

Thierry Luterbacher*

Kollektivrisiko bei Anwaltsgesellschaften

Stichworte: Haftpflichtrecht, Anwalt, Kollektiv, Berufshaftpflichtversicherung, Versicherungsmöglichkeiten

I. Ausgangslage

Die Anforderungen an den Anwaltsberuf haben sich in den letzten Jahrzehnten entsprechend den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Umwälzungen mit grosser Geschwindigkeit verändert. Während früher noch die Auffassung im Vordergrund stand, der Anwaltsberuf gehöre zu den wissenschaftlichen Berufsarten,¹ nimmt das Publikum heute den Anwalt mehr und mehr wie einen anderen Dienstleistungserbringer war, der sich im harten Konkurrenzkampf mit anderen Rechtsdienstleistern bewähren muss. In einem Zeitalter, in dem Dienstleistungen immer mehr wie Produkte angepriesen und verkauft werden, will der Konsument fehlerfreie Leistungen.² Wieso der Anwalt bezüglich Haftung anders als andere Dienstleister behandelt werden soll, leuchtet breiten Kreisen nicht ein.³ Von einem Anwalt werden daher einwandfreie Dienste erwartet. Die Haftungsanforderungen werden bei Dienstleistern laufend verschärft.⁴ Davon ist auch der Anwaltsberuf nicht ausgenommen.⁵ Für den praktizierenden Anwalt ist es je länger je weniger möglich, sich als Einzelkämpfer in sämtlichen ständig komplexer werdenden Rechtsgebieten zurecht zu finden und überdies allen Anliegen der zunehmend international operierenden Klientel zeitgerecht und kompetent nachzukommen. Im Lichte dieser Ausgangslage müssen Wege gefunden werden, um diesen hohen Anforderungen zu genügen. Taugliche Lösungen sieht man meistens in einem Zusammenschluss von Anwälten, wo sich verschiedenste Fachkompetenzen vereinigen. Schliessen sich mehrere Anwälte zu einer Gemeinschaft zusammen, so geschah das bisher traditionellerweise in der Form einer einfachen Gesellschaft oder im Kleide einer Kollektivgesellschaft.⁶ Seit neuestem ist unter gegebenen Voraussetzungen auch der Zusammenschluss mehrerer Anwälte in der Ausgestaltung einer juristischen Person zulässig, wobei hier insbesondere die Aktiengesellschaft im Vordergrund steht.⁷

Im Folgenden wird auf die Haftungsrisiken und auch über die Versicherungsmöglichkeiten dieser kollektiven Gebilde einzugehen sein.

II. Mögliche Gesellschaftsformen und Kollektivrisiko

1. Einfache Gesellschaft

Eine einfache Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR stellt bekanntlich eine Rechtsgemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit dar. Sie ist keine juristische Person und auch kein Träger eigener Pflichten und Rechte. Verpflichtet und berechtigt sind immer nur die einzelnen Gesellschafter.⁸ Sie kann im Unterschied zur Kollektiv⁹- und zur Kommanditgesellschaft¹⁰ unter ihrer Firma keine Rechte erwerben und keine Verbindlichkeiten eingehen und nicht vor Gerichten klagen und verklagt werden.¹¹ Alle Gesellschafter als Einzelpersonen müssen zusammen eingeklagt werden und können nur zusammen klagen. Es liegt eine notwendige Streitgenossenschaft vor.¹²

Eine einfache Gesellschaft wird bei einer Anwaltsgemeinschaft dann etwa anzunehmen sein, wenn sich mehrere allein praktizierende Anwälte zu einer losen Bürogemeinschaft zwecks Tiefhaltung der Kosten zusammengeschlossen haben: Man mietet zusammen Büroräumlichkeiten, hält zusammen eine Bibliothek, installiert für alle zusammen einen Photokopierer und weitere Geräte, beschäftigt Personen für Sekretariatsarbeiten, welche für alle Anwälte der Bürogemeinschaft Leistungen erbringen etc. Die Kosten werden in aller Regel im Umfang der beanspruchten Leistungen verteilt. Jeder Anwalt führt seine Mandate selber auf eigene Rechnung. Gegen aussen treten die Anwälte selbständig und unabhängig auf. Jeder verfügt über eigenes Briefpapier, eigene Vollmachtsformulare, eigene Bank- und Postcheckkonti sowie eine eigene Mehrwertsteuernummer.¹³ Treten die Anwälte jedoch Dritten gegenüber unter einer gemeinsamen Bezeichnung auf, benutzen sie Briefpapier, auf dem alle Anwälte aufgeführt sind und arbeiten mit Vollmachts-

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Winterthur.

1 BGE 123 I 16.

2 Vgl. THIERRY LUTERBACHER, Haftung und Versicherung von Dienstleistern, Studienheft recht 7/2008, Bern, S. 4; WOLFGANG WIEGAND, Zur Haftung für Dienstleistungen, in: recht 1990, Bern, S. 140.

3 MICHAEL KULL, Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, Zürich 2000, S. 4.

4 WALTER FELLMANN, Der einfache Auftrag und die aktuelle Entwicklung im Recht der freien Berufe, in: recht 2008, Bern, S. 122 f.; WIEGAND (Fn. 2), S. 139.

5 Eine Zusammenstellung von Haftungsbeispielen für vertragswidriges Verhalten von Anwälten findet sich bei LUTERBACHER (Fn. 2), S. 34 ff.

6 Vgl. SHELBY DU PASQUIER und PHILIPP FISCHER, La responsabilité de l'avocat dans une étude constituée en personne morale, in: SZW 2008, S. 549.

7 ZR 2006 Nr. 71; vgl. die Nachweise bei DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 548; WALTER FELLMANN, Neue Rechtsformen für Anwaltskanzleien und Auswirkung auf die Haftung des Anwalts, in: Tagung der Winterthur Versicherungen vom 20. September 2006, Zürich 2006, S. 55 ff., S. 57 ff.

8 Art. 543 ff. OR.

9 Art. 562 OR.

10 Art. 602 OR.

11 Vgl. die Hinweise bei LUKAS HANDSCHIN, Kommentar zu Art. 530–542 OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. II, Basel/Frankfurt am Main, 3. Auflage 2008, N 6 zu Art. 530 OR.

12 DANIEL STAEHELIN, ADRIAN STAEHELIN und PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich 2008, § 13 N 41.

13 FELLMANN (Fn. 7), S. 61.

formularen mit gegenseitiger Substitutionsvollmacht, wird ein solcher Zusammenschluss wohl nicht mehr als eine einfache Gesellschaft, sondern schon eher als eine Kollektivgesellschaft zu qualifizieren sein.¹⁴

2. Kollektivgesellschaft

Die Kollektivgesellschaft ist ein Zusammenschluss unter einer gemeinsamen Firma von mindestens zwei natürlichen Personen, welche unbeschränkt haften.¹⁵ Die Kollektivgesellschaft betreibt in aller Regel ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe¹⁶ und die Gesellschafter haben sich in das Handelsregister einzu-tragen.¹⁷ Der Eintrag in das Handelsregister ist bloss deklaratorisch.¹⁸ Die Träger von Rechten und Pflichten sind die Gesellschafter.¹⁹ Im Verhältnis zu Dritten tritt die Kollektivgesellschaft jedoch ähnlich wie eine juristische Person auf:²⁰ Sie ist handlungs-, prozess- und betreibungsfähig.²¹ Als Sonderform der Kollektivgesellschaft²² wurde die Kommanditgesellschaft als mögliche Form einer Anwalts-gesellschaft kaum jemals diskutiert. Mangels Relevanz wird an dieser Stelle nicht darauf eingegangen.

Im Gegensatz zu einer losen Bürogemeinschaft hat eine partnerschaftlich organisierte, als Kollektivgesellschaft ausgestaltete Anwaltssozietät einen umfassenden Zweck: Die Partner einer solchen Gemeinschaft 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 Umsatz, Anciennität, Aquisitionleistung und allfälligen weiteren Kriterien.²³ Nach einem älteren Verständnis wurden solche Anwaltskanzleien trotz gegebenen Voraussetzungen nicht als kaufmännisches Unternehmen qualifiziert.²⁴ Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts stützt auf den Eindruck ab, den die Mandanten nach guten Treuen von der Struktur der Kanzlei und der Betreuung ihrer Mandate haben dürfen.²⁵ Daraus kann abgeleitet werden, dass wohl heute jede grössere Anwaltskanzlei nach kaufmännischen Grundsätzen organisiert ist und einer geordneten Buchführung bedarf. Es wird sich somit bei grösseren Kanzleien meistens um ein in das Handelsregister eintragungspflichtiges Gewerbe nach Art. 934 Abs. 1 OR handeln.²⁶

3. Abgrenzung einfache Gesellschaft/ Kollektivgesellschaft

a. Bedeutung

Werden mehrere Anwälte mandatiert und teilen sie sich insbesondere nach eigenen Absprachen die Arbeit, wird regelmässig von einer solidarischen Haftung²⁷ der Anwälte²⁸ für vertragliche Schadenersatzansprüche auszugehen sein.²⁹ Schwierig ist in der Praxis die Frage, ob bei einem Mandat an mehrere Anwälte eine einfache Gesellschaft oder eine Kollektivgesellschaft vorliegt. Die Abgrenzung ist insofern von Bedeutung, als eine Kollektivgesellschaft als solche eingeklagt werden kann, während bei der einfachen Gesellschaft alle Gesellschafter zusammen ins Recht gefasst werden müssen. Die Mitglieder der einfachen Gesellschaft haften nach Art. 544 Abs. 3 OR unmittelbar solidarisch, die Kollektivgesellschaftler haften jedoch nach Art. 568 Abs. 3 OR nur subsidiär persönlich und solidarisch.³⁰ Sodann müssen einfache Gesellschafter für vor ihrem Eintritt begründete Verpflichtungen nur einstehen, wenn sie ihnen beitreten;³¹ die Kollektivgesellschaftler haften dagegen gemäss Art. 569 OR von Gesetzes wegen.³² Für unerlaubte Handlungen eines Gesellschafters besteht bei der einfachen Gesellschaft keine solidarische Haftung der anderen Gesellschafter, auch nicht als Geschäftsherren nach Art. 55 OR, da zwischen den Gesellschaftern kein Subordinationsverhältnis besteht.³³ Bei der Kollektivgesellschaft haften die Gesellschafter gemäss Art. 567 Abs. 3 für unerlaubte Handlungen eines Mitgliedes solidarisch, sofern dieses die Handlungen in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begangen hat.³⁴

b. Kriterien des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte Gelegenheit, im Entscheid vom 3. Juli 1998³⁵ zur Frage Stellung zu nehmen, wann eine Anwaltskanzlei als einfache Gesellschaft oder als Kollektivgesellschaft zu qualifizieren sei. Aufschlussreich sind die Ausführungen des Bundesgerichts zur Frage, ob eine Kollektivgesellschaft oder eine einfache Gesellschaft vorliegt:

- Eine Anwaltskanzlei braucht sich nicht explizit als Kollektivgesellschaft zu erkennen geben. Eine solche kann konkludent entstehen und sich namentlich aus dem Verhalten der Partner

14 Vgl. II.3b.

15 Art. 552 Abs. 1 OR.

16 Aus Art. 553 OR ergibt sich, dass auch Kollektivgesellschaften zulässig sind, die kein kaufmännisches Unternehmen betreiben (vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ und PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007, § 13 N 32).

17 Art. 552 Abs. 2 OR.

18 Vgl. die Nachweise bei CARL BAUDENBACHER, Kommentar zu Art. 552–556 OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Fn. 11), N 40 zu Art. 553 OR.

19 BGE 116 II 655.

20 BAUDENBACHER (Fn. 18), N 3 zu Art. 552 OR.

21 Art. 562 OR.

22 BAUDENBACHER (Fn. 18), N 1 zu Art. 594 OR.

23 FELLMANN (Fn. 7), S. 62.

24 FELLMANN (Fn. 7), S. 57 f.

25 BGE 124 III 363, 364 ff.

26 FELLMANN (Fn. 7), S. 59 und S. 64.

27 Art. 403 Abs. 2 OR: «Haben mehrere Personen einen Auftrag gemeinschaftlich übernommen, so haften sie solidarisch . . .»

28 Art. 544 Abs. 3 OR.

29 HANS PETER WALTER, Unsorgfältige Führung eines Anwaltsmandates, in: Schaden – Haftung – Versicherung, Peter Münch und Thomas Geiser (Hrsg.), in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. V, S. 129 ff.; S. 781 ff., Basel 1999, N 16.12.

30 Vgl. auch RETO T. RUOSS, Anwaltliche Sorgfalt und die Folgen anwaltlicher Sorgfalt in einer Sozietät, in: Die Sorgfalt des Anwalts in der Praxis, Anwaltsseminar der Winterthur Versicherungen vom 23. April und 27. Oktober 1997, S. 94.

31 RUOSS (Fn. 30), S. 96.

32 Vgl. RUOSS (Fn. 30); WALTER (Fn. 29), N 16.13.

33 BGE 84 II 382.

34 STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (Fn. 12), § 30 N 43.

35 BGE 124 III 363 ff.

ergeben, ohne dass ihnen diese Rechtsfolgen bewusst sein muss.

- Betreibt eine Anwaltsgemeinschaft unter einer gemeinsamen Firma ein kaufmännisches Unternehmen, ist sie zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet (Art. 522 OR). Dass zum heutigen Zeitpunkt mindestens jede grössere Anwaltskanzlei nach kaufmännischen Grundsätzen organisiert ist und einer geordneten Buchführung bedarf, sei zurecht von der Basler Justiz erkannt worden. Werde in solchen Anwaltskanzleien der nach Handelsregisterverordnung geforderte Umsatz erreicht, handle es sich um ein eintragungspflichtiges Gewerbe. In solchen Fällen werde das Verhältnis zwischen Anwalt und Klient in einer Weise entpersonalisiert, dass anstelle des individuellen Vertrauensverhältnisses ein Team von Anwälten tritt, in welchem der jeweilige Spezialist für einen Teilaspekt des Problems die Lösung suche. Weiche die individuelle Anwaltspraxis mit ihrem ursprünglichen «Kerngeschäft» (Rechtsberatung, Erarbeiten von Rechtsschriften, Prozessführung etc.) der kollektiven Berufsausübung unter gleichzeitiger Ausdehnung des Tätigkeitsfeldes (Treuhand, Bankgeschäft, Vermögensverwaltung, Unternehmensberatung inklusive Mergers&Acquisitions etc.) ab, müsse man namentlich beim Auftreten mit einheitlichem Briefkopf und einer einheitlichen Zahlstelle eine Kollektivgesellschaft und nicht eine einfache Gesellschaft im Sinne einer losen Bürogemeinschaft annehmen. Eine Anwaltsgemeinschaft, die nach aussen kollektivgesellschaftlich auftritt, müsse sich zivilrechtlich auf diesen Rechtsschein behaften lassen.
- Weiteres Element für das Vorliegen einer Kollektivgesellschaft und Abgrenzungskriterium zur einfachen Gesellschaft ist das Auftreten unter gemeinsamer Firma. Benützt etwa innerhalb einer Bürogemeinschaft jeder Anwalt sein eigenes Briefpapier, spricht dies nicht für eine Kollektivgesellschaft.
- Unabhängig davon, wie eine Anwaltskanzlei auf dem Markt auftritt, haftet sie für Pflichtverletzungen 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.

4. Juristische Personen

a. Generelles

Anwaltsgemeinschaften dürfen sich seit neuestem auch als juristische Personen konstituieren.³⁶ Neben der Haftungsbeschränkung³⁷ wirken dabei auch andere Motive mit.³⁸ Obwohl bei der Ausgestaltung von Anwaltsgemeinschaften in der Form einer ju-

ristischen Person die Aktiengesellschaft im Vordergrund steht, kommen auch die GmbH oder die Genossenschaft in Frage.³⁹ Die Aufsichtsbehörden verlangen, dass die Beherrschung einer Anwaltsgesellschaft durch eingetragene Anwälte garantiert ist.⁴⁰ Die Anwälte inklusive Partner sind primär Arbeitnehmer der juristischen Person.⁴¹ Um die Unabhängigkeit zu gewährleisten, müssen die Arbeitsverträge vorsehen, dass die juristische Personen den angestellten Anwälten keine konkreten Weisungen bezüglich der Mandatsführung geben dürfen.⁴² Damit die angestellten Anwälte vor Gericht auftreten können, benötigen sie dafür eine spezielle vom Anwaltsvertrag unterschiedliche Vollmacht des Klienten, damit die Postulationsfähigkeit gewahrt werden kann.⁴³ Der persönliche Geltungsbereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und der Berufsregeln nach BGFA bleibt indessen von der Rechtsform der Anwaltsgemeinschaft unberührt.⁴⁴

b. Beachtung von körperschaftlichen Strukturen

Die körperschaftliche Struktur bringt es mit sich, dass die Anwälte als Gesellschafter gewisse gesellschaftsrechtliche Pflichten zu beachten haben. Während sich die Pflicht des Anwalts als Aktionär auf den Betrag für die bezogenen Aktien zu bezahlen beschränkt,⁴⁵ müssen bei der GmbH nicht nur Stammanteile beglichen,⁴⁶ sondern auch weitere Pflichten des Gesellschaftsrechts beachtet werden: Nach Art. 803 Abs. 1 OR sind die Gesellschafter zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet; gemäss Art. 796 Abs. 1 OR können die Statuten zu gewissen Nebenleistungen verpflichten. Bei der Genossenschaft richten sich die Beitrags- und Leistungspflichten nach Art. 867 Abs. 1 OR. Für diejenigen Anwälte, die eine Organstellung einnehmen, ist festzuhalten, dass sich allenfalls eine Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, Art. 820 OR und Art. 903 OR ergeben kann,⁴⁷ so etwa wenn im Fall einer Überschuldung die Bilanz nicht rechtzeitig beim Richter deponiert wird. Diese körperschaftliche Verantwortlichkeit ergibt sich aus der Leitung der juristischen Person und ist klar von der Haftung aus Anwaltsvertrag zu unterscheiden.⁴⁸

c. Haftung

Die juristische Person haftet ausschliesslich mit ihrem Gesellschaftskapital. Vorbehalten bleibt der sogenannte Durchgriff.⁴⁹ Unter Vorbehalt von besonderen Regelungen haften die angestellten Anwälte nicht für Ansprüche aus Anwaltsverträgen,⁵⁰ es

36 ZR 2006 Nr. 71; Verfügung der Anwaltskommission des Kantons Obwalden vom 29. Mai 2006 (AKO 06/001/ab); Entscheidung vom 31. März 2007 der Camera per l'avvocatura e il notariato de Tribunale d'appello des Kantons Tessin (18.220 763); FELLMANN (Fn. 7), S. 57 ff.; DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 548.

37 Eine grössere Zürcher Kanzlei sah sich unlängst mit einer Forderung von CHF 100 Mio. konfrontiert: Plädoyer 2004, S. 8 ff.

38 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 549 f.

39 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 550 ff.

40 JÖRG SCHWARZ, Anwalts-AG und Anwalts-GmbH – einige Überlegungen zu gesellschaftsrechtlichen Fragen, in: Anwaltsrevue 2008, S. 235.

41 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 551 ff.

42 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 561.

43 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 558.

44 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 559.

45 Art. 680 Abs. 1 OR.

46 Art. 793 Abs. 1 OR.

47 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 556 und S. 560.

48 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 560.

49 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 559.

50 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 555.

sei denn, nicht die juristische Person, sondern ein angestellter Anwalt sei persönlich mandatiert worden.⁵¹ Nicht auszuschliessen ist, dass ein angestellter Anwalt die juristische Person gestützt auf Art. 321 e OR schadlos halten muss, wenn diese etwa Schadenersatz zu leisten hatte, weil der angestellte Anwalt sein Mandat unsorgfältig geführt hat. Allerdings ist in solchen Fällen zu beachten, dass das Berufsrisiko in erster Linie von der Sozietät zu tragen ist,⁵² was das Haftungsrisiko für angestellte Anwälte erheblich vermindert. Auch bei ausservertraglichen Ansprüchen ist nicht auszuschliessen, dass nicht nur die juristische Person, sondern auch ein angestellter Anwalt ins Recht gefasst werden kann. Dies ist etwa der Fall wegen einer falschen Auskunft gestützt auf Art. 41 OR.⁵³

III. Legitimation für Ansprüche aus Anwaltsvertrag

1. Aktivlegitimation

Nach unbestrittener Ansicht wird ein Anwalt nach Auftragsrecht⁵⁴ tätig. In erster Linie ist der Mandant als Vertragspartner berechtigt, Schadenersatzansprüche aus der unsorgfältigen Führung eines Anwaltsvertrages zu stellen. Der Mandant kann eine natürliche oder juristische Person sein. Hat eine Mehrheit von Personen dem Anwalt einen Auftrag erteilt, ist das interne Rechtsverhältnis massgebend.⁵⁵ Eine Personenmehrheit liegt etwa bei einer einfachen Gesellschaften, einer Erbengemeinschaft oder einer Miteigentümergeinschaft vor. Schliessen Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften mit dem Anwalt einen Vertrag, sind sie selber infolge ihrer Partei- und Handlungsfähigkeit zur Geltendmachung von Ansprüchen berechtigt.⁵⁶ Ausnahmsweise kann ein Anwaltsvertrag zugunsten eines Dritten abgeschlossen werden. Dann erwirbt dieser Dritte nach Art. 112 Abs. 2 OR einen Anspruch zur Deckung seines eigenen Schadens. Dies kommt z.B. vor, wenn eine Rechtsschutzversicherung einen Anwalt für einen Versicherten mandatiert.⁵⁷

2. Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist grundsätzlich immer der beauftragte Anwalt.⁵⁸ Besteht ein Gesamtmandat an mehrere Anwälte ist bei einfachen Gesellschaften und Kollektivgesellschaften die Frage der Passivlegitimation speziell zu beachten. So hat das Zürcher Obergericht Anwaltskanzleien wiederholt als Kollektivgesellschaften qualifiziert mit der Folge, dass die Passivlegitimation der persönlich eingeklagten Partner abzulehnen war.⁵⁹ Umgekehrt hat das Bundesgericht das Nichteintreten bezüglich einer

Klage gegen eine Anwaltsgemeinschaft als Kollektiv geschützt und einen einzelnen Anwalt zur Verantwortung gezogen.⁶⁰ Es empfiehlt sich, vor Einreichen einer Klage gegen eine Anwaltssozietät ganz genau abzuklären, ob ein Gesamt- oder nur ein Einzelmandat besteht. Im Zweifelsfall muss wohl gegen das Kollektiv und gegen den einzelnen Anwalt gleichzeitig vorgegangen werden. Seit neuestem ist unter gegebenen Voraussetzungen auch der Zusammenschluss mehrerer Anwälte in Form einer juristischen Person zulässig.⁶¹ In diesen Fällen ist letztere passivlegitimiert, sofern der Vertrag mit dieser eingegangen wurde. Ansonsten muss gegen den einzelnen Anwalt geklagt werden.

IV. Versicherung

1. Obligatorium

Art. 12 lit. f BGFA schreibt vor, dass Anwälte nach Massgabe der Art und des Umfangs der Risiken, die mit ihrer Tätigkeit verbunden sind, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen haben. Dabei hat die Versicherungssumme mindestens eine Million Franken pro Jahr zu betragen. Anstelle der Haftpflichtversicherung können andere, gleichwertige Sicherheiten erbracht werden. Da die Berufshaftpflichtversicherer nicht verpflichtet sind, mit den Anwälten einen Versicherungsvertrag abzuschliessen, kann das Versicherungsobligatorium im Ergebnis zur Streichung aus dem Register führen, wenn kein Versicherungsunternehmen eine Versicherung anbieten will. Dies kommt einem Berufsverbot gleich.⁶² Findet ein Anwalt keinen Versicherer mehr – was wirklich in nur ganz seltenen Fällen vorkommen dürfte – besteht immerhin nach der nun überarbeiteten gesetzlichen Regelung⁶³ die Möglichkeit, sich nach alternativen, gleichwertigen Sicherheiten wie beispielsweise eine Bankgarantie, umzusehen. Solche Lösungen werden jedoch in der Regel viel teurer als die Prämien für eine Berufshaftpflichtversicherung und daher naturgemäss nur vereinzelt anzutreffen sein.

2. Einfache Gesellschaft

Während ein Alleinpraktiker nur für sich eine Haftpflichtversicherung abschliesst, sind bei einer als einfache Gesellschaft ausgestalteten Bürogemeinschaft verschiedene Möglichkeiten denkbar. Jeder Gesellschafter kann für sich eine Berufshaftpflichtversicherung abschliessen. Jeder Einzelne wird in einer solchen Konstellation Versicherungsnehmer und Prämienschuldner.⁶⁴ Sodann können selbstverständlich alle Anwälte zusammen als einfache Gesellschafter einen Versicherungsvertrag abschliessen. Da der

51 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 558.

52 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 562.

53 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 557.

54 BGE 127 III 359; vgl. die Nachweise bei LUTERBACHER (Fn. 2), S. 31.

55 WALTER (Fn. 29), N 16.10.

56 Art. 562 OR und Art. 602 OR.

57 WALTER (Fn. 29), N 16.11.

58 RUOSS (Fn. 30), S. 90.

59 Vgl. die Hinweise auf diese Quellen und die Kritik an dieser Rechtsprechung bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 13 N 71.

60 BGE 124 III 363 ff.

61 ZR 2006 Nr. 71; Verfügung der Anwaltskommission des Kantons Obwalden vom 29. Mai 2006 (AKO 06/001/ab); Entscheid vom 31. März 2007 der Camera per l'avvocatura e il notariato de Tribunale d'appello des Kantons Tessin (18.220 763); FELLMANN (Fn. 7), S. 57 ff.

62 THIERRY LUTERBACHER, Die Berufshaftpflichtversicherung des Rechtsanwalts, in: Tagung der Winterthur Versicherungen vom 20. September 2006, Zürich 2006, S. 181.

63 Die neue Fassung von Art. 12 lit. f BGFA wurde am 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt.

64 LUTERBACHER, Berufshaftpflichtversicherung (Fn. 62), S. 187.

einfachen Gesellschaft keine Rechtspersönlichkeit zukommt, sind die den Versicherungsvertrag unterzeichnenden Anwälte zusammen als Personenmehrheit Versicherungsnehmer und Prämien-schuldner und nicht die einfache Gesellschaft selbst.⁶⁵ Eine weitere Variante besteht darin, dass nur ein Anwalt der einfachen Gesellschaft einen Versicherungsvertrag abschliesst und seine Kollegen als mitversicherte Personen namentlich in der Police aufgeführt werden. Man nennt diese Versicherung auf fremde Rechnung.⁶⁶ Mit einer solchen «Kanzleipolice» wird die Gesellschaftsform jedoch entgegen einer in Anwaltskreisen verbreiteten Meinung nicht in dem Sinne präjudiziert, als eine solche «Kanzleipolice» nun den Zusammenschluss der Anwälte als Kollektivgesellschaft qualifizieren würde. Ob eine einfache oder eine Kollektivgesellschaft vorliegt, bestimmt sich nicht nach der Ausgestaltung der Berufshaftpflichtversicherung, sondern zum einen nach dem Willen der Gesellschafter und zum anderen nach dem erweckten Rechtsschein im Aussenverhältnis.⁶⁷ Für den Fall, dass die zusammenarbeitenden Anwälte trotzdem als Kollektiv- und nicht als einfache Gesellschaft qualifiziert würden, empfiehlt es sich, im Versicherungsvertrag eine Klausel aufzunehmen wonach auch allfällige Ansprüche gegen die Kanzlei als Kollektivgesellschaft gedeckt sind.

In der Praxis ist bei Sozietäten, die als einfache Gesellschaft ausgestaltet sind, oft zu beobachten, dass jeder dort tätige, selbständige Rechtsanwalt eine eigene Berufshaftpflichtversicherung – sei es bei der gleichen oder bei einer anderen Versicherungsgesellschaft – für sich abgeschlossen hat. Die Versicherungen sind an solchen Konstellationen wenig interessiert, weil sie befürchten, Leistungen für ihren Versicherungsnehmer erbringen zu müssen, der selber direkt nicht fehlerhaft gehandelt hat, jedoch wegen Art. 544 Abs. 3 OR solidarisch für seinen bei einer anderen Versicherung versicherten Gesellschafter mithaftet. Dafür hat die Versicherung keine Prämien eingenommen. Deshalb gehen die Versicherer dazu über, in solchen Konstellationen jeweils die Deckung für solidarische Haftung auszuschliessen. Zudem ist die geschilderte Konstellation auch für den Anwalt in einer solchen einfachen Gesellschaft nicht risikolos. Es wurde weiter oben schon dargetan, dass die Abgrenzung der einfachen Gesellschaft zur Kollektivgesellschaft bei Anwaltskanzleien schwierig ist.⁶⁸ Eine Sozietät, die nach aussen als Kollektivgesellschaft auftritt, muss sich zivilrechtlich darauf behaften lassen.⁶⁹ Ergibt sich, dass eine Kollektivgesellschaft vorliegt, haftet jedenfalls primär diese und nicht der einzelne Gesellschafter.⁷⁰ Falls für die Haftung der Kollektivgesellschaft kein Versicherungsvertrag abgeschlossen wurde, sondern nur für die Haftung des einfachen Gesellschafters, würde ein Versicherungsschutz für die Verpflichtungen der Kollektivgesellschaft daher entfallen.

65 LUTERBACHER, Berufshaftpflichtversicherung (Fn. 62), S. 188.

66 LUTERBACHER, Berufshaftpflichtversicherung (Fn. 62), S. 188.

67 BGE 124 III 363 ff.

68 Vgl. oben II.3.

69 FELLMANN (Fn. 7), S. 37.

70 Art. 567 OR.

3. Kollektivgesellschaft

Grössere Anwaltssozietäten treten gegen aussen meistens als Kollektivgesellschaft auf. In aller Regel werden sie als solche auch einen Versicherungsvertrag abschliessen. Versicherungsnehmerin ist in diesen Fällen dann immer die Kollektivgesellschaft. Die einzelnen Anwälte als Mitglied der Kollektivgesellschaft sind nicht Versicherungsnehmer. Durch die Unterzeichnung des Versicherungsvertrages wird die Kollektivgesellschaft verpflichtet und berechtigt.⁷¹ Im Versicherungsvertrag ist umschrieben, wer alles versichert ist.

4. Juristische Personen

Aus Sicht der Versicherung ist es grundsätzlich unproblematisch, ob eine Anwaltsgemeinschaft in der Form einer juristischen Person gekleidet ist. Als solche ist sie rechtsfähig und kann Versicherungsverträge abschliessen. Wichtig ist, dass nicht nur die juristische Person als Versicherungsnehmerin und Prämienzahlerin im Versicherungsvertrag aufgeführt wird, sondern ebenso sämtliche Anwälte, die in der Sozietät arbeiten, im Versicherungsvertrag namentlich erwähnt sind. So besteht die Gewähr, dass auch in Fällen, in denen nicht nur die Haftpflicht der juristischen Person, sondern auch die Haftpflicht eines einzelnen angestellten Anwaltes zur Diskussion steht, Versicherungsschutz für alle in der Police aufgeführten Personen besteht. Dies kann bei Einzelmandaten vorkommen oder bei Haftung für falsche Auskunft. Aus Sicht der Versicherung stellt daher die körperschaftliche Organisationsform einer Anwaltsgemeinschaft grundsätzlich keine Schwierigkeit dar. Sollte allerdings die versicherte juristische Person wegen eines Fehlverhaltens eines bei ihr angestellten Anwaltes, der über dieselbe Police versichert ist, Schadenersatz geleistet haben und diesen Anspruch gestützt auf Art. 321 e OR auf den fehlbaren Anwalt überwälzen wollen,⁷² wäre dieser nicht gedeckt. Es handelt sich um einen nicht versicherten Eigenschaden. Weil sämtliche versicherten Personen einander gleichgestellt sind, ist die Lage so, wie wenn die juristische Person als Versicherungsnehmerin gegen sich selber Ansprüche erheben würde.⁷³

V. Schlussbemerkungen

Schliessen sich mehrere Anwälte zusammen, ist insbesondere darauf zu achten, dass der Unterscheidung zwischen einfacher Gesellschaft und Kollektivgesellschaft und den rechtlichen Konsequenzen genügend Bedeutung geschenkt wird. Gründet eine Anwaltsgemeinschaft eine juristische Person, ist die persönliche Haftung von angestellten Anwälten nicht ausgeschlossen. Unabhängig davon, in welcher Rechtsform die Anwaltssozietät ausgestaltet ist, empfiehlt es sich, nicht nur die Gesellschaft als solche, sondern auch immer noch sämtliche Anwälte einzeln mit Namen in der Police als mitversicherte Personen aufzuführen.

71 Art. 567 OR.

72 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 562.

73 LUTERBACHER, Berufshaftpflichtversicherung (Fn. 62), S. 228 f.