
Pra 96 (2007) Nr. 4**Bundesgericht, II. öffentlichrechtliche Abteilung****Entscheid vom 09.11.2005 i.S. Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Anwaltsverbandes und des Schweizerischen Notarenverbandes und Mitbeteiligte c. Eidg. Finanzdepartement (2A.375/2005)**

Übersetzt von DIETER MÜLLER

(Originaltext französisch. Publikation in der Amtlichen Sammlung erfolgt.)

BGE 132 II 103

Geldwäschereigesetz, Kontrollpflicht (Art. 9, 14 Abs. 3, 24 und 25 GwG). *Ein als Finanzintermediär tätiger Rechtsanwalt oder Notar ist grundsätzlich der Meldepflicht gemäss Art. 9 GwG unterstellt, wobei durch den gesetzlich vorgeschriebenen Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation (SRO) sichergestellt wird, dass Sachverhalte, die durch das Berufsgeheimnis geschützt sind – grundsätzlich nur die berufsspezifischen Tätigkeiten (E. 2.1) – nicht der Kontrollstelle zur Kenntnis gelangen (E. 2.2 f.). Dem Anschluss an eine SRO ist die Bewilligung zur Tätigkeit als Finanzintermediär gleichgestellt (E. 4.1), weshalb alle ihr angeschlossenen Mitglieder auch dann zu kontrollieren sind, wenn sie erklärt haben, keine geldwäschereirelevanten Tätigkeiten auszuüben (E. 4.3). Diese Kontrollpflicht ist weder willkürlich noch verletzt sich das Gleichbehandlungsgebot (E 4.2.2).*

Sachverhalt:

Die Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Anwaltsverbandes und des Schweizerischen Notarenverbandes (SRO SAV/SNV) ist eine einfache Gesellschaft, deren einzige Gesellschafter der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) und der Schweizerische Notarenverband (SNV) sind. Die SRO SAV/SNV ist eine Selbstregulierungsorganisation i.S.v. Art. 24 ff. des Bundesgesetzes vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0). Mit Verfügung vom 16. Juni 1999 anerkannte die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (nachfolgend: Kontrollstelle) die SRO SAV/SNV und genehmigte bei dieser Gelegenheit deren Statuten und Reglement; diese Verfügung bezieht sich ebenfalls auf ein Dokument mit dem Titel «Kontrollkonzept», das der Kontrollstelle zusammen mit dem Anerkennungsgesuch vorgelegt wurde.

Pra 96 (2007) Nr. 4

15



Im November 2003 führte die X.-Gesellschaft bei der SRO SAV/SNV eine Revision gemäss Art. 18 Abs. 3 GwG durch. Sie stellte fest, dass diese Selbstregulierungsorganisation bei der Kontrolle der 1068 angeschlossenen Finanzintermediäre im Verzug war. Die Kontrollstelle ordnete in der Folge eine ausserordentliche Revision an, die am 30. April 2004 durchgeführt wurde. In ihrem Bericht führte die X.-Gesellschaft die Namen der Rechtsanwälte und Notare auf, die nicht kontrolliert worden waren; abgesehen von jenen, deren Situation in der Folge durch die SRO SAV/SNV noch bereinigt wurde, verblieben elf Personen.

Mit Schreiben vom 4. Juni 2004 informierte die SRO SAV/SNV die Kontrollstelle, dass die elf Rechtsanwälte und Notare schriftlich erklärt hätten, keine geldwäschereirelevanten Dossiers zu betreuen und es daher keinen Anlass gebe, sie zu kontrollieren. Nach einem weiteren Briefwechsel erliess die Kontrollstelle am 24. August 2004 folgende Verfügung:

- «1. Die SRO SAV/SNV hat sämtliche der ihr angeschlossenen Anwälte und Notare einer ordentlichen Kontrolle zu unterziehen.
2. Die SRO SAV/SNV hat die ihr angeschlossenen Anwälte und Notare (es folgen die 11 Namen

der Betroffenen) bis am 31. Dezember 2004 einer ordentlichen Kontrolle zu unterziehen.»

Das Eidg. Finanzdepartement wies die von der SRO SAV/SNV, dem Schweizerischen Anwaltsverband und dem Schweizerischen Notarenverband gegen die oben erwähnte Verfügung der Kontrollstelle am 12. Mai 2005 ab.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragen die SRO SAV/SNV, der Schweizerische Anwaltsverband, der Schweizerische Notarenverband sowie Notar A. und Rechtsanwalt B., die Verfügung des EFD vom 12. Mai 2005 aufzuheben und festzustellen, dass die SRO SAV/SNV nicht verpflichtet sei, bei Anwälten und Notaren eine ordentliche Kontrolle vorzunehmen, die schriftlich bestätigt haben, keine dem GwG unterstehenden Geschäfte zu tätigen. Sie rügen im Wesentlichen die Verletzung verschiedener Bestimmungen des Geldwäschereigesetzes und machen die Unvereinbarkeit der angefochtenen Verfügung mit dem Berufsgeheimnis der Anwälte und Notare, dem Schutz des Geschäftssitzes und dem Briefgeheimnis sowie der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) und dem Willkürverbot (Art. 9 BV) geltend.

Das Eidg. Finanzdepartement beantragt, auf die Beschwerde der Rechtsanwälte A. und B. nicht einzutreten und sie im Übrigen abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

1. [. . .]

2.

2.1 Das Berufsgeheimnis der Anwälte und Notare deckt im Allgemeinen nur ihre spezifische berufliche Tätigkeit und erstreckt sich nicht auf eine kaufmännische

Pra 96 (2007) Nr. 4

16



Tätigkeit, die über diesen Rahmen hinausgeht (vgl. BGE 120 Ib 112 E. 4 S. 118 f. = **Pra 84 Nr. 29**; BGE 117 Ia 341 E. 6 a/cc S. 199 = **Pra 81 Nr. 178**; BGE 115 Ia 197 E. 3 d/aa = **Pra 79 Nr. 44**; BGE 114 III 105 E. 3 a S. 107; 112 Ib 606 = **Pra 76 Nr. 188**). Die Rechtsprechung bezeichnet diese wirtschaftliche Tätigkeit bisweilen als akzessorisch, was insofern täuschend sein kann, als sich ein Rechtsanwalt oder Notar sehr wohl während eines grossen Teils seiner Arbeitszeit nicht berufsspezifischen Dienstleistungen widmen kann.

2.2 Bei der Erarbeitung des Geldwäschereigesetzes gab die Stellung der Rechtsanwälte und Notare in Bezug auf die Wahrung ihres Berufsgeheimnisses Anlass zu Diskussionen. Entsprechend der Bedeutung dieser Frage wurde schliesslich das nachfolgend dargestellte System gesetzlich verankert.

Art. 9 Abs. 2 GwG lautet: «Der Meldepflicht nicht unterworfen sind Anwältinnen, Anwälte, Notarinnen und Notare, soweit ihre Tätigkeit dem Berufsgeheimnis nach Artikel 321 StGB untersteht» (vgl. hierzu die Botschaft des Bundesrates vom 17. Juni 1996 zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor [nachfolgend: Botschaft], BBl 1996 III 1101 ff., 1131 ff.; CHRISTOPH GRABER, GwG: Gesetzesausgabe mit englischer Übersetzung, Ausführungserlassen und Anmerkungen, Zürich 2003, 2. Aufl., N 6 zu Art. 9).

Demgegenüber ist die Tätigkeit als Finanzintermediär, die von einem Rechtsanwalt oder Notar ausgeübt wird, nicht von der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 GwG ausgenommen, handelt es sich dabei doch um einen Sachverhalt, der nicht durch das Berufsgeheimnis i.S.v. Art. 321 StGB und Art. 13 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61) gedeckt ist. Es ist indessen nicht immer einfach, zwischen Gegenständen zu unterscheiden, die durch das Berufsgeheimnis geschützt sind, und solchen, die der Meldepflicht unterstehen (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 1132 ff. und 1141 f.; GRABER, a.a.O., N 6 zu Art. 18 GwG; WERNER DE CAPITANI, Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor [Geldwäschereigesetz, GwG] vom 10. Oktober 1997, in: Niklaus Schmid [Hrsg.], Kommentar Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002, N 19 zu Art. 14 GwG). Die Prüfung dieser Frage setzt die Kenntnis der betreffenden Dossiers voraus, das heisst allenfalls von durch das Berufsgeheimnis geschützten Sachverhalten. Es liegt also ein Interessenkonflikt zwischen der Notwendigkeit zur Überwachung der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Rechtsanwalts oder Notars einerseits und der

Wahrung des Berufsgeheimnisses, dessen Bedeutung oben dargestellt wurde, andererseits vor. Um einen Ausgleich dafür zu finden, sah der Gesetzgeber vor, dass als Finanzintermediäre tätige Anwältinnen, Anwälte, Notarinnen und Notare sich einer Selbstregulierungsorganisation anschliessen müssen (vgl. Art. 14 Abs. 3 GwG). Mit anderen Worten haben sie nicht die Möglichkeit, gemäss Art. 14 Abs. 1 und 13 Abs. 1 lit. b GwG direkt bei der Kontrollstelle eine Bewilligung für die Ausübung dieser Tätigkeit einzuholen. Art. 18 Abs. 3 GwG bestimmt überdies:

Pra 96 (2007) Nr. 4

17 ▲
▼

«Bei Selbstregulierungsorganisationen von Anwältinnen, Anwälten, Notarinnen und Notaren muss sie [die Kontrollstelle] die Kontrollen einer Revisionsstelle übertragen. Diese untersteht denselben Geheimhaltungspflichten wie Anwältinnen, Anwälte, Notarinnen und Notare.»

Dazu präzisiert die Botschaft (a.a.O., S. 1142):

«Diese Revisionsstelle hat dann ihren Bericht an die Kontrollstelle für Geldwäscherei soweit zu anonymisieren, als berufsgeheimnisrelevante Daten von der Revision betroffen sind.»

2.3 Das geschaffene System verhindert demnach, dass die Kontrollstelle Zugang zu den Dossiers von Rechtsanwältinnen und Notaren hat, sei es durch eine direkte Kontrolle derjenigen, die sie gestützt auf Art. 13 Abs. 1 lit. b und 14 Abs. 1 GwG um eine Bewilligung ersucht haben, sei es indirekt durch eine Kontrolle der Selbstregulierungsorganisation, welche sie selbst vornimmt oder durch eine von ihr bezeichneten nicht spezifischen Revisionsstelle i.S.v. Art. 18 Abs. 2 GwG vornehmen lässt (vgl. zu diesen Fragen die Botschaft, a.a.O., S. 1131 f., 1137 f., 1141; GRABER, a.a.O., N 6 zu Art. 14 GwG und N 6 zu Art. 18 GwG; DE CAPITANI, a.a.O., N 19 zu Art. 14 GwG und N 19 zu Art. 18 GwG).

3.

Fast die Gesamtheit der der SRO SAV/SNV angeschlossenen Anwältinnen und Anwälte sowie Notarinnen und Notare üben eine Tätigkeit als Finanzintermediär aus, die nach den oben genannten Modalitäten kontrolliert wird. Die Selbstregulierungsorganisation hat insbesondere nachzuprüfen, ob Anwälte und Notare die Ausscheidung zwischen ihrer angestammten und ihrer akzessorischen Erwerbstätigkeit tatsächlich vornehmen (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 1142; GRABER, a.a.O., N 6 zu Art. 18 GwG; DE CAPITANI, a.a.O., N 19 zu Art. 14 GwG).

Andererseits stellt sich die Frage nach der Tragweite der Kontrolle, welche die SRO SAV/SNV bei ihr angeschlossenen Anwälten und Notaren vorzunehmen hat, die schriftlich erklären und bescheinigen, keine Tätigkeit als Finanzintermediär auszuüben.

4.

4.1 Zunächst ist nicht ersichtlich, wozu der Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation dienen soll, wenn der betreffende Rechtsanwalt oder Notar keine Tätigkeit als Finanzintermediär ausübt. Die Beschwerdeführer machen geltend, der Angeschlossene könne so eine solche Tätigkeit unmittelbar aufnehmen, wenn er sich dazu entschliesse. Sie führen indessen kein konkretes Beispiel an, und es scheint vielmehr, dass eine gewisse Zahl von Rechtsanwältinnen und Notaren sozusagen den Status eines ständigen «Passivmitglieds» beibehalten möchten. Die Beschwerdeführer bringen sodann den Wunsch der betreffenden Personen vor, so besser über die Pflichten eines Finanzintermediärs unterrichtet

Pra 96 (2007) Nr. 4

18 ▲
▼

zu sein. Es müsste jedoch möglich sein, dieses Informationsbedürfnis zu befriedigen, ohne dass ein Anschluss erforderlich wäre. Jedenfalls entspricht der Status eines Angeschlossenen ohne Tätigkeit als Finanzintermediär keinem ausgesprochenen Sonderbedürfnis, sind doch nur ein Dutzend Personen von über tausend Angeschlossenen davon betroffen.

4.2 Es sind deshalb in erster Linie die Tragweite und die Wirkungen eines Anschlusses zu definieren.

Der Finanzintermediär kann seine Tätigkeit auf zwei Arten bewilligen lassen. Wenn er sich keiner

Selbstregulierungsorganisation anschliessen will und weder Rechtsanwalt noch Notar ist, kann er direkt bei der Kontrollstelle eine Bewilligung für die Ausübung seiner Tätigkeit einholen (vgl. Art. 14 Abs. 1 und 3 GwG); die Bewilligungsvoraussetzungen sind in Art. 14 Abs. 2 GwG geregelt. Wenn er hingegen Rechtsanwalt oder Notar ist, besteht die einzige Möglichkeit, als Finanzintermediär tätig zu sein, im Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation (vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. a und 14 Abs. 3 GwG). Dieser Anschluss gilt als Bewilligung und er wird von der Selbstregulierungsorganisation nur erlaubt, wenn der Gesuchsteller die Bedingungen erfüllt, die das von der Kontrollstelle genehmigte Reglement der betreffenden Selbstregulierungsorganisation festlegt (vgl. Art. 24 f. GwG). Die Tätigkeit als Finanzintermediär ohne Bewilligung der Kontrollstelle oder ohne Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation ist denn auch nach Art. 36 GwG strafbar. Mit anderen Worten kann nur ein einer Selbstregulierungsorganisation angeschlossener Rechtsanwalt oder Notar als Finanzintermediär tätig sein, ohne sich der Strafdrohung von Art. 36 GwG auszusetzen. Wenn er einer Selbstregulierungsorganisation angeschossen ist, kommt er gewissermassen in den Genuss einer Vermutung, dass er sich gemäss den Pflichten des Geldwäschereigesetzes verhält. Wird das oben verwendete Bild wieder aufgenommen, so kann nicht von einem «Passivmitglied» gesprochen werden, wenn ein Rechtsanwalt oder Notar erklärt, nicht als Finanzintermediär tätig zu sein. Er ist vielmehr in dem Sinne vollumfänglich als Finanzintermediär zu betrachten, weil er zur Ausübung dieser Tätigkeit ermächtigt ist.

4.3 In Bezug auf die Kontrolle der angeschlossenen Mitglieder durch eine Selbstregulierungsorganisation im Besonderen ist festzustellen, dass Art. 24 Abs. 1 lit. d GwG solche Kontrollen vorschreibt, ohne verschiedene Kategorien von Finanzintermediären zu unterscheiden. Die Selbstregulierungsorganisation hat darüber zu wachen, dass die angeschlossenen Mitglieder ihre Pflichten aus dem Geldwäschereingesetz einhalten. Auch ist weder den Statuten noch dem Reglement der SRO SAV/SNV eine Unterscheidung von verschiedenen Finanzintermediärtypen zu entnehmen. Die SRO SAV/SNV muss folglich bei sämtlichen Mitgliedern darüber wachen, dass die kaufmännisch geführten Dossiers korrekt von jenen der spezifischen Anwalts- oder Notarentätigkeit abgegrenzt sind. Dies ergibt sich im Übrigen aus dem «Kontrollkonzept» der SRO SAV/SNV:

Pra 96 (2007) Nr. 4

19



«Die Kontrolle muss insbesondere sicherstellen, dass der angeschlossene Rechtsanwalt oder Notar die «GwG-Dossiers» von seinen übrigen, nicht dem GwG unterstellten Geschäften korrekt trennt und dass die «GwG-Dossiers» tatsächlich kontrolliert werden können.»

Ohne vorliegend näher auf die Tragweite dieses Dokuments einzugehen, steht eindeutig fest, dass es den Umfang der Kontrollpflicht der SRO SAV/SNV richtig wiedergibt. Bei jenen Mitgliedern, die erklären, nicht als Finanzintermediär tätig zu sein, muss die SRO SAV/SNV folglich kontrollieren, dass der betreffende Rechtsanwalt oder Notar die Trennung richtig vornimmt bzw. keine «GwG-Dossiers» führt, wie sie das «Kontrollkonzept» nennt. In dieser Hinsicht genügt eine blosser Erklärung des Betroffenen nicht, weil sie keine Kontrolle der SRO SAV/SNV darstellt, sondern gegenteils darauf abzielt, eine solche Kontrolle zu umgehen. Es geht im Übrigen dabei nicht darum, die Erklärungen eines Rechtsanwalts oder Notars grundsätzlich in Zweifel zu ziehen, sondern darum, die gesetzlich vorgesehene Kontrolle von als Finanzintermediäre zugelassenen Personen durchzuführen. Andernfalls könnte sich die SRO SAV/SNV bei den als Finanzintermediäre tätigen Angeschlossenen genau so gut mit der Erklärung begnügen, dass die Pflichten gemäss Geldwäschereigesetz beachtet würden. Diese Kontrolle des SRO SAV/SNV erweist sich für eine wirksame Durchsetzung des Geldwäschereigesetzes als notwendig und beeinträchtigt das Berufsgeheimnis nicht unverhältnismässig in Anbetracht der Massnahmen zur Verhinderung eines direkten Zugangs der Kontrollstelle zu den durch das Berufsgeheimnis geschützten Dossiers (vgl. zu einer leicht anderen Konstellation das unveröffentlichte Urteil 8G.9/2004 vom 23. März 2004, insb. E. 9.2).

4.4 Was die Beschwerdeführer der angefochtenen Verfügung entgegenhalten, überzeugt nicht.

4.4.1 Gewiss können für die SRO SAV/SNV handelnden Personen oder ihre Revisionsstelle bei der Vornahme einer Kontrolle Kenntnisse erhalten, die unter das Berufsgeheimnis fallen, was aber für den betreffenden Rechtsanwalt oder Notar ohne Folgen bleibt. Denn Art. 321 Ziff. 3 StGB behält im Falle der Verletzung des Berufsgeheimnisses die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnis- und Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vor. Weil die SRO SAV/SNV und ihre Kontrollstelle eine öffentlichrechtliche Funktion haben, sind sie als Behörde im Sinne der oben genannten Strafbestimmung zu betrachten. Was die Auskunftspflicht betrifft, wird diese schon genügend durch die von Art. 24 Abs. 1 lit. b GwG geforderten Kontrolle bestimmt: Die Untersuchung, ob die

Pflichten nach dem 2. Kapitel des Geldwäschereigesetzes eingehalten werden, setzt in der Tat voraus, dass Mitglieder die geforderten Auskünfte darüber geben, wie sie die berufsspezifischen Dossiers von den kaufmännisch geführten trennen, und die diesbezügliche Prüfung zulassen.

Pra 96 (2007) Nr. 4

20



4.4.2 Die Beschwerdeführer rügen eine Ungleichbehandlung von nicht als Finanzintermediär tätigen Rechtsanwälten und Notaren, die, weil sie sich einer Selbstregulierungsorganisation angeschlossen haben, trotz der entsprechenden Erklärung Kontrollen über sich ergehen lassen müssen, und solchen, die sich mangels Anschlusses keiner Kontrolle unterziehen müssen. Dieses Argument hält nicht Stich, weil zwischen diesen beiden Kategorien ein wesentlicher Unterschied besteht. Die angeschlossenen Rechtsanwälte und Notare haben die Bewilligung, als Finanzintermediäre tätig zu sein, ohne unter die Strafdrohung von Art. 36 GwG zu fallen. Der Anschluss rechtfertigt folglich die Kontrolle durch die Selbstregulierungsorganisation, während die nicht angeschlossenen Berufsgenossen diese Bewilligung nicht haben und im Widerhandlungsfall gemäss Art. 36 GwG verfolgt werden können. Die Beschwerdeführer machen indessen geltend, dass nicht angeschlossene Rechtsanwälte und Notare selber entscheiden, ob ihre Tätigkeit dem Geldwäschereigesetz untersteht oder nicht (vgl. GRABERA.a.O., N 6 zu Art. 14 GwG; DE CAPITANI, a.a.O., N 78 zu Art. 9 GwG). Es ist richtig, dass nicht angeschlossene Rechtsanwälte und Notare, wie übrigens jedermann, sich stets fragen müssen, ob die eine oder andere Tätigkeit unter Art. 2 GwG falle. Eine diesbezügliche Entscheidungsfreiheit besteht aber nicht, weil das Geldwäschereigesetz unter der Strafdrohung von Art. 36 einzuhalten ist. Und ab dem Zeitpunkt, in dem sie sich entschieden haben, sich anzuschliessen, um zur Tätigkeit als Finanzintermediär ermächtigt zu sein, ändert sich ihr Status und sie können nicht mehr beanspruchen, selber zu bestimmen, wo die Grenzen ihrer Tätigkeit, geschützt vor jeder Kontrolle durch die Selbstregulierungsorganisation, verlaufen. Die ihnen nun auferlegte Beschränkung und die Kontrolle sind umso eher zulässig, als ein Rechtsanwalt oder Notar ohne weiteres auf einen Anschluss verzichten kann, wenn er glaubt, nicht als Finanzintermediär tätig zu sein.

4.4.3 Schliesslich ist der Hinweis auf die Empfehlungen der «Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux (GAFI)» und auf die Empfehlungen des Europarats nicht ausschlaggebend. Diese sind teilweise in anderem Zusammenhang entstanden (vgl. DIDIER DE MONTMOLLIN, Prévention du blanchiment: quelles perspectives pour l'avocat dans le contexte suisse et international?, *Anwaltsrevue* 8/2002, S. 21 ff., 22). Soweit es sich um die Wahrung die Berufsgeheimnisses handelt, wurde oben gezeigt, dass dieses vollständig geschützt ist, wenn sich der Rechtsanwalt oder Notar auf seine spezifische Tätigkeit beschränkt und dass, falls er sein Wirkungsfeld auf die Tätigkeit als Finanzintermediär ausdehnt, das dargestellte System diesen Anspruch soweit als möglich mit dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen Umsetzung des Geldwäschereigesetzes in Einklang bringt.

4.4.4 Diese Erwägungen gelten auch für die Rügen betreffend die Verletzung sowohl des Hausrechts als auch des Korrespondenzgeheimnisses.

5. [. . .]

Pra 96 (2007) Nr. 4

21

