

Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen und es ist die Herausgabe des ausgewerteten Datenträgers mit fallrelevanten Daten und der beim Beschwerdeführer mittels Hausdurchsuchung erhobenen Unterlagen gestützt auf Art. 67 Abs. 1 IRSG an folgenden zusätzlichen Spezialitätsvorbehalt zu knüpfen: «Dieser Datenträger und diese Unterlagen dürfen nicht als Beweismittel in Verfahren der direkten Steuern verwendet werden, wie Einkommenssteuern, Solidaritätszuschlag zur Einkommenssteuer, Vermögenssteuern, Körperschaftssteuern, Grundstückgewinnsteuern, usw.».

TPF 2015 121

22. Auszug aus dem Entscheid der Beschwerdekammer in Sachen Anwaltskanzlei A. AG, Rechtsanwalt B. und Rechtsanwältin C. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zug vom 21. Oktober 2015 (RR.2015.39, RR.2015.40, RR.2015.41)

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Herausgabe von Beweismitteln. Anwaltsgeheimnis. Notargeheimnis. Tätigkeit als Escrow-Agent. Substanziierungspflicht von Berufsgeheimnisträgern im Rechtshilfeverfahren.

Art. 9 IRSG, Art. 42 BZP, Art. 13 BGFA

Berufsfremde Aktivitäten wie Vermögensverwaltung, Verwaltungsratsmandate oder Geschäftsführung sind nicht vom Berufsgeheimnis geschützte Tätigkeiten des Anwalts (E. 6.3.1, 6.3.2 und 6.4.5).

Die Escrow-Tätigkeit eines Anwalts zur Abwicklung eines Vertrages oder einzig im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit wie der Vermögensverwaltung, ist nicht vom Berufsgeheimnis geschützt (E. 6.4.2).

Vom Notargeheimnis ist insbesondere die Beratungstätigkeit des Notars erfasst (E. 6.3.3).

Insbesondere besteht im Rechtshilfe- bzw. Beschwerdeverfahren eine weitergehende Substanziierungspflicht zum Anwaltsgeheimnis als im nationalen Strafverfahren (E. 7.2 und 7.3).

Entraide judiciaire internationale en matière pénale. Remise de moyens de preuve. Secret professionnel de l'avocat. Secret professionnel du notaire. Activité déployée en tant qu'agent «Escrow». Devoir de motivation incombant aux détenteurs du secret professionnel dans le cadre de la procédure d'entraide.

Art. 9 EIMP, art. 42 PCF, art. 13 LLCA

Des activités telles que gestion de fortune, mandats d'administrateur ou de directeur ne sont pas typiques de l'activité d'avocat et ne sont pas couvertes par le secret professionnel (consid. 6.3.1, 6.3.2 et 6.4.5).

L'activité d'Escrow exercée par un avocat en vue de conclure un contrat ou simplement en lien avec une activité économique telle que la gestion de fortune, n'est pas couverte par le secret professionnel (consid. 6.4.2).

Le secret professionnel du notaire couvre en particulier l'activité de conseil déployée par ce dernier (consid. 6.3.3).

Le devoir de motivation qui incombe à l'avocat lorsqu'il invoque son secret professionnel est plus étendu dans le domaine de l'entraide judiciaire, y compris devant l'autorité de recours, qu'il ne l'est dans le cadre d'une procédure pénale nationale (consid. 7.2 et 7.3).

Assistenza internazionale in materia penale. Consegna di mezzi di prova. Segreto professionale dell'avvocato. Segreto professionale del notaio. Attività in quanto agente «escrow». Obbligo del titolare del segreto di sostanziare il proprio diritto nella procedura di assistenza internazionale.

Art. 9 AIMP, art. 42 PC, art. 13 LLCA

Attività estranee alla professione di avvocato come la gestione di patrimoni, mandati in consigli d'amministrazione o la gestione d'affari non sono coperte dal segreto professionale dell'avvocato (consid. 6.3.1, 6.3.2 e 6.4.5).

L'attività «escrow» di un avvocato, in vista della conclusione di un contratto o esclusivamente in relazione ad attività economiche come la gestione di patrimoni, non è coperta dal segreto professionale (consid. 6.4.2).

L'attività di consulenza in materia notarile è segnatamente coperta dal segreto professionale del notaio (consid. 6.3.3).

L'obbligo di sostanziare l'esistenza di un segreto professionale dell'avvocato è più ampio nella procedura di assistenza internazionale, e nella rispettiva procedura ricorsuale, che nella procedura penale nazionale (consid. 7.2 e 7.3).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Deutschland ermittelte wegen Insolvenzverschleppung u. a. gegen Rechtsanwalt B. und ersuchte um Unterlagen aus der Anwaltskanzlei A. Die Kanzlei wurde durchsucht und dabei die Siegelung der gesicherten Unterlagen verlangt. Das Zwangsmassnahmengengericht gab infolge

Vergleichs einen Teil der Unterlagen frei, woraus die spätere Schlussverfügung der Staatsanwaltschaft Dokumente an Deutschland herausgab. Das Bundesstrafgericht hob die Schlussverfügung auf (Entscheid RR.2014.1 vom 3. September 2014): Der gegen RA B. geschilderte Sachverhalt war in der Schweiz nicht strafbar, sein Berufsgeheimnis somit zu beachten und davon Erfasstes auszusondern. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde dagegen, u. a. von RA B., nicht ein (Urteil 1C_452/2014 vom 25. September 2014). Die erneute Schlussverfügung gab die meisten Unterlagen frei zur Herausgabe und wurde angefochten mit der Begründung, es liege Beratungstätigkeit vor. Verwaltungsratsakten der H. AG seien in andersfarbigen Ordnern und räumlich getrennt gelagert worden. Ein Escrow-Agent übe klassische Anwaltstätigkeit aus. RAin C. habe als Hilfsperson des Rechtsanwalts B. und als Notarin gehandelt.

Die Beschwerdekammer wies die Beschwerde grossmehrheitlich ab.

Urteil des Bundesgerichts 1C_576/2015 vom 10. Dezember 2015: Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

Aus den Erwägungen:

6.3

6.3.1 Bei der Ausführung von Rechtshilfeersuchen richtet sich der Schutz des Geheimbereichs nach den Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 9 IRSG) – genauer nach Art. 42 BZP (Art. 16 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 IRSG). Das Zeugnis kann nach dieser Bestimmung über Tatsachen verweigert werden, die gemäss Art. 321 Ziff. 1 StGB unter das Berufsgeheimnis fallen (Art. 42 Abs. 1 lit. b BZP). Dies erfasst u. a. das Berufsgeheimnis der Anwälte und Notare.

6.3.2 Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr einer Person mit ihrem Anwalt dürfen nicht beschlagnahmt werden, sofern dieser nach dem Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61) zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt und im gleichen Sachzusammenhang nicht selber beschuldigt ist.

Die herkömmliche Tätigkeit des Anwalts ist durch juristische Beratung geprägt, durch die Verfassung von juristischen Urkunden wie auch durch Unterstützung oder Vertretung von Personen vor einer Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde (BGE 135 III 410 E. 3.3).

Die Rechtsprechung der Beschwerdekammer hat sich verschiedentlich mit der Abgrenzung zwischen eigentlicher, vom Anwaltsgeheimnis abgedeckter Anwaltstätigkeit und nicht darunter fallender Tätigkeit eines Anwalts geäußert; so etwa im von den Beschwerdeführern zitierten Entscheid BE.2009.22 vom 23. Februar 2010, E. 3.2. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezieht sich danach das Anwaltsgeheimnis nur auf Informationen, die einem Anwalt im Rahmen seiner ursprünglichen, berufsspezifischen Tätigkeit, d. h. in Ausübung seines Anwaltsmandates, anvertraut worden sind. Tatsachen, die er in Zusammenhang mit einer anderen, nicht berufsspezifischen Tätigkeit erfahren hat, sind nicht geschützt (vgl. hierzu ausführlich TPF 2008 141 E. 4.1 S. 143; vgl. auch BGE 112 Ib 606 S. 607 ff.).

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn sich ein Anwalt nicht auf rein anwaltliche Tätigkeiten beschränkt, namentlich wenn er zugleich Verwaltungsrat seiner Klientin ist. Überwiegt in solchen Fällen das kaufmännische Element derart, dass die Tätigkeit des Anwalts nicht mehr als anwaltliche betrachtet werden kann, so kann sich der Anwalt nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts zumindest nicht in einem umfassenden Sinne auf sein Berufsgeheimnis berufen. Die Entscheidung darüber, welche Tatsachen vom Berufsgeheimnis erfasst werden, kann jedoch nur unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles getroffen werden (BGE 114 III 105 E. 3a S. 107 f.). BOHNET/MARTENET (Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, N. 1831) vertreten unter Hinweis auf nicht amtlich publizierte Entscheide des Bundesgerichts die Auffassung, dass im Zweifelsfall vom rein wirtschaftlichen Charakter der Aktivität auszugehen sei. Von den eigenen Akten des Anwaltes sind diesbezüglich die Geschäftsakten der Gesellschaft zu unterscheiden. Für Letztere kann sich der Anwalt als einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrates der Gesellschaft nicht auf sein Anwaltsgeheimnis berufen, da die Verwaltungsrats-tätigkeit gerade nicht zur berufsspezifischen Tätigkeit des Anwalts gehört. Anders zu entscheiden hiesse, dem Rechtsmissbrauch Tür und Tor zu öffnen (vgl. hierzu ausführlich BGE 115 Ia 197 E. 3d/cc S. 200 f.; 114 III 105 E. 3b und E. 3c S. 108 f.; BGE 135 III 597 E. 3.3).

Im Beschluss BE.2013.4 vom 14. Oktober 2014 verwies die Beschwerdekammer u. a. darauf, dass mit dem Bundesgesetz über die Anpassung von verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum anwaltlichen Berufsgeheimnis (vgl. die Botschaft vom 26. Oktober 2011; BBl 2011 S.

8181 ff.) die Regeln über den Beizug anwaltlicher Dokumente als Beweismittel in den verschiedenen Verfahrensgesetzen des Bundes harmonisiert wurden (siehe Botschaft, BBl 2011 S. 8182). Massgebend für diese Änderungen waren – gemäss Botschaft (BBl 2011 S. 8184) – u. a. die folgenden Voraussetzungen: Geschützt sind nur Gegenstände und Unterlagen, die im Rahmen eines berufsspezifischen Mandates von der Anwältin oder vom Anwalt selber, der Klientschaft oder Dritten erstellt wurden. Zu den Unterlagen gehören nicht nur die Korrespondenz im üblichen Sinne wie Briefe oder E-Mails, sondern auch eigene Aufzeichnungen, rechtliche Abklärungen im Vorfeld eines Verfahrens, Besprechungsnotizen, Strategiepapiere, Vertrags- oder Vergleichsentwürfe usw. Zur berufsspezifischen Anwaltstätigkeit gehören – dem straf- und anwaltsrechtlichen Schutz des Berufsgeheimnisses (Art. 321 Ziff. 1 StGB und Art. 13 BGFA) entsprechend – namentlich Prozessführung und Rechtsberatung, nicht jedoch berufsfremde Aktivitäten wie Vermögensverwaltung, Verwaltungsratsmandate, Geschäftsführung oder Sekretariat eines Berufsverbandes, Mäkelei, Mediation oder Inkassomandate (vgl. BGE 135 III 597 E. 3.3 S. 601; 132 II 103 E. 2.1; jeweils m.w.H.).

Bezüglich des gleichen Verfahrens befasste sich die Beschwerdekammer im Beschluss BE.2014.16 vom 19. Dezember 2014, E. 2.4, z. B. damit, dass ein Anwalt, welcher einzelzeichnungsberechtigter Bevollmächtigter von Gesellschaften war, konkrete Einfuhranweisungen (für die Einfuhr von Kunst) erteilte. Ferner hatte das Anwaltsbüro als Referenz- und Korrespondenzadresse für Konten gedient und für ein Konto hatte eine Einzelunterschriftsberechtigung eines Anwalts bestanden. Diese Funktionen würden nicht unter die berufsspezifische Tätigkeit des Rechtsanwalts fallen (E. 2.5).

6.3.3 Nach dem Gesetz über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen des Kantons Zug vom 3. Juni 1946 (Beurkundungsgesetz, BeurkG/ZG; BGS 223.1) können Rechtsanwälte zur öffentlichen Beurkundung ermächtigt werden (§ 2 Abs. 1 BeurkG; notarielle Tätigkeit von Zuger Rechtsanwälten). Das Bundesgericht übertrug in einem nicht amtlich publizierten Entscheid die Rechtsprechung zum Geheimnisschutz von Rechtsanwälten analog auf Notare (Urteil des Bundesgerichts 1B_226/2014 vom 18. September 2014, E. 2.4). Vom Notargeheimnis (Art. 321 Ziff. 1 StGB) ist insbesondere die Beratungstätigkeit des Notars erfasst. Das Ergebnis der Beratung, das beurkundete Dokument, kann zur Verwendung im Geschäftsverkehr oder

Eintrag in einem öffentlichen Register bestimmt sein. Solche notariellen Dokumente sind nur in Ausnahmefällen berufsgeheimnisgeschützt (vgl. MOOSER, *Le droit notarial en Suisse*, 2. Aufl., Bern 2014, N. 245c: Beschränkung bei Art. 321 StGB auf «geheimhaltungswürdige Tatsachen» des Notars).

6.4 Auf den vorliegenden Fall bezogen ergibt sich aus der soeben dargestellten Rechtslage Folgendes:

6.4.2 Akten als Escrow Agent: Die Parteien sind sich uneins, ob die Tätigkeit als Escrow Agent unter klassische Anwaltstätigkeit gehört und damit vom Anwaltsgeheimnis geschützt ist. Beim Escrow Vertrag – ein aus dem englischen oder US-amerikanischen Recht stammendes Institut – handelt es sich um einen Vertrag, der je nach konkreter Ausgestaltung nach schweizerischem Rechtsverständnis entweder eher Aspekte der Anweisung (Art. 466 ff. OR) bzw. des Hinterlegungsvertrages (Art. 472 ff. OR) enthält und am ehesten einer Unterform des Hinterlegungsvertrages, demjenigen des Sequesters (Art. 480 OR), entspricht. Der Escrow Agent hält z. B. Vermögenswerte mit der Weisung, diese je nach den Bedingungen des Vertrags zwischen Dritten an einen davon weiterzuleiten oder bei oder nach einem Rechtsstreit an Parteien oder Dritte weiterzuleiten (vgl. Wikipedia, Englische Version, zum Begriff *Escrow*).

In der Literatur ist die Zuordnung von Escrow zur klassischen Anwaltstätigkeit umstritten (bejahend, jedoch ohne Begründung: NATER/ZINDEL, *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Art. 13 BGFA N. 121; als kontrovers bezeichnet in MAURER/GROSS, *Commentaire romand*, Basel 2010, Art. 13 BGFA N. 202). Überzeugend sind die Überlegungen zur Zuordnung zu eigentlicher anwaltlicher Tätigkeit oder eben anderer wirtschaftlichen Tätigkeit bei BOHNET/MARTENET (a.a.O., N. 3550). BOHNET/MARTENET unterscheiden unter dem Kriterium der Unterstellung unter das Geldwäschereigesetz (GwG) drei grundsätzliche Fallkonstellationen. Die Argumentationslinie von BOHNET/MARTENET ist auch ausserhalb der Frage der GwG-Unterstellung brauchbar zur Abgrenzung von anwaltlicher und anderer wirtschaftlicher Tätigkeit des Anwalts. In der ersten Konstellation hängt das Escrow Mandat direkt mit einem Mandat zusammen, welches aus der spezifischen beruflichen Praxis als Anwalt (oder Notar) stammt, womit dieses nicht unter das Geldwäschereigesetz fällt. Damit wäre das Escrow Mandat Anwaltstätigkeit im eigentlichen Sinn. In einer zweiten Konstellation interveniert der Anwalt als Escrow Agent, um die

Abwicklung eines Vertrages sicherzustellen, ohne dabei spezifische Leistungen seines (anwaltlichen) Berufs anzubieten. In dieser Konstellation dominiert der rein wirtschaftliche Aspekt, womit das Mandat nicht unter anwaltliche Leistungen fällt. Schliesslich würde drittens eine Escrow Tätigkeit einzig im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Anwalts wie der Vermögensverwaltung ausgeübt, womit es wiederum nicht zur eigentlich anwaltlichen Tätigkeit zählt. Dieser differenzierten Abgrenzung ist bei der Zuordnung der Akten aus der Escrow Agententätigkeit zu folgen.

6.4.5 RAin C. (und in untergeordnetem Umfang auch andere Anwälte der Anwaltskanzlei A. AG) habe im anwaltlichen Auftrag gemäss Instruktion von Verwaltungsrat RA B. gehandelt. Ihre Tätigkeit der Vertragsformulierung stelle klassische Anwaltsarbeit dar. Letzteres kann zutreffen: Das Ausformulieren bzw. Anpassen von Vertragstexten gehört zur klassischen anwaltlichen Beratungstätigkeit und ist durch das Anwaltsgeheimnis abgedeckt. Grundsätzlich dürfen solche Unterlagen nicht herausgegeben werden; sie wären auszuscheiden und zurückzugeben.

Indessen müssen RAin C. zugeordnete Unterlagen darauf geprüft werden, ob eine solche, eigenständige Vertragsberatung/-formulierung tatsächlich anzunehmen ist oder ob sie nur sozusagen als verlängerter Arm des Verwaltungsrats gehandelt hat. Jedenfalls kann nicht ein leitender Anwalt (hier RA B.), der als Verwaltungsrat einer Drittgesellschaft tätig ist, in einer Anwalts-AG einen Anwalt der gleichen AG beauftragen und auf diesem Weg an sich nicht anwaltlicher Tätigkeit zuzuordnende Akten zu Anwaltsakten «umfirmieren». Dies umso weniger, als RA B. seine Verwaltungsratsstätigkeit organisatorisch gerade über die Anwaltskanzlei A. AG abwickelte. Darin läge eine Umgehung bzw. ein Rechtsmissbrauch. Auch die Behauptung, die anwaltlichen Hilfspersonen des Verwaltungsrates seien nicht direkt von H. AG bezahlt worden, ist weder substantiiert noch ausschlaggebend. RAin C. ist somit als ebenfalls im Rahmen der Anwaltskanzlei A. AG tätige Anwältin keine externe Drittanwältin. Unter diesen Umständen kann sich RAin C. nicht weitergehend auf ein Anwaltsgeheimnis berufen, als dies auch RA B. könnte.

7.2 Die Beschwerdeführer haben im Rechtshilfverfahren konkret darzulegen, Dokument für Dokument, welche einzelnen Aktenstücke (bzw. welche Passagen daraus) für die ausländische Strafuntersuchung offensichtlich entbehrlich seien, und diese Auffassung auch zu begründen (BGE 130 II 14 E. 4.3/4.4; 126 II 258 E. 9b/aa; Urteil des Bundesgerichts

1A.234/2005 vom 31. Januar 2006, E. 3.2). Dies gilt besonders bei einer komplexen Untersuchung mit zahlreichen Akten. Die Beschwerdeinstanz forscht nicht von sich aus nach Aktenstücken, die im ausländischen Verfahren (mit Sicherheit) nicht erheblich sein könnten (BGE 122 II 367 E. 2c; Urteil des Bundesgerichts 1A.223/2006 vom 2. April 2007, E. 4.1).

7.3 Auch Berufsgeheimnisträger unterliegen prozessualen Substanziierungsobliegenheiten. Dabei geht es nicht darum, schutzwürdige Geheimnisse inhaltlich preiszugeben, sondern lediglich zu umschreiben, welcher Art die angeblich tangierten Geheimnisinteressen sind und inwiefern sie so wichtig seien, dass sie das Strafverfolgungsinteresse überwiegen (vgl. BGE 138 IV 225 E. 7.1; Urteile des Bundesgerichts 1B_63/2014 vom 16. April 2014, E. 1.6; 1B_303/2013 vom 21. März 2014, E. 7; 1B_637/2012 vom 8. Mai 2013, E. 3.6.2 [in BGE 139 IV 246 nicht publizierte Erwägung]; 1B_352/2013 vom 12. Dezember 2013, E. 3.2; 1B_492/2011 vom 2. Februar 2012, E. 6.2).

Führt die Rechtshilfe leistende Staatsanwaltschaft kein eigenes Strafverfahren im Sachzusammenhang, so ist sie als Rechtshilfebehörde und nicht als Strafbehörde im Sinne von Art. 264 Abs. 3 StPO tätig («so gehen die Strafbehörden nach den Vorschriften über die Siegelung vor»). Die – ausländischen – Strafbehörden erlangen gemäss Art. 80/ Abs. 1 IRSG erst nach der Möglichkeit zur gerichtlichen Überprüfung der Schlussverfügung und nur von nicht vorrangig geheimnisgeschützten Unterlagen Kenntnis. Von der Staatsanwaltschaft erfahrene Berufsgeheimnisse können auch nicht auf dem Wege der unaufgeforderten Übermittlung (Art. 67a Abs. 4 IRSG) herausgegeben und ebenso wenig ohne Weiteres für ein nationales Strafverfahren verwendet werden (Beschlagnahmeverbot von Art. 264 StPO; Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2014.1 vom 3. September 2014, E. 3.8, 3.9 und 3.11).

Aus diesem Grund rechtfertigt sich im Rechtshilfeverfahren und speziell im gerichtlichen Verfahren der Überprüfung der Schlussverfügung eine weitergehende Substanziierungspflicht zum Anwaltsgeheimnis als im nationalen Strafverfahren: Will sich ein Anwalt im Rechtshilfeverfahren auf ein Berufsgeheimnis berufen, so muss er rechtzeitig angeben, für wen er anwaltlich tätig geworden ist, sofern dies nicht schon aus den vorhandenen Unterlagen zureichend deutlich klar geworden ist.