

Niklaus Studer*

Die Unabhängigkeit gemäss BGFA

Stichworte: Definition der Unabhängigkeit, Teilzeit- und Hobbyanwalt, Klienteninteresse, ausgegliederte Rechtsabteilungen, beratende Anwälte

Grundpfeiler für die Ausübung des Anwaltsberufes bilden die Unabhängigkeit, die Vermeidung von Interessenkonflikten und die Wahrung des Anwaltsgeheimnisses. Diese drei Grundprinzipien waren lange vor dem Erlass des BGFA anerkannt. Mit dem seit 1. Juni 2002 in Kraft stehenden Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) wurden sie gesetzlich normiert.

Die Unabhängigkeit ist im BGFA in zweifacher Hinsicht geregelt: Einerseits als persönliche Voraussetzung für den Eintrag ins Anwaltsregister (institutionelle Unabhängigkeit gemäss Art. 8 lit. d BGFA), andererseits als Berufsregel (Unabhängigkeit in der Mandatsführung gemäss Art. 12 lit. b BGFA).

Bei den parlamentarischen Beratungen des BGFA war die Unabhängigkeit wohl eine der umstrittensten Bestimmungen. Der Schweizerische Anwaltsverband setzte sich in den Vorberatungen vehement für eine enge Auslegung und für eine klare Definition des Unabhängigkeitsbegriffes ein. Er stellte sich auf den Standpunkt, dass der Anwalt zur Wahrung der Unabhängigkeit keine Bindungen eingehen dürfe, die geeignet sind, ihn in seiner Berufsausübung – in welcher Form auch immer – zu beeinflussen. Demgegenüber versuchten die Vertreter der nicht freiberuflich tätigen Anwälte den Begriff der Unabhängigkeit zu verwässern und weit zu fassen. Nach langer Debatte scheiterten die Bemühungen, die Definition der Unabhängigkeit im Gesetz klar zu definieren. Immerhin wurde bezüglich der angestellten Anwälte erreicht, dass diese nur dann als unabhängig gelten, wenn sie bei Personen angestellt sind, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind. Das Parlament überliess die Definition der Unabhängigkeit im Übrigen bewusst der Rechtsprechung.

Das Bundesgericht hat sich bereits vor Inkrafttreten des BGFA wiederholt mit dem Begriff der Unabhängigkeit des Anwaltes im Rechtsstaat befasst. Gemäss früherer Rechtsprechung war seit jeher anerkannt, dass der Grundsatz der Unabhängigkeit des Anwaltes von herausragender Bedeutung und weltweit anerkannt ist. Die Unabhängigkeit war seit langem anerkanntermaassen eine unabdingbare Voraussetzung für das Vertrauen in den Anwalt und in die Justiz. Massgebend für die Rechtsprechung vor In-Kraft-Treten des BGFA ist wohl der berühmte Entscheid Metzler vom 8. Januar 2001 (Urteil 2P.187/2000, publiziert in Praxis 9/2001, Nr. 141, S. 842).

Was vom Gesetzgeber versäumt wurde, hat nun vor kurzem das Bundesgericht nachgeholt: Es hat die Unabhängigkeit in ei-

nem Leiturteil (Nr. 2A.110/2003 vom 29. 1. 2004) klar und unmissverständlich definiert. Dabei ist es der bisherigen Praxis gefolgt und hat die anlässlich der Beratungen des Gesetzes vom Schweizerischen Anwaltsverband eingenommene Haltung in den Grundzügen geschützt. Dieses Leiturteil ist bereits verschiedentlich kompetent kommentiert worden. Es sei diesbezüglich auf den Aufsatz von Hans Nater (SJZ 100/204 Nr. 6, Seite 139 ff.) sowie den Beitrag von Beat Hess (Anwaltsrevue 3/2004, S. 94 ff.) verwiesen.

Ausgangspunkt für die Beurteilung der Unabhängigkeit bildete der Registereintrag des Teilzeitanwaltes bzw. des Hobbyanwaltes: Zur Diskussion stand die Unabhängigkeit eines Anwaltes, der im Vollpensum bei einer Versicherungsgesellschaft angestellt ist und den Anwaltsberuf in der Freizeit, d. h. hobbymässig ausübt.

Zur Frage der Unabhängigkeit von Teilzeitanwälten hatte das Bundesgericht ebenfalls bereits vor In-Kraft-Treten des BGFA klare Grundsätze formuliert. Massgebend ist der Entscheid BGE 123 I 200, in welchem das Bundesgericht festgestellt hatte, dass dem Anwalt ein lohnabhängiger Zweitberuf verfassungsrechtlich grundsätzlich gestattet sei und zwar insoweit, als sich der Anwalt als Anwalt einerseits und in der Arbeitnehmerfunktion andererseits nicht mit der gleichen Angelegenheit befasse.

Parallel zum erwähnten Leiturteil hat das Bundesgericht vier weitere Urteile gefällt (vgl. Urteil Nr. 2A.101/2003 vom 13. 12. 2003 und die Urteile Nr. 2A.109/2003, 111/2003, 127/2003 alle vom 29. 1. 2004). Alle betrafen Hobbyanwälte, welche in einem Anstellungsverhältnis, d. h. im Rechtsdienst einer Industrieunternehmung, einer Versicherungsgesellschaft bzw. einer Bank tätig sind. Dass die insgesamt fünf Urteile im Ergebnis nicht gleich lauten, ist keineswegs Folge einer unterschiedlichen Beurteilung der Teilzeitanstellung bzw. der Unabhängigkeit. Die von der Vorinstanz vorgenommene Eintragung des entsprechenden Anwaltes wurde in zwei Fällen nur deshalb aufgehoben (so auch im Leiturteil), weil die beiden in Frage stehenden Anwälte den Nachweis der Unabhängigkeit gemäss dem Katalog des Leiturteils nicht erfüllt haben. Dieser Katalog beinhaltet im Wesentlichen, dass im Arbeitsvertrag weder der Arbeitgeber noch ihm nahe stehende Unternehmungen oder Kunden Einfluss auf die Anwaltstätigkeit nehmen können, die Führung von Mandaten für und gegen den Arbeitgeber oder gegen dessen Kunden ausgeschlossen ist, sichergestellt ist, dass der Arbeitgeber den Anwalt nicht von der Einhaltung der anwaltlichen Pflichten –

* Dr. Niklaus Studer ist Rechtsanwalt und Notar in Grenchen/Solothurn und ehemaliger Präsident des Schweizerischen Anwaltsverbandes (2001/2003).

namentlich des Berufsgeheimnisses – abhalten kann, die Vermögenswerte der Klienten vom eigenen Vermögen des Anwalts sowie vom Vermögen des Arbeitnehmers strikte getrennt sind, die Akten gesondert aufbewahrt werden, die räumliche Trennung der Lokalitäten des Anwalts vom Ort der Anstellung sichergestellt ist und letztlich der Anwalt nicht in den Räumlichkeiten seines Arbeitgebers seinen Beruf ausübt.

Die definitive Klärung des Begriffs der Unabhängigkeit und die klaren Schranken, welche dem Teilzeit- und Hobbyanwalt gesetzt wurden, sind sehr zu begrüssen. Ob allerdings die Zulassung der Eintragung der Hobbyanwälte tatsächlich dem Sinn und Geist des BGFA entspricht, ist mehr als nur fraglich. Wohlverstanden, der bundesgerichtliche Anforderungskatalog bietet Gewähr für die Unabhängigkeit in der Berufsausübung; dies allerdings nur theoretisch. In der Praxis hingegen dürfte es äusserst schwierig sein, diese Anforderungen zu überprüfen und durchzusetzen. Wenn der Anwalt seinen Klienten sorgfältig und gewissenhaft vertreten will, wird es wohl kaum möglich sein, mit diesem nur ausserhalb der ordentlichen Arbeitszeit, also am Abend und am Wochenende zu kommunizieren. Umgekehrt wird es unumgänglich sein, dass der Klient seinen Anwalt an dessen Arbeitsplatz kontaktiert. Die bundesgerichtlichen Schranken sind deshalb in der Praxis kaum umsetzbar. Zu guter Letzt muss ernsthaft in Frage gestellt werden, ob die Zulassung des Hobbyanwalts schliesslich den Interessen des Rechtssuchenden dient. Denn der Hobbyanwalt wird kaum in der Lage sein, sich ernsthaft, sorgfältig und gewissenhaft um die Bedürfnisse des Klienten zu kümmern. Zu dieser Frage ist das letzte Wort somit noch nicht gesprochen.

Nicht zu befassen hatte sich bis heute das Bundesgericht mit der Frage der Unabhängigkeit von Anwälten, die vollberuflich bei einem nicht im Register eingetragenen Anwalt angestellt sind und den Beruf nicht in der Freizeit oder in Teilzeit, sondern im Interesse und für den Arbeitgeber bzw. dessen Kunden ausüben. Für den Schweizerischen Anwaltsverband war seit jeher klar, dass diese Anwälte zum vornherein nicht unabhängig sein können. Das Parlament ist schliesslich der Argumentation gefolgt und hat in Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA klar festgehalten, dass Anwältinnen und Anwälte nur Angestellte von Personen sein können, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind. Wohl hat das Bundesgericht in seinem oben erwähnten Leiturteil diese Bestimmung relativiert. Dies jedoch nur und ausschliesslich im Hinblick auf Teilzeit- und Hobbyanwälte, nicht aber bezüglich jener Kategorie Anwälte, die ihren Beruf im Interesse des Arbeitgebers ausüben. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist es nicht gerechtfertigt, die Berufsausübung jenen Anwälten zu verweigern, die neben einer bloss teilzeitigen Erwerbstätigkeit als Angestellte noch eine selbständige Anwaltstätigkeit ausüben wollen. Aus den Erwägungen des Bundesgerichtes im Leiturteil ergibt sich jedoch klar und eindeutig, dass die nicht freiberuflich tätigen an-

gestellten Anwälte vom Eintrag ins Anwaltsregister ausgenommen bleiben müssen, da sie von vornherein ihre Anwaltstätigkeiten nicht ausserhalb des Angestelltenverhältnisses ausüben und sich nicht auf Mandate beschränken, die ausserhalb des Tätigkeitsbereiches des Arbeitgebers liegen. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Bündner Aufsichtsbehörde bereits vor dem erwähnten Leiturteil in fünf Fällen den Eintrag von bei einer Bank angestellten Anwälten verweigert hat (vgl. Urteil der Bündner Aufskommission über die Rechtsanwälte vom 20. 11. 2002).

Noch nicht entschieden ist die Frage der Unabhängigkeit der in Anwaltskanzleien ausgegliederten Rechtsabteilungen von Treuhandgesellschaften. Es handelt sich dabei um Anwälte, die formell eine eigene Anwaltskanzlei führen, jedoch mit einer Treuhandgesellschaft vertraglich und faktisch eng verbunden sind. In verschiedenen Kantonen sind diesbezüglich bei den Aufsichtsbehörden Beschwerden hängig. Die Frage der Unabhängigkeit derartiger ausgegliederter Rechtsabteilungen wurde bis heute lediglich vom Verwaltungsgericht des Kantons Genf beurteilt. Dieses hatte – allerdings nur im Rahmen eines Disziplinarverfahrens – die Unabhängigkeit von Anwälten der Kanzlei Suter & Partner Rechtsanwälte zu überprüfen. Nach Auffassung des Genfer Verwaltungsgerichtes war die Unabhängigkeit dieser Anwälte nicht gewährleistet. Es sei diesbezüglich auf den Aufsatz von Hans Nater in SJZ 99, 2003 Nr. 22, Seite 588/589 verwiesen.

Die Diskussion um die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte ist somit noch nicht definitiv abgeschlossen. Es besteht kein Zweifel, dass das Bundesgericht die bisherige Praxis aufrecht erhält und an einer strengen Auslegung des Unabhängigkeitsbegriffes festhält.

Eines muss an dieser Stelle allerdings wieder in Erinnerung gerufen werden:

Dem BGFA und damit dem Unabhängigkeitserfordernis unterstehen nur jene Anwältinnen und Anwälte, die im Anwaltsregister eingetragen sind. Die ausschliesslich beratenden, also nicht im Anwaltsregister eingetragenen Anwälte und Anwältinnen unterstehen den Unabhängigkeitsvorschriften nicht. Auf die reine Beratungstätigkeit ist das BGFA nicht anwendbar. Diese untersteht dem BGFA nur dann, wenn sie von einem Anwalt ausgeübt wird, welcher im Anwaltsregister eingetragen ist.

Dies ist wohl einer der grössten Makel des neuen Anwaltsgesetzes. Dieser wird sich allerdings insofern nicht gravierend auswirken, als sich – wie die bisherige Erfahrung zeigt – praktisch alle frei beruflich tätigen Anwältinnen und Anwälte ins Anwaltsregister eintragen lassen. Trotzdem wäre es begrüssenswert, wenn der Bundesgesetzgeber in dieser Hinsicht aktiv würde. Ob die Bestrebungen von einzelnen Kantonen, die rein beratenden Anwälte durch die kantonalen Gesetze zu erfassen, zum Ziel führen kann, wird sich erst noch zeigen müssen. ■