwG-Compliance) "nötige Dokumente".⁷ Nur wenn vom Finanzintermediär "gar keine bzw. keine genügenden GwG-Dokumentationen" vorgelegt würden, könnten interne Untersuchungsergebnisse, auch wenn sie von Anwälten erstellt wurden, "als Surrogat dienen". – Diese Auffassung wird vom Bearbeiter durchaus sachlich überzeugend begründet; sie entspricht allerdings – bei eingehender Betrachtung – auch der einschlägigen BGer-Praxis (vgl. dazu näher Masterarbeit, S. 47 f., 51-53). Andererseits stimmt der Bearbeiter der "Kritik in der Lehre" zu, "wonach die Geltung des Anwaltsgeheimnisses nicht vom Vorliegen eines Verteidigungsmandates abhängig gemacht werden kann" (S. 65 unten). Diese "Kritik" läuft nach Ansicht des Referenten ins Leere, zumal ihm kein Bundesgerichtsurteil bekannt ist, bei dem entschieden worden wäre, dass der Schutz des Anwaltsgeheimnisses zwangsläufig vom Vorliegen eines Verteidigungsmandates abhänge.⁸

– Die eigentliche *Differenz* des Bearbeiters (gegenüber der BGer-Praxis) scheint darin zu liegen, dass er *selbst bei Vorliegen eines Verteidigermandates* annehmen würde, es liege *akzessorische* Nebentätigkeit (ohne Berufsgeheimnisschutz) vor, wenn der Verteidiger gleichzeitig an internen GwG-Untersuchungen teilnimmt (vgl. in diesem Sinne S. 59). Diese Sicht würde (nach Meinung des Referenten) allerdings schwere Probleme der *anwaltlichen Unabhängigkeit* bzw. *Interessenkollision* sowie der *ausreichenden Verteidigung* aufwerfen, zumal zwischen Verteidigungsakten (Mandat des Beschuldigten) und Compliance-Dossier (Mandat der Bank) nicht haarscharf unterschieden werden kann.⁹

7 i.S.v. Art. 7 Abs. 2 GwG i.V.m. Art. 22 Abs. 2 GwV-FINMA.

8 Nicht nur im Rahmen von Parteieingaben, sondern auch in gewissen Publikationen, die mit "wissenschaftlichem" Anspruch auftreten, sind häufig Argumentationstechniken anzutreffen, bei denen Urteils-erwägungen in der Weise *verzerrt* werden, dass *Nebenaspekte* der Begründung als *ratio decidendi* ausgegeben werden: Wenn das Bundesgericht (im Urteil 1B_85/2016) feststellt, es fehle im konkreten Fall (auch) an einem Verteidigungsmandat (als mögliches absolutes Entsiegelungs- oder Beschlagnahmehindernis), hat es *keineswegs* entschieden, der Schutz des Anwaltsgeheimnisses gelte nur für Verteidigungsmandate. Analoges gilt für den Standpunkt einiger Autoren, das Anwaltsgeheimnis gelte *nicht ausschliesslich* für "anwaltsexklusive" (unter das Berufsmonopol fallende) Tätigkeiten (wie z.B. die forensische): Wie auch der Bearbeiter zutreffend darlegt, wird in der Bundesgerichtspraxis *nirgends* das Gegenteil behauptet; vielmehr behandelt das BGer eine fehlende Anwaltsexklusivität (z.B. Dienstleistungen im Rahmen von Vermögensverwaltung, Steuerberatung oder GwG-Compliance) lediglich als ein (naheliegendes) *Indiz* für anwaltliche akzessorische Geschäftstätigkeit (vgl. S. 56 f.).

9 Wer ein Bankorgan *verteidigt*, hat im *gleichen* Kontext *keine GwG-Compliance* durchzuführen – und umgekehrt. Die Verfahrensleitung hätte einem solchen Verteidiger wegen offensichtlichen Interessenkollisionen nötigenfalls das Mandat zu entziehen.

Die hervorragende Masterarbeit verdient die **Höchstnote 6**. Sie wird für die Vergabe einer der einschlägigen akademischen Preise vorgeschlagen.

Prof. Dr. Marc Forster/25. Juni 2019