

UNABHÄNGIGKEIT UND BERUFSGEHEIMNIS BEI SUBDELEGATION DURCH HILFSPERSON – BGER 2C_1083/2017 VOM 4. JUNI 2019

WALTER FELLMANN

Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Luzern, Fachanwalt SAV
Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Rechtsanwalt bei
der SwissLegal Fellmann Rechtsanwälte AG in Meggen (LU)

YVONNE BURGER

lic. iur., Rechtsanwältin und Notarin bei der SwissLegal Fellmann
Rechtsanwälte AG in Meggen (LU)

Stichworte: institutionelle Unabhängigkeit, Berufsgeheimnis beim Zuzug von Hilfspersonen und bei Subdelegation durch Hilfspersonen, Geschäftsadresse mit c/o, Domizil, Anwaltsfirmen

Das Bundesgericht erkannte im Gesuch einer Anwältin, ihre Geschäftsadresse bei einer AG einzutragen, die unabhängigen Anwälten ein Geschäftsdomizil und Dienstleistungen zum Betrieb ihrer Kanzlei anbietet, die Verletzung von Berufspflichten: Das Ungleichgewicht in den AGB der AG zu Ungunsten der Anwältin und der falsche Schein, einer Anwaltsgesellschaft anzugehören, verstossen gegen den Grundsatz der institutionellen Unabhängigkeit. Die Beanspruchung von Hilfspersonen der Domizilgeberin ohne schriftliche Verpflichtung, das Berufsgeheimnis zu wahren, und die Delegation von Dienstleistungen an eine Drittfirma durch diese verletzen die Pflicht, für die Wahrung des Berufsgeheimnisses durch Hilfspersonen zu sorgen. An der Pflicht, an der Geschäftsadresse über ein physisches Büro zu verfügen, hielt das Bundesgericht – vorderhand – fest.

I. Sachverhalt

A. war als Rechtsanwältin im Anwaltsregister des Kantons Genf eingetragen. Mit Schreiben vom 12.1.2017 teilte sie der Aufsichtsbehörde eine Adressänderung mit. Danach wollte sie in Zukunft unter der Anschrift der B. AG als Anwältin A. tätig sein. Zweck der B. AG war, eine Plattform für unabhängige Anwältinnen und Anwälte zu bilden, um zwischen ihnen den Austausch von Wissen und Erfahrung zu ermöglichen, Synergien zu entwickeln und ihnen Domizil zu gewähren. Weiter sollte die B. AG ihnen Infrastruktur und Dienstleistungen bereitstellen, um selbstständig arbeiten und vorübergehend Büros oder nicht fest zugewiesene Arbeitsplätze nutzen zu können.

In ihrem Vertrag mit B. bestätigte A., Inhaberin eines Anwaltspatents zu sein, das sie ermächtigte, als Rechtsanwältin tätig zu sein, über eine Haftpflichtversicherung zu verfügen und keinen Eintrag im Strafregister zu haben. Weiter verpflichtete sie sich, gewissenhaft dafür zu sorgen, nicht als Angestellte, Partnerin, Aktionärin oder Vermittlerin von B. zu erscheinen oder wahrgenommen zu

werden, und darauf zu achten, diesbezüglich keine Verwechslungsgefahren zu schaffen.

In Bezug auf die Dienstleistungen von B. hatte sich A. für eine einfache Domizilnahme zu CHF 125.– pro Monat entschieden. Gemäss Vertrag hielt ihr B. ihre ungeöffnete Post an Werktagen zwischen 8 und 18 Uhr in den Räumlichkeiten von B. zur Verfügung. Nach Art. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der B. musste die Post an A. an die Adresse von B. zuhänden von A. geschickt werden. Art. 2 der AGB verpflichtete B., die Post an Werktagen bei der Post abzuholen und A. nach der Entgegennahme während sechs Monaten zur Verfügung zu halten. Nach Ablauf dieser Frist sollte die Post ohne Weiteres vernichtet werden dürfen. Als Option bot B. an, die Post zu öffnen und unverzüglich – längstens binnen drei Stunden nach Erhalt – per E-Mail an die Anwältin weiterzuleiten, wobei B. jedoch für die fristgerechte Weiterleitung keine Gewähr übernahm, ebenso wenig für die Konformität der elektronischen Übermittlung. Bei der Wahl dieser Dienstleistung sollte die geöffnete Post der Anwältin nach den gleichen

Grundsätzen wie ungeöffnete Post zur Verfügung gehalten werden. Die Öffnung und Weiterleitung der Post sollte durch Personal der B. erfolgen, das die Wahrung des Berufsgeheimnisses garantierte. Insbesondere sollte B. untersagt sein, Dritte über den Inhalt der für Anwälte bestimmten Post zu informieren. Im Fall einer Interessenkollision sollte die Öffnung und Weiterleitung sistiert werden können, beispielsweise in Bezug auf gerichtliche Zustellungen. Soweit der Empfang von Telefongesprächen vereinbart werden sollte, verpflichtete sich B., diese an Werktagen zwischen 9 und 17 Uhr entgegenzunehmen, wobei sich der Telefonist oder die Telefonistin mit «B. – guten Tag» melden und den Anrufer auf das Handy der Anwältin weiterleiten sollte. Sollte die Anwältin den Anruf nicht entgegennehmen, verpflichtete sich B., sie per E-Mail vom Anruf in Kenntnis zu setzen und ihr die Kontaktdaten des Anrufers zu übermitteln. Dieser Telefondienst sollte von einem durch B. bestimmten Drittunternehmen wahrgenommen werden, das aber für die Richtigkeit und Rechtzeitigkeit der Übermittlung jede Gewähr ablehnte, ebenso für allfällige Nachrichten hinsichtlich des Inhalts des Anrufs. A. war gestattet, auf ihrem Briefpapier, auf ihrer Homepage, auf ihrer Visitenkarte oder in anderen Werbeunterlagen auf das Logo von B. und die Nutzung deren Dienstleistungen hinzuweisen. Gleichzeitig verpflichtete sie sich, bei Beendigung des Vertrags sämtliche Hinweise auf B. zu löschen. B. behielt sich das Recht vor, den Vertrag jederzeit aus wichtigem Grund oder wegen schwerwiegenden Vertragsverletzungen von A. fristlos zu kündigen, unter Verfall der von A. geleisteten Zahlungen.

A. konnte Räume in den Geschäftsräumlichkeiten von B. nutzen, um dort zu arbeiten und Klienten zu empfangen. Weiter verfügte sie dort über einen eigenen Schrank für ihre Akten. Ihre Klienten setzten sich freilich hauptsächlich aus Personen zusammen, die in Strafsachen über unentgeltliche Rechtspflege verfügten und die sie bei polizeilichen Befragungen oder gerichtlichen Anhörungen verbeiständete oder im Gefängnis besuchte. Sie arbeitete daher in der Regel auf ihrem eigenen Laptop, auf dem sie die wesentlichen Akten der verschiedenen Dossiers abgespeichert hatte.

Die E-Mail-Adresse von A. war A@A.ch. Auf ihrem Briefpapier war jedoch die Adresse info@B.ch vermerkt. Mails, die auf diese Adresse gesandt wurden, leitete das Sekretariat von B. an A. weiter. A. nahm ferner die Dienste des Büros von B. in Anspruch, wenn es darum ging, Dokumente zu digitalisieren oder zu drucken. Die Post wurde ihr im Büro von B. ungeöffnet in ein Fach gelegt. Zur Identifikation und Verhinderung von Interessenkonflikten stellte B. den bei ihr angeschlossenen Anwälten ein Computerprogramm zur Verfügung. Die Anwälte mussten über ein Passwort auf einen persönlichen Mitgliederbereich zugreifen und dort die Namen neuer Klienten eingeben. Das System erkannte automatisch einen allfälligen Interessenkonflikt.

Mit Entscheid vom 25.4.2017 wies die Aufsichtsbehörde den Antrag auf Änderung des Registereintrags von A. zurück. Gegen diesen Entscheid rekurrierte A. beim

Cour de justice. Dieser wies den Rekurs mit Entscheid vom 14.11.2017 ab. Zur Begründung führte er zum einen aus, das Domizil von A. bei B. lasse sich mit den Anforderungen nicht vereinbaren, die das Gebot der Unabhängigkeit an Anwälte stelle. Zum andern sei die Wahrung des Berufsgeheimnisses nicht gewährleistet.

II. Erwägungen

Die Vorinstanz hatte sich auf den Standpunkt gestellt, das Dienstleistungsangebot von B. (Zurverfügungstellung eines Büros, eines Konferenzraums, von IT-Dienstleistungen [Drucker, Computer, Breitband-Internetzugang, Kopierer, Scanner], Bibliothek, Rechtsdokumentation, Safe und Spezialschrank) schaffe zwischen ihr und den bei ihr angeschlossenen Anwälten eine sehr starke Abhängigkeit. Zwar habe sich A. darauf berufen, aus dem Angebot von B. nur die Gewährung vom Domizil mit Entgegennahme der ungeöffneten Post gewählt zu haben, was die Abhängigkeit von B. tatsächlich relativiere. Es sei ihr jedoch möglich, durch eine Änderung des Vertrags mit B. auch die weiteren Dienstleistungen zu beanspruchen, ohne dass dies von der Aufsichtsbehörde kontrolliert werden könne. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, es sei nicht seine Aufgabe, abstrakte Fragen zu beantworten. Es gehe nicht darum, ein Rechtsgutachten über die Zulässigkeit der von B. angebotenen Dienstleistungen zu verfassen, sondern allein um die Feststellung, ob die von A. beanspruchten Dienstleistungen (Domizil und Empfang der ungeöffneten Post) im Einklang mit dem BGFA stünden (E. 5.1).

Nach Meinung des Bundesgerichts ist die Gewährleistung der institutionellen Unabhängigkeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA Voraussetzung für die Eintragung eines Anwalts in das Anwaltsregister. Sie garantiere, dass sich der Anwalt ausschliesslich der Durchsetzung der Interessen seines Klienten widmen könne, ohne durch Umstände beeinflusst zu werden, die damit nichts zu tun hätten. Sie sei eine wesentliche Grundlage des Anwaltsberufs und müsse sowohl gegenüber dem Gericht wie auch gegenüber dem Klienten und Dritten garantiert sein, woran auch ein öffentliches Interesse bestehe (E. 6.1). Die institutionelle Unabhängigkeit sei von der Pflicht zur Unabhängigkeit im Sinn von Art. 12 lit. c BGFA zu unterscheiden, welche vom Anwalt im Einzelfall Unabhängigkeit und die Vermeidung von Interessenskollisionen verlange. Die Eintragung im Register erfordere daher nicht, dass jegliche Verletzung der Unabhängigkeit ausgeschlossen sei. Der Eintrag dürfe nur verweigert werden, wenn aufgrund der konkreten Umstände eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür bestehe, dass der Anwalt nicht unabhängig sei. Den Eintrag an eine institutionelle Unabhängigkeit zu knüpfen, beschränke die Wirtschaftsfreiheit des Anwalts. Aus diesem Grund dürften die Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit nicht über das unbedingt Notwendige hinausgehen (E. 6.2).

Ob ein Anwalt institutionell unabhängig sei, hänge nicht von der Rechtsform der Kanzlei, sondern von der konkreten Organisation seiner Tätigkeit ab. Er dürfe nicht

in einer wirtschaftlichen oder sonstigen Abhängigkeit von Behörden, Dritten oder Klienten stehen. Er müsse die Interessen seiner Klienten objektiv und uneingeschränkt vertreten können, ohne Rücksicht auf persönliche oder wirtschaftliche Beziehungen zu Dritten nehmen zu müssen (E. 6.3). Ausfluss der institutionellen Unabhängigkeit sei auch das Erfordernis, über eine Geschäftsadresse zu verfügen (Art. 5 Abs. 1 lit. d BGFA), verbunden mit dem aus Art. 12 lit. a BGFA abgeleiteten Verbot eines irreführenden Auftritts (E. 6.4).

Dass A. für die Ausübung ihrer Berufstätigkeit auf die Dienstleistungen der B. angewiesen war, namentlich was den Empfang ihrer Post betraf, erachtete das Bundesgericht entgegen der Vorinstanz als mit der institutionellen Unabhängigkeit vereinbar. Hingegen habe die Vorinstanz zu Recht festgestellt, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der B. für die Gewährung eines Domizils seien unter dem Blickwinkel der institutionellen Unabhängigkeit problematisch, weil sie einseitig auf die Interessen von B. ausgerichtet seien. Namentlich der umfassende Haftungsausschluss, verbunden mit der Ablehnung jeglicher Gewähr in Zusammenhang mit der Entgegennahme und Weiterleitung von Anrufen, und das Recht von B. zur jederzeitigen fristlosen Auflösung des Domizilvertrags schafften zu Lasten von A. ein echtes Ungleichgewicht, das mit einer institutionellen Unabhängigkeit nicht zu vereinbaren sei. Weiter erachtete das Bundesgericht den Vorwurf der Vorinstanz für gerechtfertigt, der Auftritt von A. erwecke bei ihren Klienten den falschen Eindruck, sie übe den Beruf in einem Anwaltskollektiv aus, was nicht der Realität entspreche. Ebenso täusche er vor, die Tätigkeit von A. sei in den Betrieb einer Anwalts-AG eingebettet (E. 6.5).

Nach Meinung des Bundesgerichts genießt das Berufsgeheimnis des Anwalts in unserer Rechtsordnung einen besonderen Schutz, weil es für die Ausübung des Anwaltsberufs und daher auch für das einwandfreie Funktionieren der Justiz unverzichtbar sei. Die Bedeutung des Berufsgeheimnisses sei auch in den parlamentarischen Beratungen betont worden. Danach bilde das Berufsgeheimnis eine unabdingbare Grundlage des Rechtsstaats; der Anwalt könne seinen Beruf nicht richtig ausüben, wenn ihm der Klient nicht bedingungslos vertrauen könne. Das Berufsgeheimnis schütze aber nicht nur die Interessen des Klienten, der sich seinem Anwalt nur anvertraue, wenn er auf dessen Verschwiegenheit und den Schutz vertraulicher Dokumente zählen dürfe. Es liege auch im öffentlichen Interesse am Schutz des Rechtsstaats, in dem der Anwalt eine besondere Rolle spiele, und an der Gewährleistung des Zugangs zur Justiz (E. 7.1).

Art. 13 BGFA verbiete dem Anwalt die Offenbarung ihm vom Klienten anvertrauter Geheimnisse und verpflichte ihn, die für die Geheimhaltung erforderlichen Vorsichtsmassnahmen zu treffen. Der Anwalt verletze seine Berufspflichten, wenn er nicht alle gebotenen Massnahmen ergreife, um eine Verletzung des Berufsgeheimnisses zu verhindern. Wenn er Hilfspersonen einsetze, müsse er diese sorgfältig auswählen und dafür sorgen, dass sie das Berufsgeheimnis respektierten. Es liege an ihm, sie über

das Berufsgeheimnis aufzuklären, sie gegebenenfalls eine Geheimhaltungserklärung unterzeichnen zu lassen und ihre Überwachung zu gewährleisten, um jede Verletzung des Berufsgeheimnisses zu verhindern. Von der Verpflichtung, für den Schutz des Berufsgeheimnisses durch seine Hilfspersonen zu sorgen, könne sich der Anwalt nicht befreien, ohne die Interessen seiner Klienten an der Wahrung der Geheimhaltung zu gefährden (E. 7.2).

Das BGFA definiere den Begriff der Hilfsperson nicht. Hilfspersonen könnten auch Dritte sein, die der Anwalt mit der Wahrnehmung bestimmter Aufgaben betraue. Es sei anerkannt, dass der Begriff der Hilfspersonen in Art. 13 BGFA jenem nach Art. 101 OR entspreche. Die Anwendung von Art. 101 OR setze voraus, dass zwischen dem Anwalt und der Hilfsperson eine vertragliche Beziehung bestehe. Hingegen sei die Stellung der Hilfsperson ohne Bedeutung. Es könne sich um einen Arbeitnehmer, einen Beauftragten oder um eine unentgeltlich tätige Hilfskraft handeln. Hilfspersonen seien alle Personen, die für den Betrieb der Kanzlei oder die Arbeit des Anwalts im Einsatz stünden und so Zugang zu Geheimnissen hätten, deren Schutz der Anwalt zu gewährleisten habe. Dabei gehe es namentlich um Mitarbeitende im Sekretariat, Anwaltspraktikanten, Studierende oder Lernende. Hilfspersonen seien aber auch Personen, die ausserhalb der Kanzlei für den Anwalt tätig seien, beispielsweise Privatdetektive, Reinigungsfirmen, Banken, Übersetzungsbüros oder externe Internetanbieter, die der Anwalt mit der Speicherung und dem Schutz seiner Daten beauftrage. Der Begriff der Hilfsperson sei somit weit zu verstehen (E. 7.3).

Wenn der Begriff der Hilfsperson weit gefasst sei und der Anwalt in der Praxis immer öfter gezwungen sei, für spezifische Dienstleistungen auf Personen zurückzugreifen, die nicht in seiner Kanzlei arbeiteten, werde es im Einzelfall schwierig, die Einhaltung des Berufsgeheimnisses zu kontrollieren. Angesichts der grundlegenden Bedeutung des Berufsgeheimnisses dränge sich daher eine angemessene Einschränkung des Personenkreises auf, die Zugang zu geheimen Informationen hätten, verbunden mit ausreichenden Massnahmen zum Schutz dieser Informationen. Es sei daher geboten, diesbezüglich vernünftige Grenzen zu setzen. Unter diesem Blickwinkel sei es einem Anwalt beispielsweise nicht erlaubt, seiner Hilfsperson zu gestatten, ihre Aufgabe zur selbstständigen Erfüllung auf einen Dritten zu übertragen. Damit würden Personen Zugang zu geheimen Informationen erhalten, die weder Hilfspersonen des Anwalts noch solche seiner Hilfspersonen seien. In einer solchen Situation wäre es dem Anwalt nicht mehr möglich, für die Wahrung des Berufsgeheimnisses zu sorgen, wie dies Art. 13 Abs. 2 BGFA verlange. Es genüge jedenfalls nicht, dass der Anwalt mit seiner Hilfsperson eine Vereinbarung treffe, in der diese sich ihm gegenüber verpflichte, dafür zu sorgen, dass ihre Substituten das Berufsgeheimnis respektierten. Dies hiesse, die Verantwortung für die Einhaltung des Berufsgeheimnisses der Hilfsperson zu übertragen, was mit der Berufspflicht des Art. 13 Abs. 2 BGFA nicht zu vereinbaren wäre (E. 7.4).

Die Vorinstanz hatte ein Problem darin gesehen, dass es sich bei B. nicht um eine Anwaltsgesellschaft handle und ihre Angestellten daher nicht als Hilfspersonen der Anwältin A. qualifiziert werden könnten. Dem widerspricht das Bundesgericht; B. erfülle die Voraussetzungen, um als Hilfsperson anerkannt zu werden, indem sie für A. Dienstleistungen erbringe, welche diese zur Ausübung ihres Berufs benötige. Die Schwierigkeit liegt nach Meinung des Bundesgerichts darin, dass es Aufgabe von A. wäre, dafür zu sorgen, dass B. das Berufsgeheimnis wahre. Die vorliegenden Fakten liessen indessen den Schluss nicht zu, dass dies in ausreichendem Mass geschehen sei. So finde sich in den Unterlagen keine generelle und schriftliche Vereinbarung, nach der sich B. verpflichte, das Berufsgeheimnis zu wahren und dafür zu sorgen, dass ihre Hilfspersonen das Berufsgeheimnis von A. ebenfalls respektierten, im Gegenteil: Indem sich A. mit einer Beschränkung der Haftung von B. auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einverstanden erklärt habe, sei sie der Pflicht nicht nachgekommen, alle Massnahmen zu ergreifen, um die Verletzung des Berufsgeheimnisses zu vermeiden. Dazu komme, dass B. die Betreuung des Telefons Personen übertrage, die Angestellte einer externen Dienstleistungsorganisation und nicht Hilfspersonen von B. seien. Damit erhielten Dritte Zugang zu Informationen, die dem Berufsgeheimnis unterständen, was mit der Verpflichtung von A. nicht zu vereinbaren sei, für die Wahrung des Berufsgeheimnisses zu sorgen (E. 7.5).

Abschliessend befasste sich das Bundesgericht auch noch mit der Frage, welchen Anforderungen die Geschäftsadresse im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. d BGFA zu genügen habe. Es führte aus, das BGFA enthalte dazu keine ausdrücklichen Regeln. Die Geschäftsadresse müsse dem Anwalt eine unabhängige Ausübung des Anwaltsberufs und die Wahrung des Berufsgeheimnisses ermöglichen. Weiter habe sie die Erreichbarkeit durch Klienten und Behörden zu gewährleisten. Bis anhin sei daher die Auffassung vertreten worden, die Angabe eines Postfachs oder einer c/o-Adresse (care of = wohnhaft bei) genüge als Geschäftsadresse im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. d BGFA nicht (E. 8.1). Die Möglichkeiten, welche die neuen IT-Technologien dem Anwalt böten, gepaart mit dem Einsatz von Computern und Mobiltelefonen, ermöglichten es indessen heute, überall auf der Welt mit seinen Klienten und anderen Personen zu kommunizieren und zu arbeiten. Hinzu komme, dass der zunehmende Druck des Wettbewerbs den Anwalt veranlassen könne, seine bisherige Organisation zu überdenken und seinen Betrieb zu rationalisieren, um Kosten einzusparen, die durch den Betrieb einer traditionellen Kanzlei entstehen würden (E. 8.2). Es stelle sich daher die Frage, ob vom Anwalt wirklich verlangt werden dürfe, am Ort seiner Adresse auch physisch ein Büro zu betreiben. Die Eignung des Einsatzes moderner Arbeitsmethoden zur Ausübung des Anwaltsberufs müssten daher im Einzelfall ohne übermässigen Schematismus geprüft werden. Dabei sei zu beachten, dass der Anwalt grundsätzlich frei sei, seine wirtschaftlichen Aktivitäten entsprechend seinen Bedürfnissen zu organisieren, solan-

ge er die Berufsregeln befolge, seinen Beruf mit der erforderlichen Unabhängigkeit gewissenhaft und sorgfältig ausübe und das Berufsgeheimnis respektiere. Auch wenn ihm die neuen Technologien volle Mobilität erlaubten, brauche er immer einen Ort, wo er arbeiten und Klienten empfangen könne. Trotz der Möglichkeit, moderne Kommunikationsmittel zu nutzen, bleibe der persönliche Kontakt mit den Klienten zur sorgfältigen Wahrung ihrer Interessen unverzichtbar – nicht zuletzt zur Wahrung der Vertraulichkeit des Gesprächs und des Berufsgeheimnisses. Die Forderung, am Ort der Geschäftsadresse physisch über ein Büro zu verfügen, sei daher gerechtfertigt, wobei sich hierzu keine fixen Regeln aufstellen liessen (E. 8.3). Nach Meinung des Bundesgerichts hätten im Fall von A. die Möglichkeiten, vor Ort in den Räumen von B. zu arbeiten und dort auch Klienten zu empfangen, den Anforderungen jedenfalls genügt, die an eine Geschäftsadresse zu stellen seien (E. 8.4).

III. Bemerkungen

1. Gebot der Unabhängigkeit

Nach Art. 12 lit. b BGFA üben Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung aus. Diese anwaltliche Unabhängigkeit genießt in der Schweiz von jeher einen hohen Stellenwert.¹ Sie ist mit den Worten des Bundesgerichts «von herausragender Bedeutung» und «als Berufspflicht [...] weltweit anerkannt».² Die anwaltliche Unabhängigkeit soll «grösstmögliche Freiheit und Sachlichkeit bei der Interessenwahrung gegenüber dem Klienten wie gegenüber dem Richter gewährleisten.»³ Der Anwalt soll sich ausschliesslich von sachgemässen Überlegungen leiten lassen, nur dem eigenen Denken und Urteilen sowie seinen Berufspflichten folgen und frei bleiben von Einflüssen, die sachgemäss mit dem Mandat nicht zusammenhängen.⁴ Die anwaltliche Unabhängigkeit bildet «die Voraussetzung für das Vertrauen in den Anwalt und die Justiz. Wer sich an einen Anwalt wendet, soll gewiss sein dürfen, dass dieser in keiner Weise an einen Dritten gebunden ist, dessen Interessen den eigenen in irgendeiner Weise entgegenstehen können.»⁵

1 Vgl. etwa FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Bern 2009, N 1300 ff.; WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, 2. Aufl., Bern 2017, N 309 ff.; PIERRE CHRISTE, *Rôle et fonction de l'avocat dans la protection des droits*, in: ZSR 1988, 463; DOMINIQUE DREYER, *L'avocat dans la société actuelle*, ZSR 1996, 414; MICHAEL PFEIFER, *Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft*, ZSR 1996 II, 307; BGE 123 I 196; KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrechts*, Zürich 2009, N 1003 ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 8. Januar 2001 (2P.187/2000) E. 4a, publiziert in: Pra 2001 Nr. 141, 838 f.

2 BGE 130 II 89, 93.

3 Urteil des Bundesgerichts vom 8. Januar 2001 (2P.187/2000) E. 4a, publiziert in: Pra 2001 Nr. 141, 842.

4 PFEIFER, a. a. O., 307.

5 Urteil des Bundesgerichts vom 8. Januar 2001 (2P.187/2000) E. 4a, publiziert in: Pra 2001 Nr. 141, 842; vgl. auch BGE 130 II 89, 93 ff.

Das BGFA befasst sich in zwei Bestimmungen mit der Unabhängigkeit des Anwalts: In Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA macht es die Unabhängigkeit zur persönlichen Voraussetzung für den Registereintrag. Danach müssen die Anwältinnen und Anwälte «in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind». In Art. 12 lit. b BGFA wird die Verpflichtung zur unabhängigen Ausübung des Anwaltsberufs zur Berufsregel erhoben. Danach üben die Anwältinnen und Anwälte «ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung aus».⁶ Bei Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA geht es um die «institutionelle Unabhängigkeit»; Art. 12 lit. b BGFA hat «die Unabhängigkeit im Zuge der Berufsausübung»⁸ zum Thema.

Vor allem in jüngster Zeit herrscht jedoch grosse Unsicherheit darüber, «wo die Grenze zwischen tolerablen Bindungen und solchen verläuft, die im Interesse der Unabhängigkeit des Anwalts nicht hingenommen werden können.»⁹ In BGer 2C_1083/2017 hat das Bundesgericht versucht, die Grenze wieder einmal nachzuziehen. Herausgekommen ist ein in vielen Punkten erfreulicher Entscheid, der aber nicht bis ins Letzte überzeugt. Erfreulich ist, dass das Gericht als mit der institutionellen Unabhängigkeit vereinbar erachtet, dass A. für die Ausübung ihrer Berufstätigkeit bei der B. Dienstleistungen (Gewährung von Domicil mit Entgegennahme der ungeöffneten Post, Nutzung von Räumen, um dort zu arbeiten und Klienten zu empfangen) bezog. Es darf davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht mit Ausnahme der Telefondienste durch ein Drittunternehmen auch die weiteren Dienstleistungen aus dem Angebot der B. als mit der institutionellen Unabhängigkeit vereinbar erachtet hätte, wenn es dazu hätte Stellung nehmen müssen. Die Grenze wird also so gezogen, dass die Anwaltschaft hinsichtlich der Organisation ihrer Berufstätigkeit mehr Freiheiten erhält und kostengünstigere Organisationsformen möglich werden.

Dass das Gericht den Entscheid der Vorinstanz schützte, das Ungleichgewicht im Vertragsverhältnis zwischen der A. und B. tangiere das Gebot der Unabhängigkeit, ist hingegen eher skurril. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es nämlich nicht ersichtlich, inwiefern dieses Ungleichgewicht A. hätte daran hindern können, sich bei der Betreuung von Mandaten ausschliesslich von sachgemässen Überlegungen leiten zu lassen, nur dem eigenen Denken und Urteilen sowie ihren Berufspflichten zu folgen und frei zu bleiben von Einflüssen, die sachgemäss mit dem Mandat nicht zusammenhängen. Denkt man in Richtung des Bundesgerichts weiter, könnten auch hohe Mietzinse für ein Büro an vermeintlich bester Lage verbunden mit einer festen Mietdauer die Unabhängigkeit des Anwalts gefährden. Das kann nicht sein. Überzogene Anforderungen an die anwaltliche Unabhängigkeit sind realitätsfremd.

2. *Berufsgeheimnis bei Subdelegation durch Hilfsperson*

Das grösste Konfliktpotenzial enthalten die Ausführungen des Bundesgerichts zur Tragweite des Berufsgeheimnis-

ses beim Einsatz von Hilfspersonen. Zwar stimmt auch hier die Richtung, wenn das Gericht feststellt, bei den Hilfspersonen des Anwalts im Sinne von Art. 13 Abs. 2 BGFA könne es sich um Arbeitnehmende, Beauftragte oder um unentgeltlich tätige Hilfskräfte handeln. Hilfspersonen seien alle Personen, die für den Betrieb der Kanzlei oder die Arbeit des Anwalts im Einsatz stünden und so Zugang zu Geheimnissen hätten, deren Schutz der Anwalt zu gewährleisten habe. Hilfspersonen seien insbesondere auch Personen, die ausserhalb der Kanzlei für den Anwalt tätig seien, namentlich externe Internetanbieter, die der Anwalt mit der Speicherung und dem Schutz seiner Daten beauftragte. Der Begriff der Hilfsperson sei weit zu verstehen. Dies deckt sich im Prinzip mit der Auffassung, die Prof. Dr. CHRISTIAN SCHWARZENEGGER im Gutachten der Universität Zürich zur Nutzung von Cloud-Diensten durch Anwältinnen und Anwälte vom 1.11.2018 vertritt. Er ist der Meinung, vom Berufsgeheimnis seien nicht nur Handlungen innerhalb der Büroräumlichkeiten, sondern auch solche ausserhalb dieses geschützten Raums – ja sogar im Ausland – miterfasst. Auch Hilfspersonen könnten dem Berufsgeheimnis unterstehende Informationen ausserhalb der Büroräumlichkeiten des Geheimnisträgers verwenden. Sie müssten dabei weder vom Geheimnisträger angestellt sein, noch müsse die Tätigkeit auf Dauer oder entgeltlich sein. Erforderlich sei bloss, dass die Hilfsperson den (Haupt-)Geheimnisträger in seinem beruflichen Wirkungskreis unmittelbar unterstütze.¹⁰

Der Blickwinkel von SCHWARZENEGGER ist jedoch ein anderer als jener des Bundesgerichts. Er hat Art. 321 StGB im Fokus, der die Hilfsperson selbst in Pflicht nimmt und ihr persönlich bei Geheimnisverrat eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe androht, und nicht die Berufspflicht des Art. 13 BGFA. Indem das Bundesgericht die Qualifikation einer Person als Hilfsperson gestützt auf Art. 13 Abs. 2 BGFA davon abhängig macht, dass der Anwalt ihr gegenüber unmittelbar für die Wahrung des Berufsgeheimnisses sorgen kann, schränkt es den Kreis der möglichen Hilfspersonen erheblich ein und wirft die Frage auf, ob die Anwaltschaft in der modernen Dienstleistungsgesellschaft damit wirklich leben kann.

Die moderne Dienstleistungsgesellschaft wird nämlich durch Spezialistinnen und Spezialisten geprägt. FREDMUND MALIK erläutert es so: «Spezialisierung ist wichtig und nötig. Eine moderne Gesellschaft hat erstens nur noch Spezialisten; etwas anderes gibt es praktisch nur

⁶ FELLMANN, a. a. O., N 315.

⁷ NATER, Anwaltsrecht, in: Aktuelle Anwaltspraxis 2001, hrsg. von WALTER FELLMANN und TOMAS POLEDNA, Bern 2002, 443.

⁸ NATER, a. a. O., 443.

⁹ MARTIN HENSSELER, BRAO Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, hrsg. von MARTIN HENSSELER/HANNS PRÜTTING, 5. Aufl., München 2019, § 43a BRAO N 7.

¹⁰ Gutachten zur Nutzung von Cloud-Diensten durch Anwältinnen und Anwälte im Auftrag des Schweizerischen Anwaltsverbands von Prof. Dr. CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Prof. Dr. FLORENT THOUVENIN und Prof. Dr. BURKHARD STILLER von der Universität Zürich vom 1.11.2018, 21.

noch selten [...]. Zweitens, sie braucht auf jedem Gebiet hoch ausgebildete Spezialisten. Anders ist die nötige Leistung heute überhaupt nicht mehr zu erreichen und vor allem wird es ohne sie keine Chance geben, besser zu sein als andere, konkurrenzfähig zu bleiben oder zu werden.»¹¹ Oft benötigen Spezialisten für ihre Dienstleistung daher ihrerseits Spezialisten, die nicht mehr in einem Vertragsverhältnis zum Auftraggeber stehen. Und genau diesen Einsatz erachtet das Bundesgericht in BGer 2C_1083/2017 als mit dem Berufsgeheimnis nicht mehr vereinbar. Der Anwalt genüge der Berufspflicht des Art. 13 Abs. 2 BGFA, für die Wahrung des Berufsgeheimnisses durch seine Hilfspersonen zu sorgen, nicht mehr, wenn er die Hilfspersonen (bloss) vertraglich verpflichtet, im Fall einer Subdelegation ihrerseits für die Einhaltung des Berufsgeheimnisses durch ihre Untergehilfen zu sorgen. Dass sich die Hilfsperson bei der Unterlassung von Schutzmassnahmen nach Art. 321 StGB selbst strafbar macht, übergeht das Gericht.

Das Bundesgericht knüpft bei seiner Betrachtungsweise an Art. 101 OR an, wenn es feststellt, es sei anerkannt, dass der Begriff der Hilfspersonen in Art. 13 BGFA jenem nach Art. 101 OR entspreche. Hier ist also anzusetzen. In der Lehre ist nämlich anerkannt, dass der Schuldner dem Gläubiger nach Art. 101 OR nicht nur für das Verhalten von Hilfspersonen, sondern unter Umständen auch für jenes von Untergehilfen, also von Personen einzustehen hat, die von der Hilfsperson beigezogen werden. Weil das Bundesgericht nur Personen als Hilfspersonen qualifiziert, die der Geschäftsherr bewusst («mit Wissen und Willen») zur Mitwirkung bei der Erfüllung einsetzt,¹² unterscheidet man in der Lehre teilweise zwischen dem Fall, in dem der Beizug des Untergehilfen mit Ermächtigung des Geschäftsherrn erfolgt, und dem Fall, wo die Hilfsperson den Untergehilfen unerlaubterweise hinzuzieht.¹³ Dabei wird aber darauf hingewiesen, dass eine Ermächtigung auch vorliegen kann, wenn der Beizug ohne Kenntnis des Gläubigers erfolgt.¹⁴ In beiden Fällen soll der Geschäftsherr für das Verhalten des Untergehilfen einstehen müssen: im ersten Fall, weil die Ermächtigung der Hilfsperson zum Bezug den Untergehilfen direkt zur Hilfsperson des Geschäftsherrn mache, im zweiten Fall, weil sich der unbefugte Beizug als Verschulden der Hilfsperson qualifiziere, für das er nach Art. 101 OR hafte.¹⁵ Noch weiter geht KARL SPIRO, der eine Ermächtigung durch den Geschäftsherrn als Voraussetzung für die direkte Zurechnung des Verhaltens des Untergehilfen überhaupt nicht für erforderlich hält.¹⁶

Nach der hier vertretenen Auffassung gilt mindestens beim Vorliegen einer Ermächtigung des Anwalts auch der Einsatz von Untergehilfen durch die Hilfsperson als Einsatz von Hilfspersonen im Sinn von Art. 13 Abs. 2 BGFA. Daran ändert nichts, dass es an einer vertraglichen Beziehung zwischen Anwalt und Untergehilfen fehlt. Voraussetzung dürfte sein, dass der Anwalt die Hilfsperson (vertraglich) verpflichtet, den Untergehilfen ihrerseits (vertraglich) zu verpflichten, das Berufsgeheimnis des Anwalts zu wahren, zu dessen Respektierung sie selbst

nach Art. 321 StGB verpflichtet ist. Entgegen der Meinung des Bundesgerichts muss dies als Sorge für die Wahrung des Berufsgeheimnisses durch Hilfspersonen im Sinne von Art. 13 Abs. 2 BGFA genügen. Eine solche Verpflichtung dürfte im Übrigen dazu führen, dass der Untergehilfe seinerseits in den Kreis der Hilfspersonen gelangt, die sich bei Verletzung des Geheimnisses nach Art. 321 StGB strafbar machen.

Würde man hingegen dem Bundesgericht folgen, führte dies letztlich zur Schwächung des Berufsgeheimnisses. Nach Art. 321 Ziff. 2 StGB ist die Offenbarung des Berufsgeheimnisses nämlich nicht strafbar, wenn der Anwalt oder seine Hilfsperson das Geheimnis aufgrund der Einwilligung der Berechtigten preisgegeben hat. Die Entbindung vom Berufsgeheimnis durch die Klientschaft befreit den Anwalt auch von der Einhaltung der Berufsregel des Art. 13 BGFA.¹⁷ Dabei bedarf die Einwilligung grundsätzlich keiner besonderen Form. Der Geheimnisherr kann sie ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten erteilen. Aus einem bestimmten Verhalten darf zwar nur dann auf eine Einwilligung geschlossen werden, wenn der Wille klar zum Ausdruck kommt, auf das Geheimnis zu verzichten. Auch ist ein genereller Verzicht im Voraus nicht zulässig. Die Zustimmung muss vielmehr in Kenntnis eines konkreten Sachverhalts erteilt werden. Erforderlich ist ferner, dass der Klient die Einwilligung in Kenntnis aller wesentlichen Umstände und freiwillig erteilt. Der Anwalt muss den Klienten daher über die Bedeutung und Tragweite der Einwilligung aufklären.¹⁸ Dies alles ändert aber nichts daran, dass der Klient den Anwalt bzw. dessen Hilfsperson ermächtigen kann, in bestimmten Situationen nötigenfalls Untergehilfen beizuziehen. Die Praxis zeigt, dass die meisten Klienten eine solche Erklärung v. a. in Zusammenhang mit dem Einsatz der IT bedenkenlos abgeben würden. Sollte das Bundesgericht seinen Standpunkt zu dieser Frage daher nicht nochmals überdenken, besteht die Gefahr, dass es durch den flächendeckenden Einsatz solcher Erklärungen insgesamt zu einer Schwächung des Berufsgeheimnisses kommt, was zweifellos nicht die Absicht des Gerichts war.

¹¹ FREDMUND MALIK, *Führen Leisten Leben, Wirksames Management für eine neue Welt*, Frankfurt am Main 2014, S. 96.

¹² WOLFGANG WIEGAND, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 101 N 7 mit Verweis auf BGer 4C.394/2006 vom 24. 4. 2007, E. 4.2. und BGE 99 II 48; 70 II 220.

¹³ ALFRED KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Bern 2017, N 54.100; ROLF WEBER, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung*, Bern 2000, Art. 101 N 53; vgl. auch WIEGAND, a. a. O., Art. 101 N 7.

¹⁴ WEBER, a. a. O., Art. 101 N 53.

¹⁵ KOLLER, a. a. O., N 54.100; WEBER, a. a. O., Art. 101 N 53.

¹⁶ KARL SPIRO, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, Bern 1983, 168.

¹⁷ FELLMANN, a. a. O., 638 m. w. H.

¹⁸ Zum Ganzen vgl. FELLMANN, a. a. O., 571 ff. und 638 f. je m. w. H.; HANS NATER/GAUDENZ G. ZINDEL, *Kommentar zum Anwalts-gesetz*, 2. Aufl., Zürich 2011, Art. 13 N 133 ff.; SCHILLER, a. a. O., N 543 ff. insbes. N 569.

3. Pflicht zur Führung einer Kanzlei

Gut ist, dass das Bundesgericht die Pflicht zur Führung einer Kanzlei hinterfragt, zu der bis anhin mindestens ein Raum, eine Kenntlichmachung nach aussen durch ein auf die Kanzlei hinweisendes Praxisschild und ein Telefonanschluss mit einer Eintragung im Telefonbuch gehörte.¹⁹ Noch hält es zwar die Forderung, am Ort der Geschäftsadresse physisch über ein Büro zu verfügen, für gerechtfertigt. Es will aber die Eignung des Einsatzes moderner Arbeitsmethoden zur Ausübung des Anwaltsberufs im Einzelfall ohne übermässigen Schematismus prüfen. Was im Einzelfall wirklich erforderlich ist, soll nicht durch fixe Regeln vorbestimmt werden.

In der Tat fragt sich, ob der persönliche Kontakt mit den Klienten in dem Anwalt zur Verfügung stehenden Geschäftsräumlichkeiten zur sorgfältigen Wahrung ihrer Interessen wirklich unverzichtbar ist. Die Schreibenden glauben dies nicht. Zum einen sind Besprechungen in den Räumen der Klienten nicht verboten; zählen Unternehmen

zur Klientschaft, sind sie sogar die Regel. Zum andern muss man sich im Zeitalter der elektronischen Kommunikation in Echtzeit mittels Videokonferenzen und dergleichen fragen, ob die Verständigung mit dem Klienten wirklich immer eines Raums bedarf.²⁰ Bei Geschäftskunden ist dies nicht der Fall. Sobald die Zustellung der Post durch Gerichte und andere Behörden – wie seit Längerem in Aussicht gestellt – elektronisch erfolgt, wird zur Gewährleistung der Erreichbarkeit des Anwalts für Gericht und Behörden eine Geschäftsadresse mit physischem Büro nicht mehr erforderlich sein.²¹ Fazit: Die Zulassung virtueller Kanzleien ist absehbar.

¹⁹ Vgl. FELLMANN, a. a. O., N 221 m. w. H.

²⁰ So schon FELLMANN, a. a. O., N 224.

²¹ FELLMANN, a. a. O., N 224.



Swiss LegalTech Association

en

The Swiss LegalTech Association, established in 2008 in Zurich, aims to bring together the legal community, its new and affiliated actors and online service providers.

The **economy and consumer habits are evolving** and we want to help **modernize the legal industry** to address this new economy and to **inform about its opportunities and hurdles**.

You can meet us all over Switzerland – our main hubs are Zurich, Geneva, Basel, Bern and Lugano.

Feel free to contact us to discuss or learn more:

[SwissLegalTech.ch](https://www.swisslegalttech.ch)

Or directly join our community:
[SwissLegalTech.ch/membership](https://www.swisslegalttech.ch/membership)

de

Die Swiss LegalTech Association wurde 2008 gegründet und beabsichtigt die Community, ihre neuen und verbundenen Akteure sowie Online-Dienstleister zusammenzubringen.

Die **Wirtschaft und die Konsumgewohnheiten entwickeln sich weiter** und wir wollen dazu beitragen, die **Rechtsbranche zu modernisieren**, diese neuen Wirtschaftsmodelle anzugehen und **über ihre Chancen und Herausforderungen zu informieren**.

Sie können uns in der ganzen Schweiz treffen - unsere Chapter sind in Zürich, Genf, Basel, Bern, St. Gallen und Lugano.

Zögern Sie nicht, uns zu kontaktieren:

[SwissLegalTech.ch](https://www.swisslegalttech.ch)

Oder werden Sie Teil unserer Community:
[SwissLegalTech.ch/membership](https://www.swisslegalttech.ch/membership)



TRADUIRE QUAND LES CHOSES SE COMPLIQUENT

Traduction
automatique
de nos revues
en 4 langues **DE** **FR** **IT** **EN**
www.staempfliverlag.com/tester

Stämpfli
Editions