



Kurt Blickenstorfer
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Partner
Telefon +41 58 258 10 00
kurt.blickenstorfer@bratschi.ch

Anwaltliche Mandatsübernahmeprüfung

Auch wenn man als Klientschaft den Eindruck hat, eine Anwaltsperson könne auf eine telefonische Anfrage hin sofort tätig werden, gibt es doch zahlreiche Abklärungen, welche vor der Mandatsannahme getroffen werden müssen. In absehbarer Zeit werden die bisher vorzunehmenden Prüfungen nicht mehr genügen und die Mandatsannahme wird sich – wie die Entwicklung z.B. in EU-Staaten zeigt – aufgrund neuer Geldwäschereibestimmungen markant verkomplizieren.

1. Die bestehenden Pflichten gegenüber der Klientschaft

1.1 Abklärung über das notwendige Know-how

Bei einer neuen Mandatierung wird sich die angefragte Anwaltsperson als erstes fragen, ob sie oder ihre Kanzlei das notwendige Know-how für die Erledigung des Mandates hat. Ein anwaltlicher Auftrag muss sorgfältig und gewissenhaft sowie nach besten Kräften ausgeführt werden. Auch wenn sich im Laufe eines Mandates vieles an notwendigem Fachwissen erarbeiten lässt, ist Spezialwissen bei der Mandatsübernahme und -ausführung von Vorteil. Diese Know-how-Abklärungen innerhalb einer Kanzlei sind bei den vielfältigen Fragestellungen in unserer komplex gewordenen Welt nicht immer ganz so einfach.

1.2 Abklärung über die zeitliche Kapazität

Gleichzeitig muss unverzüglich abgeklärt werden, ob die Anwaltsperson oder die Kanzlei die notwendige zeitliche Kapazität zur Verfügung hat und ob dringliche Handlungen anstehen. Zum Beispiel könnten Fristen in einem Verfahren oder bei einer drohenden Verjährung ablaufen. Mit anderen Worten hat sich die angefragte Anwaltsperson unter Umständen schon sofort eingehend mit der Angelegenheit zu befassen und kann ihre entsprechenden Abklärungen nicht hinausschieben.

1.3 Interessenkonflikt-Abklärung

Unerlässlich ist die Abklärung eines möglichen Interessenkonfliktes. Anwältinnen und Anwälte dürfen sich nicht einer Situation aussetzen, in der sie sich mit einer Entscheidung für neue Klienten potenziell in Konflikt zu eigenen oder anderen ihnen zur Wahrung anvertrauten Interessen begeben. Selbst nach Ablauf eines Mandates darf die Anwaltsperson kein Mandat gegen die vormalige Klientschaft annehmen, wenn sie in diesem neuen Mandat Kenntnisse aus dem abgelaufenen Mandat verwenden könnte. Die Interessenkonfliktregelung gilt nicht nur für die gerade angefragte Anwaltsperson, sondern bezieht sich auf ihre ganze Kanzlei. Sogenannte «Chinese Walls» innerhalb der Kanzlei vermögen den Interessenkonflikt nicht auszuräumen. Andererseits kann die betroffene Klientschaft aber bis zu einem gewissen Grad ihr Einverständnis zu einem potentiellen Interessenkonflikt abgeben. Unter diesen Umständen sind auch Doppelvertretungen (Beratung und Vertretung von zwei KlientInnen, deren Interessen sich widersprechen können) möglich.

1.4 Mandatsvertrag

In der Regel wird zwischen der Klientschaft und der Anwaltsperson oder deren Kanzlei ein schriftlicher Mandatsvertrag geschlossen. Darin werden die Eckpunkte des Mandatsverhältnisses und damit auch die Honorarausgestaltung (wie Stundenansatz oder Pauschale, Vorschüsse, Rechnungsstellung und Zahlungsfristen) festgehalten. Es kann auch sein, dass diese Punkte mündlich besprochen werden oder sich aus anderen Gegebenheiten (z.B. früheres Mandat, Usanz, Vollmacht) ableiten lassen. Der guten Ordnung halber sei erwähnt, dass in der Schweiz die Verabredung eines reinen Erfolgshonorars unzulässig ist. Nur in ganz engen Schranken ist eine sogenannte Erfolgsprämie (pactum de palmario) zulässig.

1.5 Abklärungen bei der Aufbewahrung von Vermögenswerten

Oft bringt es ein anwaltliches Mandatsverhältnis mit sich, dass der Anwaltsperson Vermögenswerte zur «Aufbewahrung» anvertraut werden. Dies können Gelder (in der Regel auf dem Klientengelderabwicklungskonto) sein, welche die Anwaltsperson z.B. von der Klientschaft erhält, um sie dann rechtzeitig dem Gericht als Kostenvorschuss einzuzahlen, oder im Rahmen eines Inkassos von einem Schuldner eingetrieben hat. Es kann sich aber auch um Wertsachen (wie Wertpapiere, Schmuck oder Edelmetalle) handeln, die im Rahmen der Mandatsausführung (z.B. Erbteilung oder Vertragserfüllung) meist kurzfristig in die Obhut der Anwaltsperson gelangen. Dabei obliegen ihr die Pflichten, die anvertrauten Vermögenswerte sorgfältig und sicher aufzubewahren sowie jederzeit Rechenschaft darüber ablegen sowie sie herausgeben zu können. Sie muss sich bei begründetem Verdacht aber auch darüber vergewissern, dass die von ihr entgegenzunehmenden Vermögenswerte nicht aus deliktischer Herkunft (inkl. qualifiziertem Steuervergehen) stammen. Sie untersteht für ihre anwaltliche Tätigkeit nicht der Geldwäschereigesetzgebung (GwG). Für Tätigkeiten, die nicht als anwaltlich zu qualifizieren sind, in der Regel für sog. treuhänderische

Tätigkeiten, wird die Anwaltsperson aber zur **Finanzintermediärin** und untersteht den Auflagen des GwG.

2. Bestrebungen zu weiteren gesetzlichen Abklärungspflichten

Aufgrund des vierten Länderexamens der Financial Action Task Force on Money Laundering («FATF» auch «GAFI») über die Schweiz ist der Bundesrat zum Schluss gelangt, dass auch die Anwaltschaft bei ihrer Tätigkeit unter das GwG fallen soll. Dies würde dazu führen, dass die Klientschaft bei Anwaltspersonen unter den Generalverdacht fallen muss, Geldwäscherei betreiben zu können. Der Bundesrat hat in seinem Entwurf zur Änderung des GwG diesen Generalverdacht auf Dienstleistungen, die im Zusammenhang mit Sitzgesellschaften durch eine Anwaltsperson erbracht werden, reduziert. Dieser Gesetzesentwurf ist derzeit noch in der Differenzbereinigung des Parlaments. Es ist davon auszugehen, dass auch die Anwaltschaft für die vorgenannten Dienstleistungen dem GwG unterstellt wird. Es sei an dieser Stelle kurz dargestellt, was der Gesetzesentwurf für das Mandatsverhältnis zwischen der Klientschaft und der Anwaltsperson bedeutet.

2.1 Definition Sitzgesellschaft

Es ist nicht ganz klar, was unter «Sitzgesellschaft» genau zu verstehen ist. Die Geldwäschereiverordnung der FINMA grenzt sie zwar mittels Definition von der operativen Gesellschaft oder von einer Holdinggesellschaft ab. Klarheit können im Einzelfall aber nur umfassende Abklärungen im Vorfeld einer Mandatsannahme bringen. Hierfür sind wohl z.B. die Bilanzen und Erfolgsrechnungen und/oder die Besichtigung der Geschäftsräumlichkeiten der entsprechenden Gesellschaft notwendig. Insbesondere bei ausländischen juristischen Personen und dergleichen können solche Abklärungen äusserst aufwändig und zeitraubend sein. Die Kosten für diesen Aufwand wird letztlich die Klientschaft tragen müssen, sei es direkt oder aber mindestens indirekt, denn die Anwaltschaft wird diese Unkosten in ihre Kalkulation miteinbeziehen müssen.

2.2 Dienstleistungen

Zu den Dienstleistungen der Anwaltschaft, die bei einer Sitzgesellschaft unter das GwG fallen sollen, gehören nebst deren **Gründung** auch deren **Kauf** und **Verkauf**. Ebenfalls sollen die Organisation der Mittelbeschaffung, die Führung der Verwaltung und die Domizilierung solcher Gesellschaften dem GwG unterstellt sein. Dies mag auf den ersten Blick kaum grosse Wellen schlagen. Bei der Übernahme eines Verwaltungsratsmandates bei einer Sitzgesellschaft wurde die Anwaltsperson schon bis anhin als Finanzintermediärin dem GwG unterstellt. Eine nähere Betrachtung macht aber bewusst, dass jede Dienstleistung der Anwaltsperson für eine geplante oder bereits gegründete Sitzgesellschaft dem GwG unterstellt sein wird, denn auch die ganze Beratung und jede Vorbereitungshandlung im Zusammenhang mit der vorstehend genannten Dienstleistungen fällt unter das GwG.

2.3 Miterfasste Beratungstätigkeit

Nur gerade der allererste Kontakt einer Klientschaft zur Anwaltsperson, bei der das Mandatsverhältnis angebahnt und allenfalls die Frage gestellt wird, ob sie eine der fraglichen Dienstleistungen erbringen könne, fällt noch nicht unter das GwG. Dagegen gilt, wenn das Mandatsverhältnis einmal begründet ist, **jede Beratung** im Zusammenhang mit der vorstehenden Dienstleistung schon als relevante Handlung des GwG. Mit anderen Worten ist bereits die Antwort auf die Anfrage, ob z.B. ein Patent in eine Sitzgesellschaft ausgesondert werden könne (sei es aus Gründen der Steueroptimierung, für die Bildung eines Joint Ventures oder im Hinblick auf den Verkauf etc.), eine unter das GwG fallende Dienstleistung. Es gibt noch zahlreiche andere Beispiele, die im Zusammenhang mit einer Sitzgesellschaft zur GwG-relevanten Handlung werden, wie: Erstellung einer Gründungscheckliste; Ausarbeitung oder Prüfung von Statuten; Steuerberatung; Erklärung der Zeichnungsberechtigung von Verwaltungsräten; Vorbereitung von Verwaltungsratssitzungen und Generalversammlungen; Vermittlung des Kontakts zu Banken oder Investoren.

2.4 Die Sorgfaltspflichten

Werden die vorgenannten Dienstleistungen und Beratungen der Anwaltschaft unter das GwG gestellt, so unterliegt die Anwaltschaft umfassenden und aufwändigen Sorgfaltspflichten. Dazu zählen folgende Aufgaben:

- Einmal muss die **Vertragspartei identifiziert** werden. Bei natürlichen Personen genügt ein Pass. Bei juristischen Personen findet die Identifikation in der Regel mittels Handelsregisterauszug statt. Bei ausländischer Herkunft gestaltet sich dies schon schwieriger, insbesondere wenn es gar keinen Registereintrag gibt. Erschwerend kommt hinzu, dass die Identifizierung in der Vorbereitungsphase, d.h. vor der Mandatsaufnahme erfolgen muss.
- Nebst der Vertragspartei muss aber auch der **wirtschaftlich Berechtigte** schon in der Vorbereitungsphase **festgestellt** werden. Wirtschaftlich berechtigt ist, wer unabhängig und verbindlich über die Verwendung der fraglichen Vermögenswerte entscheiden kann. Dabei handelt es sich immer um eine natürliche Person.
- Am schwierigsten dürfte sein, die **Hintergründe und den Zweck des Geschäfts** in Erfahrung zu bringen. Handelt es sich um eine Finanztransaktion, so müssen sogar die Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte, die Hintergründe und die Plausibilität der geplanten Transaktionen sowie der Ursprung des Vermögens der wirtschaftlichen Person abgeklärt werden.

Die vorgenannten Informationen müssen genau dokumentiert und periodisch überprüft werden. Mittels organisatorischen Massnahmen innerhalb der Kanzlei (interne Weisungen und Kontrollen, Ausbildung und Nachschulungen) muss die Einhaltung der Pflichten sichergestellt werden.

Eine Meldepflicht an die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) entfällt vorerst noch für die anwaltliche Tätigkeit, gilt aber immerhin für atypische Tätigkeiten wie treuhänderische oder solche im

Rahmen einer Vermögensverwaltung. Da für die atypische Tätigkeit das Anwaltsgeheimnis ohnehin nicht gilt, muss deren Verletzung auch nicht befürchtet werden. Immerhin soll ein Revisionsunternehmen die Einhaltung der Sorgfaltspflichten der Anwaltsperson prüfen. Einerseits führt dies wiederum zu Mehrkosten eines Mandates, die entweder direkt oder indirekt auf die Klientschaft überwälzt werden muss. Andererseits stellt sich hier die Frage, ob sich eine solche Akteneinsicht des Revisors mit dem Anwaltsgeheimnis vereinbaren lässt.

Werden vorstehende Pflichten verletzt, drohen der Anwaltsperson erhebliche Bussen als **Sanktion**. Aufgrund der Prüfung durch ein Revisionsunternehmen ist damit zu rechnen, dass eine Pflichtverletzung in der Regel aufgedeckt wird. Die Revisionsstelle hat sogar bei begründetem Verdacht einer Verletzung durch die Anwaltsperson Meldung an die MROS zu erstatten.

3. Fazit

Die neuen Abklärungspflichten verzögern einerseits die Mandatserteilung, andererseits entstehen neue Kosten, die letztlich die Klientschaft tragen müssen. Leider wird damit auch das Anwaltsgeheimnis, das ein zentraler Pfeiler eines Rechtsstaates ist, aufgeweicht. Es bildet die Basis für das Vertrauensverhältnis zwischen der Anwaltsperson und der Klientschaft. Kann eine Klientschaft nicht mehr darauf vertrauen, dass die Informationen, die sie der Anwaltsperson mitteilt, geheim bleiben, wird sie ihr nicht mehr alles offenlegen und die Anwaltsperson kann sie auch nicht mehr umfassend beraten sowie sie vor allfälligem ungesetzmässigem Handeln bewahren.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 100 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

Basel
Lange Gasse 15
Postfach
CH-4052 Basel
T +41 58 258 19 00
F +41 58 258 19 99
basel@bratschi.ch

Bern
Bollwerk 15
Postfach
CH-3001 Bern
T +41 58 258 16 00
F +41 58 258 16 99
bern@bratschi.ch

Genf
Rue du Général-Dufour 20
1204 Genf
T +41 58 258 13 00
F +41 58 258 17 99
geneva@bratschi.ch

Lausanne
Avenue Mon-Repos 14
Postfach 5507
CH-1002 Lausanne
T +41 58 258 17 00
T +41 58 258 17 99
lausanne@bratschi.ch

St. Gallen
Vadianstrasse 44
Postfach 262
CH-9001 St. Gallen
T +41 58 258 14 00
F +41 58 258 14 99
stgallen@bratschi.ch

Zug
Gubelstrasse 11
Postfach 7106
CH-6302 Zug
T +41 58 258 18 00
F +41 58 258 18 99
zug@bratschi.ch

Zürich
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
zuerich@bratschi.ch