

Die berufsrechtlichen Sorgfaltspflichten der Anwälte nach Art. 12 lit. a BGFA gehen nicht weiter als die auftragsrechtlichen

Dr. iur. Kaspar Schiller, Rechtsanwalt (Winterthur), und Dr. iur. Hans Nater, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)

Über Generationen waren den Anwälten kantonalrechtliche Pflichten auferlegt, die deutlich weiter gingen als diejenigen anderer Dienstleister, insbesondere Pflichten gegenüber dem Staat, Pflichten gegenüber Dritten und Pflichten zur Förderung des Ansehens und der Würde der Anwaltschaft. Ungeachtet der schweizweiten Vereinheitlichung durch das BGFA¹ zu Beginn dieses Jahrtausends wurde die bisherige kantonale Praxis mehr oder weniger beibehalten. Weder erfolgte eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage, ob das BGFA überhaupt noch besondere Sorgfaltspflichten vorsieht, noch, ob solche in der heutigen Geschäfts- und Berufswelt noch sinnvoll und gerechtfertigt wären.² Da die Sorgfaltsnorm ge-

Lange Jahre gingen die Pflichten für Anwälte weiter als jene für andere Dienstleister. Das BGFA sieht jedoch keine besonderen Sorgfaltspflichten mehr vor – und wird damit der gegenwärtigen Geschäftswelt vollumfänglich gerecht.

Pendant de nombreuses années, les obligations imposées aux avocats allaient plus loin que celles d'autres prestataires de services. Cependant, la LLCA ne prévoit plus d'obligations de diligence particulières – elle est de ce fait pleinement adaptée à l'économie actuelle.

P.P.

¹ Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (SR 935.61), in Kraft seit 1.6.2002.

² Vgl. die Darstellungen bei Alexander Brunner/Alexandra Dal Molin-Kränzlin, Neues aus der Praxis der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich, SJZ 2017 477 ff.; bei Georg Pfister, Neues aus der Praxis der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich, SJZ 2012 157 ff., und Georg Pfister, Aus der Praxis der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich zu Art. 12 BGFA, SJZ 2009 285 ff.; Niklaus Studer, Die sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung nach BGFA, Anwaltsrevue 2004 373 f.; Alexander Brunner/Matthias-Christoph Henn/Kathrin Kriesi, Anwaltsrecht, Zürich 2015, Kap. 4 N 1 ff.; François Bohnet/Vincent Martenet, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, Rz. 1146 ff., Rz. 1165 ff.; Walter Fellmann, Anwaltsrecht, 2. A. Bern 2017, Rz. 208 ff.; die Kommentierung von Fellmann zu Art. 12 BGFA im Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A. Zürich 2011, ist praktisch identisch, weshalb hier nur das Lehrbuch zitiert wird; Martin Sterchi, Kollegiales Verhalten als anwaltliche Berufspflicht?, Anwaltsrevue 2009 494 ff.; Michel Valticos, in: Michel Valticos/Christian M. Reiser/Benoît Chappuis (édit.), Commentaire romand, Lois sur les avocats, Bâle 2010, Art. 12 BGFA N 6 ff.; vgl. jedoch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 15. Februar 2018, VB.2017.00332 E. 2.1; Robert Baumann, Der Anwalt im Visier des Staates, Erwartungen des Gesetzgebers an die Rolle des Anwaltes in einer freien Marktwirtschaft, AJP 2008 43 ff.; Esther Omlin, Strafverteidigung – Grenzen der Wahrung von Parteiinteressen, Anwaltsrevue Zürich 2009 74 ff.; Kaspar Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, Rz. 1452 ff.

mäss Art. 12 lit. a BGFA die häufigste in Disziplinarfällen beurteilte Bestimmung ist,³ kommt der Frage auch eine erhebliche praktische Bedeutung zu.

I. Vertrag und Berufsrecht

Auszugehen ist vom vereinbarten Mandat und von der Sorgfalt, die der Anwalt seinem Klienten schuldet.

1. Vertragliche Sorgfaltspflicht

In der Schweiz gilt die Vertragsfreiheit. Das gilt auch für das Anwaltsmandat. Es ist allein Sache des Klienten und des Anwalts zu vereinbaren, welches die Ziele sind, die der Anwalt erreichen, und in welchem Umfang er tätig werden soll. Allgemein hat der Anwalt alles zu tun, was der Erreichung des Mandatserfolgs dienlich sein kann, und alles zu unterlassen, was den Mandatserfolg gefährdet.⁴ Wie jeder Beauftragte ist auch der Anwalt verpflichtet, das übernommene Mandat sorgfältig zu erfüllen.⁵ Für Anwälte als berufsmässig und entgeltlich tätige Dienstleister gilt ein hoher Sorgfaltsmassstab, insbesondere auch, weil sie ihren Beruf aufgrund einer staatlichen Bewilligung ausüben.⁶

Die Vertragspflichten und der Sorgfaltsmassstab des Anwalts, der Anwältin sind *auf das vereinbarte Mandat und auf den dem Mandat zugrunde liegenden Sachverhalt ausgelegt*. Mit dem Umfang des Mandats können die Parteien auch die verlangte Sorgfalt frei vereinbaren. So kann der Klient z.B. aus Kosten- oder Zeitgründen eine nur summarische Prüfung wünschen. Treue und Sorgfalt schuldet der Anwalt nur dem Klienten. Vertraglich ist er allein ihm verpflichtet.

2. Schranken der Vertragsfreiheit und der Mandatsführung

Die Vertragsfreiheit und die Verpflichtung zur einseitigen, allein auf das Mandat ausgerichteten Interessenwahrung und -vertretung unterliegen indessen Schranken in zwei Richtungen:

Einerseits sind wie jedermann auch Klienten und Anwälte an die *allgemeine Rechtsordnung* gebunden. Zu beachten sind namentlich die absoluten Rechte Dritter, das Missbrauchsverbot und der Grundsatz von Treu und Glauben, strafrechtliche Normen, der Persönlichkeits- und Datenschutz, Verfahrensordnungen, behördliche Anordnungen etc. Wenn ein Beauftragter eine Norm der allgemeinen Rechtsordnung verletzt, ist das immer sorgfaltswidrig. Das gilt für Anwälte wie für jede andere Person auch.

Andererseits kann das *öffentliche Berufsrecht* weitere Schranken setzen und im öffentlichen Interesse zusätzliche Vorschriften für die Berufstätigkeit nur der Anwälte vorsehen. Dadurch wird die Vertragsfreiheit eingeschränkt. Zu beachten sind daher die verfassungsmässigen Grundsätze, namentlich die Wirtschaftsfreiheit, die Privatautonomie, die Vertrags- und Meinungsäusserungsfreiheit.

Andere Schranken existieren nicht. Der Rechtsanwalt übt seinen Beruf frei, selbstbestimmt und unreglementiert aus, soweit Gesetz oder Berufsordnung ihn nicht besonders verpflichten.⁷

3. Zwischenergebnis

Soweit das Berufsrecht keine verfassungsrechtlich zulässigen Einschränkungen vorsieht, gelten für die Anwälte dieselben Sorgfaltspflichten und -massstäbe wie für jeden anderen professionellen Beauftragten.

II. Sorgfaltspflicht gemäss Art. 12 lit. a BGFA

1. Gesetzestext

Die in Art. 12 lit. a BGFA formulierte Sorgfaltspflicht ist sehr allgemein gehalten: Die Anwältinnen und Anwälte «üben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus». Der Text dieser Generalklausel lehnt sich eng an das Auftragsrecht an,⁸ das überdies auf die Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers verweist.⁹

⁷ So ausdrücklich die deutsche BORA (Berufsordnung für Rechtsanwälte), § 1 Abs. 1.

⁸ «[...] getreue und sorgfältige Ausführung», Art. 398 Abs. 2 OR.

⁹ Art. 398 Abs. 1 i.V.m. Art. 321a OR.

³ Brunner/Dal Molin-Kränzlin (Fn. 2) 481.

⁴ Z.B. Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, Berner Kommentar, 2012, Art. 2 ZGB N 132; Rolf H. Weber, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. A. Basel 2015, Art. 398 OR N 8.

⁵ Art. 398 OR.

⁶ BGE 127 III 357 E. 1; BGE 115 II 62 E. 3; Walter Fellmann, Objektivierung der Sorgfaltspflichten im Auftragsrecht, HAVE 2016 95 ff.; Markus Schmid, Die anwaltlichen Sorgfaltspflichten – eine Auswahl, HAVE 2016 101 ff.; Rolf H. Weber, Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags, AJP 1992 183 ff.; Wolfgang Wiegand, Zur Haftung für Dienstleistungen, recht 1990 134 ff.

Die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht ist konkreter, aber nicht enger umschrieben als die berufsrechtliche. Jedenfalls kann dem Wortlaut keine Sorgfaltspflicht entnommen werden, die über das allgemeine Auftragsrecht hinausgeht.

2. Gesetzgeberische Absichten und Ziele

2.1 Liberalisierung des Anwaltsrechts

Ursprünglich waren die Anwälte reine Prozessvertreter. Sie wurden als staatsnahe Akteure im Justizsystem, als Quasi-beamte verstanden. Die kantonalen Anwaltsgesetze und die Praxis hatten *spezielle Sorgfaltspflichten* entwickelt, die zum Teil weit über das hinausgingen, was von anderen Dienstleistern verlangt wurde. Insbesondere existierten Loyalitätspflichten gegenüber dem Staat, auch Pflichten gegenüber Dritten und Pflichten zur Wahrung der Würde und des Ansehens der Anwaltschaft¹⁰. Dieses Anwaltsbild prägte den Beruf während Generationen.

Heute werden die Anwälte als reine Interessenvertreter ihrer Klienten begriffen, nicht nur in Gerichtsverfahren, sondern vor allem auch bei ihrer beratenden Tätigkeit. Es wird immer weniger verstanden, dass die Anwälte auch Rücksicht auf den Staat und auf Dritte nehmen, einen grundsätzlich anderen Beruf ausüben und nach grundsätzlich anderen Kriterien beurteilt werden sollen als andere Dienstleister und weshalb für sie andere oder weitergehende Pflichten gelten sollen, insbesondere wenn solche Pflichten die Freiheit der Mandatsführung zum Nachteil des Klienten einschränken. Im Zug dieses Wandels wurde der Anwaltsberuf zunehmend liberalisiert. Aus den Loyalitätspflichten gegenüber dem Staat sind eigentliche Berufsregeln zum Schutz der Klienten und Konsumenten geworden.¹¹

2.2 Paradigmenwechsel des BGFA

Der grösste Liberalisierungsschritt erfolgte 2001 mit dem BGFA. Die bisher kantonalen Berufsregeln wurden abschliessend auf Bundesebene vereinheitlicht. Dabei sollte nicht nur der grösste gemeinsame Nenner der verschiedenen kantonalen Regelungen im BGFA festgeschrieben werden.¹² Umgesetzt werden sollte insbesondere auch die erklärte Absicht,

die vereinheitlichten Berufsregeln auf das Wesentliche zu *reduzieren*.¹³

2.3 Materialien

Das in der Botschaft hervorgehobene Ziel der Reduktion der Berufsregeln auf das Wesentliche akzeptierte das Parlament diskussionslos. Es übernahm auch die Formulierung der an das Auftragsrecht angelehnten Sorgfaltspflicht. Einzig der im Entwurf enthaltene Begriff «redlich» wurde ersatzlos gestrichen mit der Begründung, Redlichkeit umfasse auch das Verhalten gegenüber Dritten, die Sorgfalt sei aber nur dem Klienten geschuldet.¹⁴ Diese Korrektur ist ein starkes Indiz dafür, dass das Parlament die Sorgfaltspflicht der Anwältinnen und Anwälte gegenüber Dritten ausschliessen wollte und dass sie nur noch *gegenüber dem Klienten* gelten soll.¹⁵

Daran ändert auch der Hinweis in der bundesrätlichen Botschaft nichts, wonach korrektes Verhalten bei der gesamten Anwaltstätigkeit verlangt wird und die Sorgfaltspflicht nicht nur für das Verhältnis zum Klienten gelte, sondern auch das Verhalten gegenüber den Gerichtsbehörden betreffe.¹⁶ Denn Gesetzgeber ist nicht der Bundesrat mit seiner Botschaft, sondern das Parlament. Und das Parlament wollte ausdrücklich keine anwaltlichen Sonderpflichten gegenüber Dritten.¹⁷ Abgesehen davon ist die Feststellung in der Botschaft selbstverständlich: Jedermann hat sich an die Rechtsordnung zu halten, und von jedermann darf korrektes Verhalten erwartet werden – auch gegenüber dem Staat und gegenüber Dritten. Diese Pflicht ergibt sich aber nicht aus der Sonderbestimmung von Art. 12 lit. a BGFA, sondern bereits aus den Normen der allgemeinen Rechtsordnung.

Im Februar 2018 hat auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich entschieden, dass Art. 12 lit. a BGFA *keine eigenständige Verhaltenspflicht* begründen kann, sondern lediglich die gemäss der Rechtsordnung allgemein geltenden Verhaltenspflichten für die Anwältinnen und Anwälte mit disziplinarischen Sanktionen verstärkt. *Die Anwältin oder der Anwalt kann nur dann gestützt auf Art. 12 lit. a BGFA diszi-*

¹⁰ Ihre staatsnahe und überhöhte Stellung kam überdeutlich im Vokabular der Anwaltsgesetze, der Entscheide und der Literatur zum Ausdruck: «Würde», «Ansehen», «Anwaltsstand», «Standes-» oder «Ehrengericht», «Diener des Rechts», «Organ der Rechtspflege», «Gehilfe des Richters» u.a.m.

¹¹ Zum Ganzen: *Baumann* (Fn. 2) 43 ff.; *Schiller* (Fn. 2) Rz. 1452 ff.

¹² BBI 1999 6013, 6018.

¹³ BBI 1999 6013, 6054; *Fellmann* (Fn. 2) Rz. 213; *Schiller* (Fn. 2) Rz. 1456 ff.; *Lucien Valloni/Marcel C. Steinegger*, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, Zürich 2002 43.

¹⁴ Protokoll Ständerat 20.12.1999, 99.027, S. 1170.

¹⁵ Deshalb kann auch die altrechtliche Praxis kaum zur Konkretisierung der Sorgfaltspflicht herangezogen werden (unklar *Fellmann* [Fn. 2] Rz. 213 ff.).

¹⁶ BBI 1999 6013, 6054; vgl. auch BGer 2A.545/2003 vom 4.5.2004 E. 3; BGer 2A.600/2003 vom 11.8.2004 E. 2.3.

¹⁷ Vgl. den vorstehenden Absatz; Protokoll Ständerat 20.12.1999, 99.027, S. 1170.

pliniert werden, wenn auch ein anderweitiger Rechtsverstoss vorliegt.¹⁸

2.4 Grundlage für öffentlich-rechtliche Sanktionen

Art. 12 lit. a BGFA bietet die Grundlage für eine öffentlich-rechtliche Disziplinierung des Anwalts. Aufgrund des im öffentlichen Recht geltenden Opportunitätsprinzips ist eine Disziplinierung jedoch nur angezeigt, wenn sie im öffentlichen Interesse geboten und verhältnismässig ist. Die Praxis nimmt dies erst bei einer *gravierenden* Sorgfaltspflichten- oder Rechtsverletzung an.¹⁹ Das ändert nichts an der Sorgfaltspflicht und am Sorgfaltsmassstab der Anwältinnen und Anwälte, sondern nur an der Schwelle, von der an eine öffentlich-rechtliche Sanktion verhängt werden kann.

2.5 Zwischenergebnis

- Der Gesetzgeber wollte die Berufsregeln auf das Wesentliche beschränken. Anwaltliche Sorgfaltspflichten gegenüber Dritten wollte er ausschliessen.
- Art. 12 lit. a BGFA enthält keine über die auftragsrechtliche hinausgehende Sorgfaltspflicht. Umfang und Massstab der anwaltlichen Sorgfaltspflicht ergeben sich aus dem konkreten Mandat und den Normen der allgemeinen Rechtsordnung.
- Art. 12 lit. a BGFA ist eine Disziplinarvorschrift und ermöglicht es, Anwälte bei schwerwiegenden Mandats- oder Normverletzungen zu disziplinieren.

3. Verfassungsmässigkeit

Anwaltliche Sorgfaltspflichten, die über das Auftragsrecht hinaus gehen, wären auch *verfassungswidrig*. Sie würden in die Wirtschaftsfreiheit eingreifen und müssten den verfassungsmässigen Grundsätzen für Eingriffe in Grundrechte standhalten.²⁰ Zwar ist das BGFA als Bundesgesetz auch dann anzuwenden, wenn es der Verfassung widerspricht.²¹ Das BGFA und sein Art. 12 lit. a sind aber verfassungskonform auszulegen.²² Für Sorgfaltspflichten, die weiter gehen als das Auftragsrecht, fehlt es an einer ausreichenden gesetzlichen

Grundlage, am überwiegenden öffentlichen Interesse und an der Verhältnismässigkeit.

Weil Art. 12 lit. a BGFA keine über die auftragsrechtliche hinausgehende Sorgfaltspflicht enthält,²³ fehlt bereits eine ausreichende *Gesetzesgrundlage*, mithin die erste Voraussetzung für Eingriffe in Grundrechte. Ungeschriebene, mit öffentlich-rechtlichen Sanktionen bewehrte Berufsregeln, immerhin bis hin zu einem dauernden Berufsverbot,²⁴ darf es in einem Rechtsstaat nicht geben.²⁵

Mit der zweiten Voraussetzung, einem überwiegenden *öffentlichen Interesse*, bewegt man sich auf überaus unsicherem Terrain. Mit Blick auf die Realitäten der Geschäftswelt, die Annäherung des rechtlichen Umfelds der Anwälte an andere Dienstleister und die zunehmende Liberalisierung²⁶ ist die Legitimation für anwaltliches Sonderrecht generell problematischer geworden. Nicht jeder wünschbare Eingriff liegt im öffentlichen Interesse.²⁷

Als dritte Voraussetzung ist der Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* zu beachten. Er besagt, dass nur der mildeste zielführende Eingriff angeordnet werden darf.²⁸ Die Massnahme müsste nötig sein, um das im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen. Das ohnehin geltende Recht müsste also unbefriedigend oder lückenhaft sein. Die allgemeine Rechtsordnung ist jedoch so schlecht nicht. Jedenfalls ist auf den ersten Blick nicht leicht einzusehen, welche anderen oder zusätzlichen Sorgfaltspflichten speziell für Anwälte erforderlich sein sollten, um ein öffentliches Interesse zu wahren.

3.1 Rechtsstaatliches Minimum: Zugang zum Recht

Im Rechtsstaat muss jedem Bürger der Zugang zum Recht offenstehen. Zugang zum Recht bedeutet zweierlei: Erstens muss der Bürger die Möglichkeit haben, seine Rechte zu *kennen*, und zweitens muss er sein Recht auch *durchsetzen* kön-

¹⁸ Entscheid vom 15. Februar 2018 VB.2017.00332 E. 2.1.

¹⁹ BGer 2C_379/2009 vom 7.12.2009 E. 3.2; *Brunner/Henn/Kriesi* (Fn. 2) Kap. 4 N 38; *Bohnet/Martenet* (Fn. 2) Rz. 1202; *Fellmann* (Fn. 2) Rz. 198 f., 216 ff.; *Schiller* (Fn. 2) Rz. 1472 ff.; *Valticos* (Fn. 2) Art. 12 N 10, 24 ff.

²⁰ *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Daniela Thurnherr*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. A. Zürich 2016, Rz. 307 ff.

²¹ Art. 190 BV.

²² Z.B. BGE 139 II 173 E. 5.1.

²³ Vorn Ziff. 2.

²⁴ Art. 17 Abs. 1 lit. e BGFA.

²⁵ A.M. *Fellmann* (Fn. 2) Rz. 213, der ungeschriebene Berufsregeln im Interesse des rechtsuchenden Publikums und des geordneten Gangs der Rechtspflege bejaht (vgl. dazu hinten Ziff. 3.2).

²⁶ Vorn Ziff. 2.1, 2.2.

²⁷ Prägnant *Peter Nobel*, Was heisst Überregulierung? SZW 2014 592: «Bemerkenswert ist [...] die Dürftigkeit der Auseinandersetzung mit dem Begriff des öffentlichen Interesses». Es scheint, dass ein für einen gesetzlichen Erlass genügendes öffentliches Interesse schon angenommen wird, wenn man meint, Anlass für ein Gesetzgebungsprojekt zu haben. So wird der Plan selbst schon zum genügenden öffentlichen Interesse. [...] Da wird schlicht gesagt, dass die neue Gesetzgebung, zumal sie Schutzanliegen verwirkliche, im öffentlichen Interesse liege. Das ist zu wenig [...]

²⁸ Z.B. *Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr* (Fn. 20) Rz. 320 ff.

nen gegen diejenigen, die es ihm verwehren.²⁹ Da der Bürger selber dazu meist nicht in der Lage ist, bedarf es fachkundiger Rechtsdienstleister, die nur ihm verpflichtet sind und die unbeeinflusst und einseitig nur seine Interessen wahren. Diese Rolle wird in den meisten Ländern den Anwälten zugewiesen.³⁰ Es ist deshalb die minimale und notwendige Funktion der Anwälte im Rechtsstaat, den rechtsuchenden Bürger beim Zugang zum Recht unbeeinflusst und einseitig zu unterstützen, d.h. ihm einerseits Rechtskenntnis zu vermitteln und ihn andererseits bei der Durchsetzung seiner Rechte – im Rahmen der Rechtsordnung allein im Interesse des Klienten – zu beraten und zu vertreten.³¹ *Der Zugang zum Recht ist die Legitimation für berufsrechtliche Eingriffe in die Anwaltstätigkeit.*

Zu kurz greift die Meinung, der Zugang zum Recht erschöpfe sich im rechtlichen Gehör gemäss Art. 29 BV, was auch die ausreichende Legitimation für anwaltliche Regulierungen sei.³² Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach

Art. 29 BV richtet sich jedoch nur an die Verwaltungs- und Justizbehörden und betrifft nur das Verfahren. Das für die anwaltliche Sorgfaltspflicht entscheidende Verhältnis zwischen dem Rechtsuchenden und seinem Anwalt wird somit vom Anspruch auf rechtliches Gehör gerade nicht abgedeckt, erst recht nicht die rechtsstaatlich ebenfalls unverzichtbare Funktion der Anwälte, Rechtskenntnis zu vermitteln.

Aus rechtsstaatlichen Gründen müssen die Anwälte zu derjenigen Sorgfalt und demjenigen Sorgfaltsmassstab verpflichtet sein, die erforderlich sind, um dem Klienten den eingeforderten Zugang zum Recht zu verschaffen. Das bedeutet, dass der Anwalt, die Anwältin alles zu tun hat, was der Erreichung des vereinbarten Mandatsziels dienen kann, und alles zu unterlassen hat, was den Mandatserfolg gefährden kann. Das ist aber, was bereits die auftragsrechtliche Treue- und Sorgfaltspflicht von jedem Dienstleister verlangt.³³ Rechtsstaatlich ist daher für Anwälte keine Sorgfalt nötig, die weiter geht als diejenige jedes andern professionellen Dienstleisters auch.

Hinzu kommt ein weiterer Einwand gegen besondere Treue- und Sorgfaltspflichten gegenüber dem Staat oder gegenüber Dritten: Solche Pflichten würden häufig in *Konflikt* stehen mit der rechtsstaatlich notwendigen Hauptfunktion der Anwälte, mit der einseitigen Rechtsberatung und -vertretung allein im Interesse und zugunsten des Klienten. Auf dem Buckel des Klienten darf nicht Rücksicht auf Behörden, Kollegen oder Dritte genommen werden. Solche Pflichten wären deshalb nur mit äusserster Zurückhaltung anzuordnen, selbst wenn sonstigen Interessen dafürsprechen sollten.³⁴

Für den Zugang des Bürgers zum Recht sind dagegen ein *spezielles Konfliktverbot* und eine *spezielle Schweigepflicht* unabdingbar.³⁵ Dementsprechend ordnet das BGFA solche an, jedoch keine spezielle Sorgfaltspflicht.³⁶

3.2 Sonstige öffentliche Interessen

Obschon das BGFA keine speziellen Sorgfaltspflichten für Anwälte vorsieht, werden solche in Praxis und Literatur direkt aus öffentlichen Interessen abgeleitet. Als öffentliches Interesse für anwaltliche Sorgfaltspflichten nennt das Bundesgericht namentlich das *Vertrauen in die Kompetenz und Integrität der Anwaltschaft* und deren Funktion im System der

²⁹ Zudem müssen die Kosten für den Bürger tragbar sein. Die Rechtskosten sind indessen ein separates, im heutigen Recht unbefriedigend gelöstes Problem.

³⁰ So auch die deutsche BORA (Berufsordnung für Rechtsanwälte) in § 1 Abs. 2: «Die Freiheitsrechte des Rechtsanwalts gewährleisten die *Teilnahme des Bürgers am Recht*. Seine Tätigkeit dient der Verwirklichung des Rechtsstaats.»

³¹ Zum Ganzen: BGer 2C_620/2016 vom 30.11.2016 E. 2.2; BGer 2C_103/2016 vom 30.8.2016 E. 3.2.1; BGer 2C_1138/2013 vom 5.9.2014 E. 2.2; BGE 139 II 173 E. 5.1 f.; BGE 139 II 173 E. 5.1; BGE 135 III 597 E. 3.4; BGer 8G.9/2004 vom 23.3.2004 E. 9.6.4; *Bohnet/Martenet* (Fn. 2) Rz. 1819; *Peter Böckli, Anwaltsgeheimnis und Fiskus im Rechtsstaat*, SJZ 1980 107 ff.; *Brunner/Henn/Kriesi* (Fn. 2) Kap. 2 N 48; *Markus Felber*, Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung, SJZ 2013 214; *Adrian Fischbacher/Arnold F. Rusch*, Der Bruno Steiner-Fall, AJP 2013 529; *Pascal Maurer/Jean-Pierre Gross*, in: *Valticos/Reiser/Chappuis* (édit.), *Commentaire romand, Lois sur les avocats*, Bâle 2010, Art. 13 BGFA N 56; *Hans Nater*, in: *Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel* (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2. A. Zürich 2011, Art. 2 N 4, 8a; *Hans Nater/Gaudenz G. Zindel*, in: *Fellmann/Zindel* (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2. A. Zürich 2011, Art. 13 N 2 ff.; *Hans Nater/Martin Rauber*, *Berufsgeheimnis in Anwaltsgemeinschaften*, SJZ 2011 10; *Omlin* (Fn. 2) 74; *Schiller* (Fn. 2) Rz. 73 ff.; *Thomas Sprenger*, *Anwaltsgeheimnis des Unternehmensjuristen*, Luzern 2011 276.

Prägnant *Hans-Jürgen Hellwig*, *Uniforme Ethik – pluralistische Anwaltschaft*, AnwBl 2015 463: «Durch seine Dienstleistung für den Mandanten erfüllt der Anwalt seine Aufgabe, als Organ der Rechtspflege die Teilhabe des Mandanten am Recht zu sichern»; grundlegend die Beiträge von *Paul Müller*, *Die Funktion der Rechtsanwälte – Mittel und Grenzen der Staatsaufsicht*, Bern 1985 7 ff. (mit dem Fokus auf das Verfahren), und von *Walter R. Schluep*, *Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat*, Zürich 1994 57 f., 62 (der auch die Notwendigkeit der Rechtsberatung betont).

³² *Fellmann* (Fn. 2) Rz. 20.

³³ Vorn Ziff. I.1.

³⁴ Vgl. vorn Ziff. II. 2.1.

³⁵ *Schiller* (Fn. 2) Rz. 136 ff., 375 ff., 747 ff.

³⁶ Art. 12 lit. c und Art. 13 BGFA; dazu *Schiller* (Fn. 2) Rz. 92 ff.

Rechtspflege, das nicht gestört werden dürfe.³⁷ Gestützt darauf werden Sonderpflichten für die Anwälte angenommen, auch gegenüber dem Staat, gegenüber Staatsorganen und gegenüber Dritten, obschon der Gesetzgeber gerade dies nicht wollte.³⁸ Das ist problematisch.

a) *Vertrauen in die Anwaltschaft*

Gewiss ist ein hohes Vertrauen in die Anwälte und in die Anwaltschaft wünschbar. Als öffentliches Interesse für gesetzliche Eingriffe in Grundrechte weist es jedoch überaus problematische Aspekte auf. So können herkömmliche Postulate und Wünsche wie die Wahrung der Standeswürde oder der Respekt vor den Rechtspflegeorganen von vornherein kein hinreichendes öffentliches Interesse sein.³⁹ Abgesehen davon wird sich eine Anordnung, die sich auf den Schutz des Vertrauens in die Anwaltschaft stützt, bei Licht besehen häufig als Strukturpolitik, als unzulässiger Branchenschutz entpuppen.⁴⁰

Im Übrigen wäre die Vertrauenswürdigkeit weniger ein Thema der sorgfältigen Berufsausübung als vielmehr der *persönlichen Voraussetzungen* für die Zulassung und den Registereintrag.⁴¹

b) *Funktion der Anwälte im Rechtssystem und in der Rechtspflege*

Ein geordneter Geschäftsverkehr und eine korrekt funktionierende Rechtspflege sind eminente öffentliche Interessen. Zweifellos sind Anwälte wesentliche Akteure, die zum Funktionieren des Geschäftsverkehrs und der Rechtspflege beitragen. Viele besondere anwaltliche Sorgfaltspflichten, die mit dem Funktionieren des Justizsystems begründet werden, dienen jedoch bei Licht besehen weniger dem besseren Funktionieren

der Rechtspflege als vielmehr der Entlastung der Behörden. Das kann kein legitimes Interesse für Eingriffe in Grundrechte sein. Ausserdem werden die Funktionen der Justiz als Institution der objektiven Streiterledigung und der Anwälte als einseitige Interessenwahrer verkannt.

Zusätzliche Sorgfaltspflichten, die sich auf die Funktion der Rechtsanwälte im Rechtssystem stützen, würden jedoch so oder anders am Test der *Verhältnismässigkeit* scheitern. Der Test müsste sein: Welche besondere Sorgfaltspflicht erfordert die Funktion der Anwälte im Rechtssystem, die nicht bereits das allgemeine Auftragsrecht verlangt?

Die Hauptfunktion der Anwälte und Anwältinnen im Rechtsverkehr und in der Rechtspflege besteht darin, dass sie dem Bürger den Zugang zum Recht ermöglichen. Diese Funktion erfüllen sie dadurch, dass sie ihre Klienten auf fachlich hohem Niveau beraten und vertreten. In fachlicher Hinsicht verlangt diese keine anderen Sorgfaltspflichten und keinen anderen Sorgfaltsmassstab als das Auftragsrecht.⁴²

Damit verbleiben die ethischen Kategorien wie Anstand und Stil.⁴³ Ob ein spezieller, weitergehender Anstandskodex für Anwälte das Vertrauen in die Anwaltschaft oder den Geschäftsverkehr und die Rechtspflege wirklich verbessern würde, scheint jedoch mehr als fraglich. Ein solcher würde auf eine unnötige, im Vertragsrecht nicht vorgesehene Moralkontrolle unter dem Deckmantel der anwaltlichen Berufspflichten hinauslaufen.⁴⁴

Der geordnete Geschäftsverkehr und das Funktionieren des Justizsystems werden bereits mit allgemeinen Vorschriften sichergestellt, namentlich mit dem Grundsatz von Treu und Glauben, mit dem Verbot des Rechtsmissbrauchs, mit dem Persönlichkeitsschutz, mit den anwendbaren Verfahrensordnungen, mit dem Strafrecht etc. Zusätzliche anwaltliche Sorgfaltspflichten sind nicht erforderlich. Sie würden ohne hinreichende Legitimation in die Vertrags- und in die Wirtschaftsfreiheit eingreifen und wären damit verfassungswidrig.

Die Gleichstellung der berufsrechtlichen Sorgfalt gemäss BGFA mit der auftragsrechtlichen hat zudem den praktischen Vorteil höherer Konsistenz, Klarheit und Voraussehbarkeit gegenüber den herkömmlichen, oft von undeutlichen und

³⁷ BGer 2C_103/2016 vom 30.8.2016 E. 3.2.2; BGer 2C_551/2014 vom 9.2.2015 E. 4.1; vgl. BGE 139 II 173 E. 5.1 und E. 5.2; *Bohnet/Martinet* (Fn. 2) Rz. 1165 und *Fellmann* (Fn. 2) Rz. 213 f.; ebenso *Sterchi* (Fn. 2) 497; ähnlich, jedoch zum Geltungsbereich des BGFA: ZR 2014, Nr. 58, 189; dagegen wie hier: *Martin Rauber/Hans Nater*, Bemerkungen zum Entscheid der Aufsichtskommission des Kantons Zürich vom 3. April 2014, SJZ 2014 558 f.

³⁸ Vorn Ziff. 2.3.

³⁹ *Müller* (Fn. 31) S. 18. Diese Postulate sind Relikte des traditionell überhöhten Anwaltsbilds, das mit dem BGFA gerade überwunden werden sollte (vorn Ziff. II.2).

⁴⁰ BGE 138 I 378 E. 8.3; BGer 2C_940/2010 vom 17.5.2011 E. 3.2; BGE 131 I 223 E. 4.2; *Klaus A. Vallender*, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. A. Zürich 2014; Art. 27 N 64.

⁴¹ Vgl. Art. 8 BGFA.

⁴² Vorn Ziff. 3.1.

⁴³ Z.B. BGer 2C_665/2010 vom 24.5.2011 E. 4; BGer 2C_97/2007 vom 8.6.2007 E. 2.2; BGer 2A.368/2005 vom 12.10.2005 E. 4.2; BGer 2A.168/2005 vom 6.9.2005 E. 2.22; BGer 2A.545/2003 vom 4.5.2004 E. 4; vgl. auch die Zusammenfassungen bei *Brunner/Dal Molin-Kränzlin* (Fn. 2) 484 und *Studer* (Fn. 2) 373 f.

⁴⁴ Unter dem Blickwinkel von Art. 12 lit. e BGFA: *Benjamin Schumacher/Roberto Dallafior*, Die Vereinbarung von Erfolgsprämien für den Anwalt, AJP 2017 1289.

schwer justiziablen Moral- oder Fairnessbegriffen geprägten, weitergehenden Sonderpflichten.

3.3 Zwischenergebnis

- Eine verfassungsmässige Auslegung lässt berufsrechtliche Sorgfaltspflichten für Anwälte nicht zu, soweit sie über das Auftragsrecht hinausgehen.
- In erster Linie fehlt eine ausreichende gesetzliche Grundlage.
- Ein überwiegendes öffentliches Interesse lässt sich nicht leicht erkennen.
- Zudem würde der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt: Nachdem bereits die allgemeine Rechtsordnung durchaus adäquate Normen zur Sicherstellung eines geordneten Geschäftsverkehrs und eines funktionierenden Justizsystems vorsieht, sind weitergehende Sorgfaltspflichten speziell für Anwälte weder zielführend noch nötig.

III. Praxistest

Im Vorangehenden ist aufgezeigt worden, dass für Anwältinnen und Anwälte dieselben Sorgfaltspflichten und derselbe Sorgfaltsmassstab gelten wie für jeden anderen professionellen Dienstleister auch. Anhand einiger Beispiele, die in der Praxis unter Art. 12 lit. a BGFA beurteilt oder kommentiert worden sind, soll geprüft werden, wie sich dies auswirkt.

1. Zeugenkontakte⁴⁵

Gemäss Art. 307 i.V.m. Art. 24 StGB ist die Beeinflussung oder der Versuch einer Beeinflussung von Zeugen unzulässig.⁴⁶

Das Bundesgericht verbietet den Anwälten jedoch zusätzlich, bereits den *Anschein* einer Einflussnahme zu erwecken, und verlangt darüber hinaus *sachliche Gründe* für den Zeugenkontakt. Diese Ausdehnung über das Strafrecht hinaus ist problematisch: Der blosser Anschein einer Einflussnahme auf einen Zeugen behindert oder gefährdet die richterliche

Wahrheitsfindung nicht, sondern erst die *konkrete Beeinflussung*. Auch das zusätzlich verlangte Erfordernis der sachlichen Gründe führt kaum weiter. Denn der Anwalt, der einen (potenziellen) Zeugen kontaktiert, wird wohl *immer einen sachlichen Grund* dafür haben. Ist die Klientin eine juristische Person, lässt sich häufig gar nicht vermeiden, dass der Anwalt, die Anwältin von potenziellen Zeugen instruiert wird. Ausserdem wird gerne übersehen, dass es auch strafbar ist, die Beweisaussage⁴⁷ der *eigenen Klientschaft* zu beeinflussen.⁴⁸ Die Praxis für Zeugenkontakte müsste konsequenterweise auch für jene mit dem eigenen Klienten gelten. Vor allem aber läge es gewiss nicht im öffentlichen Interesse, wenn Anwälte gezwungen würden, aufs *Geratewohl Prozesse loszutreten*, die sie vermeiden würden, wenn sie den Sachverhalt besser kennen. Um die Risiken und Chancen beurteilen und den Klienten sorgfältig beraten zu können, verlangt oftmals gerade die Sorgfaltspflicht, Informationen unmittelbar von den direkt involvierten Personen zu erhalten. Solange der Anwalt dabei allfällige Zeugen- und Beweisaussagen nicht beeinflusst und auch nicht zu beeinflussen versucht, d.h., solange er das Strafrecht nicht verletzt, wird dadurch die richterliche Wahrheitsfindung in keiner Weise gefährdet. Zusätzliche anwaltliche Sorgfaltspflichten führen nicht zu einem besseren Funktionieren der Rechtspflege.

2. Verwendung von Vergleichskorrespondenz⁴⁹

Wird ein in Vergleichsverhandlungen oder -korrespondenz unverbindlich geäussertes Entgegenkommen der Gegenpartei in einem späteren Verfahren dem Gericht bekannt gegeben, kann das deren Position schwächen. Wenn aber stets damit gerechnet werden muss, dass in einem Gerichtsverfahren alles auf den Tisch kommt, was im Rahmen von Vergleichsversuchen geäussert worden ist, würden Vergleichsverhandlungen nicht mehr offen geführt, was gütliche Lösungen erheblich erschweren kann. Deshalb bringen Anwälte häufig einen Vorbehalt an, wie «ohne Präjudiz», «unpräjudiziell», «nicht für den Gerichtsgebrauch» o.Ä. Damit signalisieren sie, dass sie ihre Äusserungen nur zur Sondierung einer Vergleichsmöglichkeit

⁴⁵ BGer 2C_909/2010 vom 12.4.2011 E. 2.1; BGer 2C_257/2012 vom 4.9.2012 E. 3.1; BGE 136 II 551 E. 3; ZR 2014, Nr. 57, 182 ff.; ZR 2007, Nr. 35, 161 ff.; ZR 2007, Nr. 81, 306 ff.; *Bohnet/Martenet* (Fn. 2) Rz. 1180 ff.; *Brunner/Henn/Kriesi* (Fn. 2) Kap. 4 N 13 ff.; *Fellmann* (Fn. 2) Rz. 227 ff.; *Peter Reichart/Peter Hafner*, Private Zeugenbefragung durch den Anwalt im Zivilprozess, SJZ 2011 201 ff.; *Hans Nater*, Zur Zulassung anwaltlicher Zeugenkontakte im Zivilprozess SJZ 2006 256 ff.; *Valticos* (Fn. 2) Art. 12 N 67 f.

⁴⁶ Andere Regeln gelten in anderen Rechtsordnungen und für Schiedsverfahren.

⁴⁷ Art 192 ZPO.

⁴⁸ Art. 306 StGB.

⁴⁹ BGer 2C_988/2017 vom 19.9.2018 E. 4.6; BGer 2C_900/2010 vom 17.6.2011 E. 1.8; BGE 140 III 6 E. 3.1; *Brunner/Henn/Kriesi* (Fn. 2) Kap. 4 N 124 f.; *Benôit Chappuis*, Le sort des réserves d'usage après la conclusion d'un accord transactionnel, *Anwaltsrevue* 2018 37 ff.; *Fellmann* (Fn. 2) Rz. 237 ff.; *Marc Russenberger/Marc Wohlgemut*, Unpräjudiziell und nicht für den Gerichtsgebrauch, *AJP* 2017 628 ff.

abgeben, dass diese aber in einer späteren Auseinandersetzung dem Gericht nicht bekannt gegeben werden sollen.

Zwar ist eine einseitige Erklärung wie «unpräjudiziell» o.ä. nach allgemeinem Vertragsrecht für die Gegenpartei nicht bindend. Von *professionellen* Rechtsdienstleistern darf indessen erwartet werden, dass die vor dem Zustandekommen einer Vereinbarung geäußerten Verhandlungspositionen und Zugeständnisse unverbindlich und vertraulich bleiben und dem Gericht nicht bekannt gegeben werden, sofern der Vorbehalt der Unverbindlichkeit angebracht worden ist. Die Verwendung von ausdrücklich unpräjudiziellen Äusserungen aus Vergleichsverhandlungen oder Vergleichskorrespondenz in einer späteren Auseinandersetzung verletzt daher den Grundsatz von *Treu und Glauben* und damit auch die vertragliche Sorgfaltspflicht. Das gilt nicht nur für Anwältinnen und Anwälte, sondern für jeden professionellen Rechtsvertreter.

3. Direktkontakte mit der Gegenpartei⁵⁰

Die kantonalen Anwaltsgesetze hatten Direktkontakte von Anwälten mit der anwaltlich vertretenen Gegenpartei verboten. Das BGFA erwähnt dieses Verbot nicht mehr ausdrücklich.

Die Gegenpartei, die mitteilt, dass sie sich vertreten lässt, gibt zu erkennen, dass ihr Vertreter ihre Anlaufstelle sein soll. Eine solche einseitige Erklärung ist grundsätzlich für Dritte nicht verbindlich. Die Gegenpartei wird aber nach *Treu und Glauben* darauf vertrauen dürfen, dass *professionelle* Rechtsdienstleister ihr Vertretungsverhältnis respektieren. Wendet sich ein professioneller Rechtsdienstleister unter Umgehung des Vertreters direkt an die Gegenpartei, verletzt er den Grundsatz von *Treu und Glauben* – besonders dann, wenn er diese zum Vorteil seines Klienten zu einem bestimmten Verhalten zu verleiten versucht. Geschützt ist nicht der Gegenanwalt, sondern die vertretene Gegenpartei.

Allerdings darf der Grundsatz von *Treu und Glauben* bei Direktkontakten *nicht überstrapaziert* werden. Schliesslich kann die Gegenpartei jederzeit den direkten Kontakt verweigern und verlangen, dass man sich an ihren Vertreter halten soll. *Treu und Glauben* ist nicht verletzt, und Direktkontakte müssen damit zulässig sein bei Unkenntnis der gegnerischen Vertretung, beim Einverständnis der Gegenpartei, wenn die Gegenpartei selber den direkten Kontakt sucht, bei zeitlicher Dringlichkeit etc. Man wird sich auch fragen dürfen, weshalb

Treu und Glauben verletzt sein soll, wenn der Anwalt der Gegenpartei eine Kopie seiner Korrespondenz an den Gegenanwalt direkt zustellt. Dies alles gilt für sämtliche professionellen Dienstleister.

Der Grundsatz von *Treu und Glauben* stellt den geordneten Geschäftsverkehr hinreichend sicher. Weitergehende Verbote mögen der Praktikabilität und der Kollegialität dienen,⁵¹ sind aber für den reibungslosen Geschäftsverkehr nicht erforderlich und weder von der allgemeinen Rechtsordnung noch vom BGFA angeordnet.

4. Gütliche Streiterledigung, Vermeiden von Eskalationen⁵²

Natürlich sind Rechtsfriede und die gütliche Bereinigung von Differenzen wünschbar. Wie der Anwalt kontroverse Situationen zu bereinigen hat, ergibt sich jedoch aus dem vereinbarten Mandat und den Weisungen des Klienten. So kann sich je nach Interessenlage des Klienten durchaus ein robustes, kompromissloses Vorgehen rechtfertigen, was u.U. zur Eskalation eines Streits führt. Auch Zeitgewinn kann ein legitimes Interesse sein. Es existiert *keine übergeordnete Pflicht* für Anwälte, einen Rechtsstreit möglichst einvernehmlich und beförderlich beizulegen, wo es der Klient nicht will. Im Interesse des Klienten dürfen die Möglichkeiten der Verfahrensordnung durchaus ausgeschöpft werden. Die Schranke ist wie für jedermann die allgemeine Rechtsordnung, namentlich der *Rechtsmissbrauch*.

5. Wahrheitspflicht, Irreführung, falsche Beweismittel⁵³

Bewusst wahrheitswidrige Äusserungen sind so lange rechtlich nicht relevant, als sie das *Täuschungsverbot* nach Art. 28 OR und den allgemeinen Grundsatz von *Treu und Glauben* nicht verletzen.

Falsche Äusserungen verletzen *Treu und Glauben* dann, wenn ein Vertrauen enttäuscht wird, auf das sich der Adressat

⁵⁰ BGer 2P.156/2006 vom 8.11.2006 und BGer 2A.355/2006 vom 8.11.2006 E. 4.2; ZR 2013, Nr. 25, 94; Brunner/Dal Molin-Kränzlin (Fn. 2) 483; Fellmann (Fn. 2) Rz. 300 ff.; Valticos (Fn. 2) Art. 12 N 66.

⁵¹ Die Ständeregeln der Anwaltsverbände, die in erster Linie das Verhalten unter Verbandsmitgliedern regeln, sehen denn auch ein solches Verbot vor (Schweizerische Ständeregeln des Schweizerischen Anwaltsverbands [SSR] Art. 28).

⁵² BGer 2C_907/2017 vom 13.3.2018 E. 3; BGE 140 III 6 E. 3.1; BGE 130 II 270 E. 3.2.2; BGer 2A.499/2006 vom 11.6. 2007 E. 2.1; Fellmann (Fn. 2) Rz. 287.

⁵³ BGer 2C_988/2017 vom 19.9.2018 E. 5.1; Brunner/Dal Molin-Kränzlin (Fn. 2) S. 483; Brunner/Henn/Kriesi (Fn. 2) Kap. 4 N 86 ff.; Fellmann (Fn. 2) Rz. 260 ff.; Schiller (Fn. 2) Rz. 1510, 1512, 1519 ff.

berechtigterweise verlassen darf. Nun ist allgemein bekannt, dass Anwälte die Positionen ihrer Klienten vertreten müssen und nur diesem verpflichtet sind. Dritte werden sich daher im *Geschäftsverkehr* nur in Ausnahmefällen auf Äusserungen der Gegenanwälte verlassen dürfen, weshalb wahrheitswidrige Äusserungen in aller Regel den Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzen.

Auch im *Verfahren* ist nicht jede bewusst falsche Äusserung unzulässig. Vielmehr legt die Verfahrensordnung fest, ob auf Äusserungen von Parteien und deren Anwälten abzustellen ist, wie sie zu gewichten sind und welches die Folgen unrichtiger oder irreführender Vorbringen sind.⁵⁴

Unklar ist, was unter den in diesem Zusammenhang auch genannten «*unrichtigen*» oder «*illegalen*» *Beweismitteln*⁵⁵ zu verstehen ist. Wenn sie nicht gefälscht sind, mögen sie allenfalls irrelevant, irreführend oder unrechtmässig beschafft sein. Wie und ob sie im Verfahren verwendet werden können, hat das Gericht aufgrund der Verfahrensordnung zu entscheiden. Unzulässig oder unsorgfältig ist deren Vorlage deswegen nicht.

Im Weiteren setzt auch das *Strafrecht* Grenzen: So gelten die Tatbestände der Urkundenfälschung, der falschen Anschuldigung, der Irreführung der Rechtspflege oder der Begünstigung⁵⁶ selbstverständlich auch für Anwälte.

Ob zusätzliche Wahrheitspflichten speziell für Anwältinnen und Anwälte den Geschäftsverkehr und die Rechtspflege verbessern würden, scheint mehr als fraglich. Nötig wären sie jedenfalls weder für einen korrekten Geschäftsverkehr noch für ein reibungslos funktionierendes Justizsystem.

6. Schaffen klarer Verhältnisse⁵⁷

Schon aufgrund des Mandats ist der Anwalt verpflichtet, *gegenüber dem Klienten* klare Verhältnisse zu schaffen. Das verlangt die Aufklärungspflicht, die sich ihrerseits aus der Treuepflicht gemäss Art. 398 OR ergibt.⁵⁸

Niemals kann aber eine generelle Pflicht bestehen, auch *gegenüber Dritten* klare Verhältnisse zu schaffen, namentlich nicht gegenüber der Gegenpartei oder den Behörden.⁵⁹ Im Gegenteil, es ist gerade die Pflicht der Anwälte, von schwachen Positionen ihres Klienten abzulenken, diese herabzuspielen oder zu verschweigen. Der Anwalt ist nicht der Objektivität verpflichtet, sondern dem Klienten und dessen Interessen. Die Grenze sind das Gebot von Treu und Glauben und das Missbrauchsverbot.

7. Erreichbarkeit⁶⁰

Wenn der Klient, eine Behörde oder die Gegenpartei den Anwalt innert nützlicher Frist nicht erreichen kann, ist das im konkreten Fall eine *Verletzung des Mandats* und somit sorgfaltswidrig. An professionelle Vertreter wird man hohe Anforderungen stellen dürfen. *Im Verfahren* sehen die anwendbaren Verfahrensordnungen regelmässig die Folgen bei Säumnis vor. Es gibt keinen Grund, für Anwälte eine höhere Erreichbarkeit verlangen zu wollen, als für andere professionelle Beauftragte.

Dagegen ist die Bereitstellung einer *ausreichenden Kanzleiinfrastruktur* («Führung einer Kanzlei») keine anwaltliche Sorgfaltspflicht, deren Verletzung zu einer Disziplinierung führen könnte.⁶¹ Wenn schon, wäre es eine Voraussetzung für den Registereintrag.⁶² Ist die Voraussetzung nicht erfüllt, führt dies nicht zu einer Disziplinierung des Anwalts, sondern zur Verweigerung oder Löschung des Eintrags im Register. Sorgfaltswidrig wäre erst eine konkrete Mandats- oder Normverletzung *infolge* mangelhafter Büroinfrastruktur.

⁵⁴ So sind im Strafverfahren selbst bewusst wahrheitswidrige Vorbringen zulässig; z.T. wird sogar eine Pflicht zum Lügen postuliert (*Eva Saluz*, Darf der Anwalt lügen?, in: FS 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich 2005, 481; *Stefan Trechsel/Hans Vest*, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth [Hrsg.] Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. A. Zürich/St. Gallen 2018, Art. 321 StGB N 23).

⁵⁵ *Bohnet/Martenet* (Fn. 2) Rz. 1235 ff., 3330 ff.; *Fellmann* (Fn. 2) Rz. 262; *Valticos* (Fn. 2) Art. 12 N 37.

⁵⁶ Art. 251 ff. StGB, Art. 303, 304, 305 StGB.

⁵⁷ ZR 2012, Nr. 19, 47 ff.; ZR 2009, Nr. 36, 155 ff.; *Brunner/Dal Molin-Kränzlin* (Fn. 2) 483; *Fellmann* (Fn. 2) Rz. 260 f.

⁵⁸ *Brunner/Henn/Kriesi* (Fn. 2) Kap. 4 N 58 ff.; *Fellmann* (Fn. 2) Rz. 249 f.; *Valticos* (Fn. 2) Art. 12 N 21.

⁵⁹ Vorn Ziff. II. 2.3; ZR 2012, Nr. 19 betrifft nicht die Sorgfaltspflicht der Berufsausübung, sondern vielmehr die Frage, ob der Anwalt bei unklaren Angaben zur Organisation seines Büros registriert werden kann (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA).

⁶⁰ ZR 2011, Nr. 29, 85 f.; ZR 2007, Nr. 68, 268 f.; *Brunner/Henn/Kriesi* (Fn. 2) Kap. 4 Rz. 5 ff.; *Brunner/Dal Molin-Kränzlin* (Fn. 2) S. 482; *Fellmann* (Fn. 2) Rz. 219 ff.

⁶¹ A.M. *Brunner/Henn/Kriesi* (Fn. 2) Kap. 4 N 4; *Fellmann* (Fn. 2) Rz. 219 ff.; *Valticos* (Fn. 2) Art. 12 N 26.

⁶² Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA.

8. Sonderpflichten aufgrund von anwaltlichen Privilegien⁶³

Verschiedene besondere Sorgfaltspflichten werden mit Privilegien begründet, die den Anwälten zustünden. Beispielsweise seien sie besonders zur Rückgabe der ihnen überlassenen Akten verpflichtet, sie dürften diese nicht verfälschen, dem Anwalt des Strafgefangenen mit unkontrolliertem Zugang zu seinem Klienten, dem Verteidiger eines Gefangenen sei es untersagt, Kassiber zu schmuggeln etc.

Anwaltsrecht ist primär Klientenschutz, nicht Anwaltschutz. Das BGFA verleiht den Anwälten *keine Privilegien*, sondern auferlegt ihnen in allererster Linie Pflichten. Es ist deshalb problematisch, Sonderpflichten auf anwaltliche Privilegien abzustützen. So ist der unbeaufsichtigte und unzensurierte Verkehr mit dem Klienten nicht ein Privileg der Anwälte, sondern eine zwingende Folge des Vertraulichkeitsschutzes des Klienten. Und die Aktenherausgabe anstelle der Einsichtnahme bei der Behörde ist nicht ein Privileg der Anwälte, sondern eine Usanz zur administrativen Vereinfachung der Behördentätigkeit.

Vor allem aber gelten die in diesem Zusammenhang genannten Pflichten nicht nur für Anwälte, sondern für jedermann: Niemand darf die ihm überlassenen Akten länger zurückbehalten als nötig, als bewilligt oder als vereinbart. Niemand darf sie verfälschen,⁶⁴ und niemand darf Kassiber schmuggeln.⁶⁵ Bereits die allgemeine Rechtsordnung sieht in dieser Hinsicht die adäquaten Verhaltensnormen vor.

9. Anstand, Stil, Fairness⁶⁶

Auch hier setzt die allgemeine Rechtsordnung Grenzen. Bei groben stilistischen Entgleisungen und Unflätigkeiten kann aufgrund des Straf- und des Persönlichkeitsrechts⁶⁷ eingegriffen werden. Die *Verfahrensordnungen* legen die Folgen unangemessener Vorbringen und Eingaben fest, und mit *sitzungspolizeilichen* Massnahmen können unanständige oder

unbotmässige Sitzungsteilnehmer zur Ordnung gerufen werden etc. Eine besondere Fairnesspflicht wird von Anwälten nicht verlangt. Abgesehen davon lassen sich Anstand und Stil kaum anordnen.

Selbstverständlich sind die *Straftatbestände* von Drohung, Nötigung und Erpressung keine blossen Stil- oder Fairnessfragen mehr.⁶⁸

10. Keine altrechtlichen Sonderpflichten⁶⁹

Trotz des Paradigmenwechsels des BGFA haben die Praxis und die Literatur an einigen Sonderpflichten des kantonalen Rechts festgehalten, die für andere Dienstleister nicht gelten und damit von Art. 12 lit. a BGFA nicht mehr erfasst werden. Beispiele sind die Pflicht zur Sachlichkeit,⁷⁰ die Pflicht zur Rechtsverwirklichung,⁷¹ die Pflicht, keine verwerflichen Standpunkte zu vertreten,⁷² die Pflicht, den geordneten Gang der Gerichte sicherzustellen,⁷³ die Pflicht zur Entlastung der Justiz,⁷⁴ die Pflicht, aussichtslose Verfahren zu vermeiden,⁷⁵ die Pflicht, die freie Anwaltswahl sicherzustellen,⁷⁶ etc.⁷⁷ Verletzungen solcher Pflichten sollten nicht mehr diszipliniert werden.

IV. Fazit und Ausblick

- Grundlage für die Sorgfaltspflicht und den Sorgfaltmassstab des Anwalts, der Anwältin sind das vereinbarte Mandat und die allgemeine Rechtsordnung, insbesondere auch die absoluten Rechte Dritter, das Missbrauchsverbot, der Grundsatz von Treu und Glauben, das Strafrecht, die Verfahrensordnungen etc.

⁶³ BGE 2C_344/2007 vom 22.5.2008 E. 2; Brunner/Henn/Kriesi (Fn. 2) Kap. 4 N 106 ff.; Fellmann (Fn. 2) Rz. 279 ff.; ZR 2008, Nr. 63, 234 ff.

⁶⁴ Art. 251 ff. StGB.

⁶⁵ Art. 305 StGB.

⁶⁶ BGER 2C_620/2016 vom 30.11.2016 E. 2.2; BGER 2C_737/2008 vom 8.4.2009 E. 3.5; BGE 131 IV 154 E. 1.3.2; BGE 130 II 270 E. 3.2.2; Brunner/Dal Molin-Kränzlin (Fn. 2) 484; Brunner/Henn/Kriesi (Fn. 2) Kap. 4 Rz. 111 ff.; Fellmann (Fn. 2) Rz. 277; vgl. dazu auch vorn Ziff. II. 3.2 a) und b).

⁶⁷ Art. 173 ff. StGB, Art. 28 ZGB.

⁶⁸ Art. 180, 181, 156 StGB.

⁶⁹ Zum Ganzen: Schiller (Fn. 2) Rz. 1562 ff.

⁷⁰ Vgl. BGER 2A.168/2005 vom 6.9.2005 E. 2.2.3; Bohnet/Martenet (Fn. 2) Rz. 1280 ff.; Brunner/Henn/Kriesi (Fn. 2) Kap. 4 N 111; Fellmann (Fn. 2) Rz. 271, 287; Valticos (Fn. 2) Art. 12 N 51; Schiller (Fn. 2) Rz. 1562.

⁷¹ Vgl. Fellmann (Fn. 2) Rz. 260.

⁷² Vgl. Fellmann (Fn. 2) Rz. 260 f.; Schiller (Fn. 2) Rz. 1582 ff.

⁷³ Vgl. BGE 130 II 270, E. 3.2.1 f.; Fellmann (Fn. 2) Rz. 242; Schiller (Fn. 2) Rz. 1589 ff.

⁷⁴ Vgl. Fellmann (Fn. 2) Rz. 276; Schiller (Fn. 2) Rz. 1593 ff.; Benno Schneider, Verbot der Doppelvertretung im Scheidungsverfahren, Anwaltsrevue 2007 299.

⁷⁵ Vgl. Fellmann (Fn. 2) Rz. 276; Schiller (Fn. 2) Rz. 1596.

⁷⁶ Vgl. Bohnet/Martenet (Fn. 2) Rz. 1174 ff.; Fellmann (Fn. 2) Rz. 225 f.

⁷⁷ Vgl. zum Ganzen: Schiller (Fn. 2) Rz. 1547 ff.

- Art. 12 lit. a BGFA enthält keine eigenständige Sorgfaltspflicht. Für Anwältinnen und Anwälte gelten dieselben Sorgfaltspflichten und -massstäbe wie für jeden anderen professionellen Dienstleister.
- Die Bestimmung bietet indessen die Grundlage für eine Disziplinierung, wenn ein Anwalt oder eine Anwältin die gebotene Sorgfalt in gravierender Weise verletzt.
- Die Sorgfaltspflicht des Anwalts, der Anwältin ist unmittelbar nur dem Klienten geschuldet. Die primäre Funktion der anwaltlichen Sorgfaltspflicht ist der Klientenschutz. Schützt jedoch eine verletzte Norm der allgemeinen Rechtsordnung den Staat, Behördenmitglieder oder Dritte, kann Art. 12 lit. a BGFA auch zugunsten anderer Personen als des Klienten angerufen und der Anwalt in schwerwiegenden Fällen diszipliniert werden.
- Die Fälle, die in der Praxis unter Art. 12 lit. a BGFA beurteilt werden, lassen sich mit den Instrumenten des Vertragsrechts und der allgemeinen Rechtsordnung durchaus angemessen und befriedigend lösen.
- Unverzichtbar im Rechtsstaat und für den Zugang zum Recht bleiben ein sanktionsbewehrtes strenges *Konfliktverbot* und die absolute *Verschwiegenheit* der Anwälte. *Diese* Pflichten müssen unter allen Umständen bewahrt und verteidigt werden. Andere spezielle Verhaltensregeln mögen zwar bestimmten Kreisen wünschbar erscheinen, das Gesetz sieht sie aber nicht vor. Nötig sind sie nicht.
- Die Praxis sollte sich deshalb darauf konzentrieren, die beiden wesentlichen, im Rechtsstaat unabdingbaren anwaltlichen Pflichten Konfliktverbot und Schweigepflicht mit der erforderlichen Konsequenz durchzusetzen – nicht aber zusätzliche Sorgfaltspflichten in Art. 12. lit. a BGFA hineinzuinterpretieren, die weder vom Gesetzgeber gewollt noch rechtsstaatlich erforderlich sind. Auch hier gilt: *Feuer hüten – nicht Asche aufbewahren.*