

Ernst Staehelin*

Kann ein Vollzeitangestellter noch als Anwalt tätig sein?

Stichworte: Unabhängigkeit, Vollzeitangestellter, Berufsregeln, Berufsgeheimnis

Das Schweizerische Bundesgericht hat in mittlerweile neun (in der Sache weitgehend gleich lautenden) Entscheiden¹ Beschwerden eines kantonalen Anwaltsverbandes gegen die jeweilige Eintragung eines vollzeitlich bei einem Unternehmen (und nicht bei einem registrierten Anwalt) angestellten Anwalts ins kantonale Anwaltsregister beurteilt. Es hat die die Eintragung eines solchen Anwalts grundsätzlich als zulässig erachtet, in sechs Fällen den Standpunkt des Anwaltsverbandes gestützt auf die Umstände des konkreten Falles aber gutgeheissen und die Eintragung abgelehnt. Das Bundesgericht ging davon aus, dass im Falle des Bestehens eines Anstellungsverhältnisses (ausser mit einem seinerseits registrierten Anwalt) eine Vermutung für das Fehlen der Unabhängigkeit besteht, dass diese Vermutung aber widerlegt werden könne. Dazu muss der betreffende Anwalt selbst klare Verhältnisse schaffen und der Aufsichtsbehörde durch entsprechende Vereinbarungen mit dem Arbeitgeber aufzeigen, dass jeder Einfluss des Arbeitgebers auf die anwaltliche Tätigkeit ausgeschlossen ist.

Die Begründungen der Entscheide zur dieser sogenannten institutionellen Unabhängigkeit von Vollzeitangestellten im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA werfen grundsätzliche Fragen auf, die das Bundesgericht zu Unrecht nicht behandelt, resp. ausser Acht gelassen hat (auf die übrigen regulatorischen Aspekte wird an dieser Stelle nicht eingegangen). Dabei wird nicht verkannt, dass das Bundesgericht grundsätzlich das spürbare Anliegen hat, die Unabhängigkeit als Prinzip hoch zu halten.

Die Hauptstossrichtung der Begründung des Bundesgerichts geht dahin, dass bei arbeitsvertraglicher Regelung einiger, in den Entscheiden näher aufgeführten Punkte und bei entsprechender Organisation auch ein Anwalt, der zu 100 % bei einem Unternehmen angestellt ist, die Voraussetzungen der institutionellen Unabhängigkeit erfüllen kann. Die vom kantonalen Anwaltsverband u. a. aufgeworfene Frage der Arbeitskapazität ist mit dem Hinweis abgeschmettert worden, auch Anwälte seien überlastet!

Der Ansatz des Bundesgerichts erscheint (zu) theoretisch und nicht von Praxisnähe gefärbt zu sein. Die Frage der Arbeitskapazität, resp. der auch bei Anwälten bestehenden Überlastung ist nicht die Antwort auf die sich stellenden Fragen. Letztere gehen tiefer und weiter. Leider gibt das Bundesgericht dazu keine Antwort.

Verfügbarkeit und Erreichbarkeit

Zunächst ist die Frage nach der generellen Verfügbarkeit und Erreichbarkeit zu stellen: Wer vollzeitlich in einem Unternehmen

arbeitet, steht den Klienten für Kontaktaufnahmen, für Besprechungen etc. nicht in einem angemessenen Ausmass zur Verfügung. Das Personal des Arbeitgebers darf nach den Entscheiden des Bundesgerichts richtigerweise bei telefonischen Anfragen von Klienten, Gegenanwalt, Gerichtsbehörden nicht eingesetzt werden und kann damit nicht für den Anwalt handeln. Die Wohnadresse als Geschäftsadresse anzugeben, mag für Zustellungen keine grossen Probleme stellen. Ob die private Wohnung sich aber als Besprechungsort eignet, muss hier offen bleiben. Es genügt den organisatorischen Mindestanforderungen an eine Anwaltskanzlei aber sicherlich nicht, wenn der Anwalt nur schriftlich oder telefonisch erreicht werden kann, oder wenn Besprechungen nur in Gaststätten oder andern öffentlichen Räumen stattfinden können.

Ebensowenig können Gerichte, Behörden usw. mit einem solchen Anwalt Kontakt aufnehmen; er bleibt also während den üblichen Bürozeiten unerreichbar. Gerichte und Behörden werden kaum Terminabsprachen am Abend oder über das Wochenende vornehmen wollen und können.

Berufsgeheimnis

Ungelöst bleibt auch das Problem des Berufsgeheimnisses: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen die anwaltlichen Akten so aufbewahrt werden, dass sie für Organe, Vertreter oder Angestellte des Arbeitgebers unzugänglich sind. Dies ist nur dann möglich, wenn sie sich nicht in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers befinden. Trifft dies zu, so kann der Anwalt während der üblichen Bürozeiten nicht darauf zugreifen und steht so den Klienten, dem Gegenanwalt, den Gerichten und Behörden nicht orientiert zur Verfügung. Damit verletzt der Anwalt möglicherweise die Berufsregel gemäss Art. 12 lit. a BGFA (gewissenhafte und sorgfältige Ausübung des Berufes) bereits schon «institutionell». Erfolgt umgekehrt die Aufbewahrung in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers, dann ist die Einhaltung des Berufsgeheimnisses nicht mehr gewährleistet.

Tätigkeitsgebiet

Der in einem Unternehmen angestellte Anwalt hat typischerweise ein spezifisches Know-how in der entsprechenden Branche; in andern Rechtsgebieten dürfte er eher weniger Erfahrung haben (im Gegensatz zum klassischen Anwalt betätigt er sich normalerweise nicht in vielen Rechtsgebieten). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts verlangt nun aber, dass weder der Arbeitgeber oder seine Arbeitnehmer noch ihm nahestehende Unternehmungen noch seine Kunden oder sonstige Geschäftspartner die anwaltlichen Dienstleistungen des Angestellten in Anspruch nehmen dürfen. Im Entscheid vom 13. April 2004 (2A.126/2003) relativiert

* Dr. Ernst Staehelin, LL. M., ist Advokat und Notar in Basel, und Vizepräsident SAV.

1 Leiturteil vom 29. Januar 2003, 2A.110/2003; insb. Urteil vom 13. Dezember 2003, 2A.101/2003; Urteile vom 29. Januar 2004: 2A.109/2003, 2A.111/2003 und 2A.127/2003; Urteil vom 13. April 2004, 2A.126/2003.

das Bundesgericht nunmehr diese Aussage in dem Sinne, dass das Verbot der Übernahme von Mandaten sich nur auf das konkrete Geschäftsumfeld des Arbeitgebers, nicht aber auf die Branche als solche oder generell auf das Fachgebiet bezieht. Die Definition der Begriffe «Branche» und «Fachgebiet» bleibt aber offen (kann z. B. ein im Haftpflichtrecht erfahrener Anwalt Mandate im Gebiet des Haftpflichtrechtes betreuen, allerdings mit der oben erwähnten Einschränkung bezüglich der Klientschaft, oder darf er nur in andern Versicherungsbranchen tätig sein?).

Erfüllung von Berufspflichten

Faktisch entbindet das Bundesgericht den nebenbei als Anwalt tätigen Vollzeitangestellten im Weiteren von der Berufspflicht, Pflichtverteidigungen und Rechtsvertretungen im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege zu übernehmen (Art. 12 lit. g BGFA), dies mit der Begründung, solange es andere freiberufliche Anwälte gäbe, die dazu bereit seien, stelle diese Pflicht kein Problem dar. Wer in einem Anwaltsregister eingetragen ist, hat sämtliche Berufsregeln einzuhalten, ein (indirektes) «cherry-picking» kann nicht zulässig sein. Zwar ist es auch für einen freierwerbenden Anwalt zulässig, solche Mandate im Einzelfall abzulehnen (z. B. wegen mangelnder Sachkenntnis, Interessenkollisionen, Krankheit usw.; vgl. dazu Pra 2002, Nr. 50, S. 267 ff.). Ein als Anwalt tätiger Vollzeitangestellter wird aber die Übernahme solcher Mandate nicht ablehnen können, einfach weil er Angestellter eines Unternehmens ist und die Zeit nicht aufbringen kann. Auch ein freierwerbender Anwalt kann sich nicht von dieser Pflicht mit dem Hinweis befreien, es gäbe andere Anwälte, die ein Interesse an der Übernahme solcher Mandate hätten.

Eine vierte Kategorie von Anwälten?

Das BGFA schafft insgesamt drei Kategorien von Anwälten: Anwälte, die nicht registriert sind, solche, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, weil sie frei erwerbend sind (oder bei einem registrierten Anwalt angestellt sind), und solche, die bei einer gemeinnützigen Organisation angestellt sind und Mandate nur im Rahmen des Zweckes dieser Organisation betreuen dürfen (Art. 8 Abs. 2 BGFA).

Folgt man der Theorie des Bundesgerichts zur Eintragungsfähigkeit von Vollzeitangestellten, so entsteht damit eine weitere, vierte Kategorie von Anwälten (wovon drei im Anwaltsregister eingetragen sind), die zwar zunächst alle Rechte eines registrierten Anwalts beanspruchen können, aufgrund ihrer besonderen Situation aber nicht alles tun dürfen, was sie tun könnten (insb. bezüglich der möglichen Klienten). Diese überschüssende Rechtsstellung ist weder für einen Aussenstehenden, noch den Klienten noch für Gerichte und Behörden erkennbar. Eine Überprüfbarkeit ist damit nicht mehr gegeben. Es besteht keine Pflicht der eintragenden Aufsichtsbehörde, allen Gerichtsbehörden die verfügbaren Auflagen mitzuteilen; mangels gesetzlicher Grundlage dürfte auch kein solches Melderecht bestehen.

Zur Beurteilung steht bei dieser Konstellation mehr als nur die Unabhängigkeit im Einzelfall gemäss Art. 12 lit. b BGFA, oder die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkollisionen, wie sie in Art. 12

lit. c BGFA vorgesehen ist. Auch wenn keine Konfliktsituation vorliegt, darf gemäss den bundesgerichtlichen Äusserungen ein als Anwalt tätiger Vollzeitangestellter seinen Arbeitgeber oder ihm nahestehende Unternehmungen, dessen Kunden oder sonstigen Geschäftspartner sowie Angestellte des Arbeitgebers nicht als Klienten annehmen. Die Mandate sind somit auf solche beschränkt, die klar ausserhalb des Tätigkeitsbereichs des Arbeitgebers liegen. Im erwähnten Entscheid vom 13. April 2004 (2A.126/2003) hat das Bundesgericht seine Aussage nunmehr aufgeweicht und will offenbar zulassen, dass der Vollzeitangestellte in seiner Branche oder in seinem Fachgebiet tätig sein kann. Damit fehlt es erst recht an der Überprüfbarkeit und an der Durchsetzbarkeit dieser Einschränkungen: Wie kann erkannt und beurteilt werden, ob ein bestimmter Klient eines als Anwalt tätigen Vollzeitangestellten zum Geschäftsumfeld des Arbeitgebers gehört oder nicht?

Die grundsätzliche Beschränkung für die Übernahme von Mandaten müsste eigentlich im Anwaltsregister vermerkt werden können, damit für alle Klarheit besteht (der für eine gemeinnützige Organisation tätige, gemäss Art. 8 Abs. 2 BGFA registrierte Anwalt hat Briefpapier der gemeinnützigen Organisation zu verwenden; daraus ist die Beschränkung der Mandate indirekt ersichtlich). Das Bundesgericht hat eine solche «Anmerkung» abgelehnt mit dem unzutreffenden Hinweis darauf, dass die Bestimmungen von Art. 12 lit. b und lit. c BGFA für alle Anwälte ja sowieso gelten. Es hat dabei übersehen, dass es bei seinem Entscheid um die institutionelle Unabhängigkeit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA ging und nicht um diejenige im Einzelfall gemäss Art. 12 lit. b BGFA. Mangels gesetzlicher Grundlage für die Eintragung einer Vertretungsbeschränkung hätte das Bundesgericht die Eintragung ablehnen müssen. Die Lösung de lege ferenda könnte darin bestehen, dass im Anwaltsregister entweder ein ausdrücklicher diesbezüglicher Vermerk aufgenommen wird (mit einem entsprechenden Hinweis auf dem Briefpapier), oder dass für Vollzeitangestellte, die als Anwälte ausserhalb ihres Geschäftsumfeldes tätig sein wollen, die Möglichkeit einer Einzelauftrittsbewilligung geschaffen wird, wie sie unter dem alten kantonalen Recht auch schon bekannt war. Es müsste dann vorgesehen werden, dass die Berufsregeln und das Disziplinarrecht des BGFA auch in diesen Fällen zur Anwendung kommen, um so dem Publikumsschutz Rechnung zu tragen.

Folgerungen

Das Bundesgericht hat bei seinen eingangs erwähnten Entscheidungen wesentliche Aspekte, die sich im Zusammenhang mit der Eintragung eines Vollzeitangestellten ins Anwaltsregister stellen, nicht beachtet, und ohne Seitenblick auf die Praxis und die Praktikabilität, ohne Rücksicht auf die Erkennbarkeit und Durchsetzungsfähigkeit seiner Regeln hauptsächlich theoretisch entschieden. Die damit verbundenen Risiken und Nebenwirkungen sind zu unbestimmt, als dass sie einfach so akzeptiert werden könnten. Es müssen Regeln gefunden und definiert werden, die es erlauben, unzulässige Vertretungen rechtzeitig zu erkennen und zu verhindern. Gegensteuer in der Eintragungspraxis, aber auch in der Gesetzgebung ist gefordert! ■