

Walter Fellmann*

Unabhängigkeit und Haftung des Anwalts in der Anwaltskörperschaft

Stichworte: Unabhängigkeit, Substitut, Hilfsperson, Beschränkung der Haftung

I. Einleitung

In meinem Bericht¹ über die Verfügung der Anwaltskommission des Kantons Obwalden vom 29. Mai 2006 und den Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2006 habe ich auf einen Gedanken von PETER GAUCH hingewiesen. Danach könnte die Übertragung der Mandatsführung an einen weisungsunabhängigen Anwalt diesen zum Substituten² der Anwaltskörperschaft machen. Träfe dies zu, wäre er dem Auftraggeber der Anwaltsgesellschaft für die Folgen von Sorgfaltspflichtverletzungen persönlich haftbar.³

Dieser Hinweis hat einige Leser verunsichert. Unter Verweis auf meinen Beitrag gab der Vorstand des Basellandschaftlichen Anwaltsverbands seinen Mitgliedern in einem Rundschreiben vom 6. März 2007 sogar ausdrücklich zu bedenken, bei der Gründung einer Körperschaft könnten sie sich «qua Analogie» in die Direkthaftung manövrieren, der das Gesetz den Substituten unterwerfe. Ich wurde daher gebeten, zu dieser Frage nochmals näher Stellung zu nehmen.

Diesem Wunsch komme ich hiermit nach. Im Folgenden werde ich mich zuerst mit der Frage befassen, was die Unabhängigkeit des Anwalts in der Anwaltskörperschaft ausmacht. Dann ist zu untersuchen, ob die Gewährleistung dieser Unabhängigkeit den mandatsführenden Anwalt wirklich zum Substituten der beauftragten Gesellschaft machen kann.

II. Unabhängigkeit des Anwalts in der Anwaltskörperschaft

Ausgangspunkt der Erwägungen der Anwaltskommission des Kantons Obwalden und der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich zur Unabhängigkeit des Anwalts in einer Anwaltskörperschaft bildet Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA. Danach müssen Anwältinnen und Anwälte, die sich in das Anwaltsregister eintragen lassen wollen, «in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben.» Es stellt sich

daher die Frage, was der Gesetzgeber mit dem Erfordernis der Unabhängigkeit gemeint hat:

Das Bundesgericht hat noch vor Inkrafttreten des BGFA zu dieser Frage Stellung genommen. Nach seiner Auffassung gewährleistet «die Unabhängigkeit des Anwalts [. . .] grösstmögliche Freiheit und Sachlichkeit bei der Interessenwahrung gegenüber dem Klienten wie gegenüber dem Richter [. . .]. Sie bildet die Voraussetzung für das Vertrauen in den Anwalt und die Justiz. Wer sich an einen Anwalt wendet, soll gewiss sein dürfen, dass dieser in keiner Weise an einen Dritten gebunden ist, dessen Interessen den eigenen in irgendeiner Weise entgegenstehen können.»⁴

Bei Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA geht es also darum, die Einflussnahme von Dritten zu verhindern, und zwar von Dritten, die nicht im Anwaltsregister eingetragen sind. Die Einflussnahme von Personen, die selbst im Anwaltsregister eingetragen sind und den Berufsregeln der Anwältinnen und Anwälte unterstehen, war für den Gesetzgeber demgegenüber kein Problem. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA können Anwälte vielmehr ohne jede Einschränkung «Angestellte [. . .] von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind.»

Dass bei der Zusammenarbeit mehrerer Anwälte die Interessen des Klienten geschützt sind, wird durch den Grundsatz sichergestellt, dass «alle in einem Büro zusammengefassten Anwälte wie ein Anwalt zu behandeln sind.»⁵ Kein Anwalt darf daher Interessen verfolgen, die mit den Interessen des Klienten eines andern Anwalts der Gemeinschaft kollidieren – auch der Arbeitgeber nicht. Jeder Anwalt hat den Interessen der Klienten der Kanzlei stets vor allen anderen Interessen den Vorrang einzuräumen. Das gilt auch für den Fall, dass er als Arbeitgeber eines andern Anwalts befugt ist, diesem Weisungen zu erteilen.

Diese Hinweise zeigen, dass die Unabhängigkeit der in einer Anwaltskörperschaft zusammengeschlossenen Anwältinnen und Anwälte keineswegs so eng verstanden werden muss, wie dies die Anwaltskommission des Kantons Obwalden tut.⁶ Die Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Kantons Zürich sieht dies zurecht liberaler: Nach ihrer

* Prof. Dr. iur. Walter Fellmann, Rechtsanwalt in der Kanzlei Fellmann Tschümperlin Lötscher in Luzern, nebenamtlicher ordentlicher Professor für Privatrecht an der Universität Luzern.

1 WALTER FELLMANN, Zulässigkeit der Aktiengesellschaft als Organisationsform für Anwaltskanzleien – die Beschlüsse der Aufsichtsbehörden der Kantone Obwalden und Zürich, *Anwaltsrevue* 2007, 22 ff.

2 Art. 398 Abs. 3 OR.

3 FELLMANN (Fn. 1), 25 bei Fn. 37.

4 Urteil des Bundesgerichts vom 8. Januar 2001 (2P.187/2000) E. 4c.

5 ROBERT HEBERLEIN, Interessenkonflikte, in: *Der Schweizer Anwalt*, SAV/FSA 142/1993, 6; vgl. dazu auch WALTER FELLMANN, Kommentar zum Anwaltsgesetz, hrsg. von Walter Fellmann und Gaudenz G. Zindel, Zürich 2005, Art. 12 N 84 m.w.H.

6 Anwaltskommission des Kantons Obwalden, Verfügung vom 29. Mai 2006, E. 3.6.1., vgl. dazu FELLMANN (Fn. 1), 23 bei Fn. 22.

Auffassung schliesst der Umstand, dass die Anwälte in einer Anwalts-AG namentlich hinsichtlich der Strategie für die Annahme oder Ablehnung von Mandaten an die Beschlüsse der Generalversammlung und des Verwaltungsrats gebunden sind, eine unabhängige Berufsausübung im Sinne von Art. 12 lit. b und c BGFA nicht aus. Die Anwälte seien nämlich von Gesetzes wegen an das Berufsrecht gebunden; widersprechende Weisungen seien unbeachtlich.⁷

Nach meiner Meinung geht die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte in der Anwaltskörperschaft daher nicht weiter, als es Art. 12 lit. c BGFA vorschreibt: «Sie meiden jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen.» Zu gewährleisten ist die Einhaltung dieser Regel. Sicherzustellen ist daher bloss, dass in der Generalversammlung einer Anwalts-AG, im Verwaltungsrat und in der Geschäftsführung⁸ die eingetragenen Anwälte das Sagen haben. Ihre Bindung an die Berufspflichten des BGFA schliesst dann einen Konflikt zwischen den Interessen der Klienten der Gesellschaft und Personen, mit denen die Gesellschaft oder Anwälte der Gesellschaft geschäftlich oder sonst in Beziehung stehen, aus. Weisungen sind nicht verboten; das BGFA schränkt sie bloss inhaltlich ein: Untersagt sind Weisungen, die mit den Interessen der Klienten in Widerspruch stehen oder sich sonst mit den Berufspflichten der Anwältinnen und Anwälte nicht vereinbaren lassen.

III. Unabhängigkeit und Substitution

Nach Art. 398 Abs. 3 OR darf der Beauftragte die Ausführung des Auftrags an einen Dritten übertragen, wenn er dazu «ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird.» Ist der Beauftragte zur Übertragung des Auftrags befugt, «so haftet er nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten.»⁹ Diese Haftungsbeschränkung privilegiert den Beauftragten; seine Haftung für Substituten geht wesentlich weniger weit, als die Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR.

Der Abgrenzung zwischen Substitution im Sinne von Art. 398 Abs. 3 OR und Erfüllungshilfe im Sinne von Art. 101 OR kommt daher eine erhebliche Tragweite zu. Massgebend ist eine wertende, weder bloss juristisch-technische noch allein auf die äusseren Umstände abstellende Überlegung. Die Unterscheidung steht nämlich in engem Zusammenhang mit der Frage nach der Zulässigkeit der Substitution und der Rechtfertigung des in Art. 399 Abs. 2 OR begründeten Haftungsprivilegs des Beauftragten. Entscheidend ist deshalb, ob im konkreten Fall eine auf

gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten reduzierte Haftung gerechtfertigt ist. Eine Substitution im Sinne von Art. 398 Abs. 3 OR liegt daher nur vor, wenn der Beauftragte die Erfüllung durch einen wirtschaftlich selbständigen Dritten vornehmen lässt, ohne diesen zu leiten oder zu beaufsichtigen, und sich das damit verbundene Haftungsprivileg bei der gegenseitigen Abwägung der Interessen des Auftraggebers und des Beauftragten rechtfertigen lässt bzw. rechtfertigen liesse, wenn die Substitution zulässig wäre. Dazu muss der Substitut völlig in den Verantwortungsbereich des Beauftragten einrücken. Er muss dessen unmittelbarem Einfluss- und Kontrollbereich faktisch entzogen sein, so dass dem Beauftragten eine Überwachung, wie die des unselbständigen Erfüllungsgehilfen, aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist.¹⁰ Für das Vorliegen einer Substitution sprechen nach der Meinung von ROLF H. WEBER etwa «die Selbständigkeit des Dritten [. . .], die Übertragung der Vertragserfüllung auf den Dritten, die besonderen Sachkenntnisse des Dritten, das Interesse des Auftraggebers am Beizug des Substituten, das jederzeitige Kündigungsrecht des Beauftragten und der fehlende wirtschaftliche Nutzen bzw. das fehlende Direktinteresse des Beauftragten.»¹¹

Diese Voraussetzungen sind beim Anwalt, der in einer Anwaltskörperschaft angestellt ist, nicht erfüllt. Weder ist er wirtschaftlich selbständig noch dem Einflussbereich der Gesellschaft in der beschriebenen Art entzogen. Zwar mögen einzelne Kriterien, die für eine Substitution sprechen könnten, vorliegen, etwa besondere Fachkenntnisse, ja unter Umständen sogar das Interesse des Auftraggebers. Der einzelne Anwalt bleibt aber stets in die Erfüllungsorganisation der Anwaltskörperschaft integriert.¹² Diese hat auch ein eigenes finanzielles Interesse an der Ausführung des Auftrags. Daran ändert nichts, wenn sich die Anwaltskörperschaft verpflichtet, dem angestellten Anwalt bei der Führung des Mandats eines ihrer Klienten keine Weisungen zu erteilen, selbst wenn dieser Verzicht weiter gehen sollte, als es nach den Berufsregeln des BGFA erforderlich ist. Dies macht den betroffenen Anwalt noch lange nicht zum Substituten der Gesellschaft.¹³

Abschliessend sei noch darauf hingewiesen, dass dem Arbeitsvertragsrecht weisungsfreie Bereiche keineswegs fremd sind. So ist beispielsweise anerkannt, dass sich ein hochqualifizierter Arbeitnehmer der Einmischung des Arbeitgebers durch

7 Aufsichtskommission des Kantons Zürich, Beschluss vom 5. Oktober 2006, E. IV.4.; vgl. dazu FELLMANN (Fn. 1), 24 bei Fn. 33.

8 In der Anwalts-GmbH: in der Gesellschafterversammlung und in der Geschäftsführung.

9 Art. 399 Abs. 2 OR. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann der Auftraggeber allerdings den Substituten direkt aus Vertrag belangen (BGE 121 III 310 ff.); siehe dazu WALTER FELLMANN, Aktuelle Anwaltspraxis 2005, hrsg. von Walter Fellmann und Tomas Poledna, Bern 2005, 313 f.

10 WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, Bern 1992, Art. 398 N 542; vgl. auch PETER DERENDINGER, Die Nicht- und nicht richtige Erfüllung des einfachen Auftrags, 2. Aufl., Freiburg 1990, N 105 ff.; ROLF H. WEBER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand, 3. Aufl., Basel 2003, Art. 398 N 3 ff.

11 WEBER (Fn. 10), Art. 398 N 3.

12 Zum Kriterium der Eingliederung in die Erfüllungsorganisation des Beauftragten vgl. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003, N 2869.

13 Gleicher Auffassung sind HANS NATER/MARTIN THOMANN, Der Anwalt in der Anwaltskörperschaft: Substitut oder Hilfsperson?, SJZ 2007, 228 ff.

Fachanweisungen widersetzen kann.¹⁴ Selbst wenn man also dem angestellten Anwalt bei der Führung des Mandats eines Klienten der Anwaltskörperschaft weitgehende Weisungsfreiheit zugestehen wollte, wäre dies dem Arbeitsvertragsrecht nicht fremd und würde daher für sich allein keineswegs für das Vorliegen einer Substitution sprechen.

IV. Fazit

Die Anwältinnen und Anwälte, die bei einer Anwaltskörperschaft angestellt sind, sind nicht Substituten der Gesellschaft, wenn sie deren Mandate betreuen. Sie haften den Klienten daher grundsätzlich nicht persönlich. Sie sind Hilfspersonen, welche die Anwaltskörperschaft zur Erfüllung ihrer Schuldpflichten einsetzt und für deren Verhalten diese nach Art. 101 OR einzustehen hat.¹⁵

Sowohl bei der Anwalts-AG wie auch bei der Anwalts-GmbH haftet für Gesellschaftsschulden ausschliesslich das Gesellschaftsvermögen, jedenfalls nach neuem Recht.¹⁶ Eine persönliche Haftung der Aktionäre und der Gesellschafter der GmbH be-

steht nicht (mehr).¹⁷ Diese Beschränkung der Haftung gilt nach meiner Meinung auch für die Pflicht, dem Klienten den Schaden zu ersetzen, der durch treuwidrige oder unsorgfältige Führung des Anwaltsmandats entstanden ist,¹⁸ und zwar auch dann, wenn die Anwaltskörperschaft dem angestellten Anwalt bei der Führung von Mandaten keine Weisungen erteilt.

Die ausschliessliche Haftung des Gesellschaftsvermögens sowohl bei der AG wie auch bei der GmbH beschränkt das persönliche Haftungsrisiko der Gesellschafter daher auf «pathologische Fälle». ¹⁹ Zu denken ist an eine persönliche Verantwortlichkeit als formelles oder faktisches Organ, wenn der Betroffene die ihm obliegenden Pflichten absichtlich oder fahrlässig verletzt.²⁰ In Betracht fällt ferner eine Haftung nach Treu und Glauben, etwa bei einem Durchgriff.²¹ Dabei ist das Risiko eines Durchgriffs bei der GmbH «wegen der nicht selten ungenügenden Kapitalausstattung und wegen der Nähe der Gesellschafter zur Geschäftsführung» grösser als bei der AG.²² Zu erwähnen ist schliesslich noch die Haftung aus Delikt, wenn die Pflichtverletzung eines Anwalts gleichzeitig eine widerrechtliche Handlung darstellt, wie dies beispielsweise bei betrügerischen Handlungen zulasten des Klienten der Fall ist.

14 Vgl. etwa MANFRED REHBINDER/WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand, 3. Aufl., Basel 2003, Art. 321 d N 8; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 321 d N; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2005, 141.

15 Vgl. NATER/THOMANN (Fn. 13), 228 ff.

16 Nach dem noch geltenden Art. 802 OR haften die Gesellschafter persönlich aber bloss subsidiär, wenn das Stammkapital nicht voll einbezahlt wird.

17 Art. 794 OR 2005.

18 Vgl. WALTER FELLMANN, Neue Rechtsformen für Anwaltskanzleien und ihre Auswirkung auf die Haftung des Anwalts, in: Haftpflicht des Rechtsanwalts, Tagung der Winterthur Versicherungen, Zürich/St. Gallen 2006, 84.

19 ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, § 18 N 59; vgl. auch FELLMANN (Fn. 16), 88.

20 Art. 754 Abs. 1 OR und Art. 827 OR 2005.

21 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 18 N 59.

22 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 18 N 59.