

VERMITTLUNGS- UND DIENSTLEISTUNGS- PLATTFORMEN FÜR ANWÄLTINNEN UND ANWÄLTE

GABRIELA TSCHÜMPERLIN

MLaw, Schwyz

PATRICK SUTTER

Rechtsanwalt, Dr. iur., Schwyz/Wollerau

Stichworte: Vergütungsverbot für die Vermittlung von Anwälten, Unabhängigkeit des Anwalts, Anwaltsgeheimnis

Der vorliegende Beitrag nimmt Online-Vermittlungs- und Dienstleistungsplattformen (nachfolgend «OVDP») für Anwälte in den Blick und lenkt den Fokus auf die berufs- und auftragsrechtlichen Vorgaben an Anwälte. In einem ersten Schritt wird das Dreiecksverhältnis zwischen Anwalt, Mandant und OVDP rechtlich eingeordnet, um anschliessend die Vereinbarkeit der AGB der OVDP mit den zwingenden Bestimmungen des Anwaltsrechts, insbesondere dem Vergütungsverbot für die Vermittlung von Anwälten, der Unabhängigkeit des Anwalts und dem Anwaltsgeheimnis zu prüfen.

I. Ausgangslage

Die Digitalisierung zeigt sich nicht nur in der «Vermietung»¹ von Wohnraum über Online-Buchungsplattformen, wie Airbnb, sondern auch durch die Entstehung von OVDP für Anwältinnen und Anwälten².

Die Ausgestaltungen der OVDP für Anwältinnen sind zwar unterschiedlich, die Konzepte sind im Kern jedoch gleich: Rechtsuchende können sich online kostenlos registrieren, ihren Rechtsfall schildern und relevante Dokumente auf die Homepage laden. Die Vermittlung der Anwältin ist kostenlos, die Beantwortung der Rechtsfrage durch die Anwältin³ ist hingegen i. d. R. kostenpflichtig, wobei der Kostenvorschuss an die OVDP zu leisten ist.⁴ In den meisten Fällen verpflichten sich die Anwältinnen ausserdem, das jeweilige Mandat ausschliesslich über die Plattform zu führen, indem die Plattform als exklusives Instrument zur Interaktion, Zeiterfassung und Rechnungstellung online verwendet wird.⁵

Zu guter Letzt können die Mandanten die Arbeit der Anwältin online bewerten.⁶

Diese Darstellung wird sich an vielen Stellen vorerst auf Problematisierungen beschränken müssen, sprich: Sie will insbesondere eine Diskussion eröffnen, die allfällig bisher unbemerkt gebliebene Probleme solcher OVDP, die von der Anwaltschaft in der Praxis zuweilen eher unkritisch begrüsst worden sind, offenlegt.

II. Rechtliche Einordnung des Vertrages

1. Zwischen Anwältin und Vermittlungs- und Dienstleistungsplattformen

Die OVDP eröffnen Anwältinnen die Möglichkeit, zusätzliche Mandate zu akquirieren. Manche Vermittlungsplattformen stipulieren sodann die Pflicht, die durch die Website akquirierten Mandate ausschliesslich mit deren Dienstleistungsprogrammen zu führen, mithin die Zeiterfassungs-, Kommunikations- und Rechnungstellungstools der Homepage zu verwenden.⁷

¹ In der Lehre ist umstritten, ob es sich um einen Gastaufnahmevertrag oder eine Vermietung handelt.

² Aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit wird nachstehend nur die weibliche Form verwendet.

³ Teilweise erfolgt die Beantwortung der Fragen auch nur durch Juristinnen oder durch «Fachpersonen» ohne abgeschlossenes Jus-Studium, die fast schon ironischerweise in Abgrenzung von Rechtsanwältinnen «Experten» genannt werden (vgl. § 5 der AGB von SwissAnwalt). Inwiefern sich dies mit den Bestimmungen des UWG verträgt, muss an dieser Stelle offenbleiben.

⁴ Vgl. § 3.1 der AGB von SwissAnwalt; § 3.2 und § 4 Abs. 1 AGB der digitalCounsels AG; § 5 AGB der advonaut.ch online Anwaltsvermittlung.

⁵ Vgl. § 2, 3.1 und 3.2 der AGB der digitalCounsels AG.

⁶ Vgl. <https://www.digitalcounsels.com>.

⁷ U. a. die § 2 und 3.4 AGB der digitalCounsels AG.

Fraglich ist, wie das Vertragsverhältnis zwischen Vermittlungs- bzw. Dienstleistungsplattform und Anwältin einzuordnen ist. Zur Diskussion stehen der Kommissions-, Agentur-, Mäklervertrag und der einfache Auftrag.

A) Kommissionsvertrag

Ein Kommissionär übt die Funktion eines Vermittlers aus. Der Kommissionär schliesst im eigenen Namen Verträge ab (Rechtshandlungen). Diese umfassen jedoch nur bewegliche Sachen und Wertpapiere.⁸

B) Agenturvertrag

Der Agent übt seine Vermittlungstätigkeiten ständig und für eine gewisse Dauer für einen bestimmten Auftraggeber aus. Nicht verlangt wird eine Mindestdauer. So kann u.U. Agent sein, wer während einer Saison oder einer Messe für den Auftraggeber Geschäfte vermittelt.⁹

C) Mäklervertrag

Durch den Mäklervertrag erhält der Makler den Auftrag, gegen Vergütung, Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen (sogenannte Nachweismäkelei) oder zum Abschluss eines Vertrages zu vermitteln (sogenannte Vermittlungsmäkelei).¹⁰ Der Mäklervertrag steht im Allgemeinen unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag.¹¹ Der Abschluss des Mäklervertrags obliegt keinen Formerfordernissen.¹²

Der Mäklervertrag muss folgende zwei Merkmale aufweisen: Er muss entgeltlich abgeschlossen werden, und die vom Makler geleisteten Dienste müssen den Abschluss eines Vertrages bezwecken, was auch immer deren Natur sein mag.¹³

D) Einfacher Auftrag

Angesichts seiner vielseitigen Verwendungsmöglichkeiten ist der einfache Auftrag der Mustervertrag für die Geschäftsführung im fremden Interesse, d. h. die treuhänderische Tätigkeit für einen anderen.¹⁴ Das Auftragsrecht ist sodann auf alle Geschäftsführungsverhältnisse anzuwenden, die nicht einem gesetzlichen Sondertypus unterliegen.¹⁵ Dies bedeutet jedoch nicht, dass gemischte Verträge mit Auftrags-elementen oder Arbeitsleistungsverträge *sui generis* unzulässig wären.¹⁶ Eine konkretisierende Charakterleistung (einzelne Angelegenheit oder eine Vielzahl von Tätigkeiten) ist angesichts der Flexibilität der Auftragsstypen nur schwer möglich. Der offene Gesetzestext lässt somit eine Vielzahl von Arbeitsleistungen zu.¹⁷

E) Abgrenzung

So weit ersichtlich, haben sich bisher weder das Bundesgericht noch die Lehre zur Vertragsqualifikation der OVDP für Anwältinnen geäußert.

Mit Blick auf die vorhergehenden Ausführungen lassen sich der Agentur- und Kommissionsvertrag von vorneherein ausschliessen, da der Kommissionär im eigenen Namen Verträge abschliesst und der Agent zumindest für eine gewisse Dauer für einen bestimmten Auftraggeber tätig sein muss.

Schwieriger ist die Abgrenzung zwischen Mäklervertrag und einfachem Auftrag, da die Onlinevermittlung neben der Akquisition neuer Mandate typenfremde Nebenleistungen enthalten kann. Sofern die Vermittlung kostenpflichtig angeboten wird¹⁸, ist von einem Mäklervertrag auszugehen. Erfolgt die Vermittlung hingegen unentgeltlich, wobei ein Nutzungsobligatorium für die Kommunikations-, Rechnungs-, Streitbeilegungs- und Zahlungsdienste stipuliert wird,¹⁹ steht die Einordnung des Vertrages als Mäklervertrag oder einfacher Auftrag zur Diskussion, wobei zwei Abgrenzungskriterien vorgeschlagen werden. Diskutiert werden erstens die Hauptleistung der Vermittlungs- und Dienstleistungsplattformen und zweitens die Einordnung aufgrund des (Erfolgs-)Honorars.

a. Hauptleistung

Vorliegend sind die vertraglich vereinbarten Tätigkeiten für die Abgrenzung des einfachen Auftrags vom Mäklervertrag beachtlich. Umfassen diese nicht nur den Nachweis einer Gelegenheit zum Vertragsschluss, sondern die Vermittlung, so sprechen Tätigkeiten, die über die Vermittlung hinausreichen oder dafür nicht erforderlich sind, wie namentlich die Beratung, für das Überwiegen auftragsrechtlicher Elemente.²⁰

b. Erfolgsgewährleistung

Der einfache Auftrag unterscheidet sich denn auch vom Mäklervertrag dadurch, dass der Beauftragte ein Tätigwerden im Interesse des Auftraggebers schuldet, dieses i. d. R. auch erfolgsgerichtet ist, den Erfolg jedoch nicht mitumfasst. Der Beauftragte hat nur für kunstgerechtes Tätigwerden Gewähr zu leisten.²¹ Das vereinbarte oder übliche Honorar ist im Rahmen eines einfachen Auftrags grundsätzlich unabhängig vom Erfolg der Tätigkeit geschuldet²², wobei dem Erfolg bei der Bemessung des Honorars immerhin auch im Rahmen eines einfachen Auftrags Rechnung getragen werden kann.²³

⁸ Art. 425 Abs. 1 OR; BSK OR I-CATARINA AMMANN, Art. 412 N 18.

⁹ Art. 418a Abs. 1 OR; BSK OR I-SUZANNE WETTENSCHWILER, Art. 418a N 1.

¹⁰ Art. 412 Abs. 1 OR.

¹¹ Art. 412 Abs. 2 OR.

¹² BGE 4C.367/2004 vom 22. 3. 2005, E. 5.1.2.

¹³ BGE 124 III 481, E. 3a; BGE 144 III 43.

¹⁴ BSKOR I-ROLF H. WEBER, Vorbemerkungen zu Art. 394–406, N 2.

¹⁵ Art. 394 Abs. 2 OR.

¹⁶ BSK OR I-ROLF H. WEBER, Art. 394 N 23.

¹⁷ BSK OR I-ROLF H. WEBER, Art. 394 N 6–8.

¹⁸ § 5 der AGB der Advonaut online Anwaltsvermittlung könnte als kostenpflichtige Vermittlung verstanden werden, da für jede Beantwortung der Rechtsfrage eine Gebühr von CHF 42.– (zzgl. MwSt.) verlangt wird.

¹⁹ Z. B. § 2 und 3.2 der AGB von digitalCounsels AG.

²⁰ BGE 124 III 155, E. 2b; BGE 144 III 43.

²¹ Art. 398 OR; vgl. BGE 134 III 534, E. 3.2.2; BGE 134 I 159, E. 4.4; BGE 133 III 121, E. 3.1; BGE 127 III 357, E. 1b.

²² BGE 131 III 268, E. 5.1.2.

²³ BGE 144 III 43, E. 3.1.2; BGE 135 III 259, E. 2.2 ff.

F) Zwischenfazit

In Anbetracht der vorgeschlagenen Kriterien zur Abgrenzung des einfachen Auftrags zum Mäklervertrag ist festzustellen, dass bei der Qualifikation des Online-Vermittlungs- und Dienstleistungsvertrages für Anwältinnen auf den Regelungsschwerpunkt und das (Erfolgs-)Honorar abzustellen ist.

G) Qualifikation als Mäklervertrag

Die Dienstleistungen der OVDP umfassen vorliegend zwei verschiedene Leistungen, die jedoch miteinander in Verbindung stehen: Einerseits werden Mandate kostenlos vermittelt, andererseits wird nach erfolgreicher Vermittlung i. d. R. ein kostenpflichtiges Obligatorium für die Nutzung zusätzlicher Dienstleistungen stipuliert.²⁴ Es handelt sich somit um einen gemischten Vertrag²⁵, der Elemente des einfachen Auftrags und des Mäklervertrags enthält.

Unseres Erachtens ist der Vertragsschwerpunkt die Vermittlung neuer Mandate, die vermeintlich kostenlos erfolgen. Indem die Website jedoch als exklusives Instrument zur Bewirtschaftung des Mandats verwendet werden muss, kann nicht mehr von Kostenlosigkeit ausgegangen werden. Die Servicegebühren sind somit direkte Folge der Mandatsakquise. Die Dienstleistungen der Website gehen somit über das hinaus, was erwartet werden muss, weshalb von einem Mäklervertrag auszugehen ist.²⁶ Auch der Umstand, dass eine Servicegebühr erst geschuldet ist, wenn die Vermittlung stattgefunden hat und die Rechtsberatungen beginnen, mithin der Erfolg eingetreten ist, spricht für den Mäklervertrag und gegen den einfachen Auftrag. Die entsprechende Tätigkeit ist damit als Mäkelei nach Art. 412 ff. OR zu qualifizieren.²⁷

Der Umstand, dass sich die Tätigkeiten der Vermittlungs- und Dienstleistungsplattformen online abspielen und weitgehend automatisiert sind, darf im Lichte der Digitalisierung nicht gegen eine solche Qualifikation sprechen.²⁸

2. Zwischen Rechtssuchenden und Vermittlungs- und Dienstleistungsplattformen

Mit Blick auf die vorhergehenden Ausführungen ist festzuhalten, dass sowohl der einfache Auftrag als auch der Mäklervertrag Anwendung finden könnte. Im vorliegenden Beitrag kann die Frage nach der Rechtsnatur indessen offenbleiben, da sie für die Pflichten der Anwältin gegenüber den Klienten eine untergeordnete Rolle spielt.

3. Zwischen Rechtssuchenden und Anwältin

Der gesamte forensische und nicht forensische Bereich zwischen der Anwältin und ihrem Klienten unterstehen dem Auftragsrecht.²⁹ Der Anwaltsvertrag kommt durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen zustande,³⁰ eine besondere Form ist nicht notwendig.³¹ Ein nicht sofort abgelehnter Auftrag gilt sodann als angenommen, wenn er sich auf Geschäfte bezieht, die der Beauftragte *«kraft obrigkeitlicher Bestellung oder gewerbmässig betreibt oder zu deren Besorgung er sich öffentlich empfohlen hat.»*³² Der Anwaltsvertrag wird in der Regel

sowohl die Tatbestandsvoraussetzungen des *«gewerbmässigen Betreibens»* wie auch der *«öffentlichen Empfehlung»* erfüllen, was bedeutet, dass der Klient keine ausdrückliche Annahme erwarten muss. Stellt ein Klient einer Anwältin per Post oder per E-Mail den Antrag auf Übernahme des Mandates zu, gilt die von ihm ausgehende Offerte zum Abschluss eines Auftragsvertrages als angenommen, wenn die Anwältin das Mandat nicht ausdrücklich ablehnt.³³

III. Berufspflichten der Anwältin

1. Der Anwaltsberuf im Wandel der Zeit

Seit der Entstehung des Anwaltsberufs hat sich die Rolle und Funktion der Anwälte als Folge der gesellschaftspolitischen, politischen und wirtschaftlichen Veränderungen vom Ehrenamt zum modernen Dienstleistungsberuf entwickelt,³⁴ was zuweilen Rechtsfolgen für den Anwaltsberuf zeitigt, die die besondere Stellung und Aufgabe des Standes infrage stellen können.³⁵ Nach wie vor ist es aber die genuine anwaltliche Tätigkeit, neben derjenigen der Akteure an den Gerichten und in der Strafverfolgung, sich mit der Vermittlung und der Durchsetzung des Rechts zu befassen, womit sie die Grundlage für das Funktionieren der Gesellschaft legen.³⁶ Der Zugang zum Recht erfordert deshalb das Zusammenspiel von unabhängigen An-

²⁴ Inwiefern sich diese Bestimmung mit dem Verbot für Vermittlungsprovisionen für Anwältinnen verträgt, wird nachfolgend in Ziff. III.3 bewertet.

²⁵ Gemischte Verträge enthalten schwergewichtig Tatbestandsmerkmale von Nominatverträgen. Entscheidend ist dabei die Vertrags Einheit: Die Leistungen der einzelnen Vertragstypen stehen zueinander in Verbindung und sind gemeinsam geschuldet.

²⁶ BGE 124 III 155, E. 2b; BGE 144 III 43.

²⁷ Art. 412 Abs. 1 OR.

²⁸ CLAIRE HUGUENIN/FRIDOLIN HUNOLD, Qualifikation der Verträge mit Online-Partnervermittlern, in: Private Law – national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Band I, hrsg. von A. Büchler/M. Müller-Chen, Bern 2011, S. 827 ff., 844 f., zur Qualifikation von Online-Partnervermittlungsverträgen als Auftrag zur Ehe- oder zur Partnerschaftsvermittlung i. S. v. Art. 406a ff. OR.

²⁹ WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, 2. Auflage, Bern 2017, N 1139.

³⁰ Art. 1 Abs. 1 OR.

³¹ FELLMANN (FN 29), N 1148.

³² Art. 395 OR.

³³ FELLMANN (FN 29), N 1154.

³⁴ HANS NATER, Die Anwältin und der Anwalt als Dienstleistende mit Rechtsstaatsfunktion, in: BENJAMIN SCHINDLER/PATRICK SUTTER (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2008, S. 175 ff.; RENÉ PAHUD DE MORTAGNES/ALAIN PRÊTRE, Anwalts Geschichte in der Schweiz, Zürich 1998, S. 41 ff.

³⁵ PATRICK SUTTER, Die Erosion des Anwaltsgeheimnisses: Die Entsiegelungspraxis des Bundesgerichts als Spiegel des Wandels des Anwaltsberufs?, Anwaltsrevue 6/7/2018, S. 293 ff., insbes. S. 295.

³⁶ Eine liberale Rechtsordnung zeichnet sich deshalb nicht durch die Absenz von möglichst vielen Rechtssätzen aus, sondern dadurch, dass Rechtssätze dort geschaffen werden, wo und wie sie zur optimalen Gewährleistung der Freiheiten notwendig sind (PATRICK SUTTER, Schulterchluss der Akteure im Verfahrensrecht, insbesondere im Verwaltungsverfahrensrecht, Anwaltsrevue 1/2018, S. 10 ff.).

wältinnen, unabhängigen Richterinnen und unabhängigen Staatsanwältinnen.³⁷

2. Berufspflichten

Gemäss Grundsatzurteil des Bundesgerichts haben Anwältinnen im Wesentlichen drei Berufspflichten: Der Mandant muss in voller Unabhängigkeit vertreten, jedes Risiko eines Interessenkonflikts vermieden und das Berufsgeheimnis eingehalten werden. Denn wer sich an eine Anwältin wendet, soll gewiss sein dürfen, dass diese in keiner Weise an einen Dritten gebunden ist, dessen Interessen den eigenen in irgendeiner Weise entgegenstehen könnten.³⁸

3. Vermittlungsprovisionsverbot

Anwältinnen sind zur sorgfältigen und gewissenhaften Ausübung ihres Berufes verpflichtet.³⁹ Daraus leitet die herrschende Lehre ein Vergütungsverbot für die Vermittlung von Mandaten ab. Der Schweizerische Anwaltsverband ist dieser Ansicht gefolgt und verbietet es Rechtsanwältinnen, Dritten für die Vermittlung von Mandaten Vergütung zu leisten und für eigene Vermittlungstätigkeit eine Vergütung entgegenzunehmen.⁴⁰ Was unter den Begriff der Vergütung fällt, beurteilt sich hierbei nach dem materiellen Begriff. Massgebend ist somit alleine, ob dem Vermittler durch die Vermittlung von Mandaten ein materieller Vorteil entsteht.⁴¹

Die OVDP stellen die Anwaltsvermittlungen an sich kostenlos zur Verfügung. Da diese Plattformen ohne Anreizsysteme aber weder funktionieren würden noch wirtschaftlich betrieben werden könnten, sind von den Betreibern verschiedene Konzepte entwickelt worden, um dennoch eine Gebühr erheben zu können. Am weitesten verbreitet ist eine Nutzungsgebühr der Kommunikations-tools der Website. So schreibt beispielsweise advonaut.ch, dass *«pro Rückmeldung, welche ein angeschlossener Rechtsanwalt auf eine Anfrage über des Online-Informationssystem gibt, eine Gebühr von CHF 42.– zuzüglich MwSt. (fällig wird).»*⁴² Diese Bestimmung in den AGB liesse sich an sich ja noch so auslegen, dass unklar sei, wer diese Gebühr am Ende bezahle. Doch in Abs. 3 derselben Bestimmung wird festgehalten: *«Für die Nutzung des online Matching-Service Advonaut wird dem angeschlossenen Rechtsanwalt von der Betreiberin die Gesamtsumme der gemäss Absatz 1 angefallenen Gebühren in Rechnung gestellt. Die Rechnungsstellung erfolgt pro Jahresquartal.»* Die Gebühr wird also von der Anwältin beglichen.

Die digitalCounsels AG geht noch einen Schritt weiter und verlangt eine *«Servicegebühr für die Nutzung der Kommunikations-, Rechnungs-, Streitbeilegungs- und Zahlungsdienste der Webseite»*.⁴³ Den Anwendern der Website ist es untersagt, *«Angebote ein(zu)reichen oder kontaktieren, um diese Partei ausserhalb der Webseite zu engagieren oder zu bezahlen»*.⁴⁴ Ab dem Zeitpunkt, ab dem eine der Parteien über die Website identifiziert wird, müssen beiden Parteien für die Dauer von 24 Monaten *«die Website als exklusives Instrument verwenden, um alle*

Zahlungen von Dienstleistungen, welche direkt oder indirekt mit dieser Partei zusammenhängen, einzufordern, vorzunehmen und zu erhalten [...]».⁴⁵

Obschon SwissAnwalt und die digitalCounsels AG sogar explizit statuieren, keine Vergütungen für die Anwaltsvermittlung zu verlangen⁴⁶, stellen die «Servicegebühren» dennoch eine – eher schlecht kaschierte – direkte Folge der Vermittlung dar. Alles in allem scheint es so, als ob die OVDP durch die Nutzungstools das Vergütungsverbot für Anwältinnen zu umgehen versuchen. Dies zeigt sich auch im Umstand, dass ein von der Website unabhängiges Kontrahieren gemäss den AGB ausgeschlossen ist.

Die digitalCounsels AG sieht zudem eine 24-monatige «Nichtumgehungsfrist» vor, sobald sich ein Kunde und ein Berater über die Website identifiziert haben. Während zweier Jahre muss die Website als «exklusives Instrument verwendet werden, um alle Zahlungen von Dienstleistungen, welche direkt oder indirekt mit dieser Partei zusammenhängen, einzufordern, vorzunehmen und zu erhalten». Sollten Kunde und/oder Berater diese Verpflichtung nicht eingehen wollen, haben Sie eine Opt-out-Gebühr von mindestens CHF 2500.– zu bezahlen – was wiederum ebenfalls im Ergebnis eine eigentliche Vermittlungsprovision darstellt.

Durch die Vermittlung von Mandaten und anschliessende Gebührenerhebung entsteht den Betreibern somit ein materieller Vorteil, der gemäss Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes und herrschender Lehre untersagt ist.⁴⁷

4. Unabhängigkeit der Anwältin

Die bereits erwähnten AGB-Klauseln zeigen, dass die Unabhängigkeit der Anwältin bei der Verwendung der Servicetools der Online-Vermittlungsplattformen beeinträchtigt sein könnte. Eine rechtliche Einordnung ist daher angezeigt.

³⁷ SERGIO GIACOMINI, Schulterschluss der Akteure der Gerichtsbarkeit: Eine unabdingbare Voraussetzung für die Beförderung des Guten auf der Welt, in: Anwaltsrevue 8/2016, S. 311 ff.

³⁸ Pra 90/2001 Nr. 141 S. 835, E. 4c S. 842; BGE 130 II 87, E. 4.2.

³⁹ Art. 12 Abs. 1 lit. a BGFA.

⁴⁰ Art. 23 Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes (nachfolgend: Standesregeln SAV).

⁴¹ WALTER FELLMANN, in: FELLMANN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, § 12 N 20; FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENENT, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, N 1176; Art. 22 der Standesregeln SAV.

⁴² Vgl. § 5 Abs. 1 der AGB von Advonaut.ch.

⁴³ Vgl. § 2 und 3.1 der AGB der digitalCounsels AG.

⁴⁴ Vgl. § 4 Abs. 3 der AGB der digitalCounsels AG.

⁴⁵ Vgl. § 4 Abs. 1 der AGB der digitalCounsels AG.

⁴⁶ «digitalCounsels erhebt keine Vermittlungsgebühr. Wir vermitteln keine Kunden an Anwälte und sichern Anwälten keine Aufträge zu» (§ 3.2 der AGB der digitalCounsels AG).

⁴⁷ Art. 12 lit. a BGFA und Art. 1 und 22 der Standesregeln SAV; FELLMANN (FN 41), § 12 N 20.

A) Sinn und Zweck der anwaltlichen Unabhängigkeit

Die Unabhängigkeit der Anwältin ist die Voraussetzung für das Vertrauen in die Anwältin und die Justiz. Durch sie wird die Freiheit und Sachlichkeit der Anwältin bei der Interessenwahrung gegenüber dem Klienten und der Justiz gewährleistet. Wer sich an eine Anwältin wendet, soll die Gewissheit haben, dass diese in keiner Weise an einen Dritten gebunden ist, dessen Interessen den eigenen in irgendeiner Weise entgegenstehen könnten.⁴⁸

B) Kostenvorschuss und Mandatsführung

Mit Blick auf die vorhergehenden Ausführungen ist noch einmal festzuhalten, dass die von einem Klienten ausgehende Offerte zum Abschluss eines Auftragsvertrages als angenommen gilt, wenn die Anwältin das Mandat nicht ausdrücklich ablehnt.⁴⁹

Die digitalCounsels AG sieht vor, dass eine Anwältin, nachdem ein Anwaltsvertrag zustande gekommen ist, erst auf das Mandat zugreifen kann, nachdem der Klient den Kostenvorschuss vollständig an die digitalCounsels AG geleistet hat.⁵⁰ Bei fortlaufenden Aufwendungen hat der Mandant sodann zehn Tage nach Freischaltung der Rechnung Zeit, den Betrag zu begleichen. Erfolgt die Tilgung nicht innert Frist, behält sich digitalCounsels das Recht vor, das Konto oder den Zugriff zu sperren.⁵¹ Sodann ist es dem Mandanten und der Anwältin untersagt, ausserhalb der digitalCounsels-Website Dienstleistungen zu erbringen, Rechnungen zu stellen oder Zahlungen zu erhalten.⁵²

Die Anwältin ist im Zeitpunkt der nicht (vollständigen) Bezahlung des Kostenvorschusses an die digitalCounsels AG bereits mandatiert⁵³ und demzufolge sowohl berufs- wie auch auftragsrechtlich zur Wahrung der Interessen des Klienten verpflichtet. Trotzdem wird ihr der Zugang zu den Unterlagen bei Zahlungsrückstand verweigert bzw. gesperrt. Die Hoheit der fallrelevanten Dokumente verschiebt sich daher von der Anwältin zu den Vermittlungs- und Dienstleistungsplattformen. Dies ist nicht nur in Anbetracht des Anwaltsgeheimnisses problematisch (hierzu nachfolgend in Ziff. 5), sondern birgt auch die Gefahr, dass der Anwältin die Klientenkorrespondenz, Sachverhaltsschilderungen und die vereinbarte Fallstrategie nicht jederzeit zur Verfügung stehen. Durch die Verwendung der Homepage wird in der Folge eine elementare Berufspflicht (die Unabhängigkeit der Anwältin) verletzt.

Die mandatierte Anwältin ist infolgedessen von der Online-Plattform abhängig, kann ein Mandat nicht mehr sachgerecht führen und darf i. d. R. das Mandat trotzdem nicht niederlegen, da ein Honorarausstand nicht ohne Weiteres die sofortige Niederlegung des Mandats rechtfertigt.⁵⁴

Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht von Personendaten und die Schadensersatzfolgen i. S. v. Art. 404 Abs. 2 OR werden an dieser Stelle nicht weiter behandelt.

a. Verhältnis zur URP

Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist das Einverlangen eines Kostenvorschusses klar untersagt, wenn der «Klient

*mittellos ist und deshalb einen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung hat».*⁵⁵

Durch die automatisierte Kostenvorschusspflicht der OVDP lässt die Anwältin einen Kosteneinschuss einverlangen, ohne vorgängig die finanzielle Situation des Klienten abzuklären. Ist der Klient mittellos und hätte eigentlich Anspruch auf URP, liegt somit ein Verstoß gegen die sorgfältige Mandatsführung vor.⁵⁶

C) Vorzeitige Beendigung des Vertrages

Wie bereits ausgeführt, untersteht das Rechtsverhältnis zwischen Klient und Anwältin dem Auftragsrecht. Grundsätzlich kann ein Auftragsverhältnis von beiden Parteien jederzeit durch eine einseitige Erklärung mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben werden,⁵⁷ und zwar vom Auftraggeber mit Widerruf und vom Beauftragen durch Kündigung.⁵⁸

Die Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Ausübung des Anwaltsberufes gebietet es den Anwältinnen jedoch, bei Kündigung des Auftragsverhältnisses auf die Interessen des Mandanten Rücksicht zu nehmen. Ohne triftige Gründe darf insbesondere ein Prozessmandat zur Unzeit nicht niedergelegt werden.⁵⁹

Die digitalCounsels AG sieht eine abweichende Regelung vor: «Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann der Kunde wie auch der Berater frühzeitig kündigen.»⁶⁰ Diese Regelung verstösst infolgedessen sowohl gegen Bundesrecht als auch gegen die klare bundesgerichtliche Rechtsprechung, die besagt, dass das jederzeitige Widerrufsrecht des Klienten nach Art. 404 OR weder wegbedungen noch eingeschränkt werden darf.⁶¹ Sodann verstösst eine Anwältin gegen die berufs- und auftragsrechtlichen Vorgaben, sollte sie das Mandat zur Unzeit niederlegen.

D) Öffentlichkeit des Profils

Die Nutzungsprofile, Feedbacks, Kommentare, Bewertungen und Rückmeldungen anderer Nutzer werden vorliegend den anderen Nutzern (sogenannten Marktteilnehmern) angezeigt.⁶²

⁴⁸ Pra 90/2001 Nr. 141 S. 835, E. 4c S. 842; JEAN-PIERRE GROSS, La libre circulation des avocats – Portée de certaines dispositions de la LLCA [art. 7, 8 et 12], Anwaltsrevue 3/2002 S. 7/8.

⁴⁹ FELLMANN (FN 29), N 1154.

⁵⁰ Vgl. § 5.3 AGB der digitalCounsels AG.

⁵¹ Vgl. § 5.3 AGB der digitalCounsels AG.

⁵² Vgl. § 4 Abs. 3 der AGB der digitalCounsels AG.

⁵³ Vgl. Art. 395 OR.

⁵⁴ FELLMANN (FN 41), Art. 12 N 32.

⁵⁵ FELLMANN (FN 41), Art. 12 N 167.

⁵⁶ Art. 12 lit. a BGFA.

⁵⁷ Art. 404 Abs. 1 OR.

⁵⁸ FELLMANN (FN 29), § 4 N 1425.

⁵⁹ FELLMANN (FN 41), Art. 12 N 32; Art. 3 SAV.

⁶⁰ Vgl. § 5.4 AGB der digitalCounsels AG.

⁶¹ BGer 4c.373/2006 Urteil vom 29.1.2007, E. 4.3.

⁶² vgl. § 1.2 AGB der digitalCounsels AG.

Die Tatsache, dass ein Mandat zwischen der Anwältin und ihrem Mandanten besteht, untersteht dem Berufsgeheimnis. Der Klient kann jedoch (konkulent) darauf verzichten.⁶³ In diesem Sinne ist auch die vorliegende AGB-Klausel problematisch, da Nutzer nicht damit rechnen müssen, dass ihre Profile (inkl. Feedbacks) öffentlich zugänglich sind. In diesem Rahmen kann auf diese Problematik nicht weiter eingegangen werden.

E) Zwischenfazit

Die durch die OVDP vorgenommenen Kostenvorschüsse und Rechnungstellungen verletzen die der Anwältin obliegende Sorgfaltspflicht, sofern sie nicht vorgängig die Mitteilbarkeit des Klienten prüft.⁶⁴

Sodann wird durch die Vorgabe der Kommunikationskanäle, die Leistungserfassung, die verbotene eigene Rechnungstellung, Sperrung des Kontos bei nicht fristgerechter Bezahlung der offenen Leistungen die Unabhängigkeit der Anwältin in der Mandatsführung verletzt.⁶⁵

5. Anwaltsgeheimnis

Mit der Schilderung des Sachverhalts offenbart ein Klient vertrauliche Informationen gegenüber seiner Anwältin, im Vertrauen darauf, dass diese Dritte nicht in das Geheimnis einweicht. Während SwissAnwalt in den AGB darauf hinweist, dass die Einhaltung des Anwaltsgeheimnisses nicht gewährleistet werden könne,⁶⁶ lässt sich die digitalCounsels AG mittels AGB vom Anwaltsgeheimnis entbinden.⁶⁷

A) Sinn und Zweck

Das Berufsgeheimnis der Anwältin fusst einerseits im verfassungsrechtlichen Schutz der Privatsphäre,⁶⁸ andererseits statuieren Art. 13 BGFA und Art. 321 StGB ausdrücklich, dass Rechtsanwältinnen zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufs von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist, unterstehen.⁶⁹

Das anwaltliche Berufsgeheimnis ist ein absolutes.⁷⁰ Da das Berufsgeheimnis Bestandteil der vertraglichen Beziehung zwischen Klient und Anwältin ist, kann der Klient die Anwältin jedoch vertraglich entbinden. Die Entbindung muss jeweils einseitig mit Bezug auf bestimmte Informationen, gegenüber bestimmten Personen und bezogen auf einen bestimmten Zeitpunkt erfolgen. Es steht dem Klienten frei, die Entbindung jederzeit zu widerrufen.⁷¹

Die Anwältin hat dafür zu sorgen, dass das Anwaltsbüro organisatorisch ein in sich geschlossenes System ist, aus dem vertrauliche Informationen nicht nach aussen dringen können.⁷² Die Anwältin hat auch dafür zu sorgen, dass das Berufsgeheimnis durch ihre «Hilfspersonen» gewahrt bleibt.⁷³

B) Entbindung mittels AGB

Vorliegend erfolgt die Entbindung vom Anwaltsgeheimnis entweder pauschal mittels AGB oder durch Verweis darauf, dass das Anwaltsgeheimnis nicht garantiert werden könne.⁷⁴ Dies ist äusserst problematisch, da Laien nicht

abschliessend beurteilen können, welche Informationen für die Wahrung ihrer Interessen wesentlich sind. Umso wichtiger ist es, dass Klienten ihrer Anwältin eine umfassende Auskunft erteilen können. Dies kann jedoch nur geschehen, wenn sie auf die uneingeschränkte Verschwiegenheit der Anwältin vertrauen können. KASPAR SCHILLER vertritt daher die Ansicht, dass eine zuvor abgegebene generelle Einwilligung in die Offenlegung aller Informationen für alle zukünftigen Situationen unwirksam ist. Eine rechtskräftige Entbindung vom Anwaltsgeheimnis muss inhaltlich, zeitlich und persönlich begrenzt sein.⁷⁵ Dem ist beizupflichten.

Die Entbindung vom Anwaltsgeheimnis mittels AGB lässt Interpretationsspielraum offen und birgt die Unsicherheit, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Vertrauliches offengelegt werden darf. Die anwaltliche Sorgfaltspflicht⁷⁶ gebietet deshalb, dass die Anwältin nach Übernahme des ihr von der OVDP vermittelten Mandates Klarheit schafft und ihren Klienten auf die Entbindung vom Anwaltsgeheimnis mittels AGB und auf deren Konsequenzen hinweist. Erst nachdem der Klient die Tragweite, somit die Vor- und Nachteile der Offenlegung, beurteilen kann und die Nutzung der Tools genehmigt, ist die Anwältin ermächtigt, die Informationen sanktionslos offenzulegen.⁷⁷

Hier zeigt sich nun wiederum die Problematik der von digitalCounsels AG vorgesehenen 24-monatigen «Nichtumgehungsfrist», sobald sich ein Kunde und ein Berater über die Website identifiziert haben. Es kann keine rechtsgültige Verpflichtung bestehen, sich im Fall, dass der Kunde sich nach Aufklärung durch die Anwältin entscheidet, die Entbindung vom Berufsgeheimnis gegenüber digitalCounsels AG rückgängig zu machen, entweder durch Opt-out-Gebühr von der Verpflichtung zu befreien oder sonst das Mandat zu dieser Anwältin zu beenden. Allein aufgrund dieser absoluten Natur des anwaltlichen Berufsgeheimnisses dürfte eine Nichtumgehungsfrist unhaltbar sein und sich der Anwältin und ihrer Klientschaft ein Weg aus der von der OVDP gewünschten Nichtumgehungsfol-

⁶³ HANS NATER/GAUDENZ ZINDEL, in: WALTER FELLMANN/GAUDENZ ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2011, Art. 13 N 107 f.

⁶⁴ Art. 12 lit. a BGFA i. V. m. Art. 1 SAV.

⁶⁵ Art. 12 lit. b BGFA; Art. 1, 3 und 12 BGFA.

⁶⁶ Vgl. § 5 Abs. 5 der AGB von SwissAnwalt.

⁶⁷ Vgl. § 8.3 AGB der digitalCounsels AG.

⁶⁸ Art. 13 BV.

⁶⁹ Ebenso Art. 15 SAV.

⁷⁰ NATER/ZINDEL (FN 63), Art. 13 N 90.

⁷¹ NATER/ZINDEL (FN 63), Art. 13 N 134 f.

⁷² NATER/ZINDEL (FN 63), Art. 13 N 77.

⁷³ Art. 13 Abs. 2 BGFA.

⁷⁴ Vgl. § 5 Abs. 5 der AGB von SwissAnwalt; § 8.1 und 8.3 AGB der digitalCounsels AG.

⁷⁵ KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich, Zürich/Basel/Genf 2009, N 599.

⁷⁶ Vgl. Art. 12 lit. a BGFA.

⁷⁷ SCHILLER (FN 75) N 613.

ge des Zustandekommens des Mandats bieten. Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die *Entbindung vom Anwaltsgeheimnis nur eine Ermächtigung des Anwalts zur sanktionslosen Offenlegung darstellt, hingegen keine Verpflichtung*.⁷⁸ Die Anwältin kann nie zur aktiven Preisgabe von Informationen verpflichtet werden – auch nicht durch die OVDP.

C) Zwischenfazit

Aufgrund der vorhergehenden Ausführungen ist klar ersichtlich, dass die OVDP Interessen verfolgt, die nicht mit den Interessen des Klienten zu vereinbaren sind.

Erst wenn der Klient erkennt, auf was er verzichtet, ist von einer rechtsgültigen Entbindung vom Anwaltsgeheimnis auszugehen. Eine Blankoermächtigung zur Offenlegung von Vertraulichem ist deshalb unzulässig, da die Entbindung stets auf Personen, Inhalt und Zeit begrenzt werden muss. Es ist deshalb Aufgabe der Anwältin, den Klienten über die Entbindung vom Anwaltsgeheimnis aufzuklären.

Kommt eine Anwältin ihren Aufklärungspflichten nicht nach, liegen eine Verletzung der sorgfältigen Berufsausübung und gegebenenfalls die Verletzung des Anwaltsgeheimnisses vor.

6. Anwältinnen und Rechtsschutzversicherungen

Die vorstehenden Problemstellungen können ebenfalls im Verhältnis zu Rechtsschutzversicherungen bestehen. Nachfolgend wird summarisch erläutert, inwiefern diesen Konflikten zwischen Anwältinnen und Rechtsschutzversicherungen begegnet werden.

A) Eigenheiten der Rechtsschutzversicherung

Hat der Versicherte gegenüber der Rechtsschutzversicherung Rechtsanspruch auf Bezug einer unabhängigen Rechtsanwältin, bestehen mehrere Rechtsverhältnisse nebeneinander:

- Zwischen dem Versicherten (anspruchsberechtigte Person) und der Rechtsschutzversicherung aus Versicherungsvertrag
- Zwischen dem Versicherten und der Anwältin aus Anwaltsvertrag
- Zwischen Anwältin und Rechtsschutzversicherung

Die gegenseitigen Rechte und Pflichten können kollidieren, weshalb der Bund von seiner Gesetzgebungsbefugnis gebraucht gemacht hat und die Rechtsschutzversicherungen – im Gegensatz zu den Vermittlungs- und Dienstleistungsplattformen – der (Versicherungs-)Aufsicht und strengen Kapitalisierungsvorgaben unterstellt. Dem Versicherungsnehmer obliegen im Verhältnis zur Rechtsschutzversicherung deshalb gesetzliche Anzeige-,⁷⁹ Auskunfts-,⁸⁰ Schadenminderungs-⁸¹ und Mitwirkungspflichten bei der Ermittlung des Schadens.⁸² Erteilt der Versicherte die verlangten Informationen nicht, werden die Leistungen der Versicherungen nicht fällig oder gegebenenfalls gekürzt.⁸³ Ferner werden die Leistungen der Rechtsschutzversicherungen regelmässig von Konsumenten-

tenschutzorganisationen überprüft und müssen daher öffentlichen Prüfungen standhalten.⁸⁴

B) Vermittlungsprovisionsverbot

Für die Vermittlung von Anwältinnen verlangen die Rechtsschutzversicherungen keine Provisionen.

C) Unabhängigkeit der Anwältin

Die Rechtsschutzversicherung verspricht dem Versicherten, für die allfällig später anfallenden Rechtskosten aufzukommen, sofern diese von der Versicherungsdeckung umfasst sind.

Behandelt die Rechtsschutzversicherung den Fall intern, verfügt sie i. d. R. über alle Informationen, die sie für die Beurteilung der Leistungspflicht benötigt.⁸⁵ Das Auskunftsrecht ist jedoch nicht schrankenlos. Die Informationsbeschaffung der Rechtsschutzversicherung unterliegt den Schranken des Datenschutzgesetzes (DSG).

Besteht ein Rechtsanspruch auf Bezug einer Rechtsanwältin, erfolgt die Mandatierung der Anwältin i. d. R. durch den Versicherten selbst.⁸⁶ Die unabhängige Rechtsanwältin ist deshalb auch in dieser Konstellation an das Berufsgeheimnis gemäss Art. 13 BGFA und Art. 321 StGB gebunden. Die Verfahrens- und Informationshoheit steht somit dem Versicherten zu.

In der Praxis kommt es hingegen oft vor, dass die Anwältin und die Rechtsschutzversicherung direkt miteinander kommunizieren. Grundlage dieser direkten Kommunikation bildet die versicherungsvertragliche Obliegenheit zur Auskunft.⁸⁷ Zur Kommunikation mit der Rechtsschutzversicherung braucht die Anwältin jedoch stets die Einwilligung des aufgeklärten Klienten. Da die Anwältin ausschliesslich den Interessen ihres Klienten verpflichtet ist, liegt es an ihr, den Klienten auf die Folgen der Verletzung von versicherungsvertraglichen Obliegenheiten aufmerksam zu machen.⁸⁸

Der Versicherte – und nicht die Anwältin – hat sodann den durchsetzbaren Anspruch auf (Feststellung der) Kostengutsprache.⁸⁹ Beim versicherungsrechtlichen Anspruch handelt es sich deshalb um eine interne Schuldübernahme i. S. v. Art. 175 Abs. 1 OR und nicht um eine privative Schuldübernahme, da die Kostengutsprache der Rechtsschutz-

⁷⁸ SCHILLER (FN 75), N. 613.

⁷⁹ Vgl. Art. 38 VVG.

⁸⁰ Vgl. Art. 39 VVG.

⁸¹ Vgl. Art. 61 VVG.

⁸² Vgl. Art. 76 VVG.

⁸³ Vgl. Art. 41 VVG.

⁸⁴ CHRISTOPH ARNET, Umgang mit Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten aus der Sicht des Rechtsschutzversicherers, in: WALTER FELLMANN (Hrsg.), Rechtsschutzversicherungen und Anwalt, Luzern 2017, S. 7; Kassensturz-Tests 2015, K-Tipp 10/2016.

⁸⁵ Art. 39 VVG.

⁸⁶ ARNET (FN 84), S. 14 f.

⁸⁷ Art. 39 VVG.

⁸⁸ ARNET (FN 84), S. 16.

⁸⁹ BGE 132 III 726, E. 2.6.

versicherung auch Gerichts-, Verfahrens-, und gegnerische Parteikosten beinhaltet, hinsichtlich deren die mandatierte Anwältin gar nicht Gläubiger sein kann.⁹⁰ Schuldner des Anwalts honorars ist daher grundsätzlich der Versicherte und nicht die Rechtsschutzversicherung.⁹¹

D) Vorzeitige Beendigung des Vertrages

Es bestehen gesetzliche Faktoren, die eine Leistungsbegrenzung zulassen. Im Wesentlichen sind das: Deckungsunterbruch wegen Prämienverzug,⁹² die absichtliche oder grobfahrlässige Herbeiführung eines Versicherungsfalles,⁹³ Doppelversicherungen,⁹⁴ Verletzung der vertraglichen Nebenpflichten,⁹⁵ Versicherungsbetrug⁹⁶ und die Verjährung.⁹⁷ Die Anwältin ist aufgrund der anwaltlichen Sorgfaltspflicht verpflichtet, den Klienten auf allfällige Deckungseinschränkungen der Rechtsschutzversicherungen aufmerksam zu machen.

Im Gegensatz zu den OVDP stützten sich die Leistungsbegrenzungen somit auf gesetzliche Grundlagen.

E) Anwaltsgeheimnis

Es kommt oft vor, dass der Versicherte vor der Fallmeldung bei der Rechtsschutzversicherung bereits eine Anwältin aufsucht und diese den Klienten im Rahmen der anwaltlichen Sorgfaltspflicht darauf aufmerksam macht, dass gegebenenfalls eine Rechtsschutzdeckung besteht. Die anwaltliche Sorgfaltspflicht gebietet in diesem Fall, dass die Anwältin anhand der AVB im Vorfeld die Versicherungsdeckung abklärt und den Klienten auf die Schadenminderungspflicht und die weitergehenden versicherungsvertraglichen Obliegenheiten aufklärt. Anschliessend kann der Versicherte den Fall selbst melden oder auf die Versicherungsdeckung verzichten. Dem Versicherten steht es daher frei, die Rechtsschutzversicherung über den Fall zu informieren und eine Kostendeckung zu beantragen oder die Anwalts- und gegebenenfalls Prozesskosten selbst zu tragen.

Aktuell sieht nur die Fortuna Rechtsschutzversicherung vor, dass sie die Anwältin für den Kunden mandatiert.⁹⁸ In diesem Falle mandatiert die Rechtsschutzversicherung die Anwältin als Stellvertreterin des Versicherten und nicht im eigenen Namen. Der Anwaltsvertrag kommt stets zwischen dem Versicherten und der Anwältin zustande.⁹⁹

Die Rechtsschutzversicherungen lassen sich für den konkreten Versicherungsfall vom Anwaltsgeheimnis entbinden, damit sie anschliessend die Versicherungsdeckung und das Risiko eines Prozesses abschätzen können. Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag räumt der Versicherung hierzu das Recht ein, Auskünfte, die zur Abklärung und Erfüllung der Leistungspflicht notwendig sind, zu verlangen.¹⁰⁰ Der Versicherte ist aufgrund der versicherungsvertraglichen Obliegenheiten zur Auskunft verpflichtet. Es steht ihm jedoch frei, die Auskünfte zu verweigern und auf die Versicherungsleistungen zu verzichten, sofern er eine Offenlegung nicht wünscht. Es obliegt sodann der Anwältin, den Klienten über die Vor- und Nachteile aufzuklären.

7. Fazit

Die Vermittlungs- und Dienstleistungsplattformen bemühen sich, in ihren AGB darzulegen, dass sie keine Gebühren für die Anwaltsvermittlung erheben. Wie dargestellt, finden sich aber diverse Formen der Vermittlungsprovisionen, die sich oft nur sehr schlecht kaschieren lassen. So verpflichten sich die Anwender i. d. R. die Tools der Webseite exklusive zu nutzen und dafür eine Nutzungsgebühr zu entrichten, oder sie leisten eine Abgabe pro Auskunft, die sie erteilen, oder sie bezahlen für die Befreiung von der 24-monatigen Nichtumgehungsfrist eine Opt-out-Gebühr. Allen diesen Erscheinungsformen ist gleich, dass letztlich ein Entgelt dafür bezahlt wird, dass

- (a) Anwältinnen Auskünfte gegen Vergütung erteilen dürfen,
- (b) Anwältinnen Mandate zugeteilt erhalten, wenn sie die Nutzungsgebühr der Plattform entrichten, oder
- (c) Anwältinnen mit den ihnen vermittelten Klienten frei verkehren dürfen, wenn sie die Opt-out-Gebühr bezahlen.

Zu problematisieren ist, dass die Vermittlungs- und Dienstleistungsplattformen Zugriff auf vertrauliche Dokumente erhalten, obschon sie weder dem Anwaltsgeheimnis, noch dem BGFA, noch den Standesregeln SAV unterstehen und auch keiner Aufsicht unterliegen.

Während der AGB-Blankoermächtigung zur Offenlegung von Vertraulichem damit begegnet werden kann, dass die Anwältin ihren Klienten über die Vor- und Nach-

⁹⁰ ARNET (FN 84), S. 17 f.; dies ist in der Lehre jedoch umstritten, vgl. WALTER FELLMANN, Kostengutsprache und Rahmenvereinbarung – juristische Qualifikation und berufsrechtliche Schranken, in: WALTER FELLMANN (Hrsg.), Rechtsschutzversicherungen und Anwalt, Luzern 2017, S. 71).

⁹¹ FELLMANN (FN 90), S. 70.

⁹² Art. 20 Abs. 3 VVG.

⁹³ Art. 14 Abs. 1-3 VVG.

⁹⁴ Art. 71 Abs. 1 VVG.

⁹⁵ Art. 45 Abs. 1 VVG.

⁹⁶ Art. 40 VVG.

⁹⁷ Art. 46 VVG.

⁹⁸ Vgl. Fortuna, AVB für die Rechtsschutzversicherung für Privatpersonen, Ausgabe 2016, C2, Art. 1: «Fortuna ist allein berechtigt, Mandate an Rechtsvertreter zu erteilen.»

Ein Vorschlags-, aber kein Wahlrecht besteht bei:

– CAP (Ausgabe 06.2016), Art 11 AVB

Freie Anwaltswahl besteht bei:

– Protekta: Ist der Beizug eines Anwaltes erforderlich oder besteht eine Interessenkollision, dürfen Sie einen Anwalt mit Sitz im Gebiet des für die Beurteilung des Rechtsstreits zuständigen Gerichtes frei wählen und vorschlagen. Vor Beauftragung des Anwaltes müssen Sie unsere Zustimmung und unsere Kostengutsprache einholen (AVB Ausgabe 04.2017 (Überarbeitete Auflage 03.2018), Ziff. L3

– AXA ARA Rechtsschutzversicherung (Ausgabe 03/2017): gemäss Ziff. A11, 4

– Assista (Stand 2018), Ziff. 14

– Orion (Ausgabe 10/2017), Ziff. E5 Abs. 4

– Coop (Ausgabe 2016), Art. 13

– Dextra (AVB P 2017), Art. 7 lit. c

⁹⁹ So die h. L., vgl. FELLMANN (FN 90), S. 66 f.

¹⁰⁰ Art. 39 Abs. 1 VVG.

teile aufklärt und damit Klarheit betreffend die Entbindung vom Anwaltsgeheimnis geschaffen wird, müssen AGB, die anschliessend an die Aufklärung über die Tragweite dieser Entbindung das Recht, die Plattform frei verlassen zu dürfen, aufgrund der absoluten Natur des Berufsgeheimnisses ungültig sein.

Es sind sodann keine Massnahmen ersichtlich, um der Abhängigkeit und der Interessenkollision gegenüber der OVDP entgegenzuwirken. Als gewinnorientiertes Dienstleistungsunternehmen (Vermittlung von Mandaten und Zurverfügungstellen von Infrastruktur) nehmen die Vermittlungs- und Dienstleistungsplattformen klare Eigenin-

teressen wahr, die mit den Interessen des Klienten und der Anwältin nicht zu vereinbar sind.

Eine Anwältin, die die OVDP benutzt, verletzt daher nach der hier vertretenen Auffassung i. d. R. die drei wesentlichen Berufspflichten (Unabhängigkeit, Vermeidung von Interessenkonflikten und Einhaltung des Anwaltsgeheimnisses).

Es wird sich deshalb nicht vermeiden lassen, dass sich die kantonalen Aufsichtskommissionen über Anwältinnen und Anwälte mit dieser neusten Entwicklung befassen und die Frage der Konformität mit den Berufsregeln prüfen.

DSGVO – Erste Hilfe für den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung



1658-31/19 | Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten

Datenschutzrecht für Schweizer Unternehmen

Benjamin Domenig, Christian Mitscherlich

März 2019, CHF 78.–

149 Seiten, broschiert, 978-3-7272-1907-8

Die Europäische Datenschutzverordnung (DSGVO) ist seit 25. Mai 2018 in Kraft und bringt ein breites Spektrum an neuen Regeln und Auflagen mit sich. Obwohl es sich dabei um Recht der EU handelt, hat dieses starke Auswirkungen auf die Schweiz und betrifft Schweizer Unternehmen zu einem grossen Teil direkt. Die Nichtbeachtung des neuen Datenschutzregimes kann gravierende wirtschaftliche Folgen nach sich ziehen, da Bussgelder bis zu 20 Millionen vorgesehen sind. Das vorliegende Handbuch liefert eine schnelle, einfache und klare Übersicht über die neuen Regeln und dient als Anleitung zur Implementierung der wichtigsten Punkte des Datenschutzrechts für Schweizer Unternehmen.

Stämpfli
Verlag

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempfliverlag.com

**Bestellen Sie direkt online:
www.staempflishop.com**