

solche Tätigkeiten können Abhängigkeiten entstehen, welche die unbeeinflusste Wahrung der Klienteninteressen in ihrer Anwalts-tätigkeit beeinträchtigen. Das ist jedoch solange nicht der Fall, als keine Konfliktsituation entsteht. Rechtsstaatlich ist ein über das Konfliktverbot hinausgehendes Verbot von Nebentätigkeiten nicht erforderlich.

e) Sonstige Unabhängigkeiten

Auch sonstige Abhängigkeiten des Anwalts von Dritten, wie z.B. gesellschaftliche oder familiäre, können für den Klienten nur insoweit relevant werden, als sie die unbeeinflusste Interessenwahrung beeinträchtigen. Sie sind daher unter dem Gesichtspunkt des Konfliktverbots zu beurteilen.

V. Schlussbemerkungen

Ist nun die anwaltliche Unabhängigkeit eine Notwendigkeit oder ein arabischer Phönix? Nach dem Gesagten lautet die Antwort: Beides.

- Im Rechtsstaat ist die Unabhängigkeit der Anwälte und Anwältinnen insoweit *unabdingbar*, als sie die unbeeinflusste Interessenwahrung zugunsten des Klienten garantiert und damit den Zugang des rechtsuchenden Bürgers zum Recht sicherstellt.

Der *Umfang* dieser unverzichtbaren Unabhängigkeit ist deshalb begrenzt. Zwingend ist nur, dass mandatsstörende Einflüsse ausgeschlossen sind. Damit geht die notwendige Unabhängigkeit nicht weiter als ein Verbot von Interessenkonflikten. Wo bereits ein Konfliktverbot besteht, wird einem allgemeinen Unabhängigkeitsgebot kein *eigenständiger Regelungsgehalt* zukommen.

- Als rechtsstaatlich *nicht notwendig* erweist sich dagegen die anwaltliche Unabhängigkeit in einem weiter gehenden Umfang.

Erachtet der Gesetzgeber eine weiter gehende Unabhängigkeit dennoch als wünschbar, so muss er dies spezifisch anordnen. Solche Verpflichtungen zur Unabhängigkeit der Anwälte und Anwältinnen von bestimmten Personen oder in einer bestimmten Richtung sind jedoch stets auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen. Sie dürften diesem Test nicht immer standhalten.

Auch dort, wo einem Unabhängigkeitsgebot kein eigenständiger Regelungsgehalt zukommt, hat es gleichwohl seine Berechtigung, wenn auch nicht als Eingriffs-, so doch als Programmnorm, als *Appell* an die Anwälte und die Anwältinnen, ihre innere Unabhängigkeit zu bewahren, d.h. ihre Freiheit der unerschrockenen und engagierten Vertretung der anvertrauten Klienteninteressen, vor allem aber ihre Freiheit, dem Klienten auch einmal nein zu sagen. Dabei sollen sie durchaus einen hohen ethischen Wertmassstab anwenden.

Anwälte und Anwältinnen, die diesen Appell ignorieren, werden zwar nicht diszipliniert werden können. Sie laufen aber Gefahr, dass ihre Tätigkeit als beliebige, austauschbare commodity wahrgenommen wird, und dass sie von ihren Klienten auch dementsprechend behandelt werden. Wer dagegen den Appell zur Unabhängigkeit ernst nimmt, wird nicht nur bei der Morgentoilette seinem Spiegelbild mit gutem Gewissen in die Augen schauen können, sondern auch seinen Klienten den Halt bieten, den diese suchen. ■

Kaspar Schiller*

Unabhängigkeit nach BGFA

Stichworte: BGFA, anwaltliche Unabhängigkeit, Voraussetzungen Registereintrag, Berufsregeln

Der vorhergehende Beitrag¹ ist für eine ausländische Leserschaft geschrieben worden. Er ist deshalb allgemein gehalten, ohne Bezug auf eine bestimmte Rechtsordnung. Was die entwickelten allgemeinen Überlegungen für das Schweizer Recht bedeuten, soll im Folgenden konkretisiert werden:

Der Schweizer Gesetzgeber hat die anwaltliche Unabhängigkeit in zwei Bestimmungen erwähnt, einerseits als Berufsregel (Art. 12 lit. b BGFA²) und andererseits als Voraussetzung für den

Registereintrag (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA). Die beiden Rechtsfiguren sind sowohl in Bezug auf die Funktion als auch auf die Rechtsfolgen streng zu unterscheiden.

- *Berufsregeln* (Art. 12 und 13 BGFA) sind Verhaltenspflichten der Anwälte und Anwältinnen. Ihre Verletzung wird gemäss Art. 17 BGFA mit disziplinarischen Sanktionen geahndet³.
- Dagegen begründen die *Voraussetzungen zum Registereintrag* (Art. 7 und 8 BGFA) keine Pflichten, sondern umschreiben die Rahmenbedingungen, die für den Eintrag verlangt wer-

* Rechtsanwalt, Partner Kanzlei Schiller Rechtsanwälte, Winterthur.

1 Vorhergehend S. 421 ff.; im Folgenden «Aufsatz».

2 Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz) vom 23. Juni 2000 (SR 935.61).

3 POLEDNA, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, Zürich 2011, Art. 17 BGFA N 3.

den. Wenn ein Anwalt die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, wird er nicht diszipliniert, sondern nicht registriert⁴.

1. Berufsregel Art. 12 lit. b BGFA

Die Berufsregel zur Unabhängigkeit lautet:

«Sie (die Anwältinnen und Anwälte) üben ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung aus».

a) Der *allgemeinen Aufforderung zur unabhängigen Berufsausübung* kommt kein eigenständiger Regelungsgehalt zu.⁵ Der Anwalt, der die übrigen Berufsregeln beachtet – insbesondere das Konfliktverbot⁶ –, ist unabhängig im Sinn von Art. 12 lit. b BGFA. Es ist kein Verhalten des Anwalts denkbar, das rechtsstaatlich eine Sanktionierung wegen fehlender Unabhängigkeit erfordern würde, das aber nicht bereits das Verbot von Interessenkonflikten verletzt⁷. Soweit ersichtlich existiert denn auch kein Entscheid, der eine Verletzung der Pflicht zur unabhängigen Berufsausübung bejaht, ohne gleichzeitig einen Konflikt anzunehmen.

Das Bundesgericht betont in seinem Leitentscheid BGE 130 II 87, 94 f. unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die enge Verknüpfung und die praktische Gleichsetzung der Unabhängigkeit und des Konfliktverbots.⁸

b) Der zweite Halbsatz *«im eigenen Namen und auf eigene Verantwortung»* ist unglücklich formuliert. Er präzisiert nicht etwa die Unabhängigkeit, was die Systematik nahelegen könnte, sondern besagt lediglich, dass jeder Anwalt und jede Anwältin persönlich dem Berufsrecht untersteht.⁹ Das ergibt sich schon daraus, dass die in einem Anwaltsbüro angestellten Anwälte ihren Beruf gar nicht ausüben könnten, wenn der Bestimmung eine weiter gehende Bedeutung zukäme. Das Gesetz sieht aber solche angestellten Anwälte ausdrücklich vor¹⁰.

2. Eintragungsvoraussetzung Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA

Um im Register eingetragen zu werden, müssen die Anwälte und Anwältinnen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA

«in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind.»

Auch diese Bestimmung enthält zwei Elemente:

a) Registriert wird nur, wer nachweist, dass er zur unabhängigen Berufsausübung *in der Lage* ist. Der Anwalt muss also seine Berufstätigkeit so organisieren, dass er die Berufsregeln einhalten kann, insbesondere das Berufsgeheimnis und das Verbot von Interessenkonflikten. Nachzuweisen ist eine ausreichende Büroinfrastruktur und das Fehlen von Absprachen und Bindungen, die den Zugriff Unbefugter auf vertrauliche Informationen oder deren Einflussnahme auf die Anwaltstätigkeit nahelegen.¹¹

b) Im zweiten Halbsatz wird die *Anstellung bei einer nicht-registrierten Person* verboten. Dieser Halbsatz hat kürzlich zu Schwierigkeiten Anlass gegeben, namentlich in Bezug auf die Anwalts-AG. Zwar haben bisher die kantonalen Behörden den Eintrag von Anwälten zugelassen, die in einer Anwalts-AG angestellt sind,¹² sofern die Gesellschaft «auf allen Entscheidungsebenen von eingetragenen Anwälten und Anwältinnen beherrscht wird und diese Beherrschung so angelegt ist, dass sie auf Dauer unverändert erhalten bleibt»¹³.

Eher überraschend hat nun aber das Obergericht des Kantons St. Gallen den Eintrag von Anwälten in einer Anwalts-AG mit dem Argument verweigert, die AG sei keine registrierte Anwältin. Der St. Galler Entscheid ist ans Bundesgericht weitergezogen worden. In den kommenden Monaten wird geklärt sein, wie der Begriff der Anstellung im Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA auszulegen ist: ob auf das formelle Kriterium des Arbeitsvertrags allein abgestellt werden kann, wie es die St. Galler Behörden tun – oder aber ob entscheidend ist, wer materiell die Arbeitgeberfunktionen ausübt, so wie es die übrigen Kantone sehen. Selbstverständlich darf kein Anwalt von Personen Weisungen entgegennehmen, die nicht im Register eingetragen sind. Inhaltlich macht es aber keinen Unterschied, ob der Arbeitsvertrag mit einem Anwalt oder mit einer AG abgeschlossen ist, in der nur registrierte Anwälte und Anwältinnen Weisungen erteilen. Das Bundesgericht wird bei seinem Entscheid insbesondere dem Grundsatz Rechnung tragen müssen, dass die Wirtschaftsfreiheit nur soweit eingeschränkt werden darf, als dies zur Verwirklichung der mit der Zulassungsbeschränkung verfolgten Zielsetzung erforderlich ist.¹⁴ ■

4 STAHELIN/OETIKER, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwalts-gesetz, 2. Auflage, Zürich 2011, Art. 7 BGFA N 2 f., Art. 8 N 1; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, Rz 165 ff.

5 Aufsatz (Fn. 1), III.1.c.; vgl. SCHILLER (Fn. 4), Rz 1028.

6 Art. 12 lit. c BGFA.

7 Aufsatz (Fn. 1), III.1.b.

8 Ebenso ZR 105/2006 Nr. 71, S. 299, E. 7, der für die Unabhängigkeit «das Kriterium des Interessenkonflikts als entscheidend» erachtet, vgl. auch E. 8.1 und 8.2.1 a.E.; NATER, SJZ 104/2008, S. 466; FELLMANN in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwalts-gesetz, 2. Auflage, Zürich 2011, Art. 12 BGFA N 59, 75 a.E.; anders dagegen DERS. N 73 a.E., N 74 und wohl auch N 81, wo die Berufsregeln und die Eintragungsvoraussetzungen sowie deren Rechtsfolgen nicht genügend auseinander gehalten werden.

9 FELLMANN (Fn. 7) Art. 12 BGFA N 62 ff., 65.

10 Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA; vgl. SCHILLER (Fn. 4), Rz 1048 ff.

11 BGE 130 II 87 ff.; SCHILLER (Fn. 4), Rz 1061 ff., 1083.

12 In den Kantonen, die die Anwalts-AG ausdrücklich zugelassen haben, praktizieren gegen 90% aller schweizerischen Anwälte und Anwältinnen; v. RECHENBERG, Anwaltsrevue 4/2010, S. 190.

13 ZR 105/2006 Nr. 71, S. 300, E. 8.2.2; STAHELIN/OETIKER (Fn. 4), Art. 8 BGFA N 34; FELLMANN (Fn. 7), Art. 12 BGFA N 62 f.; SCHILLER (Fn. 4), Rz 1247 ff., 1306 ff., 1374 ff.

14 BGE 130 II 87, E. 3 S. 93.