

Walter Fellmann\*

## Rechtsformen der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten

### Inhaltsverzeichnis

#### I. Einleitung

1. Die Anwaltstätigkeit als freier Beruf
2. Die anwaltliche Tätigkeit als kaufmännisches Gewerbe
3. Konsequenzen

#### II. Die üblichen Formen der Zusammenarbeit

##### III. Organisation in der Form einer Personengesellschaft

1. Einleitung
2. Einfache Gesellschaft
  - a) Das gesetzliche Modell der einfachen Gesellschaft
  - b) Zusammenarbeit von Rechtsanwälten in der Form der einfachen Gesellschaft
3. Kollektivgesellschaft
  - a) Das gesetzliche Modell der Kollektivgesellschaft
  - b) Zusammenarbeit von Rechtsanwälten in der Form der Kollektivgesellschaft
4. Vor- und Nachteile der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft
  - a) Allgemeines
  - b) Haftungsrechtliche Konsequenzen
    - aa) Ausgangslage
    - bb) Unterschiede beim Abschluss des Anwaltsvertrages
    - cc) Unterschiede bei der Zurechnung der Vertragsverletzung
    - dd) Unterschiede bei der Haftung für unerlaubte Handlungen
    - ee) Möglichkeiten der Haftungsprävention in der Kollektivgesellschaft

##### IV. Organisation in der Form einer Kapitalgesellschaft

1. Einleitung
2. Kein Verbot der Organisationsform der Kapitalgesellschaft
3. Rechtsgeschäftliche Ausgestaltung einer Anwaltskapitalgesellschaft
  - a) Die Beherrschung der Anwalts-Kapitalgesellschaft durch im Anwaltsregister eingetragene Anwältinnen und Anwälte
    - aa) Sicherstellung der Unabhängigkeit vor dem Einfluss Dritter
    - bb) Sicherstellung der Weisungsunabhängigkeit
  - b) Wahrung des Berufsgeheimnisses
  - c) Das Vertragsverhältnis zum Klienten und die Vollmacht zur Parteivertretung

#### V. Rechtsformen de lege ferenda

### I. Einleitung

#### 1. Die Anwaltstätigkeit als freier Beruf

Nach traditioneller Lehre gehört der Anwaltsberuf zu den wissenschaftlichen Berufsarten.<sup>1</sup> Das Bundesgericht qualifizierte die Tätigkeit der Angehörigen dieser Berufsarten, auch wenn sie an

sich wirtschaftlicher Natur war und einen Jahresumsatz von mehr als CHF 100 000.– erreichte, bis anhin grundsätzlich nicht als kaufmännisches Unternehmen. Diese Spezialbehandlung der wissenschaftlichen Berufe wurde mit der Begründung gerechtfertigt, anders als bei den kaufmännischen Unternehmen würden bei den freien Berufen nicht die Produktionsmittel, das Kapital und fremde Arbeitskräfte, sondern die persönliche Leistung der Berufsangehörigen im Vordergrund stehen. Das Publikum vertraue diesen Berufsleuten weniger wegen ihrer Kreditwürdigkeit als vielmehr aufgrund ihrer intellektuellen Fähigkeiten und persönlichen Kenntnisse. Ein Eintrag der Betriebe der Angehörigen der wissenschaftlichen Berufe im Handelsregister sei daher zum Schutz des Publikums weder erforderlich noch nützlich.<sup>2</sup> Die Angehörigen dieser freien Berufe würden denn auch weniger als Industrielle oder Kaufleute der Gewinnsucht erliegen.<sup>3</sup> Überdies werde das Publikum schon dadurch ausreichend geschützt, dass die Ausübung wissenschaftlicher Berufsarten regelmässig von einem Ausweis über die Befähigung abhängig gemacht werde.<sup>4</sup>

Folgerichtig qualifizierten noch bis vor kurzem zahlreiche Autoren sogar den Zusammenschluss mehrerer Anwälte zu einer Anwaltsgemeinschaft nicht als kaufmännische Kollektivgesellschaft, sondern bloss als einfache Gesellschaft.<sup>5</sup> Noch im Jahre 1993 vertrat beispielsweise SIMONIUS die Auffassung, Anwälte, die sich zu einer Bürogemeinschaft üblichen Stils zusammenfinden würden, wollten nicht in dem Sinne eine einfache Gesellschaft vereinbaren, dass sie künftig ihre Mandate gemeinsam, in voller Verantwortung aller Partner bearbeiten würden. Der animus societatis sei im Gegenteil der, dass zwar die Infrastruktur ganz oder teilweise gemeinsam organisiert werde und jeder Partner aus dieser Infrastruktur, als Gesellschaftsnutzen, Realleistungen in der Form von Büroraum, Arbeiten des Hilfspersonals usw. empfangen solle, dass aber die Mandate von jedem einzelnen Anwalt allein betreut werden sollten. Der vereinbarte Gesellschaftszweck richte sich somit auf die Infrastruktur und nicht auf die Mandate.<sup>6</sup>

\* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Professor an der Universität Luzern. Schriftliche Fassung des am 13. Juni 2003 am SAV-Anwaltskongress gehaltenen Vortrages.

1 HERBERT BRUNNER, Die Anwaltsgemeinschaft, Diss. Freiburg, Arlesheim 1977, 25 m. w. H.; MICHAEL PFEIFER, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, ZSR 115 (1996) II, 253 ff., 277 f.; RETO VONZUN, Die Anwalts-Kapitalgesellschaft – Zulässigkeit und Erfordernisse, ZSR 120 (2001) I, 447 ff., 448.

2 ROBERT PATRY, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Grundlagen des Handelsrechts, Das Handelsregister, Die Geschäftsfirmen, Die kaufmännische Buchführung, Basel 1976, 82 f.; vgl. auch EDUARD HIS, Berner Kommentar, Bd. VII: Obligationenrecht, 4. Abt.: Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchführung (Art. 927–964), Bern 1940, Art. 934 N 62.

3 PHILIPPE BOIS, Kommentar zur BV vom 29. Mai 1874, Art. 33 und Art. 5 UeB, Basel usw. 1993, Art. 33 N 7.

4 PATRY (Fn. 2), 83 Fn. 56.

5 Vgl. etwa MAX P. OESCH, Gegenseitige Haftung von Partnern in einem Anwaltsbüro und Aussenwirkungen auf die Berufshaftpflichtversicherung, SAV/FSA 142 (1993), 16; PASCAL SIMONIUS, Solidarische Haftung der Mitglieder einer Bürogemeinschaft, SAV/FSA 144 (1993), 29 ff., 30 f.; ERWIN STEIGER, Haftung des in Gemeinschaften tätigen Anwaltes, SAV/FSA 142 (1993), 16 ff., 18 f.; ERIK TEITLER, Formen der Zusammenarbeit unter Rechtsanwälten, SAV/FSA 119 (1989), 13 ff., 14 f.

6 SIMONIUS (Fn. 5), 30 f.

In scharfem Gegensatz zu SIMONIUS vertrat RABE am deutschen Anwaltstag schon im Jahre 1971 die Auffassung, für die Zukunft des Anwaltsberufes sei die Anwaltsgemeinschaft Voraussetzung. In der nachindustriellen Gesellschaft werde die Sozietät die dominierende Organisationsform anwaltlicher Tätigkeit sein. Dies ergebe sich namentlich aus der notwendig werdenden Spezialisierung der anwaltlichen Tätigkeit.<sup>7</sup> Am deutschen Anwaltstag des Jahres 1975 doppelte QUACK nach. Auch er sprach von einem «Trend zur Kooperation». In seiner Zukunftsvision stellte er sich den Anwalt vor «im Team mit anderen, spezialisiert auf bestimmte Rechtsgebiete, universell durch die Kooperation einer Vielzahl von Spezialisten».<sup>8</sup>

## 2. Die anwaltliche Tätigkeit als kaufmännisches Gewerbe

Die Sonderstellung der freien Berufe in Bezug auf deren Qualifikation als nicht-kaufmännische Unternehmen wird in der Lehre zunehmend kritisiert. KÜNG vertritt beispielsweise die Auffassung, der Dispens dieser Berufsarten fusse auf einem überkommenen Bild der landwirtschaftlichen, handwerklichen und wissenschaftlichen Berufsarten. In vielen Fällen seien solche Tätigkeiten mehrwertsteuerpflichtig und würden schon deshalb die Führung einer kaufmännischen Buchhaltung erfordern.<sup>9</sup> Sodann möge es von der volkswirtschaftlichen Bedeutung her nicht recht einleuchten, dass sich zwar ein Wirt oder Kioskbesitzer im Handelsregister eintragen lassen müsse oder müsste, die grössten schweizerischen Anwaltsbüros mit Millionenumsätzen aber von der Eintragungspflicht befreit blieben.<sup>10</sup> VONZUN weist ebenfalls darauf hin, dass es zwar richtig sei, dass zwischen den Angehörigen der freien Berufe und ihren Klienten eine persönliche Beziehung bestehe. Dem Vertrauen in die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten komme indessen nicht nur bei den freien Berufen, sondern auch bei den Anbietern anderer (Dienst-)Leistungen eine vorrangige Bedeutung zu. Auch das Argument, dass bei der freiberuflichen Tätigkeit nicht das eigene Gewinnstreben, sondern die Interessenwahrung des Klienten im Vordergrund stehe, sei nicht mehr geeignet, eine Ausnahmeregelung zu begründen. Es sei nicht einsehbar, weshalb die Bereitschaft, vertraglich übernommene Pflichten – die Wahrung der Interessen des Klienten – nach bestem Wissen und Gewissen zu erfüllen, zu einer haftungsrechtlichen Privilegierung führen solle. Im Übrigen verfolge auch die Ausübung des Anwaltsberufes wirtschaftliche Zwecke. Der Gewinnstrebigkeit komme daher eine zentrale Bedeutung zu.<sup>11</sup>

In Einzelfällen hat das Bundesgericht schon in älteren Urteilen Betriebe Angehöriger wissenschaftlicher Berufe als kaufmännische Gewerbe qualifiziert, wenn diese ihre Unternehmen nach kaufmännischer Art<sup>12</sup> führten. Die kaufmännische Betriebsführung sah das Bundesgericht darin, dass das Streben nach Wirtschaftlichkeit gegenüber der persönlichen Beziehung zum Klienten in den Vordergrund trete, indem etwa im Hinblick auf eine möglichst hohe Rentabilität Planung betrieben, Organisationsbelangen besondere Aufmerksamkeit geschenkt, einer optimalen Finanzierung Sorge getragen, wirksame Werbung betrieben werde etc.<sup>13</sup> Das Bundesgericht vertrat in diesen Fällen alsdann die Meinung, das Streben nach Wirtschaftlichkeit trete gegenüber der persönlichen Beziehung zum Auftraggeber so in den Vordergrund, dass das Leitbild des freien Berufes verloren gehe.<sup>14</sup>

In BGE 124 III 365 f. gelangte das Bundesgericht nun auch zur Auffassung, jede grössere Anwaltskanzlei sei nach kaufmännischen Grundsätzen organisiert und bedürfe einer geordneten Buchführung. Es handle sich daher um ein eintragungspflichtiges Gewerbe i. S. v. Art. 53 lit. C HRegV.<sup>15</sup>

## 3. Konsequenzen

Mit der Qualifikation gewisser Anwaltskanzleien als kaufmännische Gewerbe ist der bisherige Dispens des Anwaltsberufes als wissenschaftliche Berufsart von der Eintragungspflicht nach Art. 934 Abs. 1 OR vom Tisch. Damit fällt auch die Privilegierung bei der rechtlichen Beurteilung der von Anwältinnen und Anwälten gewählten gesellschaftsrechtlichen Organisationsformen weg. Zusammenschlüsse dürfen daher nicht mehr vermutungsweise als einfache Gesellschaften qualifiziert werden. Vielmehr ist inskünftig immer dann vom Bestehen einer Kollektivgesellschaft auszugehen, wenn Anwälte gemeinsam ein kaufmännisches Unternehmen betreiben.

Wie die einfache Gesellschaft entsteht auch die kaufmännische Kollektivgesellschaft, sobald sich die Beteiligten geeinigt haben, mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben. Erforderlich ist damit lediglich der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages. Dieser bedarf keiner bestimmten Form; konkludentes Verhalten genügt.<sup>16</sup> Nach Art. 552 Abs. 2 OR ist die kaufmännische Kollektivgesellschaft zwar in das Handelsregister einzutragen. Für die Entstehung der Gesellschaft ist der Registereintrag indessen nicht kon-

7 HANS-JÜRGEN RABE, Der Beruf des Anwalts – Herausforderung in Gegenwart und Zukunft, NJW 1971, 1385 ff., 1390.

8 KARLHEINZ QUACK, Sinn und Grenzen anwaltlicher Unabhängigkeit heute, NJW 1975, 1337 ff., 1341.

9 Vgl. Art. 58 MWSTG und Wegleitung 2001 zur Mehrwertsteuer, N 881 ff.

10 MANFRED KÜNG, Berner Kommentar, Bd. VIII: Obligationenrecht, 1. Abt.: Handelsregister und Geschäftsfirmer, 1. Teilband: Das Handelsregister (Art. 927–943), Bern 2001, Art. 934 N 54; vgl. dazu auch RETO SANWALD, Rechtsformen für freie Berufe – eine Auslegeordnung, in: PETER RUF/ROLAND PFÄFFLI (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, 239 ff., 247 f.; VONZUN (Fn. 1), 448 f.; DERSELBE, Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften, Diss. Basel 2000, N 602 ff.

11 VONZUN (Fn. 10), N 603.

12 Vgl. Art. 53 lit. C. HRegV.

13 ASA 64 (1995/96) 144; BGE 100 Ib 345.

14 ZBJV 72 (1936) 573 ff. (Zahnarzt); BGE 70 I 109 (Lehrer/Fernunterricht); BGE 100 Ib 345 ff. (Arzt/Klinik); BGE 100 Ib 350 f. (Zahnarzt/zwei Kliniken); ASA 45 (1976/77) 584 (Ingenieur und Geometer); ASA 64 (1995/96) 151 (Arzt/Röntgeninstitut).

15 Zustimmend: BRUNNER (Fn. 1), 133 ff.; WALTER FELLMANN, Anwaltsbüro – einfache Gesellschaft oder Kollektivgesellschaft, AJP/PJA 1998, 1514 ff., 1516; DERSELBE, Haftung des Anwaltes in der Anwaltsgemeinschaft, Anwaltsrevue 11–12/2000, 10 ff., 11 f.; PETER NOBEL, Haftung von Anwaltssozietäten, recht 1999, 111 ff., 113; VONZUN (Fn. 10), N 609; DERSELBE (Fn. 1), 448 ff.

16 Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998, § 13 N 69.

stitutiv; er hat lediglich deklaratorische Bedeutung.<sup>17</sup> Eine Kollektivgesellschaft kann daher auch entstehen, wenn sich die Beteiligten dessen nicht bewusst sind oder wenn sie für ihr Gesellschaftsverhältnis eine falsche Bezeichnung verwenden, indem sie etwa von einer einfachen Gesellschaft sprechen.<sup>18</sup>

Da bezüglich der Haftung zwischen der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft Unterschiede bestehen, müssen Anwältinnen und Anwälte, die sich zu einem Kollektiv zusammenschliessen, in Zukunft auf die Wahl der Gesellschaftsform besonderes Augenmerk richten.

## II. Die üblichen Formen der Zusammenarbeit

Die Formen der anwaltlichen Zusammenarbeit sind äusserst vielfältig. Gesicherte Daten über die Art und die Zusammensetzung von Anwaltsbüros fehlen allerdings.<sup>19</sup> Einige Erscheinungsformen haben sich jedoch inzwischen zu typischen Mustern einer möglichen Zusammenarbeit herausgebildet. Diese können in einem ersten Schritt in zwei Gruppen eingeteilt werden: die lediglich intern wirkenden Zusammenschlüsse und die auch extern wirkenden Organisationsformen.<sup>20</sup>

Bei den nur intern wirkenden Zusammenschlüssen praktizieren die beteiligten Anwälte zwar an der gleichen Adresse; jeder führt jedoch auf eigene Rechnung seinen eigenen Betrieb. Nach aussen treten die einzelnen Anwälte selbstständig und unabhängig auf. Jeder verfügt über eigenes Briefpapier, eigene Vollmachtsformulare, eigene Bank- und Postcheckkonti sowie eine eigene Mehrwertsteuernummer. Der Zusammenschluss mit anderen Anwälten bezweckt ausschliesslich die Optimierung der Infrastrukturkosten durch die gemeinsame Benützung von Büroräumlichkeiten und Einrichtungsgegenständen sowie durch die gemeinschaftliche Beschäftigung von Personal.<sup>21</sup>

Bei den extern wirkenden Zusammenschlüssen treten die verschiedenen Anwälte Dritten gegenüber unter einer gemeinsamen Bezeichnung auf. Sie benutzen in der Regel gemeinsames Briefpapier, auf dem alle Anwälte aufgeführt sind. Teilweise verfügen sie auch über entsprechende Vollmachtsformulare. Je nach dem Zweck des Zusammenschlusses streben die Betroffenen eine mehr oder weniger intensive Zusammenarbeit an, die vom blossen Gedankenaustausch und der kollegialen Unterstützung in Einzelfällen bis zur regelmässigen gemeinschaftlichen Betreu-

ung von Mandanten gehen kann. Bei den extern wirkenden Zusammenschlüssen sind wiederum zwei Erscheinungsformen zu unterscheiden: die Bürogemeinschaft und die Anwaltsgemeinschaft.<sup>22</sup>

Die Bürogemeinschaft qualifiziert sich im Wesentlichen als Unkostengemeinschaft, indem die Kanzleikosten nach einem bestimmten Schlüssel unter den Mitgliedern der Gemeinschaft aufgeteilt werden. Daneben bleiben häufig Unkosten, die nicht gemeinschaftlich getragen werden (z. B. Löhne von persönlichen Mitarbeitern). Im Übrigen arbeitet jeder Anwalt auf eigene Rechnung; der Ertrag der anwaltlichen Tätigkeit wird nicht aufgeteilt. Die Mitarbeit anderer Mitglieder der Bürogemeinschaft bei der Führung eines konkreten Mandates wird – wenn überhaupt – von Fall zu Fall abgerechnet. Bei dieser Form der Zusammenarbeit verfügen die einzelnen Anwälte regelmässig über eigene Bank- und Postcheckkonti sowie eine eigene Mehrwertsteuernummer.<sup>23</sup>

Im Gegensatz zur Bürogemeinschaft hat die Anwaltsgemeinschaft (Sozietät) einen umfassenden Zweck: Die Partner einer Sozietät beabsichtigen zusammen mit allfälligen Mitarbeitern «eine Zusammenarbeit in der ganzen Breite und Tiefe ihrer Tätigkeit, nicht nur bezogen auf die Unkosten, sondern auch auf die Erträge. Alle Partner arbeiten auf gemeinsame Rechnung und teilen Gewinn und Verlust nach einem bestimmten Schlüssel wie erzielter Umsatz, Anciennität, Akquisitionsleistung usw.»<sup>24</sup> Anwaltsgemeinschaften verstehen sich als einheitliche Unternehmen mit eigener Organisationsstruktur, die ein effizientes Management und eine zielgerichtete Betreuung der Klienten sicherstellen soll. Als einheitliches Unternehmen verfügt die Anwaltsgemeinschaft über gemeinschaftliche Bank- und Postcheckkonti. Anwaltsgemeinschaften haben auch regelmässig nur eine Mehrwertsteuernummer.<sup>25</sup>

## III. Organisation in der Form einer Personengesellschaft

### 1. Einleitung

Bei den Personengesellschaften handelt es sich um personenbezogene Gesellschaften. Sie gelten nach herrschender Lehre und Rechtsprechung als Rechtsgemeinschaften, die sich dadurch charakterisieren, dass sie nicht mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind. Rechtsträger sind hier die Mitglieder; die Rechte am Gesellschaftsvermögen stehen ihnen gemeinschaftlich zu.<sup>26</sup> Folgerichtig ist die rechtliche Ordnung der Personengesellschaften im Gesetz auf die Persönlichkeit der einzelnen Teilnehmer zugeschnitten. Die Gesellschafter stehen «regelmässig in

17 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 13 N 71.

18 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 13 N 69; vgl. auch FELLMANN (Anwaltsbüro, Fn. 15), 1514 f.; HANS PETER WALTER, *Unsovgfältige Führung eines Anwaltsmandats*, in: PETER MÜNCH/THOMAS GEISER (Hrsg.), *Handbücher für die Anwaltspraxis*, Bd. V: Schaden – Haftung – Versicherung, Basel usw. 1999, 781 ff., N 16.15.

19 RETO T. RUOSS, *Anwaltliche Sorgfalt und die Folgen anwaltlicher Unsovgfalt in einer Sozietät*, in: *Die Sorgfalt des Anwalts in der Praxis*, Bern 1997, 77 ff., 80.

20 Vgl. FELLMANN (Anwaltsgemeinschaft, Fn. 15), 10; RUOSS (Fn. 19), 80; vgl. auch LUKAS HANDSCHIN/CHRISTOF TRUNIGER, *Die Anwaltskanzlei: Einfache Gesellschaft oder Kollektivgesellschaft oder beides?*, *Anwaltsrevue* 6–7/2002, 6 f., die zwischen einheitlichen strukturierten Anwaltskanzleien, einheitlichen nicht strukturierten Anwaltskanzleien, nicht einheitlichen strukturierten Anwaltskanzleien und nicht einheitlichen nicht strukturierten Anwaltskanzleien unterscheiden.

21 Vgl. FELLMANN (Anwaltsgemeinschaft, Fn. 15), 10; RUOSS (Fn. 19), 80 f.

22 Vgl. FELLMANN (Anwaltsgemeinschaft, Fn. 15), 10; RUOSS (Fn. 19), 81.

23 Vgl. BRUNNER (Fn. 1), 39; FELLMANN (Anwaltsgemeinschaft, Fn. 15), 10; RUOSS (Fn. 19), 81; VONZUN (Fn. 10), N 613.

24 RUOSS (Fn. 19), 81; vgl. auch FELLMANN (Anwaltsgemeinschaft, Fn. 15), 10; VONZUN (Fn. 10), N 615 ff.

25 Vgl. BRUNNER (Fn. 1), 38; FELLMANN (Anwaltsgemeinschaft, Fn. 15), 10; RUOSS (Fn. 19), 82; VONZUN (Fn. 10), N 615 ff.

26 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 2 N 55 ff. m. w. H.

einem engen persönlichen Verhältnis zueinander, sie wirken meist selber bei den Geschäften mit und haften persönlich für die eingegangenen Verbindlichkeiten.»<sup>27</sup> Die Organisationsformen der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft sind daher für Zusammenschlüsse mehrerer Anwältinnen und Anwälte prädestiniert. Sie sind denn auch die vorherrschenden Organisationsformen.

## 2. Einfache Gesellschaft

### a) Das gesetzliche Modell der einfachen Gesellschaft

Die einfache Gesellschaft ist eine personenbezogene Rechtsgemeinschaft, die, ohne ein kaufmännisches Unternehmen betreiben zu dürfen, wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Zwecke verfolgen kann und deren Mitglieder für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit ihrem ganzen Vermögen primär, unbeschränkt und solidarisch haften.<sup>28</sup> Für die Entstehung einer einfachen Gesellschaft genügt die Einigung von zwei oder mehreren Personen, «die Erreichung eines bestimmten Zweckes gemeinsam fördern zu wollen».<sup>29</sup>

### b) Zusammenarbeit von Rechtsanwälten in der Form der einfachen Gesellschaft

In der Lehre ist man sich einig, dass die nur intern wirkenden Zusammenschlüsse von Anwältinnen und Anwälten, die bloss den Zweck haben, die mit der Berufsausübung verbundenen Unkosten (Miete, Personal, Material, EDV und andere Ausrüstungen) ganz oder teilweise gemeinsam zu tragen, als einfache Gesellschaften zu qualifizieren sind, sofern die Betroffenen keine andere Regelung getroffen haben.<sup>30</sup> Bei solchen Zusammenschlüssen bezieht sich der *animus societatis* nicht auf die gemeinsame Betreuung von Mandaten. Die in der Gemeinschaft verbundenen Anwältinnen und Anwälte bearbeiten ihre Fälle vielmehr in eigenem Namen und auf eigene Rechnung.<sup>31</sup> Der Zweck des Zusammenschlusses in einer Unkostengemeinschaft besteht also gerade nicht darin, gemeinsam ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben. Ein solches würde bestenfalls der einzelne Partner (als Einzelunternehmer) führen.<sup>32</sup>

Auch Bürogemeinschaften, die sich von den Unkostengemeinschaften nur dadurch unterscheiden, dass sie Dritten gegenüber unter gemeinsamer Bezeichnung auftreten, dürften sich in der Regel als einfache Gesellschaften qualifizieren.<sup>33</sup> VONZUN weist allerdings zu Recht darauf hin, dass der Auftritt unter einer gemeinsamen Bezeichnung, d. h. mit einem einheitlichen Briefpapier, von der begrenzten Zielsetzung einer Bürogemeinschaft nicht mehr gedeckt ist. Für die Bestreitung der ge-

meinsamen Bürokosten ist nach seiner Auffassung ein einheitlicher Marktauftritt jedenfalls entbehrlich. Würden daher die Mitglieder einer Bürogemeinschaft im Verkehr mit ihren Mandanten gleichwohl unter einer gemeinsamen Firma auftreten, könne dies darauf hinweisen, dass – entgegen der (insoweit irrelevanten) Absicht der Gesellschafter – keine Bürogemeinschaft, sondern eine Anwaltsgemeinschaft vorliege. Entstehe bei Dritten der Rechtsschein, bei der konkreten Bürogemeinschaft handle es sich um eine Anwaltsgemeinschaft, würden die zusammengeschlossenen Rechtsanwälte nach den Bestimmungen über die Kollektivgesellschaft haften, wenn der Dritte (in Bezug auf diesen Rechtsschein) gutgläubig sei.<sup>34</sup>

In der Tat scheint dieses Risiko beträchtlich, soll doch mit dem Zusammenschluss zu einer Bürogemeinschaft «der Eindruck der Spezialisierung und Rationalisierung erweckt und die Sicherstellung der Vertretung innerhalb des Anwaltsbüros kommuniziert werden.»<sup>35</sup> Verwenden die Betroffenen daher – was ebenfalls üblich ist<sup>36</sup> – noch gemeinsame Vollmachtsformulare, kann bei Dritten durchaus der Eindruck entstehen, der Zusammenschluss beziehe sich auch auf eine gemeinsame Betreuung der Mandate.

Mit ziemlicher Sicherheit als einfache Gesellschaften können demgegenüber ad-hoc-Anwaltsgemeinschaften qualifiziert werden, bei denen sich Anwälte zur Bearbeitung eines komplexen Falles zusammenschliessen. Trotz gemeinsamer Betreuung stellt die gemeinsame Bearbeitung nur eines, wenn auch eines allenfalls komplexen Falles nämlich keine selbstständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von Art. 52 Abs. 3 HRegV dar.<sup>37</sup>

Schliesslich qualifizieren sich auch Anwaltsgemeinschaften, deren jährliche Roheinnahmen CHF 100 000.–<sup>38</sup> nicht erreichen, bloss als einfache Gesellschaften.<sup>39</sup>

## 3. Kollektivgesellschaft

### a) Das gesetzliche Modell der Kollektivgesellschaft

Wie die einfache Gesellschaft ist auch die Kollektivgesellschaft eine personenbezogene Gesamthandsgemeinschaft. Im Gegensatz zur einfachen Gesellschaft ist sie jedoch nach aussen hin verselbstständigt. Sie ist handlungsfähig, prozessfähig und betriebsfähig.<sup>40</sup> In der Regel verfolgt die Kollektivgesellschaft wirtschaftliche Zwecke und betreibt ein kaufmännisches Unternehmen. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften neben dem Gesellschaftsvermögen subsidiär alle Gesellschafter unbeschränkt und solidarisch.<sup>41</sup>

27 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 3 N 4.

28 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 12 N 3.

29 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 12 N 72.

30 Vgl. FELLMANN (Anwaltsgemeinschaft, Fn. 15), 12; SANWALD (Fn. 10), 249; VONZUN (Fn. 10), N 613.

31 Vgl. SIMONIUS (Fn. 5), 29 f.; VONZUN (Fn. 10), N 613.

32 Vgl. VONZUN (Fn. 10), N 613.

33 Vgl. FELLMANN (Anwaltsgemeinschaft, Fn. 15), 12; SANWALD (Fn. 10), 249 f.; zurückhaltender VONZUN (Fn. 10), N 614.

34 VONZUN (Fn. 10), N 614; vgl. auch ALEXANDER C. BÜRGI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Haftung in der Anwaltskanzlei, Bemerkungen zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. November 2001, SZW/RSDA 2002, 53 ff., 58.

35 RUOSS (Fn. 19), 80 f.

36 Vgl. FELLMANN (Anwaltsgemeinschaft, Fn. 15), 10.

37 Vgl. SANWALD (Fn. 10), 250.

38 Art. 54 HRegV.

39 Vgl. SANWALD (Fn. 10), 250; VONZUN (Fn. 10), N 611.

40 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 13 N 25.

41 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 13 N 2.

Wie die einfache Gesellschaft entsteht auch die kaufmännische Kollektivgesellschaft, sobald sich die Beteiligten geeinigt haben, mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben. Erforderlich ist damit lediglich der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages. Dieser bedarf keiner besonderen Form. Konkludentes Verhalten genügt auch hier.<sup>42</sup>

Nach Art. 552 Abs. 2 OR ist die kaufmännische Kollektivgesellschaft zwar in das Handelsregister einzutragen. Für die Entstehung der Gesellschaft ist der Registereintrag indessen nicht konstitutiv; er hat lediglich deklaratorische Bedeutung.<sup>43</sup> Eine Kollektivgesellschaft kann daher auch entstehen, wenn sich die Beteiligten dessen nicht bewusst sind oder wenn sie für ihr Gesellschaftsverhältnis eine falsche Bezeichnung verwenden, indem sie etwa von einer einfachen Gesellschaft sprechen.<sup>44</sup>

Betreibt eine Gesellschaft kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe, entsteht sie als Kollektivgesellschaft erst, wenn sie sich in das Handelsregister eintragen lässt.<sup>45</sup>

#### b) Zusammenarbeit von Rechtsanwälten in der Form der Kollektivgesellschaft

Ob und in welcher Rechtsform zwischen Anwälten einer Kanzleigemeinschaft eine Gesellschaft besteht, ist nach Auffassung des Bundesgerichtes «zunächst eine Frage der individuellen Rechtsgestaltung».<sup>46</sup> Damit ist freilich bloss klargestellt, dass eine Anwaltssozietät, die nach aussen als Kollektivgesellschaft auftritt, sich zivilrechtlich darauf behaften lassen muss.<sup>47</sup> Haben sich die Gesellschafter demgegenüber nicht ausdrücklich als Kollektivgesellschaft konstituiert, ist im Einzelfall zu prüfen, ob sie als Gesellschaft ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe im Sinne von Art. 934 Abs. 1 OR betreiben.

Nach Auffassung des Bundesgerichtes ist heute jede grössere Anwaltskanzlei nach kaufmännischen Grundsätzen organisiert und bedarf einer geordneten Buchführung. Diese Betriebe erfüllen daher die Begriffsbestimmung des Art. 53 HRegV und stellen deshalb grundsätzlich ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe dar. Der Zusammenschluss von Anwälten zu einer grösseren Kanzlei qualifiziert sich also vermutungsweise als Kollektivgesellschaft.

Klar ist der Fall nach Meinung des Bundesgerichtes, wenn die Tätigkeitsschwerpunkte einzelner Anwälte oder ganzer Anwaltssozietäten Gebiete abdecken, «die nach Art. 53 lit. A HRegV zu den eintragungspflichtigen Handelsgewerben gehören (. . .), sofern jährliche Roheinnahmen von CHF 100 000.– erzielt werden.»<sup>48</sup> Bietet also beispielsweise eine Anwaltskanzlei Börsen- und Inkassogeschäfte,<sup>49</sup> Kommissionsgeschäfte oder Makler-

dienste,<sup>50</sup> Treuhand- und Sachwaltergeschäfte<sup>51</sup> oder Auskunftserteilung irgendwelcher Art und in irgendwelcher Form<sup>52</sup> an, qualifiziert sie sich damit nach Auffassung des Bundesgerichtes ohne weiteres als Kollektivgesellschaft.<sup>53</sup>

Aber auch für die übrigen Fälle stellt das Bundesgericht fest, die persönliche Beziehung zwischen Anwalt und Klient und damit eines der für die Sonderbehandlung freier Berufe typischen Elemente trete heute vielfach in den Hintergrund. Komplexer werdende Streit- und Beratungsfälle, die zunehmende Reglungsdichte, die Internationalisierung des Rechts und der Sachverhalte, das gestiegene Bedürfnis der Klienten nach juristischer Begleitung und Absicherung verschiedenster Geschäftsvorhaben motivierten den Zusammenschluss von Spezialisten zwecks Angebots einheitlicher Lösungen. Das Verhältnis zwischen Anwalt und Klient werde dergestalt entpersonalisiert. An Stelle des individuellen Vertrauensanwaltes trete – mindestens in komplexen Sachverhalten – regelmässig ein Team von Anwälten, in welchem der jeweilige Spezialist bloss für Teilaspekte des Problems die Lösung generiere. Weiche die individuelle Anwaltspraxis mit ihrem ursprünglichen «Kerngeschäft» (Rechtsberatung, Erarbeitung von Rechtsgutachten, Prozessführung u. ä.) der kollektiven Berufsausübung unter gleichzeitiger Ausdehnung des Tätigkeitsfeldes (Treuhand, Bankgeschäfte und Vermögensverwaltung, Unternehmungsberatung inkl. mergers & acquisitions etc.), werde man sich der Auffassung nicht verschliessen können, gemeinsam, namentlich mit einheitlichem Briefkopf und einheitlicher Zahlstelle auftretende Anwälte dürften vertrauens-theoretisch als gesellschaftlich verbunden aufgefasst werden.<sup>54</sup> Daran ändert sich nach der Meinung des Bundesgerichtes nichts, wenn die betroffenen Anwälte eine unzulässige Firma führen, in der nicht alle Gesellschafter namentlich aufgeführt sind und ein das Gesellschaftsverhältnis andeutender Zusatz fehlt, sofern die Gesellschafter das Gesellschaftsverhältnis nach aussen bekannt geben und damit nicht lediglich eine stille Gesellschaft vorliegt.<sup>55</sup>

Wie VONZUN zutreffend feststellt, ist jedoch für die Entstehung einer Kollektivgesellschaft ein eigentliches Teamwork in der Form eines gemeinsamen Erarbeitens von Sachverhalten oder rechtlichen Lösungen nicht erforderlich. Nach seiner Meinung könne bei gesellschaftlich verbundenen Rechtsanwälten nichts anderes gelten als z. B. bei einer als Kollektivgesellschaft konstituierten Schreinerei; auch bei handwerklichen Betrieben sei es nicht unüblich, dass gewisse Aufträge von einzelnen Mitarbeitern oder Partnern selbstständig, d. h. ohne Mithilfe anderer, in Angriff genommen und erfüllt würden.<sup>56</sup> Nach seiner Beurteilung liegt das Wesensmerkmal der Anwalts-gemeinschaft (Sozietät) daher weniger in der gemeinsamen Fallbearbeitung als in der «Art des gemeinsamen Auftretens und der damit verfolgten Zielset-

42 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 13 N 69.

43 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 13 N 71.

44 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 13 N 69.

45 Art. 553 OR.

46 BGE 124 III 364.

47 Vgl. FELLMANN (Anwaltsbüro, Fn. 15), 1515; DERSELBE (Anwalts-gemeinschaft, Fn. 15), 11.

48 BGE 124 III 365 f.

49 Art. 53 lit. A Ziff. 2 HRegV.

50 Art. 53 lit. A Ziff. 3 HRegV.

51 Art. 53 lit. A Ziff. 4 HRegV.

52 Art. 53 lit. A Ziff. 6 HRegV.

53 BGE 124 III 366.

54 BGE 124 III 366.

55 BGE 124 III 367.

56 VONZUN (Fn. 10), N 616.

zung».<sup>57</sup> Die meisten Anwaltsbüros, auch solche, die nur aus zwei oder drei Mitgliedern bestünden, würden heute unter einer gemeinsamen Firma oder einer firmenähnlichen Bezeichnung, mithin als Einheit auftreten. Erfolge könne dies etwa durch eine gemeinsame Bürotafel, einheitliches Briefpapier, einen gemeinsamen Telefonbucheintrag oder einen gemeinsamen Internetauftritt. Das Ziel dieses Auftretens bestehe in der Regel darin, das Büro unter der gemeinsamen Firma auf dem Markt zu etablieren. In der Praxis würden denn auch eine Vielzahl von Anwaltsbüros bestehen, deren Firmen einem grösseren Publikum bekannt seien und nicht selten als Synonyme für fachliche Kompetenz, Erfahrung und Erfolg gelten würden. Die Mitglieder dieser Kanzleien würden sich von diesem Marktauftritt Vorteile bei der Akquisition und der Betreuung von Mandaten und damit letztlich höhere Gesellschaftsgewinne versprechen. Von einem Anwaltsbüro mit dem Zweck, bloss die gemeinsamen Unkosten zu senken, d. h. von einer blossen Bürogemeinschaft, könne in einem solchen Fall keine Rede sein. Ein Zusammenschluss, der auf eine möglichst hohe Rentabilität ausgerichtet sei und zu diesem Zweck gegenüber Dritten als Einheit auftrete, weise auch im Innenverhältnis stets einen gewissen Organisationsgrad auf, sei mithin als Anwalts-gemeinschaft zu qualifizieren. Werde dabei ein Jahresumsatz von mindestens CHF 100 000.– erzielt – eine Summe, die von den meisten Anwalts-gemeinschaften bei weitem übertroffen werde –, liege eine kaufmännische Kollektivgesellschaft vor.<sup>58</sup>

Dieser Beurteilung ist grundsätzlich nichts beizufügen. Anzuführen bleibt lediglich noch, dass sie sich aus dem vom Bundesgericht gewählten vertrauens-theoretischen Ansatz<sup>59</sup> zwingend ergibt. Wer nämlich nach aussen den Eindruck der Spezialisierung und Rationalisierung erweckt und die Sicherstellung der Vertretung innerhalb der Kanzlei kommuniziert, muss sich dabei behaften lassen, dass sein Betrieb auch im Innenverhältnis – will er dem erweckten Anschein an Effizienz genügen – einer Struktur bedarf, die nur als «Vorliegen einer Organisation für die wirtschaftliche Tätigkeit»<sup>60</sup> und damit als Element des kaufmännischen Unternehmens gedeutet werden kann. In diesen Fällen können sich Dritte nur dann nicht auf das Bestehen einer Kollektivgesellschaft berufen, wenn sie nicht gutgläubig sind, weil sie wissen, dass alles nur Schein ist. Da keine Anwalts-gemeinschaft – vor allem keine der «Möchte-Gern-Gesellschaften» – ihren Kunden kommuniziert, man bluffe nur, ist eine Flucht vor den mit der Qualifikation als Kollektivgesellschaft verbundenen Konsequenzen praktisch nicht denkbar.<sup>61</sup>

#### 4. Vor- und Nachteile der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft

##### a) Allgemeines

Der Gesetzgeber hat die gesetzliche Ordnung der einfachen Gesellschaft weitgehend neutral ausgestaltet. Die rechtlichen Anforderungen sind gering. Die dispositive Ordnung der Innenorganisation ermöglicht es den Beteiligten, im Gesellschaftsvertrag eine Regelung zu treffen, die den konkreten Bedürfnissen entspricht.<sup>62</sup> Wo immer sich mehrere Personen zusammenschliessen, um mit vereinten Kräften und Mitteln ein gemeinsames Ziel zu realisieren, bietet sich die Organisationsform der einfachen Gesellschaft an. Da die gesetzliche Ordnung indessen kaum Schutzvorschriften für die Beteiligten enthält, ist sie für die Eingehung grösserer wirtschaftlicher Risiken ungeeignet. Die Führung eines kaufmännischen Unternehmens ist ihr daher untersagt.<sup>63</sup> Dafür hat der Gesetzgeber die Kollektivgesellschaft geschaffen. Sie ist immer dann die geeignete Rechtsform, wenn «mehrere Personen ihre Arbeitskraft, ihr Kapital und den Kredit, den sie geniessen, zur Führung eines gemeinsamen kaufmännischen Unternehmens vereinigen wollen».<sup>64</sup> Auch die Kollektivgesellschaft verfügt im Gesetz über eine «einfache und anpassungsfähige Ordnung».<sup>65</sup> Da sie sich jedoch auch «für umfassende und komplexe wirtschaftliche Ziele»,<sup>66</sup> namentlich für die Führung kaufmännischer Unternehmen, eignet, hat sie der Gesetzgeber mit einer detaillierteren Regelung als die einfache Gesellschaft ausgestattet.<sup>67</sup>

Im Gegensatz zur Kollektivgesellschaft ist die einfache Gesellschaft nicht buchführungspflichtig. Dieser Vorteil wurde jedoch durch die Einführung der Mehrwertsteuer relativiert. Nach Art. 58 Abs. 1 MWSTG haben nämlich alle steuerpflichtigen Personen Geschäftsbücher zu führen, die so einzurichten sind, «dass sich aus ihnen die für die Feststellung der Steuerpflicht sowie für die Berechnung der Steuer und der abziehbaren Vorsteuern massgebenden Tatsachen leicht und zuverlässig ermitteln lassen.»<sup>68</sup> Ein Vorteil der einfachen Gesellschaft mag demgegenüber darin liegen, dass ihre Gesellschafter im Gegensatz zu den im Handelsregister eingetragenen Kollektivgesellschaftern nicht der Betreuung auf Konkurs unterliegen.<sup>69</sup> Ein Nachteil ist demgegenüber der fehlende firmenrechtliche Schutz der Bezeichnung des Kollektivs.<sup>70</sup> Wie SANWALD zutreffend feststellt, kann allerdings der Umstand, dass die einfache Gesellschaft nicht den Vorschriften der Firmenbildung untersteht, insofern wiederum vorteilhaft sein, als in der Bezeichnung des Kollektivs auch die Namen ehemaliger Partner verwendet werden können.<sup>71</sup> In der

57 VONZUN (Fn. 10), N 617.

58 VONZUN (Fn. 10), N 617.

59 BGE 124 III 366; kritisch dazu BÜRGI/VON DER CRONE (Fn. 34), 57 ff., die zu Recht feststellen, ein primär nach aussen gesetzter Vertrauensstatbestand in der Form eines gemeinsamen Auftritts könne den tatsächlichen, auf die Bildung einer Kollektivgesellschaft bezogenen Konsens unter den Gesellschaftern nicht ersetzen. Zwar sei der in seinem Vertrauen auf den Bestand einer Kollektivgesellschaft Enttäuschte – und nur er – wirtschaftlich so zu stellen, wie wenn unter den Anwälten eine Kollektivgesellschaft bestünde; die Annahme einer real existierenden Gesellschaft schiesse demgegenüber weit über das Ziel hinaus.

60 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 4 N 39.

61 So im Ergebnis auch SANWALD (Fn. 10), 250 und 254 f.

62 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 12 N 5.

63 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 4 N 61, § 12 N 6 und 26 ff.

64 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 13 N 3.

65 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 13 N 5.

66 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 13 N 5.

67 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 13 N 5.

68 Vgl. auch SANWALD (Fn. 10), 251.

69 Vgl. SANWALD (Fn. 10), 251.

70 Vgl. SANWALD (Fn. 10), 251.

71 SANWALD (Fn. 10), 251; vgl. auch PETER NOBEL, Rechtsformen der Zusammenarbeit von Anwälten: Organisationsfreiheit für Anwälte!, in: WALTER FELLMANN/CLAIRE HUGUENIN JACOBS/TOMAS POLEDNA/JÖRG SCHWARZ (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, 339 ff., 349 Fn. 34.

Firma der Kollektivgesellschaft dürfen demgegenüber nur die Familiennamen unbeschränkt haftender Gesellschafter aufgeführt sein.<sup>72</sup> Scheidet ein solcher Gesellschafter durch Tod oder durch Austritt aus der Kollektivgesellschaft aus, muss sein Name in der Firma gestrichen werden.<sup>73</sup> Dies stellt für Anwaltsgemeinschaften vor allem dann einen gravierenden Nachteil dar, wenn sie unter ihrer bisherigen Firma einen grossen Bekanntheitsgrad erreicht haben.<sup>74</sup> In der Praxis führt diese Konsequenz oft zur «Einbindung von ‹Pseudogesellschaftern›, deren Beteiligung lediglich der Firmenfortführung dient.»<sup>75</sup>

Ein Vorteil der einfachen Gesellschaft gegenüber der Kollektivgesellschaft<sup>76</sup> liegt darin, dass neu eintretende Gesellschafter für Verbindlichkeiten, die vor ihrem Eintritt begründet wurden, nicht haften.<sup>77</sup> Haftungsrechtlich dürfte bei der einfachen Gesellschaft weiter von Vorteil sein, dass die Vertretung hier den Grundsätzen des bürgerlichen Stellvertretungsrechts folgt,<sup>78</sup> während das Recht der Kollektivgesellschaft auf eine typisierte Vertretungsmacht abstellt.<sup>79</sup> Der Zusammenschluss zu einer Kollektivgesellschaft kann aber steuerrechtliche Vorteile bringen. In vielen Kantonen werden nämlich die Bezüge der Gesellschafter, die als Entgelt für die im Geschäft geleistete Arbeit qualifiziert werden, als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit am Wohnsitz besteuert. Demgegenüber müssen die Mitglieder der einfachen Gesellschaft den gesamten Gewinn am Geschäftsort versteuern.<sup>80</sup>

## b) Haftungsrechtliche Konsequenzen<sup>81</sup>

### aa) Ausgangslage

Die Haftung des Anwaltes kann sich aus Vertrag, Delikt oder aus einem gesetzlichen Haftungstatbestand (z. B. Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR) ergeben. Im Vordergrund stehen in der Praxis die Haftungsrisiken aufgrund von Vertragsverletzungen. Die Praxis zeigt indessen, dass sich bei der Zusammenarbeit mehrerer Anwälte auch die Frage stellen kann, ob sie für delikthisches Tun eines Partners einzustehen haben.<sup>82</sup>

Damit ein Anwalt für die Vertragsverletzung eines anderen Anwaltes haftet, muss ihm diese zugerechnet werden können. Voraussetzung dafür ist, dass er in den konkreten Anwaltsvertrag eingebunden ist, mit anderen Worten, dass sich die beteiligten Anwälte dem Klienten gegenüber gemeinschaftlich zur sorgfältigen Vertragserfüllung verpflichtet haben.<sup>83</sup> Dies ist in

der Regel der Fall, wenn sich die Anwälte zu einer einfachen Gesellschaft oder zu einer Kollektivgesellschaft zusammengeschlossen haben.

Bilden die Betroffenen eine einfache Gesellschaft, haften sie – unter Vorbehalt anderer Vereinbarung – nach Art. 544 Abs. 3 OR Dritten gegenüber solidarisch, wenn sie gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung diesen gegenüber Verpflichtungen eingegangen sind. Besteht zwischen ihnen eine Kollektivgesellschaft, haften die Gesellschafter nach Art. 568 Abs. 1 OR auch hier «für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen.» Der Unterschied zur einfachen Gesellschaft besteht lediglich darin, dass der einzelne Gesellschafter für Gesellschaftsschulden erst dann persönlich belangt werden kann, «wenn er selbst in Konkurs geraten oder wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist.»<sup>84</sup> Eine Verschärfung der Haftungssituation sieht das Recht der Kollektivgesellschaft für neu eintretende Gesellschafter vor. Im Gegensatz zu den nach der Gründung eintretenden Partnern einer einfachen Gesellschaft, die (nach aussen hin) nur für Verbindlichkeiten haften, die nach ihrem Beitritt begründet werden,<sup>85</sup> haften die Kollektivgesellschaftler nach Art. 569 Abs. 1 OR auch für die vor ihrem Beitritt entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

Für die Haftung des einzelnen Anwaltes im konkreten Fall kommt es im Ergebnis allerdings weniger auf die Rechtsform an, in der die Anwälte zusammengeschlossen sind, als auf die Art und Weise, in welcher der Vertrag mit dem Klienten zustande gekommen ist.

### bb) Unterschiede beim Abschluss des Anwaltsvertrages

Nach Art. 535 Abs. 1 und 2 OR ist in der einfachen Gesellschaft grundsätzlich jeder Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt; dabei kann jeder ohne Mitwirkung der Übrigen handeln. Die Vertretungsbefugnis der einzelnen Gesellschafter richtet sich nach den «Bestimmungen über die Stellvertretung»,<sup>86</sup> wobei eine Ermächtigung des einzelnen Gesellschafters, die Gesellschaft oder sämtliche Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, vermutet wird, «sobald ihm die Geschäftsführung überlassen ist».<sup>87</sup> Qualifiziert sich ein Anwaltskollektiv als einfache Gesellschaft, richtet sich die Vertretungsbefugnis der einzelnen Anwälte daher primär nach Stellvertretungsrecht. Bei der bürgerlichen Stellvertretung der Art. 32 ff. OR löst der Wille des Vertretenen, in einem konkreten Geschäft vertreten zu werden, die Vertretungswirkung aus. Bestand und Umfang der Vertretungsmacht sind damit weitgehend vom Willen des Vertretenen abhängig.<sup>88</sup> Auch die Bevollmächtigung der einfachen Gesellschafter ist somit wenigstens dem Grundsatz nach vom Willen der Mitgesellschafter abhängig. Das Bundesgericht misst der Vermutung des Art. 543

72 Art. 947 Abs. 4 OR.

73 Art. 948 Abs. 1 OR; vgl. SANWALD (Fn. 10), 255 m. w. H.

74 Vgl. BRUNNER (Fn. 1), 125; SANWALD (Fn. 10), 255.

75 SANWALD (Fn. 10), 255.

76 Art. 569 OR.

77 Vgl. SANWALD (Fn. 10), 251; VONZUN (Fn. 1), 449 Fn. 7.

78 Vgl. Art. 543 Abs. 2 OR.

79 Vgl. Art. 563 f. OR; SANWALD (Fn. 10), 251; VONZUN (Fn. 1), 449 Fn. 7.

80 Vgl. SANWALD (Fn. 10), 256.

81 Die folgenden Ausführungen über die Haftung des Anwaltes in der Anwaltsgemeinschaft folgen weitgehend meinen Ausführungen im in der Anwaltsrevue 11–12/2000, 10 ff. publizierten Beitrag «Haftung des Anwaltes in der Anwaltsgemeinschaft».

82 Vgl. etwa die von RUOSS (Fn. 19), 78 f. zitierten Fälle.

83 Vgl. FELLMANN (Anwaltsgemeinschaft, Fn. 15), 12; WALTER (Fn. 18), N 16.17.

84 Art. 568 Abs. 3 OR.

85 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 12 N 96.

86 Art. 543 Abs. 2 OR.

87 Art. 543 Abs. 3 OR.

88 EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 623 f.

Abs. 3 OR in diesem Zusammenhang allerdings eine weiterreichende Bedeutung zu. Danach soll Art. 543 Abs. 3 OR zu Gunsten Dritter eine unwiderlegbare Vermutung für das Vorliegen einer entsprechenden Vollmacht schaffen.<sup>89</sup> Sicher ist, dass Dritte in bestimmten Situationen berechtigt sind, aus dem Vorliegen bestimmter Umstände auf das Bestehen einer Vollmacht zu schliessen. Liegen solche Umstände vor, können die Mitgesellschafter nach dem Vertrauensprinzip trotz fehlendem Bevollmächtigungswillens aufgrund von so genannten Anscheins- oder Duldungsvollmachten belangt werden.<sup>90</sup>

Im Unterschied zum Geschäftsführer in der einfachen Gesellschaft verfügt der Geschäftsführer in der Kollektivgesellschaft über eine gesetzlich fixierte Vertretungsmacht: Enthält das Handelsregister keine entgegenstehenden Eintragungen, so sind gutgläubige Dritte zu der Annahme berechtigt, «es sei jeder einzelne Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt»<sup>91</sup> und damit befugt, «im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann».<sup>92</sup> Eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsbefugnis hat gutgläubigen Dritten gegenüber keine Wirkung.<sup>93</sup> Schliesst somit der Partner einer Anwaltssozietät, die als Kollektivgesellschaft zu qualifizieren ist, mit einem Klienten einen Anwaltsvertrag, wird die Gesellschaft als solche berechtigt und verpflichtet,<sup>94</sup> soweit das Handelsregister keine entgegenstehenden Eintragungen enthält bzw. der Dritte nicht bösgläubig ist.

#### cc) Unterschiede bei der Zurechnung der Vertragsverletzung

Nach Art. 146 OR kann ein Solidarschuldner durch seine persönlichen Handlungen die Lage der andern nicht erschweren. Ist die von allen versprochene Leistung daher nach Abschluss des Vertrages unmöglich geworden, so entsteht eine Ersatzpflicht aus Art. 97 OR nur für den Solidarschuldner, welchem ein Verschulden zur Last fällt.<sup>95</sup> Verpasst ein Anwalt somit eine Frist, können grundsätzlich nur diejenigen Partner zur Rechenschaft

gezogen werden, die an dieser Vertragsverletzung ein Verschulden trifft.

Eine Haftung des Solidarschuldners für das Verschulden eines andern folgt allerdings aus Art. 101 OR. Wenn nämlich mehrere Schuldner dieselbe Leistung versprechen, ist jeder zur Bewirkung der Leistung verpflichtet. Nehmen sie die dazu erforderliche Tätigkeit nicht selber vor, sondern überlassen sie die Erfüllung einem oder mehreren Partnern, haften sie dem Gläubiger für deren Verhalten nach Art. 101 OR.<sup>96</sup> Haben sich daher mehrere Anwälte dem Klienten gegenüber als einfache Gesellschaft gemeinschaftlich zur Führung eines Mandates verpflichtet und begeht einer der Anwälte eine Sorgfaltspflichtverletzung, erfolgt die Zurechnung an die übrigen Partner nicht etwa gestützt auf Art. 544 Abs. 3 OR, sondern über Art. 101 OR. Von dieser Haftung können sie sich nur durch den Nachweis befreien, sie würde kein Verschulden treffen, wenn sie selbst gehandelt hätten.<sup>97</sup> In der Kollektivgesellschaft erfolgt die Zurechnung einer Vertragsverletzung demgegenüber nicht gestützt auf Art. 101 OR, sondern direkt über Art. 567 OR. Tatsächlich ist nicht einzusehen, weshalb die Gesellschafter nach Art. 567 Abs. 3 OR für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die ein Mitgesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begeht, direkt haften sollen, die Zurechnung einer Vertragsverletzung aber nur über Art. 101 OR erfolgen könnte. In diesem Fall bestehen daher auch keine Entlastungsmöglichkeiten mehr.

#### dd) Unterschiede bei der Haftung für unerlaubte Handlungen

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung gibt es bei unerlaubten Handlungen keine Stellvertretung.<sup>98</sup> Die Solidarhaftung der einfachen Gesellschafter nach Art. 544 Abs. 3 OR gilt daher nur für eigentliche Gesellschaftsverbindlichkeiten. Für deliktisches Verhalten eines Mitgeschafters haben die übrigen Partner demgegenüber solange nicht einzustehen, als sie den Schaden nicht im Sinne von Art. 50 Abs. 1 OR (als Anstifter, Urheber oder Gehilfen) gemeinsam verschuldet haben.<sup>99</sup>

Bei der Haftung für unerlaubte Handlungen liegt der grosse Unterschied zwischen der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft. Während die einfachen Gesellschafter für deliktisches Verhalten von Mitgeschaftern grundsätzlich nicht einzustehen haben, haften die Kollektivgesellschafter nach Art. 567 Abs. 3 OR auch für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die ein Gesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begeht.<sup>100</sup> Diese Haftung ist vor allem dann von grosser Tragweite, wenn mit der unerlaubten Handlung – was in solchen Fällen oft vorkommt – strafrechtlich relevantes Verhalten ver-

89 Vgl. dazu eingehend WALTER FELLMANN/KARIN MÜLLER, Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers in der einfachen Gesellschaft – eine kritische Auseinandersetzung mit BGE 124 III 355 ff., AJP/PJA 2000, 637 ff.

90 Vgl. FELLMANN/MÜLLER (Fn. 89), 644; vgl. auch die sehr restriktive Auffassung von RUOSS (Fn. 19), 90, wonach der geschädigte Klient, der sämtliche Partner einer Anwaltsgemeinschaft belangen will, neben dem Vorliegen einer einfachen Gesellschaft auch zu beweisen hat, «dass dem Vertrag schliessenden Anwalt die Geschäftsführung überlassen war und dass der mit ihm geschlossene Anwaltsvertrag im Rahmen der üblichen Geschäftsführung lag.»; a. M. demgegenüber WALTER (Fn. 18), N 16.17, der die Meinung vertritt, es sei von der Vermutung auszugehen, dass der Mandant, der sich an eine Anwaltssozietät wende, mit dieser, d. h. allen bei ihr verbundenen Anwälten, vertraglich verbunden sein wolle, und dass der ihm gegenüber auftretende Gesellschafter das Mandat im Namen aller annehme. Diese tatsächliche Vermutung könnten die Partner einer Anwaltsgemeinschaft grundsätzlich nur durch einen Gegenbeweis erschüttern.

91 Art. 563 OR.

92 Art. 564 Abs. 1 OR.

93 Art. 564 Abs. 2 OR.

94 Vgl. RUOSS (Fn. 19), 92; WALTER (Fn. 18), N 16.17.

95 ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, 307; ANTON K. SCHNYDER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel usw. 2003, Art. 146 N 2.

96 VON TUHR/ESCHER (Fn. 95), 308.

97 WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel usw. 2003, Art. 101 N 13.

98 Vgl. etwa ROGER ZÄCH, Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung (Art. 32–40), Bern 1990, Vorbem. zu Art. 32–40 N 115.

99 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 12 N 68; BGE 84 II 382 f.; 90 II 508.

100 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 13 N 65.

bunden ist. Die vermögensrechtlichen Folgen einer strafbaren Handlung sind durch die Haftpflichtversicherung nämlich nicht gedeckt.

ee) Möglichkeiten der Haftungsprävention in der Kollektivgesellschaft

Das Bundesgericht eröffnet den Anwälten in BGE 124 III 367 verschiedene Möglichkeiten zur Beschränkung der Haftung in der Anwaltssozietät, indem es ausführt: «Unabhängig davon, ob die Anwaltskanzlei als am Markt einheitlich auftretendes Unternehmen anzusehen ist, haftet sie für Pflichtverletzungen eines ihrer Mitglieder nur dann kollektiv, wenn das anspruchsbegründende Mandat den einfachen Gesellschaftern oder der Kollektivgesellschaft als Gesamtmandat und nicht einem bestimmten Gesellschafter als Einzelmandat erteilt wurde.» Nach Auffassung des Bundesgerichtes kann daher das Haftungsrisiko der Gesellschafter grundsätzlich beschränkt werden, indem mit den Klienten ein auf die konkreten Bedürfnisse ausgerichteter Vertrag mit einem oder einzelnen Mitgliedern der Anwaltsgemeinschaft abgeschlossen wird.<sup>101</sup> Im Einzelfall darf nach Auffassung des Bundesgerichtes sogar vermutungsweise von der Beauftragung nur eines einzelnen Anwaltes des Kollektivs ausgegangen werden, «wenn der betreffende Anwalt dem Mandanten im Verfahren der unentgeltlichen Rechtspflege beigegeben wird, zwischen den beiden ein besonderes Freundschafts- und Vertrauensverhältnis besteht, oder ein Anwalt seinen besonderen Fachkenntnissen wegen gleichsam als Experte persönlich beauftragt wird».<sup>102</sup> Eine Vermutung für ein Einzelmandat kann sich nach Meinung des Bundesgerichtes schliesslich auch bei Dienstleistungen ergeben, die ausserhalb des üblichen Dienstleistungsangebotes der Anwaltschaft stehen. Jedenfalls schliesst das Gericht aus dem Zweck einer Anwaltssozietät, «anwaltsliche Dienstleistungen zu erbringen, dass bei einem Auftrag zu nicht spezifisch anwaltslicher Tätigkeit (Mäkelei, Mediation, Wirtschaftsberatung etc.) im allgemeinen von einem Einzelmandat auszugehen ist, es sei denn, die Sozietät biete Dienstleistungen auch ausserhalb des typischen Anwaltsbereiches an».<sup>103</sup>

In Bezug auf die Wirksamkeit solcher Haftungspräventionsmassnahmen ist mit VONZUN vorab darauf hinzuweisen, «dass ein Handeln im eigenen Namen eine Haftung für deliktisches Verhalten von Mitgesellschaftern keineswegs ausschliesst, da Art. 567 Abs. 3 OR kein Handeln in fremdem Namen voraussetzt, sondern lediglich, dass die unerlaubte Handlung in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen begangen wurde.»<sup>104</sup> Dazu genügt es, dass «das Delikt im allgemeinen Wirkungskreis der Gesell-

schaft verübt wurde und seiner Gattung nach in den Bereich der Gesellschafterkompetenzen fällt.»<sup>105</sup>

Sodann erscheint es VONZUN nicht ausgeschlossen, dass ein Gericht in einem künftigen Streitfall zur Auffassung gelangen könnte, dass Mitglieder von Anwaltsgemeinschaften, die beim Abschluss von Mandatsverträgen systematisch in eigenem Namen auftreten würden, damit im praktischen Ergebnis Haftungsbeschränkungen vereinbarten. In diesem Fall hätten sie aber die für die Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln geltenden Schranken zu beachten, die deutlich über denjenigen des allgemeinen Auftragsrechts liegen würden. Folge danach die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes – wozu auch der Anwaltsberuf zähle – könne der Richter nach seinem Ermessen eine im Voraus vereinbarte Haftungsbefreiung für leichtes Verschulden für ungültig erklären. Verzicht der Richter im Einzelfall auf eine Ungültigerklärung der Freizeichnungsklausel, bleibe immer noch zu prüfen, ob der Haftungsausschluss gegen öffentlich-rechtliches Berufsrecht verstosse und deshalb als nichtig zu betrachten sei. Denkbar sei namentlich, dass eine Haftungsbeschränkung mit der Verpflichtung kollidiere, den Anwaltsberuf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben.<sup>106</sup>

Zwar dürfte die Auffassung von VONZUN im letzten Punkt zu rigoros sein. Seine Hinweise zeigen aber, dass die Haftungsprävention in der Kollektivgesellschaft jedenfalls sehr labil ist. Wer sich daher mit anderen Anwälten zu einer Kollektivgesellschaft zusammenschliesst, tut gut daran, sich seine Partner sorgfältig auszuwählen und durch ein effizientes Qualitätsmanagement Präventionsmechanismen zu schaffen, um Haftungsrisiken schnell aufzudecken.

#### IV. Organisation in der Form einer Kapitalgesellschaft

##### 1. Einleitung

Bis anhin haben Anwältinnen und Anwälte für ihre Zusammenschlüsse in der Regel die Form einer einfachen Gesellschaft oder einer Kollektivgesellschaft gewählt.<sup>107</sup> Körperschaftliche Organisationsformen wurden, soweit ersichtlich, bisher (noch) nicht herangezogen. Anwaltsaktiengesellschaften oder Zusammenschlüsse in der Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bestehen nur in Form von internen Dienstleistungsgesellschaften, die Anwaltskollektiven Dienstleistungsstrukturen anbieten.<sup>108</sup>

Da Haftungsbeschränkungen im Bereich der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft versagen können, stellt

101 Vgl. FELLMANN (Anwaltsbüro, Fn. 15), 1517; vgl. auch WALTER (Fn. 18), N 16.13.

102 BGE 124 III 368; vgl. auch WALTER (Fn. 18), N 16.17.

103 BGE 124 III 368; vgl. auch WALTER (Fn. 18), N 16.17.

104 VONZUN (Fn. 1), 451; vgl. auch SANWALD (Fn. 10), 260.

105 VONZUN (Fn. 1), 451; vgl. auch CHRISTOPH M. PESTALOZZI/SUZANNE WETTENSCHWILER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel usw. 2002, Art. 567 N 19; SANWALD (Fn. 10), 260; ALFRED SIEGWART, Zürcher Kommentar, V. Band Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Art. 530–619), Zürich 1938, Art. 567 N 7; BGE 66 II 252.

106 VONZUN (Fn. 1), 451 f.; vgl. auch SANWALD (Fn. 10), 260.

107 BRUNNER (Fn. 1), 98 ff.; RUOSS (Fn. 19), 83 ff.

108 Vgl. FELLMANN (Anwaltsgemeinschaft, Fn. 15), 10; SANWALD (Fn. 10), 260.

sich die Frage, ob man sich die Anwaltschaft auch in der Form einer Aktiengesellschaft vorstellen könnte, ist diese doch «bei uns immer noch die gewohnteste Form zur Aufnahme einer inkorporierten, gewerblichen Tätigkeit».<sup>109</sup> Nachdem die GmbH vor einer Modernisierung steht, ist auch zu prüfen, ob Anwaltschaften in die Rechtsform einer GmbH gekleidet werden könnten. Tatsächlich ist es in verschiedenen freien Berufen heute durchaus üblich, Dienstleistungen im Rechtskleid einer Kapitalgesellschaft zu erbringen.<sup>110</sup>

Nicht behandelt werden hier die zivilrechtlichen Organisationsmöglichkeiten freiberuflicher Notare. Hier scheint die Gesetzgebung in vielen Kantonen noch so zu sein, dass ein Zusammenschluss von Notaren in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder GmbH nicht möglich ist. Der Versuch, in Bern eine Berufsausübung auf Rechnung einer juristischen Person, aber in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung zu gestatten, scheiterte bereits im Gesetzgebungsverfahren.<sup>111</sup> WOLF weist allerdings nach, dass eine Ausübung der notariellen Tätigkeit in der Rechtsform einer juristischen Person durchaus möglich wäre.<sup>112</sup> Er kommt jedoch zum Ergebnis, eine notarielle Tätigkeit in der Organisationsform der juristischen Person würde, insbesondere mit Blick auf die Wahrung der Unabhängigkeit, eine detaillierte und zwingende Regelung der Notariatsgesellschaft erfordern. Eine auf solche Weise im kantonalen Recht spezialgesetzlich verankerte Gesellschaft erweise sich aber als relativ komplizierte Konstruktion. Es frage sich daher, ob deren Einführung insgesamt sinnvoll sei.<sup>113</sup>

Für Anwälte, die zugleich als freiberufliche Notare tätig sind, scheint also das Notariat vorderhand einen Zusammenschluss in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft zu verbieten.

## 2. Kein Verbot der Organisationsform der Kapitalgesellschaft

Beim Anwaltsberuf stellt sich nach dem In-Kraft-Treten (1. Juni 2002) des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) als erstes die Frage, ob dieses Gesetz den Zusammenschluss mehrerer Anwälte in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft gestattet. Grundlage eines allfälligen Verbotes könnten Art. 8 Abs. 1 lit. d und Art. 12 lit. b BGFA bilden. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA dürfen Anwältinnen und Anwälte nämlich nur in das Anwaltsregister eingetragen werden, wenn sie in der Lage sind, «den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind.» Art. 12 lit. b BGFA gebietet den Anwältinnen und Anwälten, ihren Beruf «unabhän-

gig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung» auszuüben.

Bei Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA geht es um die «institutionelle Unabhängigkeit»;<sup>114</sup> Art. 12 lit. b hat «die Unabhängigkeit im Zuge der Berufsausübung»<sup>115</sup> zum Thema. Eine Definition dieser Unabhängigkeit sieht das Gesetz nicht vor. National- und Ständerat haben es dem Bundesgericht überlassen, die Kriterien der anwaltlichen Unabhängigkeit festzulegen.<sup>116</sup> In diesem Zusammenhang ist vor allem das Urteil des Bundesgerichtes vom 8. Januar 2001 von Interesse.<sup>117</sup> In diesem Entscheid legte das Bundesgericht nämlich das in Art. 21 des seinerzeitigen Anwaltsgesetzes des Kantons St. Gallen vom 11. November 1993 vorgesehene Unabhängigkeitsgebot mit Blick auf die neue Regelung des BGFA aus. Es kam dabei zum Ergebnis, die Unabhängigkeit des Anwaltes solle grösstmögliche Freiheit und Sachlichkeit bei der Interessenwahrung gegenüber dem Klienten wie gegenüber dem Richter gewährleisten. Sie bilde die Voraussetzung für das Vertrauen in den Anwalt und die Justiz. Wer sich an einen Anwalt wende, solle gewiss sein dürfen, dass dieser in keiner Weise an einen Dritten gebunden sei, dessen Interessen den eigenen in irgendeiner Weise entgegenstehen könnten. Bei angestellten Anwälten, deren Arbeitgeber nicht selbst Anwalt sei, bestehe eine nicht unerhebliche – konkrete und nicht bloss abstrakte – Gefahr der Beeinflussung des angestellten Rechtsanwaltes bei der Betreuung von Mandanten. Im Sinne einer klaren, transparenten und auch für den Rechtsuchenden überblickbaren Ordnung erweise sich daher der generelle Ausschluss der von Treuhandgesellschaften oder anderen Unternehmen angestellten Anwälte von der Monopoltätigkeit als geeignet und verhältnismässig, um die Unabhängigkeit des Anwaltsstandes zu garantieren.<sup>118</sup> Nach Auffassung des Bundesgerichtes haben Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf also unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung auszuüben. Sie dürfen dabei keine Bindung eingehen, durch welche Dritte, die nicht in einem kantonalen Register eingetragen sind, rechtlich oder tatsächlich, direkt oder indirekt Einfluss auf die Berufsausübung nehmen können.<sup>119</sup>

Da eine Anwalts-Kapitalgesellschaft selbst nicht im Anwaltsregister eingetragen werden kann, könnten Anwältinnen und Anwälte, die bei einer Anwalts-GmbH oder einer Anwalts-Aktiengesellschaft angestellt sind, bei wörtlicher Anwendung des Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA von vornherein nicht in das Anwaltsregister eingetragen werden. Wie das Bundesgericht jedoch in

109 NOBEL (Fn. 71), 369.

110 SANWALD (Fn. 10), 261.

111 Vgl. dazu eingehend STEPHAN WOLF, Zivilrechtliche Organisationsmöglichkeiten für das freiberufliche Notariat – Betrachtungen *de lege lata*, Gedanken *de lege ferenda*, in: PETER RUF/ROLAND PFÄFFLI (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, 303 ff., insbes. 317 f.

112 WOLF (Fn. 111), 318 ff.

113 WOLF (Fn. 111), 321.

114 HANS NATER, Anwaltsrecht, in: WALTER FELLMANN/TOMAS POLEDNA (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2001, Bern 2002, 439 ff., 443.

115 NATER (Fn. 114), 443.

116 Zum Gesetzgebungsverfahren vgl. HANS NATER, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte: Eine Übersicht, in: HANS NATER (Hrsg.), Professional Legal Services: Vom Monopol zum Wettbewerb, Zürich 2000, 1 ff., 12 ff.

117 2P.187/2000.

118 2P.187/2000, Erw. 4.c.

119 So denn auch die vom Nationalrat BAUMBERGER (Winterthur) im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagene Definition der Unabhängigkeit, BBl 1999, 1551 ff.; vgl. auch NZZ vom 2.9.1999, Nr. 203; NATER (Fn. 116), 14 f.

BGE 124 III 235 f. feststellte, ist das Gesetz «in erster Linie aus sich selbst, d. h. nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen auszulegen; dabei hat sich die Gesetzesauslegung vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz; gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der *ratio legis*.»<sup>120</sup>

Es liegt auf der Hand, dass Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA bei Anwendung dieser Grundsätze nicht so interpretiert werden darf, dass Anwältinnen und Anwälte, die bei einer Anwalts-GmbH oder einer Anwalts-AG angestellt sind, nicht in das Anwaltsregister eingetragen werden dürften. Das Gesetz verlangt bloss, dass Gewähr besteht, dass Dritte, die nicht in einem kantonalen Register eingetragen sind, weder rechtlich noch tatsächlich, weder direkt noch indirekt über die Gesellschaft Einfluss auf die Berufsausübung von Anwälten nehmen können.

Gleiches gilt für das Unabhängigkeitsgebot in Art. 12 lit. b BGFA.<sup>121</sup> Es fragt sich in diesem Zusammenhang lediglich, ob die Forderung, die Anwältinnen und Anwälte müssten ihren Beruf in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung ausüben, zu einem anderen Ergebnis führt. Für die Pflicht, den Anwaltsberuf in eigenem Namen auszuüben, scheint mir dies von vornherein nicht der Fall zu sein. Sie ist lediglich Korrelat zum Gebot der Unabhängigkeit.

Bei der Verpflichtung, den Anwaltsberuf auf eigene Verantwortung auszuüben, ist demgegenüber zu prüfen, ob das Gesetz die unbeschränkte persönliche Haftung der Anwältinnen und Anwälte zur Voraussetzung der Berufsausübung macht.<sup>122</sup> Auch dies ist indessen nicht der Fall; im Gegenteil: Art. 12 lit. f BGFA verpflichtet die Anwältinnen und Anwälte, «eine Berufshaftpflichtversicherung nach Massgabe der Art und des Umfangs der Risiken, die mit ihrer Tätigkeit verbunden sind, abzuschliessen.» Dies zeigt, dass der Gesetzgeber nicht davon ausging, zum Schutz der Rechtsuchenden sei eine unbeschränkte persönliche Haftung der Rechtsanwältinnen erforderlich. Er nahm vielmehr an, dass das Substrat der persönlichen Haftung in der Regel gerade nicht genügt, um Schadenersatzansprüche von Klienten zu decken. Der Gesetzgeber verlangte daher den Abschluss einer Haftpflichtversicherung. Die Pflicht, den Anwaltsberuf in eigener Verantwortung auszuüben, kann daher nicht dazu führen, die GmbH oder die Aktiengesellschaft als Organisationsform für den Zusammenschluss von Anwältinnen und Anwälten auszuschlies-

sen. In der Tat sind selbst kleinere Aktiengesellschaften und GmbHs oft zahlungskräftiger als viele Anwälte. Dazu kommt, dass natürliche Personen im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften nicht verpflichtet sind, ein bestimmtes Kapital zu erhalten. Wie VONZUN richtig feststellt, ist es daher im Einzelfall durchaus möglich, «dass die bei der Aktiengesellschaft und der GmbH bestehenden Kapitalschutzvorschriften den Gläubigerinteressen besser gerecht werden als eine Verpflichtung zur unbeschränkten persönlichen Haftung.»<sup>123</sup> Nach seiner Meinung besteht im Übrigen auch kein Grund zur Annahme, dass sich die fehlende persönliche Haftbarkeit von in Kapitalgesellschaften organisierten Rechtsanwältinnen negativ auf die Qualität der Mandatsführung auswirke.<sup>124</sup>

Wie VONZUN zutreffend feststellt, sind auch das verfassungsrechtliche Prinzip der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) sowie die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) zu beachten. Namentlich unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit stellt sich in der Tat die Frage, ob mit dem Verzicht auf die Sonderbehandlung der freien Berufe nicht auch der innere Grund für das angebliche Verbot entfallen ist, Anwaltsgemeinschaften als Kapitalgesellschaften zu organisieren. Jedenfalls würde es nach der Auffassung von VONZUN einer besonderen Rechtfertigung bedürfen, wenn die Gleichstellung der Rechtsanwältinnen mit den übrigen Gewerbetreibenden tatsächlich vor den Kapitalgesellschaften halt machen sollte.<sup>125</sup>

In diesem Zusammenhang weist VONZUN zu Recht darauf hin, es habe gar nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, mit der in Art. 12 lit. b BGFA gewählten Wendung «auf eigene Verantwortung» die Gründung einer Anwalts-Kapitalgesellschaft auszuschliessen. Im Gesetzgebungsverfahren sei vielmehr die Frage der anwaltlichen Unabhängigkeit im Vordergrund gestanden. Diskutiert worden sei insbesondere die Rechtsstellung von angestellten Anwälten. Zwar habe sich im Nationalrat der von Ständerat Hans-Rudolf Merz gestellte Antrag, den Rechtsanwältinnen ausdrücklich Organisationsfreiheit zuzugestehen, nicht durchgesetzt. Die Mehrheit sei vielmehr der Auffassung gewesen, es sei noch zu wenig abgeklärt, ob eine unabhängige Berufsausübung in der Rechtsform der Aktiengesellschaft und der GmbH möglich sei. Der Nationalrat habe aber diese ablehnende Haltung nicht als generelle Absage an die Anwalts-Kapitalgesellschaft verstanden, sondern vielmehr ausdrücklich offen gelassen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen es Rechtsanwältinnen erlaubt sei, gemeinsam eine Kapitalgesellschaft zu betreiben. Auch Bundesrätin Metzler habe im Nationalrat versichert, mit der Endfassung von Art. 12 lit. b BGFA werde zur Frage der Organisation von Anwaltskanzleien nichts gesagt.<sup>126</sup>

Zwar kann der Auffassung von VONZUN nicht gefolgt werden, allein aus diesen entstehungsgeschichtlichen Zusammenhängen sei zu folgern, dass die in Art. 12 lit. b BGFA statuierte Verpflichtung, den Anwaltsberuf «auf eigene Verantwortung» auszuüben, die Errichtung einer Anwalts-Kapitalgesellschaft nicht aus-

120 Vgl. dazu auch ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 161 ff.

121 Vgl. dazu auch BENOÎT CHAPPUIS, La pratique du barreau au sein d'une personne morale – Réflexions de *lege ferenda* sous l'angle de l'indépendance de l'avocat, Revue de l'avocat 8/2003, 261 ff., 263 f.

122 Diese Frage stellt sich für LUKAS HANDSCHIN (Anwaltsgesellschaften als juristische Personen: Zum Stand der Diskussion, Anwaltsrevue 8/2003, 259 f.) mindestens im Monopolbereich nicht, da er davon ausgeht, die fehlende Postulationsfähigkeit (der Kollektivgesellschaft und) der juristischen Person führe dazu, dass die Anwälte, die sich in dieser Rechtsform organisierten, in jedem Fall mit den Klienten eine persönliche Vertragsbeziehung eingehen würden; vgl. dazu die Kritik in Fn. 162).

123 VONZUN (Fn. 1), 457 f.

124 VONZUN (Fn. 1), 457.

125 VONZUN (Fn. 1), 453 f.

126 VONZUN (Fn. 1), 458 ff. m. w. H.

schliesse.<sup>127</sup> Nach der neueren Praxis des Bundesgerichtes sind nämlich die Vorarbeiten zu einem Gesetz bei der Auslegung nur zu berücksichtigen, wenn sie zum Sinn einer nicht eindeutigen Gesetzgebung eine klare Antwort geben und ihren Niederschlag im Gesetz selbst gefunden haben.<sup>128</sup> Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Die Gesetzesmaterialien bilden aber trotzdem ein gewichtiges Indiz dafür, dass Art. 8 Abs. 1 lit. d und Art. 12 lit. b BGFA nicht dahingehend ausgelegt werden können, dass damit die Gründung einer Anwalts-Kapitalgesellschaft ausgeschlossen wäre.

### 3. Rechtsgeschäftliche Ausgestaltung einer Anwaltskapitalgesellschaft

a) *Die Beherrschung der Anwalts-Kapitalgesellschaft durch im Anwaltsregister eingetragene Anwältinnen und Anwälte*

aa) Sicherstellung der Unabhängigkeit vor dem Einfluss Dritter

Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA muss bei einem Zusammenschluss mehrerer Anwältinnen und Anwälte zu einer Anwalts-Kapitalgesellschaft sichergestellt werden, dass Dritte, die nicht in einem kantonalen Register eingetragen sind, weder rechtlich noch tatsächlich, weder direkt noch indirekt Einfluss auf deren Berufsausübung nehmen können. Teilweise wird daher die Auffassung vertreten, Mitglieder von Anwalts-Kapitalgesellschaften könnten nur (im Register eingetragene) Anwältinnen und Anwälte sein. Diese Verpflichtung sei durch entsprechende statutarische Vorkehrungen sicherzustellen.<sup>129</sup> VONZUN räumt zwar ein, dass mit der Beschränkung des Aktionärkreises auf Rechtsanwälte sogar eine ungleiche Verteilung der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten unter dem Blickwinkel des Art. 8 Abs. 1 lit. d BFGA unbedenklich wäre. Er vertritt jedoch zu Recht die Auffassung, es müsse Anwältinnen und Anwälten auch erlaubt sein, sich mit Nichtanwältinnen gesellschaftlich zu verbinden und zwar unabhängig davon, ob es sich beim konkreten Zusammenschluss um eine Kollektivgesellschaft, eine Aktiengesellschaft oder eine GmbH handle.<sup>130</sup> Zu verlangen sei lediglich, dass die als Kapitalgesellschaft ausgeformte Anwaltsgemeinschaft von Rechtsanwälten beherrscht werde, d. h., dass diese sowohl in der Generalversammlung als auch im Verwaltungsrat über eine Mehrheit der Stimmen verfügen.<sup>131</sup> Für die Aktiengesellschaft sei zudem mit Blick auf Art. 704 Abs. 1 OR zu fordern, dass die Gesellschaft auch kapitalmässig durch Anwälte beherrscht werde.<sup>132</sup> Für das Recht der GmbH sei es demgegenüber nicht erforderlich, zusätzlich zur stimmenmässigen auch eine kapitalmässige Beherrschung durch Rechtsanwälte zu verlangen.<sup>133</sup>

Die hier vorgeschlagenen Massnahmen lassen sich im Recht der GmbH besonders gut realisieren. Art. 791 Abs. 3 OR lässt den Gesellschaftern nämlich hinsichtlich der Ausgestaltung von Übertragungsvoraussetzungen weitgehende Freiheit. Auch für den Fall, dass ein Gesellschafter stirbt,<sup>134</sup> aus der Gesellschaft austritt<sup>135</sup> oder ausgeschlossen wird,<sup>136</sup> kann wirksam Vorsorge getroffen werden. Dabei können die Gesellschaftsanteile sowohl durch die verbleibenden oder neu eintretenden Gesellschafter wie auch im Rahmen des Art. 807 OR durch die Gesellschaft übernommen werden.<sup>137</sup>

Im Aktienrecht lässt sich mittels Vinkulierung von Namenaktien sicherstellen, dass die Unabhängigkeit der Gesellschaft stets den Anforderungen des Art. 8 Abs. 1 lit. d und Art. 12 lit. b BGFA genügt. Will ein Aktionär seine Beteiligung veräussern, steht es der Anwalts-AG offen, die Aktien für eigene Rechnung, für Rechnung anderer Aktionäre oder für Rechnung Dritter zum wirklichen Wert zu übernehmen.<sup>138</sup> Damit kann sie aktiv auf die Auswahl eines späteren Erwerbers Einfluss nehmen.<sup>139</sup> Werden die Aktien durch Erbgang, Erbeilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung durch Dritte erworben, kann die Gesellschaft das Anerkennungsgesuch ablehnen, wenn sie dem Erwerber die Übernahme der Aktien anbietet.<sup>140</sup> Wie VONZUN zutreffend feststellt, kann eine solche Regelung in Einzelfällen zu Problemen führen, weil der Erwerb vinkulierter Namenaktien der Gesellschaft nur gestattet ist, wenn sie über frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der dafür vorgesehenen Mittel verfügt und der Nennwert der Aktien 20% des Aktienkapitals nicht übersteigt.<sup>141</sup> Er rät daher dazu, «die verbleibenden Gesellschafter in einer separaten vertraglichen Vereinbarung zu verpflichten, die Aktien zum wirklichen Wert i. S. v. Art. 685b Abs. 4 OR zu übernehmen».<sup>142</sup>

bb) Sicherstellung der Weisungsunabhängigkeit

Mit VONZUN ist einzuräumen, dass sich durch die Einbindung in eine Anwalts-Kapitalgesellschaft eine gewisse Abhängigkeit der Anwälte ergibt, da sie an die Entscheide der Generalversammlung und des Verwaltungsrates gebunden sind.<sup>143</sup> Diese Abhängigkeit ist jedoch nicht stärker, als die Abhängigkeit von Gesellschaftsbeschlüssen in Personengesellschaften. Sie schliesst daher eine unabhängige Berufsausübung nicht aus. Wie VONZUN im Übrigen zutreffend feststellt, sind namentlich strategische Beschlüsse, etwa in Bezug auf die Annahme oder Ablehnung bestimmter Mandate, mit dem Gebot der Unabhängigkeit durchaus vereinbar.<sup>144</sup>

127 VONZUN (Fn. 1), 460.

128 BGE 122 III 474; vgl. auch BGE 123 V 301; 124 II 200; 124 V 189.

129 Vgl. BRUNNER (Fn. 1), 458 f.; PFEIFER (Fn. 1), 330; vgl. auch CHAPPUIS (Fn. 121), 264.

130 VONZUN (Fn. 1), 462 f.; a. M. CHAPPUIS (Fn. 121), 264.

131 VONZUN (Fn. 1), 463; vgl. auch NOBEL (Fn. 71), 369; PFEIFER (Fn. 1), 330.

132 VONZUN (Fn. 1), 463; vgl. auch BRUNNER (Fn. 1), 458; PFEIFER (Fn. 1), 308 Fn. 323.

133 VONZUN (Fn. 1), 463 Fn. 63.

134 Vgl. Art. 792 OR.

135 Vgl. Art. 822 Abs. 1 OR.

136 Vgl. Art. 822 Abs. 3 OR.

137 VONZUN (Fn. 1), 464.

138 Art. 685b Abs. 1 OR.

139 VONZUN (Fn. 1), 464.

140 Art. 685b Abs. 4 OR; VONZUN (Fn. 1), 464.

141 Art. 659 Abs. 2 OR; VONZUN (Fn. 1), 464.

142 VONZUN (Fn. 1), 464.

143 VONZUN (Fn. 1), 465.

144 VONZUN (Fn. 1), 465.

Die bei der Mandatausübung geforderte Unabhängigkeit kann durch eine Beschränkung der Weisungsgebundenheit in den Statuten oder in Reglementen ausdrücklich verankert werden. Zudem lässt sich argumentieren, das Berufsrecht gehe dem Obligationenrecht als *lex specialis* ohnehin vor.<sup>145</sup> Im Übrigen ist festzuhalten, dass das BGFA mit der Beschränkung der Zulassung angestellter Anwälte auf Angestellte von im Anwaltsregister eingetragenen Arbeitgebern (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA) nur Weisungen Dritter ausschliesst. Weisungen einer Anwaltsmehrheit in der Generalversammlung oder im Verwaltungsrat wären demnach nicht verpönt. Ob die praktizierenden Anwälte tatsächlich in jedem Fall Organe der Gesellschaft mit Recht zur Aussenvertretung sein müssen, wie dies NOBEL fordert,<sup>146</sup> erscheint daher fraglich. Wie VONZUN zutreffend feststellt, ist es bei Zusammenschlüssen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft aber sicher ratsam, in den Statuten von der gesetzlich vorgesehenen Gesamtgeschäftsführung abzuweichen und stattdessen die Organisationsform der Einzelgeschäftsführung zu vereinbaren,<sup>147</sup> soweit die praktizierenden Anwälte zugleich Organe der Gesellschaft sind. Auch bei der GmbH empfiehlt es sich, in den Statuten Einzelgeschäftsführung vorzusehen.<sup>148</sup> Nach meiner Auffassung erscheint es indessen nicht unbedingt erforderlich, dass alle praktizierenden Anwälte Einsitz in den Verwaltungsrat der Anwalts-AG bzw. das Geschäftsführungsorgan der Anwalts-GmbH nehmen. Es reicht, dass sie in Bezug auf die Mandatsführung zur Aussenvertretung der Gesellschaft berechtigt sind. Tatsächlich wird man nicht im Ernst fordern wollen, in der Anwalts-Kapitalgesellschaft müsse die Unterscheidung zwischen Partnern und Mitarbeitern aufgehoben werden. Bei Anwalts-Kollektivgesellschaften fordert ja auch niemand, alle Anwälte müssten auch Gesellschafter sein. Dass es sinnvoll ist, dass die Partner einer Anwaltsgemeinschaft im Verwaltungsrat der AG bzw. im Geschäftsführungsorgan der GmbH Einsitz nehmen und nach Möglichkeit mit Einzelunterschrift<sup>149</sup> ausgestattet sind, dürfte demgegenüber wohl richtig sein.<sup>150</sup>

#### b) Wahrung des Berufsgeheimnisses

In der Diskussion über die Zulässigkeit von Anwalts-Kapitalgesellschaften wird teilweise die Befürchtung geäußert, der Betrieb einer Anwalts-Kapitalgesellschaft führe zu einer Verletzung des Berufsgeheimnisses, weil die Revisoren der Aktiengesellschaft Einblick in geheime Daten erhielten, ohne selbst dem Berufsgeheimnis unterstellt zu sein.<sup>151</sup>

Dem ist vorab entgegenzuhalten, dass sich seit Einführung der Mehrwertsteuer Verfahren etabliert haben, die es gestatten, alle Geschäftsvorfälle transparent zu machen und gleichzeitig das Berufsgeheimnis zu wahren. Dass diese Massnahmen mit einigem Aufwand verbunden sind, liegt auf der Hand. Allen Kanz-

leien, welche die Mehrwertsteuer nicht nach der Saldosteuer-satzmethode<sup>152</sup> abrechnen, sind die erforderlichen Vorkehren indessen längst geläufig und dürften bei der Gründung einer Anwalts-AG keinen zusätzlichen Aufwand verursachen.

Auf der andern Seite ist mit VONZUN darauf hinzuweisen, dass die Revisoren ihrerseits zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Ihnen ist es untersagt, einzelnen Aktionären oder Dritten Wahrnehmungen zur Kenntnis zu bringen, die sie bei der Ausführung ihres Auftrages gemacht haben.<sup>153</sup> Die Verletzung dieses Berufsgeheimnisses der Revisoren belegt Art. 321 StGB mit der gleichen Strafdrohung wie die Verletzung des Berufsgeheimnisses durch Rechtsanwälte, Verteidiger oder Notare. Wie VONZUN zutreffend ausführt, ist die «gesetzliche Schweigepflicht der Revisoren und die vertragliche Verpflichtung der Hilfspersonen<sup>154</sup> von Rechtsanwälten, das Berufsgeheimnis ihrer Geschäftsherren zu wahren, (. . .) in qualitativer Hinsicht mindestens gleichwertig (. . .).»<sup>155</sup> Daran ändert auch die Auskunftspflicht der Revisoren gegenüber einem Sonderprüfer im Sinne von Art. 730 Abs. 2 OR nichts, da auch der Sonderprüfer zur Geheimhaltung verpflichtet ist.<sup>156</sup>

#### c) Das Vertragsverhältnis zum Klienten und die Vollmacht zur Parteivertretung

Tritt eine Anwaltsgemeinschaft in der Rechtsform einer Anwalts-Kapitalgesellschaft auf, wird durch den Mandatsvertrag allein die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet.<sup>157</sup> Dies führt indessen keineswegs zu einer Relativierung des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Klient, wie bisweilen behauptet wird. In der Tat ist die Situation bei der Kollektivgesellschaft nur graduell verschieden.<sup>158</sup> Sie wird bekanntlich im Aussenverhältnis wie eine juristische Person behandelt, erwirbt also in eigenem Namen Rechte und kann unter ihrer Firma auch Verbindlichkeiten eingehen.<sup>159</sup> Bei Anwaltsgemeinschaften, die in der Rechtsform der Kollektivgesellschaft organisiert sind, kommt der Mandatsvertrag daher ebenfalls zwischen der Gesellschaft und dem Klienten zustande. Wollte man also wegen dieser Konsequenz die Anwalts-Kapitalgesellschaft verbieten, wäre der Anwaltschaft auch die Organisation in der Rechtsform der Kollektivgesellschaft zu untersagen. Gleichzeitig müsste man allen angeestellten Anwälten die Berufsausübung verbieten, weil der Anwaltsvertrag nicht zwischen ihnen und dem Klienten, sondern zwischen ihrem Arbeitgeber und dem Mandanten abgeschlossen wird. Dass bei angestellten Anwälten, die bekanntlich oft selbstständig grosse Mandate führen, das Vertrauensverhältnis zum

145 VONZUN (Fn. 1), 465.

146 NOBEL (Fn. 71), 370.

147 Vgl. Art. 716 b OR; VONZUN (Fn. 1), 469.

148 Vgl. Art. 811 OR; VONZUN (Fn. 1), 469.

149 Vgl. Art. 718 und 811 OR.

150 Vgl. VONZUN (Fn. 1), 469 f.

151 Vgl. dazu VONZUN (Fn. 1), 467.

152 Vgl. Art. 59 MWSTG.

153 Vgl. Art. 730 OR; VONZUN (Fn. 1), 467.

154 Auch diese ist allerdings zusätzlich durch Art. 321 StGB geschützt, wonach Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare und ihre Hilfspersonen, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist, oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, auf Antrag mit Gefängnis oder Busse bestraft werden.

155 VONZUN (Fn. 1), 467.

156 Art. 697 e OR; VONZUN (Fn. 1), 467 f.

157 VONZUN (Fn. 1), 468; vgl. auch BRUNNER (Fn. 1), 464; NOBEL (Fn. 71), 370.

158 Darauf weist auch HANDSCHIN (Fn. 122), 259, hin.

159 Vgl. Art. 562 OR und dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 13 N 24 f.

Klienten relativiert ist, wird aber wohl niemand ernsthaft behaupten wollen. Dass diese Besonderheiten nichts daran ändern, dass der Aufsichtsbehörde gegenüber der einzelne Anwalt (disziplinarrechtlich) verantwortlich bleibt, ist lediglich der Vollständigkeit halber noch zu erwähnen. Dies allein gewährleistet schon einen hinreichenden Schutz der Klientschaft.

An diesem Ergebnis ändert auch nichts, dass die Anwalts-Kapitalgesellschaft – wiederum gleich wie die Kollektivgesellschaft – nicht selbst vor Gericht auftreten kann. Dies ist den im Anwaltsregister eingetragenen Anwältinnen und Anwälten vorbehalten. Bekanntlich ist nun aber die Vollmacht eine einseitige Ermächtigung des Vollmachtgebers, die von einer allfälligen Vertragsbeziehung der Parteien unabhängig ist.<sup>160</sup> Dies ist bei der Prozessvollmacht nicht anders. Sie kann daher ohne weiteres statt auf die als Kollektivgesellschaft ausgestaltete Anwaltsgemeinschaft, die Anwalts-AG oder die Anwalts-GmbH auf den mit der Ausführung des Mandates betrauten Anwalt ausgestellt werden. Beauftragt ist dann zwar die Anwalts-Kapitalgesellschaft (bzw. die Kollektivgesellschaft) als solche. Will sie den Klienten vor Gericht vertreten, muss sie sich dazu aber eines im Anwaltsregister eingetragenen Anwaltes oder einer eingetragenen Anwältin bedienen. Deren Handlungen im Rahmen der Mandatsführung gelten dann als Erfüllungshandlungen der juristischen Person.<sup>161</sup> Wie VONZUN zutreffend feststellt, kommt also dem Streit über die Frage, ob juristische Personen als Parteivertreter vor Gericht auftreten können, im Zusammenhang mit dem Einsatz von Anwalts-Kapitalgesellschaften keine praktische Bedeutung zu.<sup>162</sup>

## V. Rechtsformen de lege ferenda

Ständerat ANTON COTTIER reichte am 22. Dezember 1999 die Motion «Rechtliche Organisationsformen für freie Berufe» ein und forderte den Bundesrat damit auf, mögliche Organisationsformen für den Zusammenschluss der Angehörigen der freien Berufe zu prüfen und dem Parlament allenfalls Vorschläge für geeignete neue rechtliche Grundlagen zu unterbreiten. Am 16. Februar 2000 erklärte sich der Bundesrat bereit, diese Motion entgegenzunehmen. Am 8. März 2000 wurde der Vorstoss vom Ständerat und am 7. Dezember 2000 vom Nationalrat überwiesen. In der Folge nahm das Bundesamt für Justiz und das Eidgenössische Amt für Handelsregister die erforderlichen Arbeiten zur Klärung der von COTTIER aufgeworfenen Fragen auf.<sup>163</sup>

Einen Eindruck von der Breite dieser Abklärungen verschafft der Beitrag von RETO SANWALD «Rechtsformen für freie Berufe – eine Auslegeordnung» in der Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare,<sup>164</sup> ist SANWALD doch im Bundesamt für Justiz tätig und mit den fraglichen Arbeiten befasst (die dem Vernehmen nach derzeit leider wegen anderer Projekte ruhen).

Als Vorgaben für allfällig neue Rechtsformen stellt SANWALD die Forderung auf, die Leistungserbringung müsse unabhängig und ausschliesslich der Interessenlage des Auftraggebers verpflichtet sein. Es müsse daher sichergestellt werden, dass die Handlungsfreiheit des Freiberuflers nicht durch rechtliche oder faktische Weisungsbefugnisse beschränkt werde. Auf der anderen Seite müsse gewährleistet werden, dass das Berufsgeheimnis gewahrt bleibe und damit vertrauliche Informationen beim Arzt oder Anwalt verblieben und nicht Dritten bekannt würden. Diese Vorgaben müssten auch Zusammenschlüsse von Personen unterschiedlicher Berufsgruppen erfüllen.<sup>165</sup>

Als ausländische Vorbilder stellt SANWALD in seiner Arbeit die deutsche Partnerschaftsgesellschaft,<sup>166</sup> die italienische società tra avvocati,<sup>167</sup> die französische société civile professionnelle,<sup>168</sup> die deutsche Rechtsanwalts-GmbH,<sup>169</sup> die österreichische Rechtsanwalts-GmbH,<sup>170</sup> die französische société d'exercice libéral à responsabilité limitée<sup>171</sup> und die französische société d'exercice libéral à forme anonyme<sup>172</sup> vor. Als mögliche Muster scheinen vor allem die deutsche Partnerschaftsgesellschaft und die deutsche Rechtsanwalts-GmbH in Frage zu kommen.

Bei der Partnerschaftsgesellschaft haften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft neben dem Vermögen der Gesellschaft sämtliche Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen unbeschränkt als Solidarschuldner.<sup>173</sup> Für Fehler bei der Berufsausübung haftet demgegenüber neben dem Gesellschaftsvermögen nur das Privatvermögen desjenigen Gesellschafters, der den Auftrag bearbeitet hat.<sup>174</sup> Als Forderungen aus beruflichen Fehlern gelten dabei unabhängig von ihrer dogmatischen Grundlage alle vertraglichen Ansprüche des Auftraggebers. Erfasst werden darüber hinaus auch Verbindlichkeiten aus Delikt infolge von Handlungen, die ein Partner bei der Ausführung des Auftrages begeht.<sup>175</sup>

Nach § 8 Abs. 3 PartGG kann der Gesetzgeber für einzelne Berufe eine Beschränkung der Haftung für Ansprüche aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung auf einen bestimmten Höchstbetrag zulassen, wenn zugleich eine Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung der Partner oder der Partnerschaft begründet wird. Davon hat der Gesetzgeber in

160 Vgl. WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art. 394–406), Bern 1992, Art. 396 N 14.

161 Vgl. VONZUN (Fn. 1), 468 f.

162 VONZUN (Fn. 1), 469; a. M. HANDSCHIN (Fn. 122), 259 f., der offenbar übersieht, dass die Vollmacht von der Vertragsbeziehung unabhängig ist. Nach seiner Meinung (der nicht gefolgt werden kann) soll die fehlende Postulationsfähigkeit schon bei der Kollektivgesellschaft dazu führen, dass Rechtsanwälte im Monopolbereich mit dem Klienten auch dann eine persönliche Vertragsbeziehung eingehen, wenn sie ihre Leistung im Rahmen einer Kollektivgesellschaft erbringen würden. Dies soll nach HANDSCHIN auch so sein, wenn sich Rechtsanwälte in der Rechtsform einer juristischen Person organisieren.

163 Vgl. dazu eingehend SANWALD (Fn. 10), 239 m. w. H.

164 Hrsg. von PETER RUF und ROLAND PFÄFFLI, Langenthal 2003, 239 ff.

165 SANWALD (Fn. 10), 264.

166 SANWALD (Fn. 10), 267 ff.

167 SANWALD (Fn. 10), 272.

168 SANWALD (Fn. 10), 273.

169 SANWALD (Fn. 10), 274 ff.

170 SANWALD (Fn. 10), 279 f.

171 SANWALD (Fn. 10), 280 ff.

172 SANWALD (Fn. 10), 283.

173 § 8 Abs. 1 PartGG; vgl. SANWALD (Fn. 10), 269.

174 § 8 Abs. 2 PartGG; vgl. SANWALD (Fn. 10), 269 f.

175 SANWALD (Fn. 10), 270 m. w. H.

§ 51 a BRAO für Anwälte Gebrauch gemacht. Danach ist es zulässig, die Haftung durch schriftliche Vereinbarung für fahrlässig verursachten Schaden im Einzelfall auf die Höhe der Mindestversicherung (EUR 250 000.– pro Versicherungsfall)<sup>176</sup> respektive durch vorformulierte Vertragsbedingungen für Fälle einfacher Fahrlässigkeit auf den vierfachen Betrag der Mindestversicherung zu beschränken.<sup>177</sup>

Bei der deutschen Rechtsanwalts-GmbH haftet für Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen. Die GmbH wird jedoch von Gesetzes wegen verpflich-

tet, eine Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindestdeckung von EUR 2,5 Mio. pro Versicherungsfall abzuschließen.<sup>178</sup> Der Abschluss einer solchen Versicherung bildet Voraussetzung für die Zulassung der Rechtsanwalts-GmbH.<sup>179</sup> Parallel dazu ist jeder Rechtsanwalt persönlich zum Abschluss einer individuellen Berufshaftpflichtversicherung verpflichtet, welche die gleichen Risiken abdeckt und deren Mindestdeckung EUR 250 000.– pro Versicherungsfall beträgt.<sup>180</sup>

---

178 § 59j Abs. 1 und 2 BRAO.

179 § 59d Ziff. 3 BRAO; vgl. SANWALD (Fn. 10), 277 f.

180 § 51 Abs. 1 und 4 BRAO; vgl. SANWALD (Fn. 10), 278.

---

176 § 51 Abs. 4 BRAO.

177 SANWALD (Fn. 10), 271.