

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

M. POIARES MADURO

vom 14. Dezember 2006¹

1. Ist es mit dem Gemeinschaftsrecht und den von ihm geschützten tragenden Grundsätzen vereinbar, den Rechtsanwälten, wie in der Richtlinie 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Dezember 2001 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche (ABl. L 344, S. 76) vorgesehen, die Verpflichtung aufzuerlegen, die zuständigen Behörden über alle bekannten Tatsachen zu unterrichten, die ein Indiz für eine Geldwäsche sein könnten? Die Frage, die die vorliegende Rechtssache aufwirft, sollte für den Gerichtshof Veranlassung sein, sich mit einem der Grundwerte der die Europäische Union bildenden Rechtsstaaten, dem Berufsgeheimnis des Rechtsanwalts, zu befassen². Der genannte Wert steht zwar außer Frage, die rechtliche Ausgestaltung seines Schutzes aber ist unsicher und umstritten. Auf welcher Rechtsgrundlage ist dieser Schutz zu gewähren? Sind Ausnahmen davon zulässig und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen? Anhand welcher Kriterien soll in der Praxis bestimmt werden, was unter das Geheimnis fällt und was nicht?

2. Mit diesen Fragen haben sich vor dem Gerichtshof schon andere Gerichte befasst. Eine Reihe nationaler Gerichte innerhalb und außerhalb der Union mussten sich mit ähnlichen Problemen auseinandersetzen³. Auch wird sich der Gerichtshof auf einige seiner eigenen Präzedenzfälle stützen können. In seiner Rechtsprechung hat der Gerichtshof bereits den Grundsatz der Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant verankert⁴ und die Besonderheit des Rechtsanwaltsberufs und der für ihn geltenden Regeln anerkannt⁵.

I — Der Kontext der Rechtssache

3. Um die Bedeutung der Sache richtig zu erfassen, ist es hilfreich, sich vorab die

1 — Originalsprache: Portugiesisch.

2 — Der Schutz des Berufsgeheimnisses wird ausdrücklich in Art. 41 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union genannt, wo „das Recht einer jeden Person auf Zugang zu den sie betreffenden Akten unter Wahrung des legitimen Interesses der Vertraulichkeit und des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses“ verankert ist.

3 — Ich nenne z. B. die Entscheidung des Supreme Court of British Columbia (Kanada) vom 20. November 2001. Der Supreme Court hatte sich zu der Frage zu äußern, ob die Rechtsberater von der Verpflichtung ausgenommen werden sollten, dem Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada (Zentrum zur Untersuchung von Finanztransaktionen und Finanzangaben in Kanada) bestimmte verdächtige Finanztransaktionen mitzuteilen, und hielt es für angebracht, auf die Bestimmungen der Richtlinie 2001/97 zu verweisen, die damals kurz vor der Verabschiedung stand.

4 — Urteil vom 18. Mai 1982, AM & S (155/79, Slg. 1982, 1575). Vgl. hierzu die Studie von B. Vesterdorf „Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Currents Issues“, *Fordham International Law Journal*, 2005, S. 1179.

5 — Urteil vom 19. Februar 2002, Wouters u. a. (C-309/99, Slg. 2002, I-1577).

Entstehungsgeschichte der streitigen Bestimmung und den Zusammenhang vor Augen zu führen, in dem die Bestimmung in Frage gestellt wurde.

A — *Der Gemeinschaftskontext*

4. Der Begriff „Geldwäsche“ hat seinen Ursprung angeblich in einer in den Vereinigten Staaten von Amerika entwickelten Praxis der organisierten Kriminalität, Waschsalons und Autowaschanlagen zu erwerben, um Einnahmen vor allem aus dem Alkoholschmuggel während der Prohibition mit den legal erzielten Gewinnen zu vermischen. Der Ursprung des Begriffs ist zwar umstritten, doch sein Inhalt ist eindeutig. Die Geldwäsche bezeichnet eine Gesamtheit von Tätigkeiten, deren Zweck es ist, den Einnahmen kriminellen Ursprungs den Anschein der Legalität zu geben.

5. Die Geldwäsche als Phänomen hat sich auf die Liberalisierung des Welthandels eingestellt, hat sogar von ihr profitiert und ist daher entsprechend ihrer Verbreitung in grenzübergreifender Zusammenarbeit zu bekämpfen⁶. Der Europarat verabschiedete 1980 eine Empfehlung bezüglich der Maßnahmen gegen den Transfer und die Sicherung illegaler Gelder⁷. Obwohl diese Empfehlung nur Hinweiskarakter hatte, leitete sie den internationalen Kampf gegen die Geldwäsche ein. Am 19. Dezember 1988 wurde in Wien das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtgiften und psychotropen Stoffen angenommen⁸. Das Übereinkommen stellt die Geldwäsche unter Strafe und ordnet Sanktionen an. 1990 verabschiedete der Europarat ein Übereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten⁹. Unter Verstärkung der regionalen Zusammenarbeit erweiterte das Übereinkommen die Definition des Begriffs Geldwäsche und verpflichtete die Unterzeichnerstaaten zum Erlass repressiver Maßnahmen. Zur selben Zeit wurde die Arbeitsgruppe „Finanzielle Maßnahmen gegen die Geldwäsche“ (Financial Action Task Force, im Folgenden: FATF) eingerichtet, ein internationales Gremium, das 1989 auf Initiative der G7 in Paris eingesetzt wurde, um Strategien zur Bekämpfung dieses Phänomens auszuarbeiten und zu fördern. Seit 1990 hat die FATF eine Reihe von vierzig Empfehlungen veröffentlicht, die als Grundlage für einen international koordinierten Kampf dienen sollen¹⁰.

6. In diesem bereits relativ ausgeprägten Regelungszusammenhang wurde die Euro-

6 — Vgl. in diesem Sinne den fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (ABL L 309, S. 15).

7 — Empfehlung Nr. R (80) 10 des Europarats über die Maßnahmen gegen den Transfer und die Sicherung von Kapital kriminellen Ursprungs, angenommen am 27. Juni 1980.

8 — Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtgiften und psychotropen Stoffen, angenommen von der Konferenz auf ihrer 6. Vollversammlung am 19. Dezember 1988.

9 — Übereinkommen des Europarats über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten, verabschiedet in Straßburg am 8. November 1990.

10 — GAFI, *Les Quarante Recommandations*, 1990, überarbeitet 1996 und 2003.

päische Gemeinschaft tätig. Für sie ging es nicht nur um die Teilnahme an dem internationalen Kampf, sondern auch um den Schutz der Integrität des europäischen Binnenmarkts¹¹. So wurde die Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche (ABl. L 166, S. 77) erlassen, mit der der Gemeinschaftsgesetzgeber den Grundsatz des Verbots der Geldwäsche in der Gemeinschaft aufstellte und den Mitgliedstaaten den Erlass von Regelungen vorschrieb, mit denen die Kredit- und Finanzinstitute zur Feststellung der Identität, zur Unterrichtung und zur Verhinderung zweifelhafter Geschäfte verpflichtet werden.

7. Die hier in Rede stehende Bestimmung ist das Ergebnis einer Änderung der Richtlinie 91/308. Die Richtlinie 2001/97 nämlich ist auf den Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers zurückzuführen, die Richtlinie 91/308 unter Berücksichtigung der Schlussfolgerungen der Kommission sowie der Forderungen des Europäischen Parlaments und der Mitgliedstaaten zu aktualisieren und im Hinblick auf die im Laufe der ersten Jahre ihrer Geltung gesammelten Erfahrungen den Anwendungsbereich auf neue Bereiche und neue Tätigkeiten auszudehnen. Hieraus ergibt sich insbesondere die Erweiterung des Geltungsbereichs der Verpflichtung nach

Art. 6 der Richtlinie 91/308, die zuständigen Behörden über einen etwaigen Verdacht auf Geldwäsche zu unterrichten, auf „Notare und andere selbstständige Angehörige von Rechtsberufen“ bei Ausübung bestimmter Tätigkeiten.

8. Diese Erweiterung, die im Mittelpunkt der vorliegenden Rechtssache steht, war das Ergebnis langer Überlegungen innerhalb unterschiedlicher Gremien. 1996 verlangte die FATF bei der Überarbeitung ihrer Empfehlungen von den nationalen Behörden die Erweiterung des Geltungsbereichs der Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche auf finanzielle Tätigkeiten, die von nicht dem Finanzbereich angehörenden Berufen ausgeübt werden. Im Jahr 2001 wies die FATF erneut darauf hin, dass sie angesichts des Umstands, dass die „Straftäter für die Geldwäsche in zunehmenden Maße den Rat und sonstige Hilfe von Fachleuten und anderen Mittelsleuten in Anspruch nehmen“, der Auffassung sei, dass „der Anwendungsbereich der vierzig Empfehlungen so ausgeweitet werden muss, dass sieben Arten von außerhalb des Finanzbereichs liegenden Tätigkeiten und Berufen erfasst werden“, darunter „die Rechtsanwälte und die Notare“¹².

9. Diese Empfehlung konnte im Rahmen der Gemeinschaft nicht unbeachtet bleiben. Die Richtlinie 91/308 sah in Art. 12 vor, dass „[d]ie Mitgliedstaaten [dafür] sorgen ..., dass die Bestimmungen dieser Richtlinie ganz oder teilweise auf Berufe und Unternehmenskategorien ausgedehnt werden, die zwar keine Kredit- und Finanzinstitute im Sinne von Artikel 1 sind, jedoch Tätigkeiten aus-

11 — Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Saggio in der Rechtssache Kommission/Österreich, die zum Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 29. September 2000 führte (C-280/98, Slg. 2000, I-7835, Randnr. 3).

12 — GAFI, *Rapport Annuel 2000–2001*, 22. Juni 2001, S. 17 und 19.

üben, die besonders geeignet sind, für Zwecke der Geldwäsche genutzt zu werden“. Ferner wurde nach Art. 13 der Richtlinie bei der Kommission ein Kontaktausschuss eingesetzt, der insbesondere folgende Aufgabe hat: „Prüfung der möglichen Einbeziehung eines Berufs oder einer Unternehmenskategorie in den Anwendungsbereich von Artikel 12, wenn dieser Beruf oder diese Unternehmenskategorie in einem Mitgliedstaat nachweislich zum Zwecke der Geldwäsche benutzt worden ist“.

nehmen, Notare, Buchsachverständige, Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, in den Geltungsbereich der Richtlinie mit dem Ziel,

- auf sie die darin enthaltenen Vorschriften ganz oder teilweise anzuwenden oder erforderlichenfalls

- auf sie unter Berücksichtigung der besonderen Umstände dieser Berufe, insbesondere unter voller Wahrung ihrer berufsspezifischen Verschwiegenheitspflicht, neue Vorschriften anzuwenden“¹⁴.

10. Aufgrund der ersten Berichte der Kommission über die Anwendung der Richtlinie sprachen sich das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union dafür aus, die Meldepflicht nach Art. 6 der Richtlinie auf andere Personen und Berufszweige als die Kreditinstitute auszudehnen¹³. Im März 1999 forderte das Parlament in seiner Entschließung zum zweiten Bericht der Kommission diese ausdrücklich auf, einen Legislativvorschlag zur Änderung der Richtlinie vorzulegen, der u. a. folgenden Punkt umfasst: „die Einbeziehung von Berufen, bei denen die Gefahr der Mitwirkung an der Geldwäsche oder des Mißbrauchs durch Geldwäscher besteht, z. B. Immobilienmakler, Kunsthändler, Auktionatoren, Spielbanken, Wechselstuben, Geldtransportunter-

11. Auf dieser Grundlage legte die Kommission im Juli 1999 den Vorschlag zur Änderung der Richtlinie vor¹⁵. Dieser Vorschlag verlangte, dass die Mitgliedstaaten die Geltung der in der Richtlinie niedergelegten Bestimmungen für „Notare und andere selbständige Juristen [gewährleisten], die Kunden bei [einer Reihe von Finanz- und Geschäftstätigkeiten] unterstützen oder vertreten“. Der Vorschlag sah jedoch auch eine Ausnahme von begrenzter Reichweite vor: Die Mitgliedstaaten sind nicht verpflichtet, die in der Richtlinie vorgesehenen Meldepflichten auf selbständige Juristen anzuwen-

13 — Vgl. insbesondere Aktionsplan zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (vom Rat angenommen am 28. April 1997) (ABl. C 251, S. 1, Nr. 26 Buchst. e).

14 — Entschließung zum zweiten Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Umsetzung der Geldwäscherichtlinie (ABl. 1999, C 175, S. 39 bis 42).

15 — Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 91/308 (Kom [1999] 352 endg. vom 14. Juli 1999).

den, „wenn es sich um Informationen handelt, die sie von einem Kunden zum Zwecke der Vertretung in einer Rechtssache oder im Rahmen einer Rechtsberatung erhalten“. Diese Ausnahme „gilt [jedoch] für keinen Fall, in dem der Verdacht besteht, daß Erkundigungen, die auf die Erleichterung der Geldwäsche gerichtet sind, eingeholt werden“.

12. Über diesen Vorschlag wurde heftig debattiert. Die schließlich gebilligte Formulierung bringt das Ergebnis dieser Debatte zum Ausdruck. In seiner Stellungnahme zum Vorschlag der Kommission schloss das Parlament absolut aus, dass die unabhängigen Rechtsanwälte, Rechtsanwaltskanzleien oder Angehörigen gesetzlich geregelter Rechtsberufe, die nicht nur im Rahmen ihrer Aufgabe als Prozessvertreter, sondern auch im Rahmen einer Rechtsberatung tätig werden, diesen Meldepflichten unterliegen könnten¹⁶. Diese Stellungnahme wich somit in zweierlei Hinsicht von dem Vorschlag ab: zum einen dadurch, dass sie aus der Möglichkeit der Mitgliedstaaten, eine Ausnahme vorzusehen, eine Verpflichtung machte, eine solche zu schaffen, und zum anderen dadurch, dass die den Geltungsbereich der Ausnahme von der Prozessvertretung auf die Rechtsberatung erweiterte.

13. Der Gemeinsame Standpunkt des Rates von November 2000 entschied sich für einen Kompromiss¹⁷. Von nun an wurde vorgeschlagen, die streitige Bestimmung wie folgt zu fassen:

„Die Mitgliedstaaten sind nicht gehalten, die in Absatz 1 vorgesehenen Verpflichtungen auf Notare, selbständige Angehörige von Rechtsberufen, Abschlussprüfer, externe Buchprüfer und Steuerberater anzuwenden, wenn es sich um Informationen handelt, die diese von einem oder über einen ihrer Klienten im Rahmen der Beurteilung der Rechtslage für diesen erhalten oder erlangen oder die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit als Verteidiger oder Vertreter dieses Klienten in einem Gerichtsverfahren oder betreffend ein solches, einschließlich einer Beratung über das Betreiben oder Vermeiden eines Verfahrens, vor oder nach einem derartigen Verfahren bzw. während eines derartigen Verfahrens erhalten oder erlangen.“¹⁸

14. Die Ausnahme bleibt damit zwar nur eine den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, doch wird ihr Anwendungsbereich erheblich erweitert. Nach Auffassung der Kommission befindet sich dieser Standpunkt nicht nur mit der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden: EMRK) im

16 — Stellungnahme des Europäischen Parlaments vom 5. Juli 2000 (ABl. 2001, C 121, S. 133).

17 — Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 5/2001 des Rates vom 30. November 2000 im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie ... des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG (ABl. 2001, C 36, S. 24).

18 — Ebd., S. 28.

Einklang, sondern entspricht auch den Abänderungen des Parlaments¹⁹. Dies war indessen nicht die Auffassung des Parlaments. In seiner Entschließung zu dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates übernahm es die Formulierung des Gemeinsamen Standpunkts zum Anwendungsbe- reich der Ausnahme, bekräftigte jedoch seinen Willen, aus der Möglichkeit einer Ausnahmeregelung eine für die Mitglied- staaten zwingende Vorschrift zu machen²⁰.

15. Die Kommission nahm zu dieser Frage eine mehrdeutige Haltung ein²¹. Zum einen räumte sie ein: „Angesichts der notwendigen Vereinbarkeit mit dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte bringt die Kommission dem Wunsch des Parlaments eine gewisse Sympathie entgegen, Rechts- anwälte und Notare, wenn diese ihre Man- danten in Gerichtsverfahren oder bei der Klärung ihrer Rechtslage unterstützen, von der Pflicht zur Meldung eines Verdachts auf

Geldwäsche zu entheben.“ Zum anderen aber stellt sie fest: „Nicht akzeptieren kann die Kommission ..., dies auch auf nicht juristische Berufe auszuweiten.“ Die Abän- derung des Parlaments wurde daher abge- lehnt.

16. Nachdem der Rat beschlossen hatte, der Kommission in diesem Punkt zu folgen, wurde ein Vermittlungsausschuss eingerich- tet. Im Laufe der Vermittlung wurde dem Parlament zufolge jedoch deutlich, dass „[d] ie Ereignisse in den USA vom 11. September ... zu einer dramatischen und substanziellen Neubewertung des Themas [führten], da die Geldwäsche-Richtlinie von diesem Tag an weitgehend als Teil des Kampfes gegen den Terrorismus angesehen wurde“²². In diesem neuen Kontext kam ein Kompromiss zu- stande, der es ermöglichte, dass das Parla- ment dem Text in dritter Lesung am 13. November 2001 mit großer Mehrheit zustimmte und der Rat seine Zustimmung am 19. November 2001 erteilte.

17. Der Kompromiss sah wie folgt aus. Die neuen Artikel 2a und 6 der Richtlinie 91/308 in der Fassung der Richtlinie 2001/97 (im Folgenden: Richtlinie) bleiben unverändert.

19 — Mitteilung der Kommission vom 12. Januar 2001 an das Europäische Parlament gemäß Artikel 251 Absatz 2 Unter- absatz 2 EG-Vertrag betreffend den vom Rat angenommenen Gemeinsamen Standpunkt im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG (SEK/2001/12).

20 — Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 5. April 2001 zu dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates (C 21 E [2002], S. 305, Abänderung Nr. 22).

21 — Stellungnahme der Kommission vom 13. Juni 2001 gemäß Artikel 251 Absatz 2 Buchstabe c) des EG-Vertrags zu den Abänderungen des Europäischen Parlaments des Gemein- samen Standpunkts des Rates betreffend den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 91/308 (KOM/2001/330 endg.).

22 — Bericht des Europäischen Parlaments vom 5. November 2001 über den vom Vermittlungsausschuss gebilligten gemein- samen Entwurf einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG (PE-CONS 3654/2001 — C5-0496/2001 — 1999/0152 [COD]).

18. Art. 2a lautet daher wie folgt:

iii) Eröffnung oder Verwaltung von Bank-, Spar- oder Wertpapierkonten,

„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Verpflichtungen aus dieser Richtlinie den folgenden Instituten auferlegt werden:

iv) Beschaffung der zur Gründung, zum Betrieb oder zur Verwaltung von Gesellschaften erforderlichen Mittel,

...

5. Notaren und anderen selbstständigen Angehörigen von Rechtsberufen, wenn sie

v) Gründung, Betrieb oder Verwaltung von Treuhandgesellschaften, Gesellschaften oder ähnlichen Strukturen,

a) für ihre Klienten an der Planung oder Durchführung von Transaktionen mitwirken, die Folgendes betreffen:

b) oder wenn sie im Namen und auf Rechnung ihres Klienten Finanz- oder Immobilientransaktionen erledigen.“

i) Kauf und Verkauf von Immobilien oder Gewerbebetrieben,

19. Art. 6 bestimmt:

ii) Verwaltung von Geld, Wertpapieren oder sonstigen Vermögenswerten ihres Klienten,

„(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die dieser Richtlinie unterliegenden Institute und Personen sowie deren leitendes Personal und deren Angestellte mit den für die

Bekämpfung der Geldwäsche zuständigen Behörden in vollem Umfang zusammenarbeiten, indem sie

- a) diese Behörden von sich aus über alle Tatsachen, die ein Indiz für eine Geldwäsche sein könnten, unterrichten;
- b) diesen Behörden auf Verlangen alle erforderlichen Auskünfte im Einklang mit den Verfahren erteilen, die in den anzuwendenden Rechtsvorschriften festgelegt sind.

(2) Die in Absatz 1 genannten Informationen werden den für die Bekämpfung der Geldwäsche zuständigen Behörden des Mitgliedstaats übermittelt, in dessen Hoheitsgebiet sich die Person oder das Institut befindet, von dem diese Informationen stammen. Die Übermittlung erfolgt in der Regel durch die Person(en), die von den Instituten und Personen gemäß den Verfahren des Artikels 11 Absatz 1 Buchstabe a) benannt wurden.

(3) Im Falle von Notaren und selbstständigen Angehörigen von Rechtsberufen im Sinne des Artikels 2a Nummer 5 können die Mitgliedstaaten eine geeignete Selbstverwaltungseinrichtung der betreffenden Berufs-

gruppe als die über die Tatsachen im Sinne von Absatz 1 Buchstabe a) zu unterrichtende Behörde benennen; in diesem Fall sind sie gehalten, die angemessenen Formen der Zusammenarbeit zwischen dieser Einrichtung und den für die Bekämpfung von Geldwäsche zuständigen Behörden festzulegen.

Die Mitgliedstaaten sind nicht gehalten, die in Absatz 1 vorgesehenen Verpflichtungen auf Notare, selbstständige Angehörige von Rechtsberufen, Abschlussprüfer, externe Buchprüfer und Steuerberater anzuwenden, wenn es sich um Informationen handelt, die diese von einem oder über einen ihrer Klienten im Rahmen der Beurteilung der Rechtslage für diesen erhalten oder erlangen oder die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit als Verteidiger oder Vertreter dieses Klienten in einem Gerichtsverfahren oder betreffend ein solches, einschließlich einer Beratung über das Betreiben oder Vermeiden eines Verfahrens, vor oder nach einem derartigen Verfahren bzw. während eines derartigen Verfahrens erhalten oder erlangen.“

20. Dagegen führte die Vermittlung zu bestimmten Änderungen derjenigen Erwägungsgründe der Richtlinie, die die für Rechtsberufe geltende Regelung betreffen. Der 16. Erwägungsgrund legt den Grundsatz dar, dem zufolge „Notare und selbstständige Angehörige von Rechtsberufen im Sinne der von den Mitgliedstaaten vorgenommenen Definition ... den Bestimmungen der Richtlinie unterliegen [sollten], wenn sie sich — einschließlich der Steuerberatung — an Finanz- oder Unternehmenstransaktionen beteiligen, bei denen die Gefahr sehr groß ist, dass ihre Dienste für das Waschen von Erlösen aus kriminellen Tätigkeiten miss-

braucht werden“. Im folgenden Erwägungsgrund heißt es jedoch: „Wenn selbstständige Angehörige von Berufen der Rechtsberatung, die gesetzlich anerkannt sind und überwacht werden, wie beispielsweise Rechtsanwälte, die Rechtslage für einen Klienten beurteilen oder einen Klienten in einem gesetzlich normierten Verfahren vertreten, wäre es nach der Richtlinie allerdings nicht angebracht, diese Berufszweige im Hinblick auf diese Tätigkeiten zur Meldung des Verdachts auf Geldwäsche zu verpflichten. Es müssen Freistellungen von der Pflicht zur Meldung von Informationen vorgesehen werden, die vor oder nach einem Gerichtsverfahren bzw. während eines Gerichtsverfahrens oder im Rahmen der Beurteilung der Rechtslage für einen Klienten erlangt wurden. Folglich unterliegt die Rechtsberatung weiterhin der beruflichen Geheimhaltungspflicht, es sei denn, der Rechtsberater ist an Geldwäschevorgängen beteiligt, die Rechtsberatung wird zum Zwecke der Geldwäsche erteilt oder der Rechtsanwalt weiß, dass der Klient die Rechtsberatung für Zwecke der Geldwäsche in Anspruch nimmt.“

21. Schließlich sei darauf hingewiesen, dass die Richtlinie 91/308 vor kurzem durch die Richtlinie 2005/06 aufgehoben wurde. Die genannte Richtlinie übernimmt die hier in Rede stehenden Bestimmungen unverändert²³.

²³ — Art. 2 und 23 Abs. 2.

B — *Der nationale Kontext*

22. Der vorliegenden Rechtssache liegen zwei Klagen zugrunde, die beim Cour d'arbitrage (Belgien) nebeneinander eingereicht wurden: die eine Klage wurde vom Ordre des barreaux francophones et germanophone (Zusammenschluss der französischsprachigen Rechtsanwaltskammern untereinander und mit der deutschsprachigen Rechtsanwaltskammer, im Folgenden: OBFG) und vom Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles (Französische Rechtsanwaltskammer Brüssel) erhoben, die andere Klage vom Ordre des barreaux flamands und dem Ordre néerlandais des avocats de Bruxelles (Zusammenschluss der flämischen Rechtsanwaltskammern und Niederländische Rechtsanwaltskammer Brüssel). Gegenstand dieser Klagen ist die Nichtigerklärung bestimmter Vorschriften des Gesetzes vom 12. Januar 2004 zur Abänderung des Gesetzes vom 11. Januar 1993 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, des Gesetzes vom 22. März 1993 über den Status und die Kontrolle der Kreditinstitute und des Gesetzes vom 6. April 1995 über den Status von Investmentgesellschaften und deren Kontrolle, die Vermittler und die Anlageberater. Den Klagen haben sich als Streithelfer der Rat der Anwaltschaften der Europäischen Union (Conseil des barreaux de l'Union européenne, im Folgenden: CCBE), die Rechtsanwaltskammer Lüttich und der Ministerrat angeschlossen.

23. Das Gesetz vom 12. Januar 2004 soll die Richtlinie 2001/97 zur Änderung der Richtlinie 91/308 in belgisches Recht umsetzen. Es sieht deshalb einen neuen Art. 2b vor, dessen Wortlaut mit dem des Art. 2a Nr. 5 der Richtlinie identisch ist. Das Gesetz macht ferner von der durch Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie eröffneten Möglichkeit Ge-

brauch und fügt in das belgische Recht einen neuen Art. 14a Abs. 3 ein, in dem es heißt: „Die in Artikel 2b erwähnten Personen übermitteln diese Informationen ... nicht, wenn es sich um Informationen handelt, die diese von einem oder über einen ihrer Klienten im Rahmen der Beurteilung der Rechtslage für diesen erhalten oder erlangen oder die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit als Verteidiger oder Vertreter dieses Klienten in einem Gerichtsverfahren oder betreffend ein solches, einschließlich einer Beratung über das Betreiben oder Vermeiden eines Verfahrens, vor oder nach einem derartigen Verfahren beziehungsweise während eines derartigen Verfahrens erhalten oder erlangen“.

24. Aus dem Vorabentscheidungsersuchen geht hervor, dass die Kläger an diesem Gesetz hauptsächlich kritisieren, dass es die durch das Gesetz vom 11. Januar 1993 begründeten Verpflichtungen auf die Rechtsanwälte ausdehne. Nach Auffassung der Kläger verletzt diese Ausdehnung den Grundsatz des Berufsgeheimnisses und der Unabhängigkeit der Rechtsanwälte, die durch die in der Verfassung und in der EMRK anerkannten Rechte geschützt seien. In seinem Vorabentscheidungsersuchen stellt die Cour d'arbitrage fest, dass das Berufsgeheimnis „Grundbestandteil der Rechte der Verteidigung“ sei, jedoch in den Hintergrund treten könne, „wenn eine Notwendigkeit dies erfordert oder wenn ein als übergeordnet eingestuftes Wert zu ihm in Konflikt gerät“; dies setze jedoch voraus, dass die Aufhebung durch einen zwingenden Grund gerechtfertigt und streng verhältnismäßig sei.

25. Es ist indessen zu berücksichtigen, dass die streitigen Vorschriften das Ergebnis einer durch die Umsetzung der Richtlinie 2001/97 vorgeschriebenen Ausdehnung sind. Die

Erörterung der Verfassungsmäßigkeit des belgischen Gesetzes hängt daher von der Beantwortung einer Frage nach der Gültigkeit der Gemeinschaftsrichtlinie ab. Diese Frage, die dem Gerichtshof nach Art. 234 Abs. 3 EG vorgelegt worden ist, lautet wie folgt:

Verstößt Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Dezember 2001 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche gegen das durch Artikel 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistete Recht auf ein faires Verfahren und demzufolge gegen Art. 6 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union, indem der neue Art. 2a Nr. 5, den er in die Richtlinie 91/308 eingefügt hat, die Einbeziehung der selbständigen Angehörigen von Rechtsberufen — ohne den Rechtsanwaltsberuf auszuschließen — in den Anwendungsbereich derselben Richtlinie auferlegt, die im Wesentlichen darauf abzielt, den Personen und Instituten, auf die sie sich bezieht, die Verpflichtung aufzuerlegen, die für die Bekämpfung der Geldwäsche zuständigen Behörden über alle Tatsachen, die ein Indiz für eine Geldwäsche sein könnten, zu unterrichten (Art. 6 der Richtlinie 91/308/EWG, ersetzt durch Art. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2001/97/EG)?

II — Rahmen der Gültigkeitsüberprüfung

26. Für die Beurteilung der streitigen Vorschrift anhand des Gemeinschaftsrechts ist zunächst die Norm zu bestimmen, anhand deren die Vorschrift zu prüfen ist. Im

Vorlagebeschluss bezieht sich die Cour d'arbitrage auf Art. 6 EMRK über das Recht auf ein faires Verfahren und damit auf Art. 6 Abs. 2 EU.

oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. ...

27. Art. 6 EU lautet wie folgt:

...

„(1) Die Union beruht auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit; diese Grundsätze sind allen Mitgliedstaaten gemeinsam.“

(3) Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte:

...

(2) Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der [EMRK] gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.“

c. sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist; ...“

28. Art. 6 EMRK bestimmt:

„(1) Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen

29. Einige Verfahrensbeteiligte schlagen jedoch vor, den Maßstab für die Prüfung zu erweitern. Zum einen sei der Bezugsrahmen des Art. 6 EMRK zu eng, und die Prüfung der Vereinbarkeit der streitigen Vorschrift sei insbesondere auf das Prinzip der rechtsanwaltlichen Unabhängigkeit, den Grundsatz des Berufsgeheimnisses, die Loyalitätspflicht, den Grundsatz der Verteidigungsrechte

(Recht auf Rechtsbeistand und das Recht, sich nicht selbst zu belasten) sowie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auszudehnen. Zum anderen hat der CCBE Zweifel an der Richtigkeit und der Gültigkeit der Rechtsgrundlagen der Richtlinie.

30. Nach Auffassung dieser Beteiligten erlaubt das Wesen der Gültigkeitsüberprüfung nach Art. 234 EG eine solche Erweiterung. Sie stützen sich zu diesem Zweck auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach „seine Zuständigkeit, gemäß Artikel 177 des Vertrages [234 EG] über die Gültigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane zu entscheiden, hinsichtlich möglicher Ungültigkeitsgründe nicht eingeschränkt“ ist²⁴.

31. Diese Rechtsprechung ist nicht zu bestreiten. Sie hat allerdings nicht die Bedeutung, die ihr die genannten Beteiligten beilegen. Mit seinen Ausführungen stellt der Gerichtshof nicht fest, dass es ihm völlig freistehe, die vom vorlegenden Gericht gestellte Frage der Gültigkeit in ihrem Inhalt wesentlich zu verändern. Er will nur darauf hinweisen, dass er in diesem Rahmen seine Kontrolle auf alle rechtlichen Gründe erstrecken kann, die den Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle nach Art. 230 EG bilden. Deswegen bleibt es bei dem Grundsatz, dass sich die Prüfung der Gültigkeit einer

gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift innerhalb des Rahmens der dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegten Frage zu halten hat²⁵.

32. Zweifellos ermöglicht die so umschriebene Grenze dem Gerichtshof eine gewisse Flexibilität. Er hat stets die Möglichkeit, den Inhalt der Vorabentscheidungsfrage unter Berücksichtigung der Erklärungen der Parteien des Ausgangsverfahrens oder der Gründe des Vorabentscheidungsersuchens zu präzisieren²⁶. Auch können außerhalb des Rahmens der Vorlagefrage von Amts wegen bestimmte wesentliche Mängel geprüft werden²⁷.

33. Im vorliegenden Fall scheint es mir jedoch nicht angebracht, den Gerichtshof zu ersuchen, von dieser Flexibilität Gebrauch zu machen. Für zwei der vorgebrachten Beanstandungen ist die Sache eindeutig. Die Einwendungen gegen die Rechtsgrundlage der Richtlinie liegen selbstverständlich außerhalb des Rahmens und der Bedeutung der Vorlagefrage. Diese betrifft ausschließlich die Vereinbarkeit bestimmter Vorschriften der Richtlinie mit den tragenden Grundsätzen der Gemeinschaftsrechtsordnung und nicht die Zuständigkeit der Gemeinschaft für deren Erlass. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wiederum ist ein Kriterium bei der Verwirklichung und der Kontrolle der von

25 — Urteil vom 28. Oktober 1982, Dorca Marine u. a. (50/82 bis 58/82, Slg. 1982, 3949, Randnr. 13).

26 — Urteile vom 10. Januar 1973, Getreide Import (41/72, Slg. 1973, I, Randnr. 2), und vom 25. Oktober 1978, Royal Scholten-Honig (103/77 und 145/77, Slg. 1978, 2037, Randnrn. 16 und 17).

27 — Urteil vom 18. Februar 1964, Internationale Crediet- en Handelsvereniging (73/63 und 74/63, Slg. 1964, 3, 29).

24 — Vgl. insbesondere Urteil vom 16. Juni 1998, Racke (C-162/96, Slg. 1998, I-3655, Randnr. 26).

der Gemeinschaftsrechtsordnung anerkannten Grundrechte. Aus diesem Grund ist er bei der Anwendung dieser Rechte auf jeden Fall zu berücksichtigen. Der Prüfungsrahmen, um den das vorlegende Gericht ersucht hat, ist hierfür somit nicht zu erweitern.

34. Für die übrigen Grundsätze, auf die sich die Streithelfer des Ausgangsverfahrens berufen, gilt etwas anderes. Sie sind zwar im Rahmen der Vorlagefrage nicht unerheblich, schon aus Gründen der Verfahrensökonomie ist es aber nicht notwendig, sie zum Gegenstand einer gesonderten Untersuchung zu machen. Sie sind nämlich ohne weiteres alle in dem Grundsatz des Berufsgeheimnisses der Rechtsanwälte wiederzufinden. Dieser Grundsatz wird durch die in der streitigen Richtlinie vorgesehene Unterrichtungspflicht am unmittelbarsten bedroht. Die Vereinbarkeit der Unterrichtungspflicht mit den Erfordernissen des anwaltlichen Berufsgeheimnisses aber war der Grund für die Frage des vorlegenden Gerichts.

35. Ich halte es daher für richtig, zunächst zu untersuchen, ob diese Erfordernisse den Status eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes oder eines durch das Gemeinschaftsrecht geschützten Grundrechts haben. Sollte dies der Fall sein, wird man annehmen können, dass Art. 6 Abs. 2 EU genügend Substanz hat, um eine Antwort auf alle Bedenken der Beteiligten des Rechtsstreits zu finden.

III — Die Grundlagen für den Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses

36. Einige Streithelfer vertreten die Auffassung, es sei sinnlos, nach einer bestimmten Rechtsquelle für das anwaltliche Berufsgeheimnis zu suchen. Dieses habe die Bedeutung eines „Axioms“²⁸. Spuren dieses Geheimnisses seien „in allen Demokratien“ und in allen Epochen zu finden: Es sei schon in der Bibel und dann in den Schriften der Antike und zu allen Zeiten anzutreffen. So gesehen sei das anwaltliche Berufsgeheimnis ganz einfach deswegen in der Rechtsordnung der Gemeinschaft anzuerkennen, weil seine Wurzeln bis in die Fundamente der europäischen Gesellschaft reichten.

37. Es wird ferner vorgeschlagen, sich auf die Vorschriften zu beziehen, die von allen berufsständischen Vertretungen der Rechtsanwälte in allen Mitgliedstaaten aufgestellt worden sind. Das Geheimnis sei untrennbar mit dem Beruf des Rechtsanwalts verbunden. Es werde in allen berufsethischen Kodizes aufgeführt, wie z. B. in den vom CCBE erlassenen Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Union²⁹, die in ihrer Nr. 2.3 über das Berufsgeheimnis bestimmen, dass „[e]s ... zum Wesen der Aufgabe des Rechtsanwaltes [gehört], dass er Geheimnisse entgegennimmt und vertrauliche Mitteilungen erhält. Ist die Vertraulichkeit nicht gewährleistet, kann kein Vertrauen entstehen. Aus diesem Grund ist das Berufs-

28 — Schriftliche Erklärungen des Ordre des barreaux francophones et germanophones und des Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, S. 22.

29 — Die Berufsregeln wurden am 28. Oktober 1988 angenommen und zuletzt am 19. Mai 2006 geändert.

geheimnis gleichzeitig ein Grundrecht und eine Grundpflicht des Rechtsanwalts von besonderer Bedeutung.“ Die Regelung des Berufsgeheimnisses wird unter diesem Gesichtspunkt als eine zum Berufsethos gehörende Verschwiegenheitspflicht begriffen.

38. Um das Erfordernis eines gemeinschaftsrechtlichen Schutzes anzuerkennen, kann der Gerichtshof sich weder mit einem gesellschaftlichen Axiom noch mit einer berufsständischen Regel begnügen. Sein und Sollen sind zwei durchaus verschiedene Dinge. Zweifellos kann der Gerichtshof nicht die Existenz eines Grundsatzes ignorieren, der von so elementarer Bedeutung ist, dass er allgemein anerkannt wird. Daraus, dass einer Regel in bestimmten gesellschaftlichen oder privaten Bereichen ein höherer Wert beigelegt wird, folgt indessen nicht, dass diese Regel als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzuerkennen ist. Es ist noch zu prüfen, ob in diesem Bereich eine eigenständige Quelle existiert, die deren Schutz gewährleistet.

39. Daher ist zu fragen, ob es auf diesem Gebiet eine gemeinsame Verfassungstradition der Mitgliedstaaten gibt. Wie der Gerichtshof in seinem Urteil AM & S festgestellt hat, „[beruht] das Gemeinschaftsrecht ... darauf, dass die Mitgliedstaaten nicht nur auf wirtschaftlichem, sondern auch auf rechtlichem Gebiet miteinander verflochten sind, und muss daher den Grundsätzen und Vorstellungen Rechnung tragen, die den Rechtsordnungen dieser Staaten ... gemeinsam sind“³⁰. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsordnungen der Mit-

gliedstaaten der Europäischen Union zeigt deutlich, dass das Berufsgeheimnis der Rechtsanwälte in den meisten dieser Staaten als ein Grundprinzip und als Teil des Ordre public existiert³¹. Dieselbe Untersuchung zeigt jedoch auch, dass Umfang und Modalitäten des Schutzes des Berufsgeheimnisses von Rechtsordnung zu Rechtsordnung recht unterschiedlich sind. Wenn daher die verschiedenen nationalen Rechtsvorschriften und Rechtsprechungen bei der Auslegung des Begriffs des anwaltlichen Berufsgeheimnisses zu berücksichtigen sind, sollte man sich meines Erachtens angesichts der Unterschiede und Abweichungen, die sich bei der Anwendung dieses Grundsatzes in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten auswirken, eher einer anderen Rechtsquelle des Schutzes zuwenden.

40. Nach ständiger Rechtsprechung haben die in der EMRK verbürgten Grundrechte in der Gemeinschaftsrechtsordnung „besondere Bedeutung“ und gehören zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat³². Daraus folgt zwar nicht zwangsläufig, dass der Umfang des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaftsrechtsordnung deckungsgleich ist mit dem von der EMRK gewährleisteten Schutz. Doch können in der Gemeinschaft keine Maßnahmen als rechtmäßig anerkannt werden, die mit der Beachtung der von der Gemeinschaft anerkannten Menschenrechte unvereinbar sind³³.

31 — Vgl. in diesem Sinne Randnr. 182 der Schlussanträge des Generalanwalts Léger zum Urteil Wouters u. a..

32 — Vgl. u. a. Urteil vom 12. Juni 2003, Schmidberger (C-112/00, Slg. 2003, Slg. I-5659, Randnr. 71).

33 — Urteil Schmidberger (Randnr. 73).

30 — Randnr. 18 des Urteils AM & S.

41. Die EMRK bezieht sich zwar nicht ausdrücklich auf das Berufsgeheimnis des Rechtsanwalts, enthält jedoch Vorschriften, die geeignet sind, dessen Schutz zu gewährleisten. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (im Folgenden: EGMR) hält hierfür zwei verschiedene Wege bereit. Zum einen gehört das Rechtsanwaltsgeheimnis, wie das vorliegende Gericht dargelegt hat, wegen des Rahmens, in dem es seine Wirkungen entfalten soll, zu dem Recht auf ein faires Verfahren. In dem Urteil Niemetz/Deutschland hat der EGMR festgestellt, dass der Eingriff in das Berufsgeheimnis eines Rechtsanwalts „sich auf die geordnete Rechtspflege und folglich auf die durch Artikel 6 garantierten Rechte auswirken kann“³⁴. Das Berufsgeheimnis ist Voraussetzung für das Vertrauen, das vertrauliche Mitteilungen begünstigt und der Wahrheitsfindung und der Gerechtigkeit dient. Zum anderen aber ist es wegen des Gegenstands seines Schutzes ein wesentlicher Bestandteil des Rechts auf Achtung des Privatlebens³⁵. In seinem Urteil Foxley/Vereinigtes Königreich weist der EGMR in diesem Sinne auf die Bedeutung hin, die die Grundsätze der Vertraulichkeit und des Berufsgeheimnisses in der Beziehung zwischen Rechtsanwalt und Mandanten nach Art. 8 EMRK haben³⁶. Das Geheimnis schützt den Bürger vor Offenbarungen, die seiner moralischen Integrität und seinem Ruf schaden könnten.

42. Der Gerichtshof darf diese Rechtsprechung nicht unbeachtet lassen. Er hat

34 — Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 16. Dezember 1992, Niemetz/Deutschland (Randnr. 37).

35 — Vgl. entsprechend für das Arztgeheimnis Urteil vom 8. April 1992, Kommission/Deutschland (C-62/90, Slg. 1992, I-2575, Randnr. 23).

36 — Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 29. September 2000, Foxley/Vereinigtes Königreich (Randnr. 44); ebenso Urteil Kopp/Schweiz vom 25. März 1998.

Gelegenheit gehabt festzustellen, dass er der Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung von Grundrechten Rechnung zu tragen habe³⁷. Er kann somit die Rechte auf ein faires Verfahren und auf Achtung des Privatlebens als zweifache Rechtsgrundlage für den Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses in der Gemeinschaftsrechtsordnung heranziehen.

43. Für die Theorie ist die Entscheidung für eine dieser Rechtsgrundlagen nicht gleichgültig. Denn je nach Verknüpfung des Schutzes des Berufsgeheimnisses mit dem einen oder dem anderen dieser Rechte kann der Umfang des Schutzes variieren. Grundet man das Berufsgeheimnis auf das Recht auf ein faires Verfahren, so wird sein Geltungsbereich implizit auf das — gerichtliche oder quasigerichtliche — Streitverfahren beschränkt. Hierfür hat sich der Gerichtshof im Urteil AM & S entschieden. Folge dieser Entscheidung war es, dass der Schriftverkehr unter den gegebenen Umständen einzig und allein „im Rahmen und im Interesse des Rechts ... auf Verteidigung“³⁸ zu schützen war. Entscheidet man sich dagegen für das Recht auf Achtung des Privatlebens, bedeutet dies von vornherein, dass sich der Schutz auf alle vertraulichen Mitteilungen des Mandanten an den Berufsangehörigen erstreckt, unabhängig von dem Rahmen, in dem die Beziehungen stehen.

44. Eine derartige Entscheidung ist meines Erachtens an dieser Stelle der Untersuchung jedoch nicht sachdienlich. Von der zweifachen Grundlage auszugehen, hat vielmehr den Vorteil, dass damit alle Bedenken der

37 — Urteil vom 29. Juni 2006, Kommission/SGL Carbon (C-301/04 P, Slg. 2006, I-5915, Randnr. 43).

38 — Urteil AM & S (Randnr. 21).

Streithelfer erfasst werden. Der Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses ist ein Grundsatz mit zwei Seiten, einer verfahrensrechtlichen, die dem Grundrecht auf ein faires Verfahren entnommen ist, und einer materiell-rechtlichen, die aus dem Grundrecht auf Achtung des Privatlebens abgeleitet wird. Mit seiner verfahrensrechtlichen Seite lassen sich mühelos die Verteidigungsrechte verbinden sowie das Recht auf rechtlichen Beistand und das Recht, sich nicht selbst zu belasten³⁹. Seiner materiell-rechtlichen Seite entspricht das Erfordernis, „dass es dem Einzelnen möglich sein muss, sich völlig frei an einen Rechtsanwalt zu wenden, zu dessen beruflichen Aufgaben es gehört, *unabhängige* Rechtsberatung all denen zu erteilen, die danach fragen“⁴⁰, sowie das in einer Wechselbeziehung dazu stehende Erfordernis der Loyalität des Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten. Der Grundsatz des Berufsgeheimnisses hat seinen Ursprung in der Besonderheit des Anwaltsberufs.

45. Wenn die Grundsätze der anwaltlichen Unabhängigkeit, der Verteidigungsrechte oder des Aussageverweigerungsrechts durch die in der streitigen Vorschrift des Gemeinschaftsrechts vorgesehene Unterrichtungspflicht in Frage gestellt werden, so zunächst insofern, als sie von dem Grundsatz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses erfasst werden. In der vorliegenden Rechtssache ist somit zu fragen, ob die Unterrichtungspflicht, die den Rechtsanwälten der Europäischen Union durch die streitige Richtlinie auferlegt wird, diesen Grundsatz, der als

solcher durch die Grundprinzipien der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützt wird, beeinträchtigt.

46. Sollte am Ende der Untersuchung anzuerkennen sein, dass es im Gemeinschaftsrecht einen Grundsatz des Schutzes des anwaltlichen Berufsgeheimnisses gibt, darf hieraus jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass es sich um ein schrankenloses Recht handelt, das dem Rechtsanwaltsberuf als solches zukommt.

IV — Die Grenzen des Schutzes des anwaltlichen Berufsgeheimnisses

47. Zum Recht auf Schutz der Vertraulichkeit von Mitteilungen zwischen Anwalt und Mandant hat bereits Generalanwalt Warner in der Rechtssache AM & S darauf hingewiesen, dass „es sich um ein Recht [handelt], das im Recht der zivilisierten Staaten allgemein anerkannt ist, das nicht ohne weiteres abgesprochen werden sollte, nicht jedoch um ein derart bewehrtes Recht, dass der Rat es — in der Gemeinschaft — im Wege der Rechtsetzung niemals aufheben oder ändern könnte“⁴¹. Dasselbe gilt sicher für den Schutz des Berufsgeheimnisses, wie dies im Übrigen eine Prüfung der einschlägigen Rechtsvorschriften in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft belegt. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufsgeheimnis unter bestimmten konkreten Umständen gegenüber den Erfordernissen eines überwiegenden Allgemeininteresses zurück-

39 — Vgl. Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, mit dem die Rechtsprechung des Gerichtshofs über das Recht auf Zugang zu den Gerichten kodifiziert wurde; Urteil vom 18. Oktober 1989, Orkem/Kommission (374/87, Slg. 1989, 3283, Randnr. 35).

40 — Urteil AM & S (Randnr. 18, Hervorhebung nur hier).

41 — Schlussanträge des Generalanwalts Warner in der Rechtssache, die zum Urteil AM & S führte (S. 1636).

tritt. Die vorliegend in Frage stehende Vorschrift kann somit nicht schon allein deshalb für ungültig angesehen werden, weil sie gewisse Beschränkungen des anwaltlichen Berufsgeheimnisses enthält. Noch zu klären ist, ob diese Beschränkungen die Regelung für die Einschränkung der Rechte beachten, auf denen das anwaltliche Berufsgeheimnis im Gemeinschaftsrecht beruht. Da sie die Garantie der von der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Rechte in Frage stellen, müssen sie eng begrenzt und gerechtfertigt sein.

48. Um die Rechtmäßigkeit der von den Klägern angegriffenen Beschränkungen zu prüfen, schlage ich vor, den Prüfungsrahmen anzuwenden, der in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vorgegeben wird. Auch wenn es sich nach den Feststellungen des Gerichtshofes bei der Charta „nicht um ein bindendes Rechtsinstrument handelt“, wird mit ihr, „wie sich aus ihrer Präambel ergibt, in erster Linie das Ziel verfolgt, die Rechte [zu bekräftigen], die sich vor allem aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen und den gemeinsamen internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, aus dem Vertrag über die Europäische Union und den Gemeinschaftsverträgen, aus der [EMRK], aus den von der Gemeinschaft und dem Europarat beschlossenen Sozialchartas sowie aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ... und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergeben“⁴². Aus diesen Ausführun-

gen geht hervor, dass die Charta zwar nicht für sich schon eine ausreichende Rechtsgrundlage sein kann, um in der Person des Einzelnen Rechte entstehen zu lassen, die unmittelbar geltend gemacht werden können, dass sie aber als Auslegungskriterium der Instrumente zum Schutz der in Art. 6 Abs. 2 EU genannten Rechte nicht ohne jede Wirkung ist. Aus dieser Sicht kann die Charta eine zweifache Aufgabe haben. Erstens kann sie die Vermutung für das Bestehen eines Rechts begründen, dessen Existenz dann entweder in den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten oder in den Vorschriften des EMRK bestätigt werden muss. Zweitens stellt die Charta, sobald ein Recht als ein von der Gemeinschaftsrechtsordnung geschütztes Grundrecht identifiziert ist, ein besonders nützliches Instrument zur Verfügung, um den Inhalt, den Anwendungsbereich und die Tragweite dieses Rechts zu bestimmen. Im Übrigen entsprechen die Vorschriften der Charta, die das Ergebnis eines langen Beratungsprozesses auf europäischer Ebene sind, größtenteils der Kodifikation der Rechtsprechung des Gerichtshofs.

49. In diesem Rahmen hat der Gerichtshof zum einen zu klären, ob nicht die von der streitigen Vorschrift der Richtlinie gesetzten Grenzen den Schutz des Anwaltsgeheimnisses in einer Weise oder in einem Umfang einschränken, dass es in seinem Kern beeinträchtigt wird, und zum anderen, ob diese Grenzen eine von der Union anerkannte dem Allgemeininteresse dienende Zielset-

42 — Urteil vom 27. Juni 2006, Parlament/Rat (C-540/03, Slg. 2006, I-5769, Randnr. 38).

zung haben und in einem angemessenen Verhältnis zu dieser Zielsetzung stehen⁴³.

A — Beeinträchtigt die streitige Vorschrift das anwaltliche Berufsgeheimnis in seinem Kern?

50. Der Schutz des Kernbereichs eines Grundrechts ist gleichbedeutend entweder mit der Gewährleistung eines Schutzes dieses Rechts, der möglichst weitgehend mit dem Bestand der anderen Grundrechte vereinbar ist, oder mit der Festlegung der Umstände und Voraussetzungen, unter denen dieses Recht in verstärktem Maße zu schützen ist.

51. Die ganze Schwierigkeit im vorliegenden Fall liegt darin, zu bestimmen, unter welchen Umständen und Voraussetzungen das anwaltliche Berufsgeheimnis nicht eingeschränkt werden darf. In dieser Frage gehen auch die Auffassungen der Beteiligten am deutlichsten auseinander.

52. Auf der einen Seite vertritt die Kommission die Auffassung, dass der Kernbereich

des Anwaltsgeheimnisses ausschließlich im Bereich der „Streitsachen“ liege. Damit das Geheimnis in den Genuss eines Schutzes kommen könne, müsse nachgewiesen werden, dass eine Beziehung zu einem Verfahren bestehe. Nur im Rahmen eines Rechtsstreits oder zumindest eines gerichtlichen oder gerichtsähnlichen Verfahrens sei das Geheimnis zu schützen. So sei auch das Urteil AM & S auszulegen, soweit es einen „Zusammenhang“ mit einem streitigen Verfahren verlange. Unter diesem Gesichtspunkt sei die Richtlinie insofern, als sie den Schutz des Anwaltsgeheimnisses auf das Streitverfahren beschränke, nicht zu beanstanden.

53. Auf der anderen Seite stehen die Zusammenschlüsse der Rechtsanwaltskammern, für die die Regel des Anwaltsgeheimnisses unlösbar mit dem Anwaltsberuf verbunden ist, dem sie, so ihre Auffassung, einen besonderen Status und eine besondere Würde verleiht. Der Anwalt müsse auf jeden Fall allein über die Grenzen entscheiden können, denen das Anwaltsgeheimnis unterworfen werden könne. Eine Beschränkung des Anwaltsgeheimnisses auf eine der anwaltlichen Tätigkeiten widerspreche den Grundprinzipien und sei zugleich in der Praxis undurchführbar, da die genannten Tätigkeiten sowohl vielschichtig als auch nicht voneinander trennbar seien. Es liege daher auf der Hand, dass die Richtlinie gegen die Grundrechte verstoße, wenn sie in bestimmten anwaltlichen Tätigkeitsbereichen eine Offenbarung von Geheimnissen vorschreibe.

54. Diese beiden Auffassungen sind unvereinbar, haben jedoch eine Gemeinsamkeit, von der hier ausgegangen werden soll. Alle Beteiligten sind sich nämlich darin einig, dass die Ratio des anwaltlichen Berufsgeheimnisses in einem Vertrauensverhältnis

⁴³ — Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union lautet: „Jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.“

liegt, das zwischen Mandant und Anwalt bestehen muss⁴⁴. Die Erhaltung eines solchen Verhältnisses ist in der Tat von doppeltem Nutzen. Sie ist zunächst von Nutzen für den Mandanten, den Geheimnisträger, der auf diese Weise sicher sein kann, dass er sich einer Vertrauensperson, dem Anwalt, anvertrauen kann. Sie ist aber auch von Nutzen für die Gesellschaft insgesamt, da sie die Kenntnis des Rechts und die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte fördert und damit zu einer geordneten Rechtspflege und der Wahrheitsfindung beiträgt. Gleichwohl ist dieses Verhältnis fragil. Es muss sich in einem geschützten Rahmen entwickeln können. Hier kommt es somit darauf an, die Grenzen dieses Rahmens sorgfältig herauszuarbeiten. Der Rahmen darf nicht zu eng sein, da andernfalls die Voraussetzungen einer echten Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Mandant zerstört werden. Andererseits darf er aber auch nicht zu weit sein, da sonst aus dem Geheimnis ein bloßes Attribut des Anwaltsberufs wird. Das Berufsgeheimnis darf aber nicht „Eigentum“ des Anwalts sein. Es ist vielmehr als Wert und Verpflichtung zu sehen. Mit den Worten von Lord Denning ist dieses sich aus dem Geheimnis ergebende Privileg „nicht das Privileg des Anwalts, sondern das seines Mandanten“⁴⁵. Das Privileg hat nur dann seinen Sinn, wenn es dem Interesse der Rechtspflege und der Wahrung des Rechts dient. Es wird dem Anwalt nur in seiner Eigenschaft als Organ der Rechtspflege verliehen.

55. Es handelt sich im Übrigen um einen Punkt, der in der vorliegenden Rechtssache

nicht bestritten wird. Alle Beteiligten sind sich darin einig, dass das Berufsgeheimnis im Rahmen der Tätigkeit als Vertreter oder Verteidiger eines Mandanten in verstärktem Maße zu schützen ist. Wie Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Wouters u. a. ausgeführt hat, nehmen in diesem Rahmen „die Rechtsanwälte als Mittler zwischen den Bürgern und den Gerichten eine zentrale Stellung bei der Justizgewährung“ ein⁴⁶. Es ist somit kein Zufall, dass sie vom Gerichtshof als „Hilfspersonen der Justiz“ und „Mitgestalter der Rechtspflege“⁴⁷ gesehen werden.

56. Der Streit geht somit um die Frage, ob dieser Schutz über den engen Rahmen dessen hinaus zu erstrecken ist, was für die Vertretung und die Verteidigung notwendig ist, und bis wohin er zu erstrecken ist. Insoweit ist festzustellen, dass die Lage in den Rechtsverordnungen der verschiedenen Mitgliedstaaten widersprüchlich ist.

57. Die streitige Richtlinie scheint auf den ersten Blick eine Zwischenstellung einzunehmen. Bei der Prüfung des von der Kommission vorgelegten Vorschlags für eine Richtlinie hatte das Parlament die Ausnahme ausdrücklich auf die Rechtsberatung ausdehnen wollen. Wie dargelegt, wurde dieser Vorschlag nicht angenommen. In Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 2 sieht die erlassene Richtlinie lediglich vor, dass die Anwälte einer Unterrichtungspflicht nicht nur „im Rahmen ihrer Tätigkeit als Verteidiger oder Vertreter [des] Klienten in einem Gerichtsverfahren“, son-

44 — Schlussanträge des Generalanwalts Léger in der Rechtssache, die zum Urteil Wouters u. a. führte (Nr. 182).

45 — Lord Denning, *The Due Process of Law*, Butterworths, London, 1980, S. 29.

46 — Nr. 174 der Schlussanträge des Generalanwalts.

47 — Urteile vom 3. Dezember 1974, Van Binsbergen (33/74, Slg. 1974, 1299, Randnr. 14), und AM & S (Randnr. 24).

dern auch „im Rahmen der Beurteilung der Rechtslage für [den Klienten]“ entgehen. Diese letztgenannte Wendung kann unterschiedlich ausgelegt werden, wie im Übrigen die Unterschiede in den nationalen Rechtsvorschriften zeigen, mit denen die genannte Vorschrift umgesetzt wurde⁴⁸.

58. Um die Frage des vorlegenden Gerichts nach der Gültigkeit zu beantworten, ist zuvor die Bedeutung dieses Begriffs zu klären.

1. Der Begriff „Beurteilung der Rechtslage für einen Klienten“

59. Nach Auffassung der Kommission ist die Auslegung dieses Begriffs für die Beurteilung der Gültigkeit der Richtlinie in keinem Fall relevant. Da das anwaltliche Berufsgeheimnis grundsätzlich nur gerichtliche oder gerichtähnliche Tätigkeiten betreffe, genüge die

48 – Zahlreiche Mitgliedstaaten haben die Richtlinie wörtlich umgesetzt. Einige Mitgliedstaaten haben sich dafür entschieden, bei ihrer Umsetzung ausdrücklich auf die Rechtsberatung zu verweisen: Dies gilt für das deutsche Recht (§ 11 Abs. 3 S. 1 Geldwäschegesetz), das französische Recht (Art. 562-2-1 des Code monétaire et financier), das griechische Recht (Art. 2a Abs. 1 Buchst. b des Gesetzes 2331/1995, geändert durch Art. 4 des Gesetzes 3424/2005) und das britische Recht (Proceeds of Crime Act 2002, Section 330 [6 und 10]). Schließlich gibt es Staaten, die die Rechtsberatung ausschließen wollten, die in keiner Verbindung zu einem gerichtlichen Verfahren im Bereich der Ausnahmeregelung nach Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie steht: Dies ist der Fall in Finnland (Rahanpesulaki, Art. 3 Nr. 18) und in Polen (Art. 11 Abs. 5 des Gesetzes vom 16. November 2000, geändert durch das Gesetz vom 5. März 2004).

Feststellung, dass die Richtlinie diese Tätigkeiten von jeder Unterrichtungspflicht ausnehme. Anders gesagt, selbst wenn die Tätigkeit der rechtlichen Beurteilung einer Meldepflicht unterläge, müsste die Richtlinie als gültig angesehen werden. Die in der Sitzung vertretenen Zusammenschlüsse von Rechtsanwaltskammern dagegen sind der Auffassung, das Berufsgeheimnis erstrecke sich auch auf die Beratungstätigkeit. Sie schlagen daher vor, einer weiten Auslegung des Begriffs der Beurteilung der Rechtslage des Klienten zu folgen. Entscheide der Gerichtshof, dass die streitige Vorschrift den Begriff der Beratung nicht einschließe, müsse diese als ungültig angesehen werden.

60. Ebenso wie die als Streithelfer beigetretenen Zusammenschlüsse von Rechtsanwaltskammern bin ich der Auffassung, dass sich der Grundsatz des Berufsgeheimnisses auf die Rechtsberatung erstreckt. Der Grund hierfür ist ein zweifacher und beruht sowohl auf grundsätzlichen als auch auf praktischen Erwägungen. Grundsätzlich zu berücksichtigen ist „[das grundlegende] Erfordernis, dass eine Person in einer zivilisierten Gesellschaft in der Lage sein muss, sich an ihren Rechtsanwalt um Rat und Hilfe sowie nach Verfahrenseröffnung um Vertretung ihrer Interessen zu wenden“⁴⁹. Ob Vertreter oder Verteidiger, wesentliche Aufgabe eines jeden Anwalts ist auch der Beistand und die Beratung. Dadurch garantiert der Anwalt nicht nur den Zugang zu den Gerichten, sondern auch den Zugang zum Recht. Die letztgenannte Garantie ist in einer komplexen Gesellschaft wie der europäischen Gesellschaft nicht weniger wertvoll als die erstgenannte. Die Möglichkeit eines jeden Bürgers, sich unabhängigen Rat einholen zu können, um sich Kenntnis zu verschaffen

49 – Schlussanträge des Generalanwalts Slynn in der Rechtssache, die zum Urteil AM & S führte (S. 1654).

von dem für ihn in seiner speziellen Lage maßgeblichen rechtlichen Rahmen, ist eine wesentliche Garantie des Rechtsstaats. Unter diesen Umständen ist der Vertrauenspakt, den der Geheimnisschutz gewährleistet, auf den Rahmen des Beistands- und Beratungsverhältnisses auszudehnen⁵⁰. Diese Ausdehnung steht überdies im Einklang mit der Entwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofs. Im Urteil AM & S wird ausdrücklich auf die Bedeutung hingewiesen, die es für den Mandanten hat, sich völlig frei Rechtsrat und rechtliche Unterstützung beschaffen zu können⁵¹.

61. In der Praxis ist es jedenfalls schwer, bei der Tätigkeit eines Juristen zwischen der Zeit, in der dieser als Berater, und der Zeit, in der er als Vertreter tätig ist, zu unterscheiden. Müsste diese Unterscheidung immer dann getroffen werden, wenn es nach den Zielsetzungen der Richtlinie erforderlich wäre, so bestände sicher die Gefahr, dass dies zu Lasten des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandanten ginge.

62. Hieraus folgt, dass sich der verstärkte Schutz, der dem anwaltlichen Berufsgeheimnis zugute kommt, auf die Tätigkeit der Vertretung, der Verteidigung, des Beistands und der Beratung in rechtlichen Dingen zu erstrecken hat. Als Ergebnis schlage ich daher vor, dass dem Anwalt in diesem Tätigkeitsbereich eine mit der Geldwäschebekämpfung zusammenhängende Unterrich-

tungspflicht nicht auferlegt werden darf. Jeder Eingriff dieser Art ist als ein Eingriff in den Wesensgehalt der von der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Rechte anzusehen.

63. Ist die Formulierung, die in der streitigen Vorschrift der hier in Rede stehenden Richtlinie verwendet wird, mit diesem Ergebnis vereinbar? Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass „dann, wenn eine Bestimmung des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts mehr als eine Auslegung gestattet, die Auslegung, bei der die Bestimmung mit dem Vertrag vereinbar ist, derjenigen vorzuziehen [ist], die zur Feststellung ihrer Unvereinbarkeit mit dem Vertrag führt“⁵². Im vorliegenden Fall kann meines Erachtens die in der Richtlinie benutzte Wendung „Beurteilung der Rechtslage für den Klienten“ ohne weiteres dahin verstanden werden, dass er den Begriff der Rechtsberatung umfasst. Diese Auslegung steht im Einklang mit der Wahrung der von der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechte und Rechtsstaatsprinzipien. Sie steht auch im Einklang mit dem siebzehnten Erwägungsgrund der Richtlinie, der vorsieht, dass grundsätzlich „die Rechtsberatung weiterhin der beruflichen Geheimhaltungspflicht [unterliegt]“. Ich schlage daher vor, Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie dahin auszulegen, dass er den Anwalt, der eine Tätigkeit der Rechtsberatung ausübt, von jeder Unterrichtungspflicht befreit.

50 — Ebd., S. 1655.

51 — Randnrn. 18 und 21 des Urteils AM & S.

52 — Urteil vom 13. Dezember 1983, Kommission/Rat (218/82, Slg. 1983, 4063, Randnr. 15), und vom 29. Juni 1995, Spanien/Kommission (C-135/93, Slg. 1995, I-1651, Randnr. 37).

64. Es ist jedoch noch zu prüfen, ob die Bestimmungen der Richtlinie in allen Punkten mit dieser Auslegung vereinbar sind. Die Zusammenschlüsse von Rechtsanwaltskammern machen geltend, die Richtlinie verstoße gegen diese Auslegung des Grundsatzes des Berufsgeheimnisses dadurch, dass sie die in Art. 2a Nr. 5 genannten Tätigkeiten einer Unterrichtungspflicht unterwerfe. Der Anwalt habe nämlich bei allen seinen Tätigkeiten eine Prüfung und Beurteilung der Rechtslage für seinen Mandanten vorzunehmen. Unter diesen Umständen sei es nicht angemessen, im Rahmen dieser Tätigkeiten den Schutz des Berufsgeheimnisses auszuschließen.

65. Es ist festzustellen, dass eine Unterscheidung zwischen den rechtlichen und „außerrechtlichen“ Tätigkeiten des Anwalts in der Praxis schwer zu treffen ist. Meines Erachtens ist es jedoch nicht unmöglich, ein klares Kriterium entwickeln, das eine Trennung der Fälle, in denen dem „in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt“ tätigen Anwalt der Schutz des Berufsgeheimnisses zugute kommt, von den Fällen erlaubt, in denen dieser Schutz nicht zu gelten hat. Meines Erachtens ist es auch nur unter dieser Voraussetzung möglich, das Gleichgewicht zwischen dem Erfordernis des Schutzes des Vertrauensverhältnisses, das zwischen Anwalt und Mandant besteht, und dem Erfordernis des Schutzes der Allgemeininteressen der Gesellschaft unter Wahrung der von der Gemeinschaftsordnung geschützten Rechte zu erhalten. Auch ist aus meiner Sicht eine Ausweitung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses schwer allein aufgrund einer praktischen Unsicherheit und ungeachtet des Umstands zu rechtfertigen, dass der Anwaltsberuf heutzutage Tätigkeiten umfasst, die über die spezifischen anwaltlichen Tätigkeiten der Vertretung und Beratung weit hinausgehen.

2. Das Unterscheidungskriterium für die durch das Berufsgeheimnis geschützte Tätigkeit

66. In der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof haben die Verfahrensbeteiligten verschiedene Unterscheidungskriterien vorgeschlagen. Der Rat hat vorgeschlagen, auf die materielle Natur der der Meldepflicht unterliegenden Tätigkeit abzustellen. Er vertritt zum anderen in seinen schriftlichen Erklärungen die Ansicht, es müsse das Kriterium der aktiven Beteiligung der Anwälte an der Ausführung der betreffenden Vorhaben berücksichtigt werden. Diese Auffassung hat auch das Parlament in der mündlichen Verhandlung vertreten: Es sei durchaus möglich, zwischen einer Beratungstätigkeit und einer Beteiligung im Namen und auf Rechnung eines Mandanten zu unterscheiden. Die italienische Regierung führt aus, nur der in Unabhängigkeit erteilte Rat verdiene Schutz.

67. Angesichts dieser Auffassungen haben die in der mündlichen Verhandlung vertretenen Zusammenschlüssen von Rechtsanwaltskammern eingeräumt, dass zwischen den in Art. 2a Nr. 5 genannten Tätigkeiten tatsächlich eine Unterscheidung getroffen werden könne. Zwar führten die in Buchst. b genannten Tätigkeiten eines Auftragnehmers dazu, dass jeder Unterschied zwischen den Interessen des Anwalts und denen seines Mandanten beseitigt werde, und zwar in einem solchen Maße, dass der Anwalt seine Unabhängigkeit verliere, doch gelte dies nicht in gleicher Weise für die in Buchst. a genannten Unterstützungstätigkeiten, die die Wahrung der anwaltlichen Unabhängigkeit erforderten.

68. Es zeigt sich somit, dass sich die a priori gegensätzlichen Positionen der verschiedenen Beteiligten des Rechtsstreits einander

angenähert haben. Es ist wohl Einvernehmen darüber zustande gekommen, dass das Berufsgeheimnis auf den eigentlichen Zuständigkeitsbereich des Anwalts zu beschränken ist. Der Unterschied in den Sichtweisen ist damit eingegrenzt.

69. Meines Erachtens wäre es gewagt, die Unterscheidung danach zu treffen, in welchem Maße der Anwalt an dem betreffenden Vorhaben beteiligt ist. Mir ist nicht klar, weshalb eine Unterstützungstätigkeit eher als die Tätigkeit eines Auftragnehmers einen besonderen Schutz verdienen sollte, wenn nicht bewiesen ist, dass diese Tätigkeit in völliger Unabhängigkeit erbracht wird. Wichtiger als die ausgeübte Tätigkeit ist die Art, wie diese Tätigkeit ausgeübt wird.

70. Dass ein Anwalt im Rahmen jeder Tätigkeit veranlasst sein kann, für seinen Mandanten eine Beurteilung der Rechtslage vorzunehmen, ist nicht zu bestreiten. Diese Beurteilung kann indessen in unterschiedliche Richtungen gehen. Eine Möglichkeit ist es, den rechtlichen Rahmen und die rechtlichen Folgen eines geplanten Vorhabens darzustellen, eine andere Möglichkeit besteht darin, eine Beurteilung vorzunehmen, um die beste Strategie im Interesse des Mandanten für die Durchführung einer Maßnahme oder einer wirtschaftlichen oder kommerziellen Transaktion zu wählen. Soll die Beurteilung den Mandanten nur dabei unterstützen, seine Tätigkeiten „im Einklang mit den Rechtsvorschriften“ zu gestalten und seine Ziele den Regeln des Rechts zu unterwerfen⁵³, ist sie als Beratungstätigkeit anzu-

sehen und muss frei von jeder Unterrichtungspflicht sein, unabhängig von dem Zusammenhang, in dem sie erbracht wird. Soll dagegen die Beurteilung in erster Linie eine kommerzielle oder finanzielle Transaktion zustande bringen oder vorbereiten und unterliegt sie den Weisungen des Mandanten, um insbesondere die wirtschaftlich günstigste Lösung zu finden, handelt der Rechtsanwalt nicht anders als ein „Handlungsbevollmächtigter“, der seine Sachkenntnis in eine außerrechtliche Tätigkeit einbringt, und das Berufsgeheimnis ist nicht anzuwenden. Im ersten Fall kann davon ausgegangen werden, dass der Anwalt nicht nur im Interesse seines Mandanten, sondern auch im Interesse des Rechts handelt. Im zweiten Fall geht es nur um das Interesse des Mandanten. In diesem Fall wird der Anwalt nicht als unabhängiger Anwalt tätig, sondern befindet sich in derselben Lage wie ein Finanzberater oder ein Unternehmensjurist.

71. Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Fallkonstellationen ist als solche allerdings schwer zu treffen. Eine allgemeingültige Beurteilung, wie sie in der vorliegenden Rechtssache vom Gerichtshof begehrt wird, könnte nicht alle praktischen Unsicherheiten beseitigen, die eine solche Beurteilung möglicherweise mit sich bringt. Das Beste, was der Gerichtshof in diesem Fall tun kann, ist, alle ihm zur Verfügung stehenden Hinweise zur Auslegung zu geben, um die Anwendung der Vorschrift durch die zuständigen nationalen Behörden zu leiten. Andere Gerichte sind ähnlich vorgegangen, ohne dass damit besondere Schwierigkeiten bei der Anwendung entstanden wären. In

⁵³ — Schlussanträge des Generalanwalts Léger in der Rechtssache, die zum Urteil Wouters u. a. führte (Nr. 174).

diesen Fällen verlangten die Gerichte, dass im Einzelfall geprüft wird, wie die Tätigkeit des Anwalts beschaffen ist⁵⁴.

72. Angesichts der grundlegenden Bedeutung des Schutzes des anwaltlichen Berufsgeheimnisses ist zu vermuten, dass der Anwalt in seiner eigentlichen Eigenschaft als Berater oder Rechtsvertreter tätig wird. Erst wenn offenbar wird, dass er mit einer Aufgabe betraut worden ist, die seine Unabhängigkeit in Frage stellt, ist davon auszugehen, dass er der in der Richtlinie vorgesehenen Unterrichtungspflicht unterliegen kann. Diese Würdigung hat im Einzelfall bei gleichzeitig gewährleisteter gerichtlicher Nachprüfung zu erfolgen.

3. Zwischenergebnis

73. Die vorstehende Prüfung hat keinen Anhaltspunkt dafür ergeben, dass Art. 2a Nr. 5 und Art. 6 der Richtlinie 91/308 in der Fassung der Richtlinie 2001/97 für ungültig zu erklären sind, vorausgesetzt allerdings, sie werden dahin ausgelegt, dass sie im Rahmen

der anwaltlichen Tätigkeit als Vertreter oder Rechtsberater jede Unterrichtungspflicht ausschließen. Von dieser Verpflichtung ist insbesondere die Beratung freizustellen, die erteilt wird, um den Mandanten dabei zu unterstützen, seine Tätigkeiten „im Einklang mit den Rechtsvorschriften“ zu gestalten.

74. Die Feststellung, dass das anwaltliche Berufsgeheimnis, abgesehen von den Fällen, in denen jede Unterrichtungspflicht ausgeschlossen ist, Beschränkungen unterworfen werden darf, reicht nicht aus. Vielmehr ist noch zu fragen, ob mit diesen Beschränkungen ein im berechtigten Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt wird und ob sie zu der Verfolgung dieses Ziels in einem angemessenen Verhältnis stehen.

B — Wird mit den Beschränkungen des Schutzes des Anwaltsgeheimnisses ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt?

54 — In diesem Sinne vgl. die Urteile der amerikanischen Rechtsprechung: In re Grand Jury Investigation (Schroeder), 842 F.2d 1223, 1225 (11th Cir. 1987); United States/ Davis, 636 F.2d at 1043; United States/Horvath, 731 F.2d 557, 561 (8th Cir. 1984); Upjohn Co./United States, 449 U.S. 383 (1981); vgl. auch Urteil 87/1997 der italienischen Corte Costituzionale vom 8. April 1997 (GURI vom 16. April 1997) sowie die Entscheidung des House of Lords: Three Rivers District Council and Others/Governor and Company of the Bank of England, (2004) UKHL 48. In dieser Entscheidung stellt Lord Scott of Foscote im Übrigen Folgendes fest: „There is, in my opinion, no way of avoiding difficulty in deciding in marginal cases whether the seeking of advice from or the giving of advice by lawyers does or does not take place in a relevant legal context so as to attract legal advice privilege.“

75. Nur einer der Beteiligten bestreitet vor dem Gerichtshof die Berechtigung des mit der streitigen Richtlinie angestrebten Ziels. Nach Auffassung der Rechtsanwaltskammer Lüttich kann das Berufsgeheimnis nur vor höheren Interessen zurücktreten, die den Schutz des menschlichen Lebens betreffen.

76. Diese Auffassung ist nicht stichhaltig. Erstens ist es meines Erachtens keineswegs ausgeschlossen, dass Erfordernisse, die mit dem Schutz des menschlichen Lebens nichts zu tun haben, legitime Ziele sind, die Beschränkungen des Berufsgeheimnisses rechtfertigen können. Zweitens kann zu Recht die Auffassung vertreten werden, dass der Kampf gegen die Geldwäsche ein der Verfolgung durch die Gemeinschaft würdiges Ziel darstellt.

77. Aus dem ersten Erwägungsgrund der Richtlinie 91/308 ergibt sich, dass die Richtlinie verhindern soll, dass das Ansehen des Finanzsystems ernsthaft Schaden erleidet und das Vertrauen der Öffentlichkeit in dieses System insgesamt geschmälert wird, wenn die Kredit- und Finanzinstitute dazu benutzt werden, die Erlöse aus kriminellen Tätigkeiten zu waschen. Es trifft zu, dass sich die Geldwäsche potenziell vernichtend auf die wirtschaftlichen, politischen und sozialen Systeme der Mitgliedstaaten auswirkt. Eine Ausdehnung des genannten Ziels auf die Juristen scheint mir nicht illegitim, nimmt man einmal zur Kenntnis, dass Juristen sehr unterschiedliche Tätigkeiten ausüben können, die über den Rahmen der Rechtsberatung und Rechtsvertretung allein weit hinausgehen. Aus diesem Bereich rührt die Gefahr, dass Anwälte ebenso wie andere Berufe zu „Türöffnern“ werden, die es ermöglichen, dass die Geldwäscher an ihre rechtswidrigen Ziele gelangen.

78. Das Ziel der Geldwäschebekämpfung kann daher als ein im Allgemeininteresse

liegendes Ziel betrachtet werden, das die Aufhebung des Anwaltsgeheimnisses rechtfertigt, vorausgesetzt, diese Aufhebung berührt nicht den Rahmen der wesentlichen Tätigkeiten des Anwalts, wie sie vorstehend definiert wurden. Schließlich ist noch zu klären, ob diese Beschränkungen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.

C — Genügen die Beschränkungen des Schutzes des Anwaltsgeheimnisses dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit?

79. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dürfen Beschränkungen nur auferlegt werden, wenn sie erforderlich sind. Der CCBE und die OBFG bestreiten hier, dass die Unterrichtungspflicht erforderlich ist. Sie sind der Auffassung, das angestrebte Ziel könne mit Maßnahmen erreicht werden, die das Anwaltsgeheimnis weniger beeinträchtigen, wie Disziplinar- oder Strafverfahren. Ferner sei der Umstand, dass andere an den risikoträchtigen Vorgängen beteiligte Berufe der Meldepflicht unterlägen, eine hinreichende Garantie dafür, dass das angestrebte Ziel erreicht werde.

80. Dieses Vorbringen überzeugt nicht. Zum einen haben die genannten Verfahren un-

streitig nicht dieselbe Aufgabe wie die Unterrichtungspflicht. Die Verfahren betreffen lediglich die Bestrafung eines rechtswidrigen Verhaltens, während die Unterrichtungspflicht nur bezweckt, die zuständigen Behörden über Tatsachen zu informieren, die ein Indiz für eine Geldwäsche sein könnten, ohne dass derjenige, der die Meldung macht, an der Begehung des rechtswidrigen Verhaltens beteiligt ist. Da mit den beiden Mitteln unterschiedliche Ziele verfolgt werden, können sie nicht für die Zwecke der Geldwäschebekämpfung gleichgestellt werden. Zum anderen schließt der Umstand, dass andere Wirtschaftsteilnehmer derselben Verpflichtung unterliegen, keineswegs aus, dass es erforderlich ist, auch den Juristen diese Verpflichtung aufzuerlegen, soweit sie unmittelbar an risikoträchtigen Vorgängen beteiligt sind. Es ist somit festzustellen, dass eine Bestimmung, die die Anwendung einer solchen Verpflichtung auf die Juristen vorsieht, im Zusammenhang des organisierten Kampfes gegen die Geldwäsche erforderlich sein kann.

81. Gleichwohl ist das Anwaltsgeheimnis ein Grundprinzip, das unmittelbar die Rechte auf ein faires Verfahren und auf Achtung des Privatlebens berührt. Ein Eingriff in diese Rechte darf daher nur in Ausnahmefällen

erfolgen und nur, wenn mit ihm angemessene und ausreichende Garantien gegen Missbrauch einhergehen⁵⁵.

82. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die streitige Verpflichtung mit bestimmten Garantien verbunden ist, die der Besonderheit des Anwaltsberufs Rechnung tragen. Die Richtlinie sieht hierfür zwei Arten von Garantien vor. Erstens können die Mitgliedstaaten nach Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 1 eine geeignete Selbstverwaltungseinrichtung der betreffenden Berufsgruppe als die bei der Meldung zu unterrichtende Behörde benennen. Diese Einrichtung hat gewissermaßen eine Filter- und Kontrollfunktion, so dass die den Anwälten gegenüber ihren Mandanten obliegende berufliche Schweigepflicht gewahrt werden kann. Zweitens sieht die Richtlinie in Art. 8 vor, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, das Verbot, ihre Mandanten davon in Kenntnis setzen, dass den Behörden eine Information gemäß der Richtlinie erteilt wurde, nicht anzuwenden. Auf diese Weise ist es möglich, das gegenüber dem Mandanten bestehende Vertrauens- und Loyalitätsverhältnis zu schützen, was eine Voraussetzung für die Ausübung des Anwaltsberufs ist. Diese Garantien können als angemessene und wirksame Garantien zum Schutz der Integrität des Verhältnisses zwischen Anwalt und Mandant angesehen werden.

55 — Vgl. entsprechendes Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Erdem/Deutschland vom 5. Juli 2001, Randnr. 65.

V — Ergebnis

83. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Frage der Cour d'arbitrage wie folgt zu beantworten:

Art. 2a Nr. 5 und Art. 6 der Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche in der durch die Richtlinie 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Dezember 2001 geänderten Fassung sind gültig, soweit sie gemäß dem siebzehnten Erwägungsgrund der genannten Richtlinie und unter Wahrung der Grundrechte zum Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses dahin ausgelegt werden, dass von jeder Meldepflicht die Informationen freizustellen sind, die vor oder nach einem Gerichtsverfahren, während eines solchen Verfahrens oder bei einer Rechtsberatung erlangt werden.