

Manfred Küng\*

## Anwaltskorperschaft und Unabhängigkeit

**Stichworte:** Anwaltskorperschaften, Unabhängigkeit, angestellte Anwälte, Aktiengesellschaft, GmbH, Prozessvollmacht

Nachdem die Zulässigkeit von Anwaltskorperschaften in Form der Aktiengesellschaft oder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Literatur befürwortet worden ist,<sup>1</sup> haben die Aufsichtsbehörden der Kantone Obwalden und Zürich deren Zulässigkeit ebenfalls anerkannt.<sup>2</sup> Diese Anerkennung ist eine verdienstvolle Pionierleistung, die durch die nachfolgende Kritik nicht geschmälert wird. In der Sorge um die anwaltliche Unabhängigkeit haben nämlich diese Aufsichtsbehörden zum Teil Auflagen gemacht, die weder eine gesetzliche Grundlage haben, noch sachgerecht oder verhältnismässig sind. Es geht dabei erstens um die Beschränkung des Kreises der Gesellschafter und Aktionäre auf registrierte Anwälte, zweitens um die Beschränkung der Mitglieder der Leitungsorgane auf registrierte Anwälte und drittens um die Beschränkung der Vertretung auf registrierte Anwälte. Mit Rousseau mag man adaptiert dazu sagen: *L'avocat est né libre, et partout il est dans les fers.*

M.E. liegt die Problematik darin, dass die durch die anwaltliche Unabhängigkeit definierten Schranken von Weisungsrechten gesetzlicher, vertraglicher und korperschaftlicher Natur bislang zu wenig analysiert worden sind. Namentlich blieb die Beantwortung der offenen Fragen auf die enge Welt der Juristerei beschränkt, ohne darüber Rechenschaft abzulegen, ob ähnliche Fragen sich nicht auch bei anderen freien Berufen stellen und wie sie dort beantwortet werden.

### I. Freie Berufe und Unabhängigkeit

Das deutsche Recht umschreibt den freien Beruf als selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erziehende Tätigkeit.<sup>3</sup> Freie Berufe sind insbesondere der Anwalt, der Patentanwalt und der Notar, der Revisor und der Steuerberater, der Arzt, der Apotheker, die Hebamme, der Physiotherapeut und der Psychotherapeut, der Dolmetscher sowie der Journalist. Ihnen gemeinsam ist, dass sie ihre Dienstleistungen aufgrund besonderer beruflicher Qualifika-

tionen und fachlich unabhängig im Rahmen eines besonderen Vertrauensverhältnisses erbringen.

Soweit ersichtlich, umschreibt die schweizerische Gesetzgebung den Begriff des freien Berufs nicht. Das heisst aber nicht, dass das schweizerische Recht den Begriff des freien Berufs nicht kennen würde. Seit jeher waren auch in der Schweiz die freien Berufe von der Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister befreit, weil sie eben keine Handels- oder Fabrikationsgewerbe oder nach anderer Art geführte kaufmännischen Gewerbe sind.<sup>4</sup>

Aufgrund des besonderen Vertrauensverhältnisses unterliegen praktisch alle freien Berufe einem besonderen Berufsgeheimnis (z.B. Anwaltsgeheimnis, Arztgeheimnis), das zum Teil sogar die Offenbarung gegenüber amtlichen Stellen verbietet. Das besondere Vertrauensverhältnis zum Klienten, Patienten oder Kunden verlangt aber nicht nur einen besonderen Geheimnisschutz, sondern auch, dass der Freiberufler seinen Beruf unabhängig von fremdbestimmten Einflüssen ausübt. Weil Ärzte viel früher als die Anwälte zu verdichteten Kooperationsformen gezwungen waren, lohnt es sich, für die Beantwortung der sich bei Anwaltskorperschaften stellenden Fragen einen Blick auf die Lösungsansätze im Gesundheitswesen zu tun.

Patienten können nicht für alle Behandlungen bei sich zu Hause versorgt werden, sondern bedürfen u.U. der Behandlung im Spital. Das Spital kann als eine Kombination von Arztpraxis und Hotel verstanden werden. Der Hotelbereich erfordert herausragende Managementfähigkeiten für die Koordination der Versorgung mit Lebensmitteln und deren Zubereitung und Verteilung als Mahlzeiten sowie der Reinigung der Zimmer und Flure und dem Wechsel der Bettwäsche und Toilettenartikel. Für den Spitalbereich stellt es eine Selbstverständlichkeit dar, diese Managementaufgaben nicht einem Arzt, sondern einem Spitaldirektor zu übertragen. Selbstverständlich gibt es bei der Zusammenarbeit zwischen Spitaldirektor und Arzt Schnittstellen. Noch nie hätte man aber gehört, dass sich ein Spitaldirektor im Spital mit auf die Patientensvisite begeben oder anderweitig versucht hätte, auf die Behandlungsmethode Einfluss zu nehmen. Es sind deshalb auch keine Vorschriften bekannt, wonach bei Spitälern, die von Aktiengesellschaften betrieben werden, nur Ärzte die Aktien halten dürfen oder mindestens die Mehrheit halten müssen oder nur Ärzte im Verwaltungsrat einer Spital-AG Einsitz nehmen dürfen. Lediglich für das in der Rechtsform der Aktiengesellschaft betriebene Kantonsspital wird gelegentlich eine Mindestbeteiligung durch den Kanton vorgeschrieben.<sup>5</sup> All die

4 MANFRED KÜNG, Das Handelsregister, Berner Kommentar, Bern 2001, Art. 934 N 52 ff.

\* Dr. iur., Rechtsanwalt bei Küng Rechtsanwälte, Zürich, Bassersdorf, Kriegstetten, Zug, Gossau.

1 WALTER FELLMANN, Rechtsformen der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten (zit. Rechtsformen), Anwaltsrevue 2003, S. 339 ff.; DERS. in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 12 N 62 je m.w.H.

2 Verfügung der Anwaltskommission des Kantons Obwalden vom 29.5.2006 (zit. Verfügung Kt. OW); Beschluss der Aufsichtskommission des Kantons Zürich vom 5.10.2006 (zit. Beschluss Kt. ZH); WALTER FELLMANN, Zulässigkeit der Aktiengesellschaft als Organisationsform für Anwaltskanzleien – die Beschlüsse der Aufsichtsbehörden der Kantone Obwalden und Zürich (zit. Zulässigkeit), Anwaltsrevue 2007, S. 232 ff.

3 Vgl. § 18 EstG-D; § 1 PartGG-D.

Ängste, Sorgen und Nöte hinsichtlich der Unabhängigkeit in der Ausübung freier Berufe, welche die Aufsichtsbehörden der Anwälte plagen, finden sich im medizinischen Bereich nicht. Mit gutem Grund: Diese Ängste, Sorgen und Nöte hinsichtlich der Unabhängigkeit von Mitgliedern freier Berufe sind bloss akademischer Natur und im praktischen Alltag nicht zu finden. Soweit ersichtlich, verzichten auch die kantonalen Spitalgesetze darauf, zur Sicherung der Unabhängigkeit der Ärzte bei der Behandlung ihrer Patienten in Spitälern oder in der Spital-AG ähnliche Regeln aufzustellen, wie sie die Aufsichtsbehörden von Obwalden und Zürich für Anwaltsaktiengesellschaften aufgestellt haben.<sup>6</sup> Für den medizinischen Bereich bestimmt das Gesetz zu den Berufspflichten lapidar: «Personen, die einen universitären Medizinalberuf ausüben, halten sich an folgende Berufspflichten: [...] Sie wahren die Rechte der Patientinnen und Patienten. [...] und [...] sie wahren bei der Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Gesundheitsberufe ausschliesslich die Interessen der Patientinnen und Patienten und handeln unabhängig von finanziellen Vorteilen...».<sup>7</sup> Das genügt für die Gewährleistung der Unabhängigkeit der Ärzte. Es ist nicht einzusehen, weshalb es bei den Anwälten ein Mehr an Regelungen brauchen sollte.

## II. Das BGFA und ein Blick zurück

Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000 ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten. Motiviert wurde der Erlass nicht durch das Bedürfnis nach einer bundesrechtlich geregelten Marktaufsicht im Bereich der Vertretung vor Gerichten als Monopoldienstleistung. Vielmehr ging es um die Umsetzung des mit der Europäischen Gemeinschaft am 21. Juni 1999 abgeschlossenen Staatsvertrages über die Freizügigkeit von Dienstleistungserbringern, zu denen auch die Anwälte gehören.<sup>8</sup> Folgerichtig geht es beim Anwaltsgesetz nicht primär um die Beschränkung der Anwaltstätigkeit, sondern vielmehr um die Gewährleistung der Freizügigkeit bei der Ausübung des Anwaltsberufs. Wenn das Anwaltsgesetz bei den persönlichen Voraussetzungen der Berufsausübung festhält, dass die Anwälte in der Lage sein müssen, ihren Beruf unabhängig auszuüben,<sup>9</sup> stellt es kein neues Erfordernis auf. Es wiederholt bloss, was von jeher für den Anwaltsberuf als freier Beruf schon immer gegolten hat.

Es mag sein, dass einzelne kantonale Anwaltsgesetze die Gewährleistung der Unabhängigkeit schon früher vorgeschrieben haben. Interessant ist aber die Rechtslage im Kanton Solothurn vor dem Erlass des eidgenössischen Anwaltsgesetzes, weil der Kanton Solothurn als wahrhaft liberaler Kanton die Parteivertretung vor Gericht nicht über ein kantonales Anwaltsgesetz monopolisiert und reguliert hatte, sondern auch für diesen Bereich sich auf die Marktkräfte verlassen hatte. Und was ist passiert?

Haben Banken und Treuhänder den Anwälten die Vertretung vor Gericht streitig gemacht oder haben dunkle Kräfte die Unabhängigkeit der Anwälte untergraben und ihnen einzuflüstern versucht, wie sie ihre Klienten beraten und vertreten sollten? Nichts von alledem. Der wenig regulierte Anwaltsmarkt im Kanton Solothurn hat sich gleich entwickelt wie die Anwaltsmärkte in den umfassender regulierten Märkten in den umliegenden Kantonen. Dafür muss es eine Erklärung geben. Und die liegt auf der Hand: Die dem Anwaltsberuf immanente Unabhängigkeit bei der Beratung und Vertretung ihrer Klienten liegt fest in der Tradition der Unabhängigkeit der freien Berufe an sich verankert.

## III. Meister und Gesellen

Beim Erlass des Anwaltsgesetzes hat der Status der angestellten Anwälte den Redaktoren des Anwaltsgesetzes Kopfzerbrechen bereitet: Wie soll die Unabhängigkeit gewährleistet werden, wenn der angestellte Anwalt Weisungen<sup>10</sup> seines Arbeitgebers zu befolgen hat? M.E. ist das ein Scheinproblem, bei dem aufgrund eines vermeintlichen Weisungsrechts die Gefahr der Einschränkung der anwaltlichen Unabhängigkeit abstrakt und ohne empirische Entsprechung im Konkreten überbetont wird. Das wird sofort klar, wenn wir den Blick vom anwaltlichen Patron und seinem angestellten Anwalt lösen und uns anderen Verhältnissen von Meister und Gesellen zuwenden. Ob einer Meister oder Geselle ist: Das Handwerk und seine damit verknüpfte Ethik bleiben sich gleich. Wer als Metzgergeselle dem Meister hilft, die Wurst mit Brot und Milchpulver zu strecken, kann sich beim Vorwurf der Warenfälschung nicht vor der strafrechtlichen Verantwortlichkeit mit dem Hinweis drücken, der Meister habe es befohlen.<sup>11</sup> Das ist selbstverständlich, denn schon das Weisungsrecht des Arbeitgebers findet seine Schranke ausdrücklich darin, dass besondere Weisungen nur im Rahmen von Treu und Glauben zu befolgen sind.<sup>12</sup>

Bevor wir das Weisungsrecht des Arbeitgebers gegenüber seinem angestellten Anwalt näher analysieren, öffnen wir die Türe einer Kanzlei und schauen den Anwälten über die Schulter, um zu sehen, wie sie sich bei ihrer Arbeit organisieren und wer die verschiedenen Akteure sind. Nehmen wir eine Kanzlei mit zwei Partnern, die sich in der einfachen Gesellschaft organisiert haben, und die gemeinsam einen angestellten Anwalt beschäftigen. Die Kombinationen der Zusammenarbeit lassen sich wie folgt auflisten: Erstens die Partner sind gemeinsam für einen Fall mandatiert. Zweitens ein Partner und der angestellte Anwalt arbeiten gemeinsam an einem Fall, bei dem der betreffende Partner mandatiert ist. Drittens ein Partner arbeitet alleine an einem Fall. Viertens der angestellte Anwalt arbeitet alleine an einem Fall. Fünftens ein Partner und der angestellte Anwalt arbeiten gemeinsam an einem Fall, bei dem der Partner und der angestellte Anwalt mandatiert sind. Wo lauern die Gefahren für die anwaltliche Unabhängigkeit?

5 § 17 Spitalgesetz-SO.

6 Vgl. z.B. SpG-AG; Spitalgesetz-BS.

7 Art. 40 BG über die universitären Medizinalberufe (SR 811.11).

8 SR 0.142.112.681.

9 Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA.

10 Art. 321 d OR.

11 Vgl. BGE 94 IV 107.

12 Art. 321 d Abs. 2 OR.

Wie gezeigt, unterstehen angestellte Anwälte dem Weisungsrecht des Arbeitgebers, wodurch auf den ersten Blick eine Einschränkung der Unabhängigkeit scheinbar entstehen kann. Aber auch die Partner sind der Gefahr einer solchen Einschränkung u.U. scheinbar ausgesetzt. Für das Verhältnis der Partner unter sich bestimmt nämlich das Gesetz, dass zwar jeder Partner ohne Mitwirkung des anderen handeln kann, der andere Partner aber jederzeit das (Veto-) Recht hat, durch seinen Widerspruch die Handlung zu verhindern, bevor sie vollendet ist.<sup>13</sup> Muss das so verstanden werden, dass der eine Partner, der sein Plädoyer vorbereitet und eine Massnahme anstelle einer Strafe beantragen will, das Veto seines Partners, der für Freispruch eintritt, hinnehmen muss? Unter Umständen ja, wenn beide Partner vom Klienten beauftragt worden sind und sie den Fall gemeinsam betreuen. Hier gilt es zum Nutzen des Klienten ein Patt zu überwinden (erster Fall). Einfacher ist es, wenn ein Partner den Fall übernommen hat und sich vom angestellten Anwalt bei der Vorbereitung des Plädoyer helfen lässt: Der Chef trägt die Verantwortung für die Prozesstaktik und muss entscheiden, wie er vorgehen will und der angestellte Anwalt muss sich kraft Weisungsrecht des Arbeitgebers fügen (zweiter Fall).

Wie ist es aber, wenn nur einer der beiden Partner mandatiert ist und der andere sein Veto erheben will (dritter Fall)? Wie ist es ferner, wenn nur der angestellte Anwalt mandatiert ist, und der Partner sein Veto erheben will (fünfter Fall)? M.E. ist in beiden Fällen die Lösung die gleiche. Sowohl das Vetorecht des Partners als auch das Weisungsrecht des Arbeitgebers finden ihre Schranke im Gebot der Unabhängigkeit des Anwalts bei der Festlegung des Vorgehens zur Wahrung der Interessen des Klienten. Konsequenterweise führt das dazu, dass bei gemeinsamer Mandatierung von Partner und angestelltem Anwalt ebenfalls eine Pattsituation besteht, die es konsensual zu überwinden gilt (vierter Fall). Damit stellt sich die Frage, wie das Gebot der Unabhängigkeit rechtlich einzuordnen ist.

#### IV. Rechtsnatur des Gebots der Unabhängigkeit

Die Frage nach der Rechtsnatur des Gebots der Unabhängigkeit führt uns an den Ausgangspunkt der Betrachtungen zurück, mithin zum deutschen Recht, das den freien Beruf als selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erziehende Tätigkeit umschreibt<sup>14</sup> und damit immanent postuliert, dass die Dienstleistungen freier Berufe aufgrund besonderer beruflicher Qualifikationen und fachlich unabhängig im Rahmen eines besonderen Vertrauensverhältnisses erbracht werden. Dieses Vertrauensverhältnis und diese Unabhängigkeit bei der Verfolgung des Wohls des Klienten, Patienten oder Kunden ist den freien Berufen begriffsimmanent.

Werden Anwälte nach der Handhabung des Vetorechts bei der einfachen Gesellschaft und nach der Handhabung des Weisungsrechts der Arbeitgeber gegenüber angestellten Anwälten gefragt, so fallen die Antworten immer etwa gleich gelagert aus:

Mit allgemeinen Weisungen soll die Positionierung der Kanzlei gewährleistet werden, indem beispielsweise eine wirtschaftsrechtliche Ausrichtung gepflegt wird und deshalb keine Scheidungen oder Strafverfahren übernommen werden. Oder man macht keine Steuern oder nur Immaterialgüterrecht. Das Veto oder die besondere Weisung greift bei der Annahme von Mandaten, in dem gegen die Annahme Widerspruch erhoben wird, weil eine Unvereinbarkeit wegen der Gefahr der Verfolgung widerstreitender Interessen besteht. Ich habe aber noch nie erlebt oder gehört, dass ein Partner gegenüber einem angestellten Anwalt bei einem durch diesen allein betreuten Fall die Weisung erteilt hätte, ein um drei Monate tieferes Strafmass zu beantragen oder CHF 10 000.– mehr einzuklagen. Genau sowenig habe ich je erlebt oder gehört, dass ein Spitaldirektor sich in die Behandlungsmassnahmen eines Patienten eingemischt hätte.

Wer zum Arzt oder Anwalt geht, vertraut sich dem betreffenden Arzt oder Anwalt an. Er baut auf dessen Rat und fragt nicht, in welcher organisatorischen Stellung der betreffende Arzt oder Anwalt steht und ob er Partner oder angestellter Anwalt ist. Es darf wohl davon ausgegangen werden, dass nach allgemeiner Verkehrsauffassung derjenige, der einen Arzt, Anwalt oder anderen Dienstleister eines freien Berufs aufsucht, von diesem unabhängig und ohne Dritteinfluss beraten wird. Patienten und Klienten kümmern sich in der Regel nicht darum, ob der Arzt oder Anwalt, den sie aufsuchen, Partner oder Angestellter ist; darauf kommt es auch nicht an, denn sie erwarten in jedem Fall eine unabhängige Betreuung ihrer Angelegenheit und erachten den betreffenden Arzt oder Anwalt als ihre Vertrauensperson und nicht den dahinter stehenden allfälligen Patron. Diese allgemeine Erwartung des Klienten, Patienten und Kunden findet ihre Entsprechung im allgemeinen Berufsverständnis der Ärzte, Anwälte und übrigen Dienstleistern freier Berufe. Es ist allgemeiner Brauch, dass in diesen Dienstleistungsbereichen die Kunden, ihren Erwartungen entsprechend, allein auf ihr Wohl und ohne Drittbeeinflussung, mithin unabhängig, beraten werden. Das ist bewährte Überlieferung.<sup>15</sup> Weil dieser seit langem überlieferte Brauch unabhängiger Beratung vom Umstand begleitet wird, dass die beteiligten Verkehrskreise, nämlich Ärzte, Anwälte und andere Dienstleister freier Berufe einerseits und ihre Patienten, Klienten und Kunden andererseits, davon ausgehen, dass dieser gelebten Unabhängigkeit, dieser Beratung ohne Dritteinflüsse, etwas rechtlich Verbindliches und Zwingendes anhaftet, liegt auch die erforderliche Überzeugung der beteiligten Verkehrskreise vor. Wo aber sich Gewohnheit mit der einschlägigen Überzeugung paart, liegt Gewohnheitsrecht vor.<sup>16</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung stellt das Gebot der Unabhängigkeit anwaltlicher Tätigkeit ein Satz des schweizerischen Gewohnheitsrechts dar, an dem auch die angestellten Anwälte teilhaftig werden. Folgedessen handelt es sich beim Gebot der anwaltlichen Unabhängigkeit um einen Rechtssatz, der sowohl für das Wei-

13 Art. 535 Abs. 2 OR.

14 Vgl. § 18 EstG-D; § 1 PartGG-D.

15 Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ, Einleitung, Berner Kommentar, Bern 1966, Art. 1 N 468 und 472.

16 Art. 1 Abs. 2 ZGB; BGE 56 I 42; BGE 81 I 34.

sungsrecht des Arbeitgebers als auch für innergesellschaftliche Interventionsrechte eine verbindliche Schranke bildet.

Dieses Ergebnis führt zum Schluss, dass die anwaltliche Unabhängigkeit aufgrund ihrer gewohnheitsrechtlichen Natur hinreichend gewährleistet ist und bei Anwaltskörperschaften nicht durch besondere Massnahmen gesellschaftsrechtlicher Natur besichert werden muss.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt die Aufsichtsbehörde des Kantons Zürich, wenn sie ausführt, die Anwälte seien schon von Gesetzes wegen an das Berufsrecht gebunden, weshalb widersprechende Weisungen unbeachtlich seien.<sup>17</sup>

## V. Deutsche Lösung

Die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) gestattet Rechtsanwaltsgesellschaften. Sie lässt den Zusammenschluss von Anwälten mit Patentanwälten, Steuerberatern und Buchprüfern zu.<sup>18</sup> Sie beschränkt aber die Gesellschafter auf Angehörige dieser Berufsgruppen und verlangt, dass die Mehrheit der Geschäftsanteile und Stimmrechte den Anwälten zukommen muss.<sup>19</sup> Die Geschäftsführung muss Anwälten obliegen.<sup>20</sup> Die Rechtsanwalts-gesellschaft kann als Prozess- oder Verfahrensbevollmächtigte beauftragt werden; dabei handelt sie durch ihre Organe.<sup>21</sup>

Werden die beiden Entscheide der Aufsichtsbehörden von Obwalden und Zürich mit der deutschen Verordnung verglichen, sind parallele Lösungsansätze in einem Ausmass sichtbar, als ob die deutsche Lösung zum Massstab genommen worden wäre. Allerdings ist die deutsche Lösung im ordentlichen Rechtsetzungsverfahren ergangen und braucht deshalb hinsichtlich der Rechtsgrundlage, der Verhältnismässigkeit und Sachgerechtigkeit nicht hinterfragt zu werden. Die beiden Entscheide der genannten Aufsichtsbehörden müssen sich allerdings an diesen Kriterien messen lassen.

## VI. Zweck und Monokultur

Die Aufsichtsbehörde Obwalden verlangt, in der statutarischen Zweckumschreibung die Tätigkeit auf die Erbringung von Rechtsdienstleistungen unter Beachtung des BGFA zu beschränken.<sup>22</sup> Ein derart rigides Erfordernis stellt die Aufsichtsbehörde Zürich nicht auf, und sie lässt insbesondere multidisziplinäre Partnerschaften zu.<sup>23</sup>

Übertragen auf den Medizinalbereich heisst das, in Obwalden wären nur Arztpraxen, nicht aber Spitäler zugelassen. Das ist in der Tat zu rigide und wohl mit der Wirtschaftsfreiheit nicht zu vereinbaren. Es macht nämlich durchaus Sinn, die Dienstleistungen von Anwälten mit jenen von Patentanwälten, Steuerbera-

tern und Wirtschaftsprüfern zum Wohle der Klienten zu verbinden. Die Entwicklung im Wirtschaftsrecht geht auch in diese Richtung. Mit ihrer Einschränkung verhindert die Aufsichtsbehörde von Obwalden, dass sich Anwälte in Obwalden rechtzeitig in einem Bereich mit hohem Ertragspotential nach den Bedürfnissen der Wirtschaft ausrichten können.

Der mit der Europäischen Gemeinschaft am 21. Juni 1999 abgeschlossene Staatsvertrag über die Freizügigkeit von Dienstleistungserbringern bringt nicht jenen Anwälten Konkurrenz oder Chancen, die sich um amtliche Mandate in Scheidungsverfahren in Sarnen bemühen. Sie bringt jenen Anwälten Chancen und Konkurrenz, die sich um ertragsintensive Belange bemühen, wie sie üblicherweise mit internationalen, immaterialgüterrechtlichen oder steuerrechtlichen Fragestellungen verknüpft sind. Das sind genau jene Bereiche, die zunehmend den Verbund von Spezialwissen verlangen. In bestimmten Sachbereichen wie M&A-Transaktionen, Umstrukturierungen oder Sanierungen können Anwälte gar nicht mehr alleine tätig sein, weil das Know-how von Wirtschaftsprüfern gefragt ist. Marktbeschränkungen auf Monokulturen bergen die Gefahr, dass interessante, künftige Entwicklungen und mit ihnen Arbeitsstellenpotentiale und Steuersubstrat aus dem Kanton getrieben werden. Das ist von jenen Aufsichtsbehörden zu beachten, bei denen ähnliche Entscheide anstehen.

Die deutsche Lösung und die Zürcher Lösung gestatten multidisziplinäre Partnerschaften, mithin den Zusammenschluss von Anwälten mit Patentanwälten, Steuerberatern und Bücherexperten, nur wird verlangt, dass die Anwälte die Kontrolle über die Partnerschaft behalten. Welcher Patentanwalt, Steuerberater oder Bücherexperte von Format ist bereit, eine solche Diskriminierung hinzunehmen und wirft nicht sofort die Frage auf, ob man für die Tätigkeit in diesen wirtschaftlich interessanten Geschäftsfeldern überhaupt auf die Tätigkeit im Monopolbereich angewiesen ist? Das Hauptvolumen anwaltlicher Tätigkeit in wirtschaftlich interessanten Geschäftsfeldern besteht in Vertragsgestaltung und in der Planung körperschaftsrechtlicher Strukturen und Transaktionen, kaum oder selten dehnen sich solche Geschäfte in den eigentlichen Monopolbereich der Prozessführung vor Gericht in Zivil- oder Strafsachen aus. Wird dieser schmale und wirtschaftlich nicht entscheidende Bereich als Anlass genommen, den Patentanwalt, Steuerberater oder Bücherexperten in einer multidisziplinären Partnerschaft als zweitrangigen Partner zu diskriminieren, werden sich diese Spezialisten versucht sehen, sich ohne im Monopolbereich tätigen Anwalt zusammenzuschliessen. Das Monopol wird damit zum Hemmnis für wirtschaftlich interessante Entwicklungen. Verlierer werden dabei nicht nur die im Monopolbereich tätigen Anwälte, sondern vor allem die Randregionen sein. Grosse Transaktionen werden von den grossen Beratungsfirmen zwischen New York, London und Zürich abgewickelt. Die Frage ist aber, ob kleine und mittlere Transaktionen zwischen München, Salzburg und St. Gallen abgewickelt werden können, oder ob auch diese Transaktionen in der Schweiz über Zürich abgewickelt werden müssen. Zürich weist als Standort eine hinreichend grosse Dichte an Dienstleistern auf, die als Ansprechpartner auf internationalem

17 Beschluss Kt. ZH (Fn. 2), Ziff. IV.4; FELLMANN, Zulässigkeit (Fn. 2), S. 234 vor Ziff. III.

18 § 59 a BRAO-D.

19 § 59 e BRAO-D.

20 § 59 f BRAO-D.

21 § 59 I BRAO-D.

22 Verfügung Kt. OW (Fn. 2), Ziff. 3.6.3.

23 Beschluss Kt. ZH (Fn. 2), Ziff. 2.2 bis 2.4.

Parkett bestehen mögen. Der Standort Zürich hat in den vergangenen Jahrzehnten auch immer wieder davon profitiert, dass andere Kantone auf ihre Kosten herausragende Talente ausgebildet und dann an mittlere und grosse Kanzleien in Zürich verloren haben. Für die Standorte ausserhalb stellt sich die Frage, ob die Auflagen der Aufsichtsbehörden hinreichend Raum lassen, um an einer wirtschaftlich interessanten Entwicklung, die sich vor einigen Jahren angebahnt hat und die sich verstärken wird, partizipieren zu können, insbesondere wenn sich eine Abkopplung vom Monopolbereich noch nicht rechnet, weil die Schwellenerträge ausserhalb des Monopolbereichs noch zu gering sind. Standortförderung geschieht auch in diesem Bereich zu Hause und wer etwas in dieser Hinsicht bewirken will, kann sich nicht damit begnügen, mit Zürich regulatorisch bloss gleich zu ziehen.

Multidisziplinäre Partnerschaften zwischen Anwälten, Patentanwälten, Steuerberatern und Bücherexperten sind zuzulassen, aber ohne Privilegierung der Anwälte im innergesellschaftlichen Bereich.

## VII. Gesellschafterqualifikation insbesondere

Während Obwalden verlangt, die Statuten einer Anwalts-AG müssten so vinkuliert sein, dass nur registrierte Anwälte Aktionäre sein können, verlangt Zürich die Beherrschung der Entscheidung in der Generalversammlung durch registrierte Anwälte über Quorumsregelungen. Diese Auflage macht keinen Sinn, wenn die gesetzliche Stellung des Aktionärs analysiert wird. Was kann der Aktionär schon, ausser sein Geld abliefern? Er kann es nicht zurückverlangen<sup>24</sup> und was damit angestellt wird, geht ihn nur beschränkt etwas an, insbesondere wenn Geschäftsgeheimnisse einer Auskunftserteilung entgegenstehen.<sup>25</sup> Ferner kann er auf die Führung der Geschäfte der Gesellschaft nicht einwirken, weil das zu den unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates gehört.<sup>26</sup>

Auflagen zur Zusammensetzung des Aktionariats oder zur Beschlussfassung in der Generalversammlung haben keine Rechtsgrundlage. Sie sind aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen zu den Aktionärsrechten in sachlicher Hinsicht nicht zu rechtfertigen, mithin willkürlich und unverhältnismässig.

## VIII. Persönliche Voraussetzungen der Mitglieder des Verwaltungsrates insbesondere

Während Obwalden verlangt, die Statuten einer Anwalts-AG müssten so abgefasst sein, dass nur registrierte Anwälte Mitglieder des Verwaltungsrates sein können, verlangt Zürich, die Beherrschung der Entscheidung im Verwaltungsrat müsse durch registrierte Anwälte über eine entsprechende Mehrheit gewährleistet sein. Zusätzlich dürfe die mandatsbezogene Ge-

schäftsführung nur registrierten Anwälten überlassen werden.<sup>27</sup> Auch bei dieser Auflage ist zu differenzieren.

Als Anwalt habe ich vor allem Freude daran, rechtliche Nüsse knacken zu können; hätte ich primär Führungsverantwortung anstreben wollen, hätte ich stattdessen Präsident einer Grossbank werden können. Genau in diese nicht gewollte Führungsrolle werden nun meine Kollegen und ich von den Aufsichtsbehörden gedrängt, nur weil das Marktumfeld Organisationen statt Einzelkämpfer nachfragt und die Aufsichtsbehörden die Geschäftsführung der Organisation den Anwälten aufnötigen wollen. Es ist nicht einzusehen, weshalb Anwaltskörperschaften – anders als der Verbund von Ärzten – diese Führungs- und Verwaltungsaufgaben nicht einem «Spitaldirektor» übertragen dürfen, der als Präsident, Direktor oder Delegierter oder unter einem beliebigen anderen Titel dafür sorgt, das Kaffee und WC-Papier ausreichend vorhanden ist, die Fenster geputzt und die AHV-Beiträge bezahlt werden und die Bürositzungen einigermaßen geordnet ablaufen, mithin als Präsident der Verwaltungsrates all das macht, was bei der Ein-Personen-Kanzlei die Sekretärin besorgt. Das sind doch keine sachgerechten Einschränkungen der aus der Wirtschaftsfreiheit fliessenden innerbetrieblichen Organisationsfreiheit.

Bei multidisziplinären Partnerschaften zwischen Anwälten, Patentanwälten, Steuerberatern und Bücherexperten soll nach der genannten Auflage beispielsweise bei der Ausgestaltung der Patentschrift nicht der Patentanwalt die mandatsbezogene Führungsaufgabe übernehmen oder bei der Bewertung einer Sache soll nicht der Wirtschaftsprüfer für die Festlegung der quantitativen Parameter die Verantwortung in der Entscheidung übernehmen, sondern immer und in jedem Fall soll die mandatsbezogene Geschäftsführung dem Anwalt überlassen werden. Das ist in sachlicher Hinsicht nicht zu rechtfertigen. Wer als Erfinder zum Patentanwalt geht und wer als Unternehmer seine Sache vom Wirtschaftsprüfer bewertet haben will, hat diese Freiberufler ausgesucht, weil sie ohne fremd bestimmten Einfluss von diesen Fachleuten Rat holen und es wird kaum interessieren, was ein im gleichen Büro tätiger Scheidungsanwalt als behördlich aufgenötigter Geschäftsführer zur Patentschrift oder zur Bewertung auch noch meinen könnte. Das Aktienrecht hat schon anlässlich der Revision von 1992 das auf hierarchisches Denken fussende Omnipotenzprinzip aufgegeben, das alle Organe dem Willen der Generalversammlung als oberstem Organ unterworfen hat und es durch das Paritätsprinzip ersetzt, das jedem Organ einen eigenständigen und autonomen Funktionsbereich zuerkennt. Dieses allgemeine organisationsrechtliche Prinzip für die Aufgabenteilung zwischen den Organen der Aktiengesellschaft hat seine natürliche Fortsetzung bei der funktionalen Aufgabenzuteilung im Teamwork bzw. bei der Zusammenarbeit von Spezialisten. Das ist auch nichts Neues oder Besonderes, sondern allgemeiner Lauf und Brauch, wird doch in der modernen Organisationslehre funktionalen Zuständigkeiten über Matrixorganisationen ein gewisser Stellenwert eingeräumt. Dieses Orga-

24 Art. 680 Abs. 2 OR.

25 Art. 697 Abs. 2 und 3 OR.

26 Art. 716 a OR.

27 Beschluss Kt. ZH (Fn. 2), Ziff. IV.3.5.

nisationsverständnis muss nun auch Eingang in die Organisation multidisziplinärer Partnerschaften zwischen Anwälten, Patentanwälten, Steuerberatern und Bücherexperten finden. Dieses Organisationsverständnis fusst auf dem Prinzip der Wirtschaftsfreiheit und auf der mit ihr verknüpften Privatautonomie als oberstem Prinzip liberaler Wirtschaftsordnung. Die freie Ausübung eines freien Berufs<sup>28</sup> und wohl auch die Vereinsfreiheit<sup>29</sup> sind nicht mehr gewährleistet, wenn die Aufsichtsbehörden über die Rechtsanwältinnen ein Primat der Juristen bei multidisziplinären Partnerschaften festschreiben wollen.

Für eine solche Einschränkung besteht keine hinreichende Rechtsgrundlage. Sie ist auch nicht sachlich gerechtfertigt. Sachlich gerechtfertigt ist einzig die Einschränkung, dass bei der mandatsbezogenen Geschäftsführung im Monopolbereich der Anwälte, nämlich bei der Prozessführung vor Straf- und Zivilgerichten die Fremdbeeinflussung ausgeschlossen bleiben muss und in diesem Bereich die Anwälte autonom die Interessen der Auftraggeber zu besorgen haben. Um das erreichen zu können, braucht es keine Auflagen mit Organisationswirkung, wie jene über die Zusammensetzung des Verwaltungsrates oder Vorschriften über die Besetzung des Präsidiums. Vielmehr genügt die Beachtung des geltenden Berufsrechts, von dem auch die Aufsichtsbehörde des Kantons Zürich sagt, dass die Anwälte von Gesetzes wegen an das Berufsrecht, mithin die Wahrung der Unabhängigkeit bei der Berufsausübung, gebunden sind.<sup>30</sup>

Bei ganzheitlicher Betrachtungsweise gehen nämlich auch die Gerichte davon aus, dass die Unabhängigkeit des Anwalts funktional gegeben sein muss, was sich am Beispiel der Fälle bei Bestellung eines amtlichen Verteidigers oder bei der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes belegen lässt. Die rechtliche Beziehung zwischen Anwalt und dem ihn in die Funktion des amtlichen Verteidigers oder des unentgeltlichen Rechtsbeistandes berufenden Gemeinwesen wird bald als besonderer Auftrag, bald als Rechtsverhältnis sui generis bezeichnet, aber immer unter dem selbstverständlichen, aus der Funktion der Vertrauensstellung fliessenden Gebot der Unabhängigkeit vom Einfluss des Gemeinwesens. Niemand wäre aber je auf die Idee gekommen, dazu nähere Auflagen oder Einschränkungen zu erlassen, weil auch die Gerichte das Gebot der anwaltlichen Unabhängigkeit per se anerkennen.

Auflagen zur Zusammensetzung des Verwaltungsrates oder zur Beschlussfassung in diesem Gremium haben keine Rechtsgrundlage. Sie sind aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen, namentlich vor dem Hintergrund des Berufsrechts der Anwälte, in sachlicher Hinsicht nicht zu rechtfertigen,<sup>31</sup> mithin willkürlich und unverhältnismässig.

## IX. Zur Prozessvollmacht insbesondere

Es scheint unbestritten zu sein, dass im Falle der Zulässigkeit der Anwaltskörperschaft das Mandatsverhältnis zwischen Klient und Gesellschaft entsteht.<sup>32</sup> Und es scheint ferner unbestritten zu sein, dass in diesem Falle kein Mandatsverhältnis zwischen Klient und dem für die Gesellschaft handelnden Anwalt entsteht. Probleme scheint einzig die Prozessvollmacht zu bereiten, wenn sie auf die Gesellschaft ausgestellt werden soll. Hier wird argumentiert, dass solches nicht zulässig sein soll, weil die Gesellschaft nicht selber vor Gericht auftreten könne, was den registrierten Anwälten vorbehalten sei, und deshalb die Vollmacht als vom Grundverhältnis der Parteien losgelöste, einseitige Ermächtigung des Vollmachtgebers auf den registrierten Anwalt persönlich zu lauten habe.<sup>33</sup> Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.

In der Praxis scheinen sich Anwaltskörperschaften damit zu behelfen, dass sie den Mandatsvertrag mit dem Auftraggeber abschliessen und die Prozessvollmacht auf einen oder mehrere der dort tätigen Anwälte ausstellen, diesen bzw. diese dafür mit irgendwelchen Freistellungsklauseln von direkter Verantwortlichkeit gegenüber dem Auftraggeber frei halten wollen. Das sind Schlaumeierlösungen, die dogmatisch nicht sauber durchdacht sind.

Zwei Fragen stehen zur Klärung an: Es mag zwar erstens sein, dass die Vollmacht ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt; ist es aber richtig, dass im Grundverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem keine Rechtsbeziehung besteht? Es mag zwar zweitens sein, dass eine Gesellschaft nicht selber vor Gericht auftreten kann; ist es aber richtig, daraus zu schliessen, die Prozessvollmacht könne nicht auf die Gesellschaft ausgestellt werden?

Es ist zwar richtig, dass die Erteilung einer Vollmacht dogmatisch als einseitiges Rechtsgeschäft einzuordnen ist, das losgelöst vom Grundverhältnis rechtliche Wirkung entfaltet, weshalb vom Grundsatz der Abstraktheit der Vollmacht gesprochen wird. Dieser Grundsatz habe zur Folge, dass es Aufträge ohne Vollmacht und Vollmachten ohne Auftrag gebe.<sup>34</sup> Die der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsbeziehung zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem wird üblicherweise als Grundverhältnis oder als begleitendes Vertragsverhältnis bezeichnet, das in der Regel aus Gesetz, aus Vertrag oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag charakterisiert wird. Bei der Beauftragung der Anwaltskörperschaft entsteht das Mandatsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und der Gesellschaft als einer Beauftragten. Der Auftraggeber will eigentlich gar keinen Vertrag mit einem für die Gesellschaft tätigen Mitarbeiter eingehen; es fehlt ihm am entsprechenden Bindungswillen. Besteht nun in diesem besonderen Fall der Vollmachterteilung tatsächlich kein Grundverhältnis zwi-

28 Art. 27 Abs. 2 BV.

29 Art. 19 Abs. 1 BV.

30 Beschluss Kt. ZH (Fn. 2), Ziff. IV.3.5.

31 Im Ergebnis ähnlich FELLMANN, Zulässigkeit (Fn. 2), S. 335 Ziff. 2.

32 FELLMANN, Rechtsformen (Fn. 1), S. 351 lit. c m.w.H.

33 FELLMANN, Rechtsformen (Fn. 1), S. 352.

34 ROGER ZÄCH, Stellvertretung, Berner Kommentar, Bern 1990, Art. 32 N 160.

schen Anwalt und Vollmachtgeber? Besteht hier tatsächlich ein rechtliches Vakuum? Wohl kaum. Selbst wenn zwischen Vollmachtgeber und bevollmächtigtem Anwalt mangels Vertragsschlusses kein Auftrag vorliegen sollte, schickt sich der Anwalt an, ein Geschäft des Vollmachtgebers zu besorgen. Wer aber das Geschäft eines anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt zu sein, ist Geschäftsführer ohne Auftrag.<sup>35</sup> Auch wenn bei der Vollmacht der Grundsatz der Abstraktheit gilt, heisst das noch nicht, dass kein Grundverhältnis rechtlicher Natur besteht. Der die Stellvertretung besorgende Anwalt will wahrscheinlich nicht als Geschäftsführer ohne Auftrag gelten. Eigentlich will er in Wirklichkeit das, was auch Anwaltskörperschaft und Auftraggeber wollen: Im Mandatsverhältnis zwischen Auftraggeber und Gesellschaft als für die Gesellschaft handelndes Organ im Interesse des Auftraggebers vor Gericht tätig werden. Folglich wollen die Schweizer Auftraggeber zusammen mit der Schweizer Anwaltskörperschaft und dem Schweizer Anwalt in der Schweiz das Gleiche erreichen, was in Deutschland für die Deutschen selbstverständlich ist: Die Rechtsanwaltsgesellschaft kann als Prozess- oder Verfahrensbevollmächtigte beauftragt werden; dabei handelt sie durch ihre Organe.<sup>36</sup>

Das steht zwar in Deutschland so im Gesetz, würde aber auch gelten, wenn es so nicht geschrieben worden wäre. Warum? Der Schlüssel zur Antwort liegt in der Beantwortung der zweiten Frage.

Unter dem Titel Prozessfähigkeit und Vertretung bestimmt die Zürcher Zivilprozessordnung (ZPO), dass eine Partei selbständig Prozesse führen kann, soweit sie handlungsfähig ist.<sup>37</sup> Das gilt auch für eine juristische Person.<sup>38</sup> Ferner gilt, dass mangels personeller Materialisierung eine juristische Person als solche nicht selber vor Gericht erscheinen kann. Deshalb bestimmt die Zivilprozessordnung unter dem Aspekt der Pflicht des persönlichen Erscheinens von Parteien vor Gericht, dass für die juristische Person deren zuständige Organe erscheinen müssen.<sup>39</sup> Diese verfahrensrechtlichen Vorschriften spiegeln das Wesen der notwendigen Organschaft bei juristischen Personen wieder: Sie handeln primär nicht durch gewillkürte Vertreter nach dem Recht der bürgerlichen Stellvertretung, sondern durch jene natürlichen Personen, denen bei der juristischen Person Organstellung zukommt. Will eine juristische Person ohne Anwalt vor Gericht als Klägerin oder Beklagte auftreten, kann sie das tun, denn sie ist parteifähig. Sie ist postulationsfähig und nimmt Prozesshandlungen dabei durch ihre Organe vor.<sup>40</sup> Ist die Möglichkeit, Prozesshandlungen durch Organe vornehmen zu lassen, bloss der Partei selber, nicht aber dem Parteivertreter vorbehalten? In Mietsachen kann der Vermieter den Verwalter der Liegenschaft als Vertreter abordnen.<sup>41</sup> Handelt es sich beim Liegenschaftsverwalter um eine ju-

ristische Person nehmen folglich deren Organe die Handlungen des Prozessvertreters vor.

Die Lage ist bei der Anwaltskörperschaft nicht anders. Sie ist mangels personeller Materialisierung nicht in der Lage, persönlich vor Gericht als Prozessvertreter zu erscheinen. Sie muss folglich durch ihre Organe die Handlungen als Prozessvertreter vornehmen. Weil die Anwalts-AG als juristische Person über ihre Organe handlungsfähig und mithin prozessfähig ist, ist sie auch postulationsfähig. Im Prozess zugelassen sind ihre angestellten, nach Anwaltsgesetz im Register eingetragenen Anwälte. Sie ist deshalb zur Vertretung befugt und zur Vertretung befähigt.<sup>42</sup> Die Prozessvollmacht ist deshalb dem Grundverhältnis folgend direkt auf die Anwalts-AG und nicht auf ihre Organe auszustellen. Die Vollmacht kann dabei beispielsweise lauten: «... wird Vollmacht erteilt an XY Rechtsanwältin AG, handelnd durch Rechtsanwältin Z».

## X. Tant de bruit pour une omelette

Die Sorge um die Unabhängigkeit der in Gesellschaften angestellten Anwälte hat über Gebühr viel Aufmerksamkeit aggregiert. Während die Aufsichtsbehörden ihr Augenmerk auf die angestellten Anwälte von Gesellschaften fokussieren, bleibt die Sorge um die Unabhängigkeit der übrigen angestellten Anwälte gänzlich ausgeblendet. Doch was passiert mit den angestellten Anwälten eines Anwalts, der in der Rechtsform der Einzelunternehmung organisiert ist und das Zeitliche segnet? Das Arbeitsverhältnis geht mit dem Tod des Arbeitgebers nämlich auf die Erben über.<sup>43</sup> Es mag jedem Planwirtschaftler kalt den Rücken runter laufen, wenn er sich das Ausmass der Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit an einem Beispiel vorstellt, bei dem die drei Erben des anwaltlichen Erblassers sich aus einem Bankdirektor,<sup>44</sup> dem Direktor einer Rechtsschutzversicherung<sup>45</sup> und dem Direktor einer Treuhandgesellschaft<sup>46</sup> zusammensetzen und dieses teuflische Dreigestirn von «Unabhängigkeitsgefährdern» sich anschickt, auf ein kleines Häuflein verwaister angestellter Anwälte loszuziehen. Bevor allerdings zu diesem grossen theoretischen Problem irgendwelche abstrakten Regeln und Weisungen entworfen werden, ist die Frage zu stellen, ob in der Vergangenheit irgendwo in Europa solches je konkret zum Problem geworden wäre.

Berechtigt ist auch die Frage, ob irgendwo in Europa ein konkreter Fall von ungebührlicher Einflussnahme auf einen angestellten Anwalt belegt ist. Wenn das Potential der Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit abgeschätzt und beurteilt werden soll, wäre als nächstes zu fragen, wer sich über eine angeblich fehlende Unabhängigkeit beklagt hat. Die Unabhängigkeit der Anwälte soll primär die Interessen der Klienten der Anwälte schüt-

35 Art. 419 OR.

36 § 59 I BRAO-D.

37 § 27 ZPO-ZH.

38 Art. 55 Abs. 1 ZGB.

39 § 33 ZPO-ZH.

40 FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, §§ 27/28 N 21.

41 § 33 ZPO.

42 SORIKA PLUSKAT, Die Ausgestaltung der Rechtsanwaltsaktiengesellschaft, AnwBl 2003, S. 139 m.w.H.; FRANK GIROTTI, Die Rechtsanwaltsgesellschaft mit beschränkter Haftung, Bonn 2002, S. 229 ff. m.w.H.

43 Art. 338a Abs. 1 OR; Art. 560 ZGB.

44 BGE 130 II 87.

45 BGE 123 I 193.

46 Pra 90/2001 Nr. 141.

zen. Interessant wäre in diesem Zusammenhang von den Aufsichtsbehörden die Information zu erhalten, in wie vielen Fällen ausgelöster Disziplinarverfahren und entsprechender Vorabklärungen die Klienten von Anwälten solche Verfahren ausgelöst haben. Und viel interessanter ist die Frage, in wie vielen Fällen Konkurrenten von Anwälten solche Verfahren ausgelöst haben, was ein Indiz dafür wäre, dass die angebliche Sorge um die Unabhängigkeit tatsächlich durch Marktorganisationsfragen motiviert sein könnte. Und schliesslich sehr interessant dürfte die Frage sein, wie viele solche Verfahren durch Staatsanwälte und andere Behördenmitglieder ausgelöst werden, wodurch das Mittel der Aufsicht zur Gewährleistung der Unabhängigkeit zum Mittel der Einschränkung anwaltlicher Unabhängigkeit mutieren könnte.

Die Unabhängigkeit der angestellten Anwälte ist ein theoretisches Thema und kein Problem im praktischen Alltag. Die dazu geführte Diskussion ist folglich viel Lärm um Nichts.

### **XI. Den Bock zum Gärtner gemacht**

Das heisst nicht, dass die Unabhängigkeit der Anwälte an sich von Einschränkungen bedroht ist. Im Laufe der Jahre sind mir immer wieder Kollegen begegnet, die sich darüber beklagt haben, bei der Zuteilung amtlicher Mandate im Bereich der notwendigen Verteidigung oder im Bereich der unentgeltlichen Prozessführung nicht mehr berücksichtigt worden zu sein, nachdem sie sich über Honorarkürzungen beklagt hätten. Während Banken und Versicherungen ihre finanzielle Unabhängigkeit durch Minimalkapitalien belegen müssen, kann jeder Habenichts Anwalt werden, mithin auch jene, die für ihr Überleben auf amtliche Mandate angewiesen sind. Man stelle sich nur den Advokaten

Titus Résidus<sup>47</sup> in einem Verfahren unentgeltlicher Rechtspflege vor dem Dorfrichter Adam<sup>48</sup> vor, dessen Verfahrensführung er kritisch hinterfragen sollte. In jedem Bauernschwank ist dem Publikum sofort klar, dass in doppelter Hinsicht der Bock zum Gärtner gemacht wird, wenn der Richter, der sich kritische Fragen des Anwalts gefallen lassen müsste, hinterher das Honorar des wenig begüterten Anwalts festsetzt. Hier existiert tatsächlich ein systemisches Gefährdungspotential für die anwaltliche Unabhängigkeit. Wenn die Festsetzung des Honorars in solchen Verfahren nicht einer neutralen Stelle überbunden werden soll, sollte de lege ferenda wenigstens geprüft werden, ob in solchen Verfahren die anwaltliche Unabhängigkeit nicht dadurch gewährleistet werden müsste, dass nur noch Anwälte mit einem bestimmten Mindesteinkommen oder einem bestimmten Mindestvermögen zu solchen Verfahren zuzulassen sind. Oder nur noch im Festlohn angestellte Anwälte solche Verfahren führen dürfen, weil sie bei unzureichender Honorierung in solchen Mandaten keinen finanziellen Nachteil erleiden, mithin ihre Unabhängigkeit am ehesten gewahrt ist.

Im Ergebnis ist die Unabhängigkeit angestellter Anwälte hinreichend gewährleistet. Die Gerichte sollten sich darauf konzentrieren, wohl begründete Entscheide innert nützlicher Frist zu fällen. Sie sind nicht berufen, als Freiheitskontrolleure freier Berufe zu agieren. Das Beispiel des Kantons Solothurn, der vor dem Erlass des BGFA ohne Anwaltsgesetz ausgekommen ist, belegt, dass freie Berufe auch ohne staatliche Kontrolle sachgerechte Dienstleistungen unter Gewährleistung der Unabhängigkeit erbringen.

47 UDERZO & GOSCINNY, Les lauriers de César.

48 HEINRICH VON KLEIST, Der zerbrochene Krug.