

Kaspar Schiller\*

## Anwaltliche Unabhängigkeit – Wozu? Wie weit? Wovon?

**Stichworte:** Unabhängigkeit, notwendiger und wünschbarer Umfang, Zugang zum Recht, Interessenkonflikt, Unabhängigkeit vom Staat, vom Klienten, von Dritten

### I. Ausgangslage

#### 1. Notwendigkeit oder arabischer Phönix?

Der Unabhängigkeit der Anwälte und Anwältinnen wird ein hoher Stellenwert beigemessen. Neben der Verschwiegenheit und dem Verbot von Interessenkonflikten wird die Unabhängigkeit als *einer der drei unverrückbaren Grundpfeiler des anwaltlichen Berufsrechts* bezeichnet.

So klar und unangefochten die anwaltliche Unabhängigkeit im Grundsatz scheint, so schwierig wird es, sie zu begründen und zu konkretisieren. Begründungen geraten rasch ins Allgemeine oder weichen auf das Verbot von Interessenkonflikten aus. Bei den Versuchen, die Unabhängigkeit zu konkretisieren, fällt eine gewisse Hilflosigkeit auf. Klare, sachbezogene Kriterien fehlen weitgehend. Auffällig ist auch, dass die Unabhängigkeit vor allem als schlagwortartiges Dogma im berufspolitischen Diskurs ins Feld geführt wird, wenn es darum geht, andere Dienstleister vom Anwaltsmarkt auszugrenzen.

Das muss Skepsis wecken. Ist die Unabhängigkeit der Anwälte wirklich notwendig? Oder ist sie nicht vielmehr ein Phantasiegebilde wie der arabische Phönix, dessen Existenz keiner anzweifelt, den aber noch niemand gesehen hat?

#### 2. Ein Blick zurück

Mit dem Entstehen der Nationalstaaten im 19. Jahrhundert und deren Gesetzgebungstätigkeit nahm auch der Bedarf an ausgebildeten Juristen zu. Das bisherige, im Lauf der Zeit entstandene unüberblickbare Gewirr unterschiedlichster Formen von Prozessbeiständen rief nach einer Ordnung. Ausserdem genossen die Rechtsbeistände gegen Ende des ancien régime einen miserablen Ruf, den es zu korrigieren galt.

Vor diesem Hintergrund sind die meisten europäischen Anwaltsgesetze und die meisten Anwaltsverbände entstanden. Das anwaltliche Sonderrecht orientierte sich primär am Anwalt als Prozessvertreter, der als Teil des Rechtspflegesystems mit einer starken Bindung zum Staat als eine Art Halbbeamter begriffen wurde. Dieses Verständnis kam in einer Reihe von Loyalitätspflichten der Anwälte gegenüber dem Staat zum Ausdruck. Das Bemühen, das schlechte Anwaltsbild zu korrigieren, äusserte sich in zahlreichen Regeln, die den Anwälten ein besonderes An-

sehen verleihen sollten. Überdies gaben sich die Berufsverbände eine zunftähnliche Ordnung und unterstellten ihre Mitglieder ausgedehnten Verhaltenspflichten, insbesondere auch hinsichtlich des Verkehrs unter Berufskollegen.

Dieses Anwaltsverständnis hat sich stark geändert. Namentlich in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts war der Anwaltsberuf einem grundlegenden Wandel unterworfen. Aus Loyalitätspflichten zum Staat haben sich eigentliche Berufspflichten entwickelt. Die Verpflichtungen gegenüber Berufskollegen und -kolleginnen wurden durch Verschärfungen des Wettbewerbsrechts abgeschwächt oder aufgehoben. Der Anwalt wurde vom streng reglementierten, beamtenähnlichen Prozessvertreter sukzessive zum freien Rechtsdienstleister. Aufgrund des anhaltenden Drucks auf das anwaltliche Sonderrecht, vor allem aufgrund der Bedürfnisse der Geschäftswelt, dürfte dieser Liberalisierungsprozess noch nicht abgeschlossen sein.

Zahlreiche berufsrechtliche Begriffe und Vorschriften zeugen indessen noch heute von der traditionellen Nähe des Anwalts zum Staat, von der kartellistischen Haltung der Berufsverbände und vom Bemühen, die Anwälte gleichsam auf eine höhere Stufe zu stellen. Zu denken ist an die Anwalts-«Gebühr», an eigentliche Gebührentarife, an den Berufs-«Stand», an die «Würde» des Anwalts und des Anwaltsberufs, an Werbebeschränkungen, an Verbote von Haftungsfreizeichnungen etc. Dieses gefärbte, im Anwaltsverständnis des 19. Jahrhunderts begründete Vokabular verstellt die klare Sicht auf das Anwaltsrecht und dessen Legitimation. Bevor es unkritisch übernommen und weitergetragen wird, empfiehlt sich eine nüchterne Beurteilung im heutigen tatsächlichen und rechtlichen Umfeld. Das gilt auch für die Unabhängigkeit.

#### 3. Problematische Normierung

Vollständig unabhängig, vollständig frei von allen Bindungen und Einflüssen, ist niemand. Auch Anwälte sind abhängig von Mitmenschen und Umwelt. Eine absolute, umfassende Unabhängigkeit ist eine Utopie, die nie bestanden hat und nie bestehen wird. Eine Verpflichtung zu absoluter Unabhängigkeit ist weder erfüllbar noch sinnvoll. Zudem ist die Unabhängigkeit eine innere Haltung, die einer Normierung nicht zugänglich ist. Eine unabhängige Haltung lässt sich nicht befehlen. Möglich sind höchstens programmatische Grundsätze oder aber Vorschriften zu äusseren Erscheinungsformen, die typischerweise eine Abhängigkeit oder Unabhängigkeit indizieren.

Damit stellt sich die Frage, ob ein derart abstrakter und schwer normierbarer Zustand überhaupt angeordnet werden soll. Von

\* Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner der Kanzlei Schiller Rechtsanwälte, Winterthur, ehemaliger Präsident des Schweizerischen Anwaltsverbandes. Dieser Aufsatz ist der Abdruck eines Beitrags für die Festschrift zum 70. Geburtstag von MICHAEL STRECK, dem ehemaligen Präsidenten des Deutschen Anwaltvereins DAV, in: Binnewies/Spatscheck [Hrsg.], Festschrift für Michael Streck, Köln 2011, Verlag Dr. Otto Schmidt, mit der freundlichen Genehmigung des Verlags.

vornherein kann es nicht darum gehen, den Anwälten und Anwältinnen jede Abhängigkeit zu verbieten. Zu fragen ist vielmehr, wozu der Anwalt unabhängig sein soll, wie weit und wovon.

## II. Unabhängigkeit wozu?

### 1. Rechtsstaatliche Notwendigkeit

#### a) Zugang zum Recht

Im Rechtsstaat muss jedem rechtsuchenden Bürger der Zugang zum Recht offen stehen. Nun war und ist der Bürger zu keiner Zeit in der Lage, seine Rechte selber zu kennen und schon gar nicht, sie selber wahrzunehmen. Ohne fachmännische Unterstützung kann er sich weder gegen die Willkür des Staats oder Dritter ausreichend zur Wehr setzen noch seine Rechte gegen jene durchsetzen, die sie ihm verwehren. Ohne fachmännische Unterstützung ist der Zugang zum Recht nicht gewährleistet. Im Rechtsstaat ist es deshalb notwendig, dass dem Bürger Rechtsbeistände zur Verfügung stehen, die ihn beim Zugang zum Recht unterstützen.

#### b) Rechtskontrolle und -fortbildung

Das Recht ist keine statisch feststehende Ordnung. Es entwickelt sich dynamisch aus einer Vielzahl von Interessengegensätzen, die fortlaufend entstehen und gelöst werden. Recht wird kontradiktorisch gewonnen, tagtäglich und auf allen Ebenen. Es entsteht durch Auseinandersetzung, durch den Ausgleich von Interessengegensätzen. «Alles Recht in der Welt ist erstritten worden, jeder wichtige Rechtssatz hat erst denen, die sich ihm widersetzen, abgerungen werden müssen». <sup>1</sup> Ausgewogen wird es nur, wenn Argument und Gegenargument, Angriff und Verteidigung im Gleichgewicht sind, wenn die relevanten Argumente beider Seiten gleichermaßen sorgfältig und kompetent vorgebracht werden. Die Qualität des Rechts ist umso höher, je besser der Bürger seine Interessen wahrnimmt, je besser das Scharnier zwischen Bürger und Recht funktioniert, je höher das Niveau der juristischen Argumentation ist.

Täglich stehen tausende von Rechtsfragen auf dem Prüfstand. Jedes Gesetz, jede Verordnung, jeder Verwaltungsakt und jedes rechtlich relevante Handeln Privater unterliegt der möglichen Kontrolle durch ausgewiesene Rechtsberater. Die Kontrolle hat präventive und therapeutische Wirkung. Präventiv, weil jedermann weiss, dass er bei seinem Handeln diesem Test ausgesetzt ist, und therapeutisch, weil Fehler korrigiert werden können. Hoch qualifizierte Rechtsbeistände garantieren eine wirksame Rechtskontrolle und eine ausgewogene Rechtsfortbildung.

#### c) Anwälte als Voraussetzung des Rechtsstaats

Diese Rolle des Rechtsbeistands wird in den meisten Rechtsordnungen den Anwälten zugewiesen. Anwälte und Anwältinnen sind unabdingbar für den freien Zugang zum Recht und tragen entscheidend zur Rechtskontrolle und -fortbildung bei. Sie sind

eine notwendige Voraussetzung des Rechtsstaats. Der Rechtsstaat braucht den Anwalt, um Rechtsstaat zu bleiben.<sup>2</sup>

#### d) Unbeeinflusste Interessenwahrung

Optimale Unterstützung und Interessenwahrung bedeutet, dass der Anwalt sein Mandat vorbehaltlos, einzig und allein im Interesse des Klienten führt. Der Zugang zum Recht ist nicht gewährleistet, wenn der Anwalt das Mandat gleichsam mit angezogener Handbremse führt, weil er auf die Interessen anderer schiebt, von denen er sich etwas erhofft, oder weil er auf andere Rücksicht nehmen muss. Unbeeinflusste anwaltliche Interessenwahrung ist im Rechtsstaat unabdingbar.

#### aa) Einseitige Interessenwahrung

Unbeeinflusste Interessenwahrung muss einseitige Interessenwahrung sein. Die Interessen des Klienten sind die einzige Richtschnur, ihre Vertretung die eigentliche *raison d'être* des Anwalts. Der Anwalt kann seine Interessenwahrungspflicht zugunsten des Klienten nicht vorbehaltlos erfüllen, wenn ihm gleichzeitig abweichende Loyalitätspflichten abverlangt werden. Anders als der Richter erfüllt der Anwalt seine rechtsstaatliche Aufgabe nicht durch objektive Wahrheitssuche und ausgewogene Rechtsanwendung, sondern dadurch, dass er die individuellen Interessen seines Klienten einseitig wahrt. Der Anwalt ist Interessenvertreter seines Klienten, nicht dessen Richter. Der Anwalt muss parteiisch sein, der Richter darf es nicht.

Das gilt auch dann, wenn die Interessenwahrung verlangt, dass unsichere Rechtspositionen oder Auffassungen vertreten werden, die im Widerspruch zur herrschenden Lehre und Praxis stehen. Wenn die Anwälte und Anwältinnen nur noch gefestigte Rechtspositionen vertreten dürften, wäre dem Rechtsuchenden die Möglichkeit genommen, einen unsicheren, aber doch denkbaren Anspruch mit anwaltlicher Hilfe geltend zu machen. Die rechtsstaatliche Kontrollfunktion der Anwälte würde nicht wahrgenommen, die Rechtsfortbildung wäre gehemmt.

#### bb) Wahrung der subjektiven Interessen des Klienten

Welches die Interessen sind, die der Anwalt, die Anwältin wahren soll, bestimmt der Klient aus seiner subjektiven Sicht. Er kennt seine Interessen selbst am besten und weiss besser als jeder andere, was für ihn wesentlich und was belanglos ist. Dementsprechend entscheidet er, welche Interessen er verfolgen will, und ob und in welchem Umfang ein Anwalt oder eine Anwältin ihn dabei unterstützen soll. Das kommt im Mandat zum Ausdruck, das der Klient mit seinem Anwalt vereinbart. Rechtsordnungen, die von der Idee des mündigen Bürgers ausgehen, respektieren den Willen des Klienten.

Der Klient will zu *seinem* Recht kommen. Er beauftragt den Anwalt, die Anwältin *sein* Problem zu lösen, *seine* Vorstellungen und *seine* Ziele zu erreichen. Wenn der Anwalt ein Mandat übernimmt, ist er verpflichtet, die Klienteninteressen im vereinbarten

<sup>1</sup> RUDOLF VON JHERING, *Der Kampf ums Recht*, 1872, Neuauflage Frankfurt a/ Main, 2003, S. 5.

<sup>2</sup> WALTER SCHLUEP, *Über Sinn und Funktion des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat*, Zürich, 1994, S. 62.

Umfang mit allen von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Mitteln vorbehaltlos und nach besten Kräften zu verfolgen.

cc) Individuelle Interessenwahrung ist Verwirklichung des Rechts. Sowohl die vertraglichen Pflichten aus dem Anwaltsmandat als auch rechtsstaatliche Gründe verlangen, dass der Anwalt, die Anwältin nur die individuellen Interessen des Klienten wahrt, parteiisch und einseitig, so wie sie der Klient aus seiner subjektiven Sicht definiert, und so wie sie mit dem Mandat verbindlich vereinbart worden sind. Indem die Anwälte unmittelbar die Interessen ihrer Klienten einseitig wahren, tragen sie mittelbar zur Verwirklichung des Rechtsstaats und zur Weiterentwicklung des Rechts bei. Gerade in der parteiischen, einseitigen Interessenvertretung liegt ihre unverzichtbare Funktion im Rechtsstaat. Der Kampf um den individuellen Anspruch ist Verwirklichung des objektiven Rechts.<sup>3</sup>

## 2. Notwendige Regulierung

Wenn also rechtsstaatlich unverzichtbar ist, dass die Anwälte und Anwältinnen die Interessen ihrer Klienten unbeeinflusst wahren, muss dies auf irgendeine Weise sichergestellt sein. Der freie Markt, das Spiel von Angebot und Nachfrage, führt nicht zum Zugang zum Recht für jedermann, insbesondere nicht zur unbeeinflussten Interessenwahrung. Deshalb ist im Rechtsstaat eine Regulierung notwendig, welche die unbeeinflusste Interessenwahrung durch die Anwälte und Anwältinnen gewährleistet.

## III. Unabhängigkeit wie weit?

### 1. Notwendiger Umfang

Die Unabhängigkeit der Anwälte ist kein Ziel in sich selbst und als solche nicht schutzbedürftig. Im Gegenteil, ihr gesetzlicher Schutz führt zur Bevorzugung eines Berufszweigs, was nicht unproblematisch ist. Jedenfalls muss die Legitimation eines Unabhängigkeitsgebots für Anwälte besonders solide abgestützt sein.

Die anwaltliche Unabhängigkeit ist jedoch insoweit erforderlich, als sie eine Voraussetzung der unbeeinflussten Interessenwahrung ist und den Zugang zum Recht sicherstellt.<sup>4</sup> Damit stellt sich die Frage, was ein Unabhängigkeitsgebot für Anwälte und Anwältinnen zur unbeeinflussten Interessenwahrung beitragen kann. Erst aus der Antwort auf diese Frage kann abgeleitet werden, ob eine Regelung zur Unabhängigkeit der Anwälte sich rechtfertigt oder sogar notwendig ist, und wie eine solche ausgestaltet werden sollte.

#### a) Keine mandatsstörende Abhängigkeiten ...

Wer unabhängig ist, lässt sich nicht beeinflussen. Mit unabhängigen Anwälten und Anwältinnen ist die unbeeinflusste Interessenwahrung gewährleistet. Aber nicht jeder, der abhängig ist,

lässt sich beeinflussen, und nicht jede Abhängigkeit der Anwälte tangiert die unbeeinflusste Interessenwahrung.

Auch enge Abhängigkeiten und Bindungen beeinträchtigen eine Mandatsführung im ausschliesslichen Klienteninteresse nicht, wenn sie mit dem Mandat nichts zu tun haben. Nur eine Unabhängigkeit, die einen *Bezug zum Mandat* aufweist, kann für den Zugang zum Recht überhaupt von Belang sein.

Aber selbst mandatsbezogene Abhängigkeiten beeinträchtigen die unbeeinflusste Interessenwahrung nicht immer. Einflüsse auf den Anwalt, die im Interesse des Klienten liegen, unterstützen vielmehr eine optimale Interessenwahrung und erleichtern den Zugang zum Recht. So ist der Anwalt zweifellos von einem Klienten abhängig, mit dem er den Grossteil seines Honorarumsatzes erzielt. Hat dieser Hauptklient ebenfalls ein Interesse daran, dass der Anwalt für einen anderen Klienten obsiegt, kann diese Abhängigkeit die unbeeinflusste Interessenwahrung nicht beeinträchtigen. Wenn schon, sollten solche unterstützende Beeinflussungen nicht verhindert, sondern gefördert werden. Um die unbeeinflusste Interessenwahrung zu gewährleisten, müssen deshalb nur diejenigen Abhängigkeiten und Bindungen ausgeschlossen sein, welche die Führung eines konkreten Mandats im alleinigen Interesse des Klienten *beeinträchtigen*, d.h. nur mandatsstörende Abhängigkeiten.

#### b) ... und Interessenkonflikte

Jede mandatsstörende Abhängigkeit ist begriffsnotwendig ein Interessenkonflikt: Der Anwalt ist im Konflikt, ob er den Interessen seines Klienten oder den Interessen desjenigen den Vorzug geben soll, von dem er abhängig ist. Es ist kein Fall denkbar, der aus rechtsstaatlichen Gründen ein Unabhängigkeitsgebot erforderte, das nicht bereits von einem Konfliktverbot abgedeckt wäre. Unter dem Gesichtswinkel der unbeeinflussten Interessenwahrung bleibt belanglos, ob, wie sehr und von wem der Anwalt abhängig ist, solange er das Verbot von Interessenkonflikten beachtet. Zwar ist die anwaltliche Unabhängigkeit im Rechtsstaat unverzichtbar. Ihr notwendiger Umfang geht aber nicht weiter als ein konsequentes Verbot von Interessenkonflikten.

Die unbeeinflusste Interessenwahrung durch die Anwälte kann mit verschiedenen Berufspflichten umgesetzt werden. Ob dies nun mit einem Unabhängigkeitsgebot oder mit einem Konfliktverbot geschieht, welches der Umfang dieser Pflichten ist und wie diese im Einzelnen ausgestaltet sind, ist nicht von Bedeutung. Wesentlich ist nur, dass sie *insgesamt* die unbeeinflusste Interessenwahrung durch den Anwalt gewährleisten.

Die Legitimation und die Verfassungsmässigkeit eines gesetzlichen Eingriffs in diesem Umfang können angesichts der rechtsstaatlichen Notwendigkeit des Zugangs zum Recht nicht zur Diskussion stehen.

#### c) Allgemeine Unabhängigkeitsgebote

Zahlreiche Rechtsordnungen verlangen von ihren Anwälten «Unabhängigkeit», ohne diese näher zu umschreiben. Was eine solche generelle Unabhängigkeit im Einzelnen bedeutet, muss der jeweiligen Rechtsordnung überlassen bleiben. Regelmässig wird

<sup>3</sup> RUDOLF VON JHERING, Der Kampf ums Recht (Fn. 1), S. 31.

<sup>4</sup> Vorn II 1.

aber eine allgemein formulierte Unabhängigkeit nicht ausreichen, um eine selbständige, über das Verbot von Interessenkonflikten hinausgehende Pflicht zu begründen. Wo ein Konfliktverbot besteht, wird deshalb einem unspezifizierten Gebot der anwaltlichen Unabhängigkeit in aller Regel kein eigenständiger materieller Normgehalt zukommen.

## 2. Weiter gehende Unabhängigkeit

Aus rechtsstaatlicher Sicht ist nur erforderlich, dass die Mandatsführung *tatsächlich* nicht beeinträchtigt wird.<sup>5</sup> Die blosse Möglichkeit oder Gefahr einer Beeinflussung ist noch keine Beeinflussung und beeinträchtigt den Zugang zum Recht nicht. Je nach Rechtskultur kann aber wünschbar scheinen, den Anwälten bereits bestimmte Situationen zu verbieten, die typischerweise besondere Risiken einer Beeinflussung in sich bergen. Insofern kann auch eine weiter gehende Unabhängigkeit angeordnet werden.

Bei solchen weiter gehenden Unabhängigkeitsgeboten stellt sich die Frage der *Verfassungsmässigkeit*. Es ist ein Grundprinzip des demokratischen Rechtsstaats, dass Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen, auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruhen und verhältnismässig sein müssen. Zwar kann die Bekämpfung der Risiken von Beeinflussungen der Anwälte durchaus als legitimes Anliegen angesehen werden. Ob und wie weit sich ein spezifisches Unabhängigkeitsgebot über ein Konfliktverbot hinaus rechtfertigt, liegt jedoch nicht von vornherein auf der Hand und ist im Einzelnen zu prüfen.

## IV. Unabhängigkeit wovon?

### 1. Unabhängigkeit vom Staat

Der Ursprung der anwaltlichen Unabhängigkeit liegt im Bedürfnis, den rechtsuchenden Bürger vor Staatswillkür zu schützen. Wer Rat und Hilfe gegen Übergriffe des Staats sucht, soll nicht befürchten müssen, dass sein Anwalt bei der Mandatsführung staatlicher Beeinflussung ausgesetzt ist oder Rücksichten auf Staat und Behörden nimmt. Nichts darf den Anwalt, die Anwältin hindern, engagiert und mit aller Härte und Konsequenz den Standpunkt seines Klienten gerade auch gegen den Staat durchzusetzen.

Das steht im Widerspruch zum historischen Verständnis des Anwalts als Teil des Rechtspflegesystems.<sup>6</sup> Wenn Anwälte dem Staat gegenüber zur Loyalität verpflichtet sind, ist ihre Handlungsfreiheit gegenüber dem Staat, seiner Regierung und seinen Gerichten eingeschränkt. Sie können somit den Schutz vor Staatswillkür nicht sicherstellen. Der Zugang zum Recht ist beeinträchtigt. Jede Rechtsordnung wird entscheiden müssen, ob und wie weit sie solche Eingriffe in den Rechtsstaat toleriert oder sogar wünscht.

<sup>5</sup> Vorn I a, b.

<sup>6</sup> Vorn I 2.

### a) Besondere Rolle der Anwälte im Rechtspflegesystem

Sei es als verbliebener Rest eines historischen Anwaltsverständnisses oder sei es aus politischen Gründen, zahlreiche Rechtsordnungen enthalten Bestimmungen, die den Anwälten eine besondere Rolle im Rechtspflegesystem und eine besondere Nähe zum Staat zuweisen. Eine solche Staatsnähe kann von unterschiedlicher Intensität sein: von einer mehr oder weniger ausgeprägten Erwartungshaltung der Behörden über einen gewissen Anpassungsdruck bis hin zur sanktionsbewehrten Überwachung und Kontrolle der Anwaltstätigkeit in totalitären Regimes. Aber auch in Rechtsstaaten finden sich Vorschriften, Gerichtsentscheide und Literatur, welche den Anwälten Attribute und Pflichten zuordnen, die Rücksichtnahmen auf den Staat und seine Rechtspflege nahe legen. Ihre Bedeutung im Licht der rechtsstaatlich unverzichtbaren unbeeinflussten Interessenwahrung ist nicht von vornherein klar.

#### aa) Organ der Rechtspflege

Beispielsweise werden die Anwälte in zahlreichen Rechtsordnungen als «Organ der Rechtspflege», «Mitarbeiter der Justiz», «Gehilfe des Richters», «Diener des Rechts» oder dergleichen bezeichnet. Solche Begriffe suggerieren ein Subordinationsverhältnis und eine besondere Loyalität gegenüber dem Staat, die den Klienteninteressen überzuordnen sei. Zwar ist richtig, dass dem Anwalt eine unverzichtbare Bedeutung im Rechtsstaat zukommt und dass die Anwälte die Arbeit des Richters erleichtern. In diesem Sinn dient der Anwalt in der Tat der Justiz, dem Recht und dem Rechtsstaat. Er tut dies aber nur mittelbar, indem er unmittelbar die individuellen Interessen des Klienten einseitig und unbeeinflusst von Dritten wahrnimmt.<sup>7</sup> Sobald der Anwalt bei seiner Tätigkeit auf staatliche Interessen Rücksicht nimmt, gerät er in Widerspruch zur rechtsstaatlich notwendigen unbeeinflussten Interessenwahrung ausschliesslich zugunsten des Klienten. Begriffen wie «Organ der Rechtspflege» etc. kann kein normativer Gehalt zukommen, ohne dass der Rechtsstaat eingeschränkt wird.

Ähnliches gilt für die häufig vorgebrachte Aufforderung, der Anwalt habe die Rechtspflege zu unterstützen und den geordneten Gang der Justiz nicht zu behindern, ja diese sogar zu entlasten. Der geordnete Gang der Justiz ist primär durch die Gerichte aufgrund der Verfahrensordnungen und der Sitzungspolizei zu gewährleisten, nicht durch die Anwälte. Von prozessualen Rechten darf grundsätzlich Gebrauch gemacht werden. Der Anwalt sollte sich keine weiter gehende Zurückhaltung auferlegen müssen als andere Prozessteilnehmer. Andernfalls würde der Klient, der einen Anwalt beizieht, benachteiligt und beim Zugang zum Recht beeinträchtigt. Auch die Entlastung der Gerichte kann keine primäre Aufgabe der Anwälte sein. Der Anwalt hat sein Vorgehen am Interesse des Klienten zu orientieren. Ob damit dem Gericht viel oder weniger Arbeit entsteht, darf seine Überlegungen nicht beeinflussen. Jedenfalls darf die Interessenwahrung zugunsten des Klienten nicht durch Rücksichtnahmen auf staat-

<sup>7</sup> Vorn II 1 d cc).

liche Interessen beeinträchtigt werden. Alles andere würde den Zugang des Bürgers zum Recht einschränken.

#### bb) Vertretung nur berechtigter Ansprüche

Verbreitet ist die Vorstellung, der Anwalt müsse dem Recht zum Durchbruch verhelfen. Er dürfe deshalb nur berechnete Ansprüche vertreten und nicht bewusst Unrecht fördern. Abgesehen davon, dass es das objektiv richtige Recht nicht gibt,<sup>8</sup> widerspricht eine solche Auffassung der Pflicht, das vereinbarte Mandat unbeeinträchtigt und ausschliesslich im Interesse des Klienten zu wahren<sup>9</sup>. Der Anwalt und die Anwältin haben den mit dem Mandat umschriebenen Interessen ihrer Klienten zum Durchbruch zu verhelfen, nicht einem wie auch immer verstandenen objektiven Recht.

#### cc) Orientierung am Allgemeininteresse

Verschiedentlich wird von den Anwälten verlangt, sie hätten sich am Interesse der Allgemeinheit, am Gemeinwohl zu orientieren. Der Begriff eines Gemeinwohls, auf das Rücksicht zu nehmen wäre, ist überaus undeutlich. Was dies in der täglichen Anwaltstätigkeit konkret bedeuten soll, wird häufig schwer zu fassen sein. Vor allem aber darf der Anwalt tun, was das Recht zulässt, ja er soll dies tun, wenn es das vereinbarte Mandat verlangt. Der Klient, der den Anwalt zu seiner Interessenwahrung beizieht, muss sich nicht gefallen lassen, dass der Anwalt mit Rücksicht auf ein Gemeinwohl von seinen vertraglich vereinbarten Pflichten abweicht. Normen, die den Anwalt und die Anwältin verpflichten, sich an den Interessen des Staates oder am Gemeinwohl zu orientieren, widersprechen der Verpflichtung, ausschliesslich die Klienteninteressen zu wahren. Sie beeinträchtigen den Zugang zum Recht und den Rechtsstaat.

#### b) Anwälte mit staatlichen Aufgaben

Vor allem in ländlichen Regionen üben Anwälte neben dem Anwaltsberuf häufig auch Funktionen in der Justiz oder in der öffentlichen Verwaltung aus. Verbreitet sind Anwälte, die als Notare tätig sind. Durch solche obrigkeitlichen Tätigkeiten entsteht eine mehr oder weniger ausgeprägte Nähe des Anwalts zum Staat, die je nach Art und Funktion der Tätigkeit als unerwünschte Abhängigkeit angesehen werden kann.

Abhängigkeiten des Anwalts vom Staat sind jedoch nicht an sich problematisch, sondern nur dann, wenn sie eine unbeeinflusste Mandatsführung im Interesse des Klienten beeinträchtigen, wenn sie mandatsstörend sind. Solange das Verbot von Interessenkonflikten in Bezug auf das konkrete Mandat nicht verletzt ist, bleibt der Anwalt für den Klienten unabhängig.<sup>10</sup> Zum Schutz des rechtsuchenden Bürgers und zur Gewährleistung des Zugangs zum Recht braucht es deshalb kein über ein konsequentes Verbot von Interessenkonflikten hinausgehendes Verbot der Übernahme staatlicher Aufgaben durch Anwälte. Eine andere Frage ist, ob

und welche Amtspflichten oder Unvereinbarkeitsverbote aus Sicht des Staates zur ordnungsgemässen Erfüllung der *obrigkeitlichen Aufgaben* nötig sind.

#### c) Verbote jeglicher Abhängigkeit vom Staat

Abhängigkeiten der Anwälte vom Staat sind immer heikel. Wenn nur staatsabhängige, angepasste Anwälte zur Verfügung stehen, wird es ungemütlich. Länder ohne freie, vom Staat unabhängige Anwälte und Anwältinnen können keine Rechtsstaaten sein. Um Klarheit zu schaffen und um die Gefahr staatlicher Einflussnahmen von vornherein auszuschliessen, mag deshalb wünschbar scheinen, nur Personen zur Anwaltstätigkeit zuzulassen, die vollständig unabhängig vom Staat sind.

Aus rechtsstaatlicher Sicht ist ein solches Verbot staatlicher Abhängigkeiten der Anwälte und Anwältinnen aber dann nicht erforderlich, wenn neben staatsabhängigen Anwälten ein ausreichendes Angebot von Anwälten und Anwältinnen zur Verfügung steht, die keine besondere Bindung zum Staat aufweisen. Ein spezifisches Verbot von Abhängigkeiten *aller* Anwälte und Anwältinnen vom Staat ist nicht erforderlich. Es kann dem Klienten überlassen werden, ob er die Nähe seines Anwalts zum Staat und zu Amtskollegen in Kauf nimmt, ob er eine solche Nähe und die damit verbundenen Kenntnisse und Beziehungen sogar wünscht, oder ob er vielmehr einen Anwalt vorzieht, der frei von jeder Bindung zum Staat ist. Das setzt voraus, dass der Klient informiert ist, welche allfällige Bindung zum Staat besteht und welche Vor- und Nachteile dies im konkreten Fall für ihn haben kann.

## 2. Unabhängigkeit vom Klienten

### a) Wahrung der Klienteninteressen

Der Klient beauftragt den Anwalt mit der Wahrung seiner Interessen. Mit der Umschreibung seiner Ziele und des Mandats und mit seinen Instruktionen nimmt er notwendigerweise Einfluss auf die Mandatsführung. In diesem Sinn sind Anwälte und Anwältinnen bei ihrer Berufstätigkeit von ihren Klienten immer beeinflusst und damit in Bezug auf das Mandat abhängig.

Beeinflussungen des Anwalts sind indessen nur dann problematisch, wenn sie die mit dem Mandat vereinbarte Wahrung der Klienteninteressen beeinträchtigen. Der Klient, der selber Einfluss auf die Mandatsführung nimmt, macht seinen Einfluss gerade deshalb geltend, weil er glaubt, dies sei zu seinem Vorteil und liege in seinem Interesse. Einflussnahmen des Klienten auf die Mandatsführung können deshalb die Klienteninteressen nicht beeinträchtigen. Sie sind nicht mandatsstörend und deshalb im Grundsatz unbedenklich.

### b) Vorbehaltlose Interessenwahrung

Der Anwalt hat die subjektiven Interessen des Klienten in dem Umfang zu wahren, als es mit dem Mandat vereinbart worden ist.<sup>11</sup> Wenn der Anwalt das Mandat übernommen hat, steht es

8 Vorn II 1 b

9 Vorn II 1 d.

10 Vorn III 1 a, b.

11 Vorn II 1 d bb).

ihm nicht zu, davon abzuweichen oder dem Klienten vorzuschreiben, etwas anderes zu wollen.

Das gilt auch dann, wenn die Interessen des Klienten mit der Rechtsordnung nicht in Einklang stehen. Selbstverständlich darf der Anwalt keine Mandate mit rechtswidrigem Inhalt annehmen. Sollte die Interessenwahrung ein rechtswidriges Vorgehen erfordern, wird der Anwalt versuchen, den Klienten von einem rechtmässigen Weg zu überzeugen. Beharrt der Klient auf den problematischen Instruktionen, bleibt als einziger Ausweg die Niederlegung des Mandats. Gleiches gilt für ein Vorgehen, das zwar nicht rechtswidrig, aber doch unvereinbar mit den Wertvorstellungen des Anwalts ist.

Darf oder will der Anwalt ein Mandat nicht führen, hat er es abzulehnen oder niederzulegen. Niemals aber darf er es im Widerspruch zum vereinbarten Mandatsinhalt des Klienten führen. Entweder verfiert der Anwalt die Interessen im vereinbarten Umfang vorbehaltlos und engagiert – oder er führt das Mandat nicht. *Tertium non datur*.

Eine Unabhängigkeit vom Klienten mag wünschbar scheinen und auch vom Gesetzgeber angeordnet werden. Im Rechtsstaat darf dies aber niemals dazu führen, dass der Anwalt vom Mandat abweicht. Die Wahrung der Klienteninteressen muss stets Ziel und Aufgabe anwaltlichen Handelns bleiben.

### c) Innere Unabhängigkeit, hoher ethischer Massstab

Auch wenn der Anwalt aus rechtsstaatlichen Gründen von seinem Klienten nicht unabhängig sein muss, so bedeutet das nicht, dass der Anwalt, die Anwältin die Wünsche des Klienten unbekümmert um deren Inhalt und Ziel blindlings befolgen soll. Vom Anwalt darf und muss erwartet werden, dass er seine gedankliche Distanz, seine Eigenständigkeit und Souveränität gegenüber dem Klienten bewahrt. Er soll sich nicht für alles hergeben und einfach die Lösung vorschlagen, die der Klient am liebsten hört. Vielmehr soll er sich mit dem Problem des Klienten kritisch auseinandersetzen, seine eigene Meinung dazu bilden und nach seiner Überzeugung die im Interesse des Klienten beste Lösung empfehlen. Der Klient hat Anspruch auf die persönliche, schonungslos offene Beurteilung und Meinung des Anwalts, im wohlverstandenen Klienteninteresse, wie wenn der Anwalt selber in der Situation des Klienten wäre.

Dabei soll sich der Anwalt, die Anwältin nicht nur an rechtlichen, sondern auch an ethischen Massstäben orientieren. Gerade in einer zunehmend kommerzialisierten Welt und in Rechtsordnungen, die den individuellen Eigennutzen immer stärker in den Mittelpunkt stellen, soll der anwaltliche Rat auch einem hohen ethischen Anspruch standhalten. Die Anwälte und Anwältinnen sollen sich nicht nur im Rahmen der Legalität, sondern auch anständig und fair verhalten.

Innere Unabhängigkeit, Anstand und Souveränität lassen sich aber nicht anordnen. Gleichwohl ist die Unabhängigkeit vom Klienten ein berechtigtes und wesentliches Anliegen. Auch dort, wo allgemeinen Unabhängigkeitsgeboten kein Eingriffscharakter zukommt, so haben sie doch ihren guten Sinn. Sie sollen die Anwälte und Anwältinnen stets ermahnen, von ihren Freiheiten Ge-

brauch zu machen, von der Freiheit der kritischen, schonungslosen Beurteilung der Angelegenheit gegenüber dem Klienten und von der Freiheit, wenn nötig ein Mandat abzulehnen oder niederzulegen.

Reine Fachkompetenz ist auch anderswo erhältlich. Die gedankliche Unabhängigkeit und die kritische Beurteilung dagegen sind untrennbar mit der Person des Anwalts, der Anwältin verbunden. Insofern ist der anwaltliche Rat auch nicht austauschbar. In dieser inneren Unabhängigkeit und in der persönlichen, kritischen Beurteilung des Anwalts liegt ein wesentlicher Wert der anwaltlichen Dienstleistung, auch wenn dies für den Klienten gelegentlich Widerstand und ein Ringen um Ziele und Vorgehen bedeutet.

Unabhängigkeit bleibt ein leeres Schlagwort, wenn sie *wirtschaftlich* nicht abgesichert ist. Verdient der Anwalt nicht genug für seinen Lebensunterhalt, steigt seine Bereitschaft zu fragwürdigem Vorgehen. Der Anwalt, der auf ein Mandat oder auf einen Klienten angewiesen ist, verliert seine innere Unabhängigkeit gegenüber dem Klienten, namentlich seine Freiheit, das Mandat abzulehnen oder niederzulegen. Auch in der Beurteilung und Mandatsführung ist er nicht mehr frei und kann versucht sein, Schritte zu empfehlen, von denen er vernünftigerweise abraten müsste. Ähnliches gilt umgekehrt auch für die Anwälte, die einzig auf kurzfristige Gewinnmaximierung aus sind oder in Strukturen arbeiten, in denen beruflicher Erfolg allein am erzielten Honorarumsatz gemessen wird. Seitdem die Anwälte nicht mehr ehrenamtlich und allenfalls für ein freiwilliges, im Belieben des Klienten stehendes *honorarium* arbeiten, besteht immer die latente Gefahr, dass der Anwalt aus kommerziellen Gründen seine eigenen Interessen denjenigen des Klienten voranstellt. Ein Verbot von Abhängigkeiten ist aber auch in diesem Zusammenhang nur insoweit notwendig, als diese mandatsstörend sind, d.h. sofern sie einen Interessenkonflikt mit Eigeninteressen begründen.<sup>12</sup> Die blossе Gefahr eines Konflikts ist noch kein Konflikt. Schliesslich kann auch wirtschaftliche Unabhängigkeit nicht gesetzlich befohlen oder gewährleistet werden. Eine besondere Verpflichtung zur wirtschaftlichen Unabhängigkeit ist weder möglich noch aus rechtsstaatlichen Gründen erforderlich.

Gelegentlich wird beklagt, die Moral der Anwälte lasse mehr und mehr zu wünschen übrig. Um die Ethik im Anwaltsberuf ist es jedoch so schlecht nicht bestellt. Gewiss sind Anwälte nicht anständiger, aber auch nicht unanständiger als andere Berufsleute. Unethisches Verhalten von Anwälten hat es immer gegeben und wird es auch immer geben. Immerhin ist das grösste Kapital des Anwalts sein Ruf. Wer sich fragwürdig verhält, riskiert, dieses Kapital zu verlieren. Und wer zudem die oft fliessende Grenze zwischen Anstand und Berufsrecht überschreitet, riskiert darüber hinaus eine Disziplinierung bis hin zum Entzug seiner Zulassung und damit seiner wirtschaftlichen Existenz. Vieles spricht dafür, dass sich berufsethisches Verhalten auf die Dauer auch kommerziell lohnt. Ein Blick auf den Rechtsalltag zeigt denn auch, dass sich die allermeisten Anwälte und Anwältinnen verantwortungsbewusst und anständig verhalten. Die innere Unab-

12 Vgl. vorn II 1 b.

hängigkeit wird von den Anwälten und Anwältinnen durchaus gelebt.

### 3. Unabhängigkeit von Dritten

Damit die unbeeinflusste, vorbehaltlose Wahrung der Klienteninteressen nicht beeinträchtigt wird, müssen die Anwälte unabhängig sein. Gerade bei Abhängigkeiten und Beeinflussungen von Dritten wird deutlich, dass aus rechtsstaatlichen Gründen nur eine *mandatsstörende* Unabhängigkeit notwendig ist, die nicht weiter geht als ein Verbot von Konflikten mit Interessen Dritter.<sup>13</sup>

#### a) Unabhängigkeit vom Rechtsgegner

Dass der Anwalt nicht vom Rechtsgegner beeinflusst sein darf, bedarf keiner weiteren Begründung. Abhängigkeiten und Beeinflussungen vom Rechtsgegner sind klassische Konfliktsituationen. Ein spezifisches Gebot der Unabhängigkeit vom Rechtsgegner bringt in diesem Zusammenhang nichts, was nicht bereits ein Verbot von Interessenkonflikten leistet.

#### b) Unabhängigkeit von Anwälten derselben Kanzlei

Anwälte derselben Kanzlei werden schon aufgrund ihres Sozietäts- oder Anstellungsvertrags immer einander verpflichtet und mehr oder weniger voneinander abhängig sein. Bisweilen ist die Abhängigkeit erheblich. Es lässt sich nicht vermeiden, dass sich Bürokollegen und -kolleginnen gegenseitig beeinflussen. Solche Beeinflussungen sind aus rechtsstaatlicher Sicht dann unbedenklich, wenn die Interessenwahrung zugunsten des Klienten nicht beeinträchtigt wird. Das ist dann der Fall, wenn alle Anwälte und Anwältinnen den Interessen aller Klienten ihrer Kanzlei verpflichtet sind, d.h. wenn alle Anwälte und Anwältinnen der Kanzlei gleichsam als ein einziger Anwalt angesehen werden.

Unterstehen jedoch die Anwälte nicht einem Konfliktverbot zugunsten aller Klienten ihrer Kanzlei, erheben sich ernstliche Bedenken. Die unvermeidlichen Rücksichtnahmen und Beeinflussungen können die Mandatsführung im ausschliesslichen Interesse des Klienten beeinträchtigen und damit dessen Zugang zum Recht. Auch die viel gepriesenen *chinese walls* können keinen wirksamen Schutz bieten. Sie sind Augenwischerei.

#### c) Unabhängigkeit vom Arbeitgeber

Das Angestelltenverhältnis begründet eine intensive Bindung zum Arbeitgeber. Der Angestellte kann ein existenzielles Interesse haben, seinem Arbeitgeber gefallen zu wollen und auf diesen Rücksicht zu nehmen. Der angestellte Anwalt ist von seinem Arbeitgeber immer weisungsabhängig und beeinflussbar. Nachdem der Arbeitgeber Einfluss auf die Mandatsführung nehmen kann, muss auch er Gewähr dafür bieten, dass für ihn keine mandatsstörenden Abhängigkeiten bestehen. Ist der Arbeitgeber in diesem Sinn unabhängig und konfliktfrei, bleibt die Abhängigkeit des Anwalts von einem solchen Arbeitgeber unbedenklich. Andernfalls ist die unbeeinflusste Interessenwahrung beeinträchtigt.

<sup>13</sup> Vorn III 1 a, b.

Die Situation ist grundsätzlich verschieden, je nachdem ob der Arbeitgeber seinerseits Anwalt oder Nicht-Anwalt ist.

#### aa) Anstellung bei einem Anwalt

Von jeher gab und gibt es Anwälte, die bei anderen Anwälten und Anwältinnen angestellt sind. Das bietet in Bezug auf die Unabhängigkeit insofern keine Schwierigkeiten, als der Arbeitgeber ebenfalls Anwalt ist und der Anwaltsgesetzgebung untersteht. Sowohl der arbeitgebende als auch der angestellte Anwalt sind an das Verbot von Interessenkonflikten gebunden. Damit ist die unbeeinflusste Interessenwahrung, die mandatsbezogene Unabhängigkeit, trotz der Anstellung gewährleistet.

Das muss auch gelten, wenn der Anwalt bei einer Anwalts-gesellschaft angestellt ist, solange die Anwälte jeden Entscheid verhindern können, der dem Berufsrecht widerspricht. Anwälte und Anwältinnen werden deshalb in allen entscheidenden Gremien stets über die Mehrheit oder mindestens über ein Vetorecht verfügen müssen.

#### bb) Anstellung bei einem Nicht-Anwalt

Problematisch sind jedoch Anstellungen bei einem Nicht-Anwalt, welcher der Anwaltsgesetzgebung nicht untersteht. Weichen die Weisungen des Arbeitgebers von den Interessen des Klienten ab, ist der Anwalt im Konflikt, ob er diese Weisungen befolgen oder pflichtgemäss die Interessen des Klienten wahren soll. Die rechtsstaatlich unabdingbare unbeeinflusste Interessenwahrung ist nicht gewährleistet. Um Beeinflussungen der Mandatsführung durch einen Arbeitgeber von vornherein auszuschliessen, wird sich deshalb rechtfertigen lassen, jede Anstellung bei Nicht-Anwälten zu verbieten. Rechtsstaatlich notwendig ist ein solches Verbot jedoch nicht. Es genügt, wenn die mandatsbezogene Unabhängigkeit, also die Konfliktfreiheit sichergestellt ist.

#### cc) Anstellung im Zweitberuf

Ist der Anwalt in einem Zweitberuf angestellt, kann er die Anwaltstätigkeit grundsätzlich unabhängig von seinem Arbeitgeber ausüben und die Interessen seiner Klienten unbeeinflusst von diesem wahren. Der Arbeitgeber ist zur Anwaltstätigkeit nicht weisungsberechtigt. Solange kein Konflikt mit Interessen des Arbeitgebers vorliegt, ist der Anwalt in Bezug auf das Mandat unabhängig. Ein Ausschluss jedes Zweitberufs für Anwälte und Anwältinnen ist daher nicht zwingend, liesse sich aber allenfalls rechtfertigen, um die *Gefahr* von Beeinflussungen durch den Arbeitgeber zu verhindern. Bei einem generellen Zweitberufsverbot würde sich jedoch die Frage der Verhältnismässigkeit eines solchen Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit stellen.

#### d) Unabhängigkeit bei selbständiger Nebentätigkeit

Häufig nehmen Anwälte und Anwältinnen neben ihrer herkömmlichen Tätigkeit auch weitere selbständige Aufgaben wahr, die wenig oder nichts mit der Anwaltstätigkeit zu tun haben. Zu denken ist an die Tätigkeit als Mitglied eines Aufsichtsrats, als Willensvollstrecker, als Vermögensverwalter, als Mediator etc. Durch

solche Tätigkeiten können Abhängigkeiten entstehen, welche die unbeeinflusste Wahrung der Klienteninteressen in ihrer Anwalts-tätigkeit beeinträchtigen. Das ist jedoch solange nicht der Fall, als keine Konfliktsituation entsteht. Rechtsstaatlich ist ein über das Konfliktverbot hinausgehendes Verbot von Nebentätigkeiten nicht erforderlich.

#### e) Sonstige Unabhängigkeiten

Auch sonstige Abhängigkeiten des Anwalts von Dritten, wie z.B. gesellschaftliche oder familiäre, können für den Klienten nur insoweit relevant werden, als sie die unbeeinflusste Interessenwahrung beeinträchtigen. Sie sind daher unter dem Gesichtspunkt des Konfliktverbots zu beurteilen.

## V. Schlussbemerkungen

Ist nun die anwaltliche Unabhängigkeit eine Notwendigkeit oder ein arabischer Phönix? Nach dem Gesagten lautet die Antwort: Beides.

- Im Rechtsstaat ist die Unabhängigkeit der Anwälte und Anwältinnen insoweit *unabdingbar*, als sie die unbeeinflusste Interessenwahrung zugunsten des Klienten garantiert und damit den Zugang des rechtsuchenden Bürgers zum Recht sicherstellt.

Der *Umfang* dieser unverzichtbaren Unabhängigkeit ist deshalb begrenzt. Zwingend ist nur, dass mandatsstörende Einflüsse ausgeschlossen sind. Damit geht die notwendige Unabhängigkeit nicht weiter als ein Verbot von Interessenkonflikten. Wo bereits ein Konfliktverbot besteht, wird einem allgemeinen Unabhängigkeitsgebot kein *eigenständiger Regelungsgehalt* zukommen.

Kaspar Schiller\*

## Unabhängigkeit nach BGFA

**Stichworte:** BGFA, anwaltliche Unabhängigkeit, Voraussetzungen Registereintrag, Berufsregeln

*Der vorhergehende Beitrag<sup>1</sup> ist für eine ausländische Leserschaft geschrieben worden. Er ist deshalb allgemein gehalten, ohne Bezug auf eine bestimmte Rechtsordnung. Was die entwickelten allgemeinen Überlegungen für das Schweizer Recht bedeuten, soll im Folgenden konkretisiert werden:*

Der Schweizer Gesetzgeber hat die anwaltliche Unabhängigkeit in zwei Bestimmungen erwähnt, einerseits als Berufsregel (Art. 12 lit. b BGFA<sup>2</sup>) und andererseits als Voraussetzung für den

- Als rechtsstaatlich *nicht notwendig* erweist sich dagegen die anwaltliche Unabhängigkeit in einem weiter gehenden Umfang.

Erachtet der Gesetzgeber eine weiter gehende Unabhängigkeit dennoch als wünschbar, so muss er dies spezifisch anordnen. Solche Verpflichtungen zur Unabhängigkeit der Anwälte und Anwältinnen von bestimmten Personen oder in einer bestimmten Richtung sind jedoch stets auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen. Sie dürften diesem Test nicht immer standhalten.

Auch dort, wo einem Unabhängigkeitsgebot kein eigenständiger Regelungsgehalt zukommt, hat es gleichwohl seine Berechtigung, wenn auch nicht als Eingriffs-, so doch als Programmnorm, als *Appell* an die Anwälte und die Anwältinnen, ihre innere Unabhängigkeit zu bewahren, d.h. ihre Freiheit der unerschrockenen und engagierten Vertretung der anvertrauten Klienteninteressen, vor allem aber ihre Freiheit, dem Klienten auch einmal nein zu sagen. Dabei sollen sie durchaus einen hohen ethischen Wertmassstab anwenden.

Anwälte und Anwältinnen, die diesen Appell ignorieren, werden zwar nicht diszipliniert werden können. Sie laufen aber Gefahr, dass ihre Tätigkeit als beliebige, austauschbare commodity wahrgenommen wird, und dass sie von ihren Klienten auch dementsprechend behandelt werden. Wer dagegen den Appell zur Unabhängigkeit ernst nimmt, wird nicht nur bei der Morgentoilette seinem Spiegelbild mit gutem Gewissen in die Augen schauen können, sondern auch seinen Klienten den Halt bieten, den diese suchen. ■

Registereintrag (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA). Die beiden Rechtsfiguren sind sowohl in Bezug auf die Funktion als auch auf die Rechtsfolgen streng zu unterscheiden.

- *Berufsregeln* (Art. 12 und 13 BGFA) sind Verhaltenspflichten der Anwälte und Anwältinnen. Ihre Verletzung wird gemäss Art. 17 BGFA mit disziplinarischen Sanktionen geahndet<sup>3</sup>.
- Dagegen begründen die *Voraussetzungen zum Registereintrag* (Art. 7 und 8 BGFA) keine Pflichten, sondern umschreiben die Rahmenbedingungen, die für den Eintrag verlangt wer-

\* Rechtsanwalt, Partner Kanzlei Schiller Rechtsanwälte, Winterthur.

<sup>1</sup> Vorhergehend S. 421 ff.; im Folgenden «Aufsatz».

<sup>2</sup> Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz) vom 23. Juni 2000 (SR 935.61).

<sup>3</sup> POLEDNA, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, Zürich 2011, Art. 17 BGFA N 3.



den. Wenn ein Anwalt die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, wird er nicht diszipliniert, sondern nicht registriert<sup>4</sup>.

## 1. Berufsregel Art. 12 lit. b BGFA

Die Berufsregel zur Unabhängigkeit lautet:

«Sie (die Anwältinnen und Anwälte) üben ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung aus».

a) Der *allgemeinen Aufforderung zur unabhängigen Berufsausübung* kommt kein eigenständiger Regelungsgehalt zu.<sup>5</sup> Der Anwalt, der die übrigen Berufsregeln beachtet – insbesondere das Konfliktverbot<sup>6</sup> –, ist unabhängig im Sinn von Art. 12 lit. b BGFA. Es ist kein Verhalten des Anwalts denkbar, das rechtsstaatlich eine Sanktionierung wegen fehlender Unabhängigkeit erfordern würde, das aber nicht bereits das Verbot von Interessenkonflikten verletzt<sup>7</sup>. Soweit ersichtlich existiert denn auch kein Entscheid, der eine Verletzung der Pflicht zur unabhängigen Berufsausübung bejaht, ohne gleichzeitig einen Konflikt anzunehmen.

Das Bundesgericht betont in seinem Leitscheid BGE 130 II 87, 94 f. unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die enge Verknüpfung und die praktische Gleichsetzung der Unabhängigkeit und des Konfliktverbots.<sup>8</sup>

b) Der zweite Halbsatz *«im eigenen Namen und auf eigene Verantwortung»* ist unglücklich formuliert. Er präzisiert nicht etwa die Unabhängigkeit, was die Systematik nahelegen könnte, sondern besagt lediglich, dass jeder Anwalt und jede Anwältin persönlich dem Berufsrecht untersteht.<sup>9</sup> Das ergibt sich schon daraus, dass die in einem Anwaltsbüro angestellten Anwälte ihren Beruf gar nicht ausüben könnten, wenn der Bestimmung eine weiter gehende Bedeutung zukäme. Das Gesetz sieht aber solche angestellten Anwälte ausdrücklich vor<sup>10</sup>.

## 2. Eintragungsvoraussetzung Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA

Um im Register eingetragen zu werden, müssen die Anwälte und Anwältinnen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA

«in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind.»

Auch diese Bestimmung enthält zwei Elemente:

a) Registriert wird nur, wer nachweist, dass er zur unabhängigen Berufsausübung *in der Lage* ist. Der Anwalt muss also seine Berufstätigkeit so organisieren, dass er die Berufsregeln einhalten kann, insbesondere das Berufsgeheimnis und das Verbot von Interessenkonflikten. Nachzuweisen ist eine ausreichende Büroinfrastruktur und das Fehlen von Absprachen und Bindungen, die den Zugriff Unbefugter auf vertrauliche Informationen oder deren Einflussnahme auf die Anwaltstätigkeit nahelegen.<sup>11</sup>

b) Im zweiten Halbsatz wird die *Anstellung bei einer nicht-registrierten Person* verboten. Dieser Halbsatz hat kürzlich zu Schwierigkeiten Anlass gegeben, namentlich in Bezug auf die Anwalts-AG. Zwar haben bisher die kantonalen Behörden den Eintrag von Anwälten zugelassen, die in einer Anwalts-AG angestellt sind,<sup>12</sup> sofern die Gesellschaft «auf allen Entscheidungsebenen von eingetragenen Anwälten und Anwältinnen beherrscht wird und diese Beherrschung so angelegt ist, dass sie auf Dauer unverändert erhalten bleibt»<sup>13</sup>.

Eher überraschend hat nun aber das Obergericht des Kantons St. Gallen den Eintrag von Anwälten in einer Anwalts-AG mit dem Argument verweigert, die AG sei keine registrierte Anwältin. Der St. Galler Entscheid ist ans Bundesgericht weitergezogen worden. In den kommenden Monaten wird geklärt sein, wie der Begriff der Anstellung im Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA auszulegen ist: ob auf das formelle Kriterium des Arbeitsvertrags allein abgestellt werden kann, wie es die St. Galler Behörden tun – oder aber ob entscheidend ist, wer materiell die Arbeitgeberfunktionen ausübt, so wie es die übrigen Kantone sehen. Selbstverständlich darf kein Anwalt von Personen Weisungen entgegennehmen, die nicht im Register eingetragen sind. Inhaltlich macht es aber keinen Unterschied, ob der Arbeitsvertrag mit einem Anwalt oder mit einer AG abgeschlossen ist, in der nur registrierte Anwälte und Anwältinnen Weisungen erteilen. Das Bundesgericht wird bei seinem Entscheid insbesondere dem Grundsatz Rechnung tragen müssen, dass die Wirtschaftsfreiheit nur soweit eingeschränkt werden darf, als dies zur Verwirklichung der mit der Zulassungsbeschränkung verfolgten Zielsetzung erforderlich ist.<sup>14</sup> ■

4 STAEHELIN/OETIKER, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwalts-gesetz, 2. Auflage, Zürich 2011, Art. 7 BGFA N 2 f., Art. 8 N 1; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, Rz 165 ff.

5 Aufsatz (Fn. 1), III. 1.c.; vgl. SCHILLER (Fn. 4), Rz 1028.

6 Art. 12 lit. c BGFA.

7 Aufsatz (Fn. 1), III. 1.b.

8 Ebenso ZR 105/2006 Nr. 71, S. 299, E. 7, der für die Unabhängigkeit «das Kriterium des Interessenkonflikts als entscheidend» erachtet, vgl. auch E. 8.1 und 8.2.1 a.E.; NATER, SJZ 104/2008, S. 466; FELLMANN in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwalts-gesetz, 2. Auflage, Zürich 2011, Art. 12 BGFA N 59, 75 a.E.; anders dagegen DERS, N 73 a.E., N 74 und wohl auch N 81, wo die Berufsregeln und die Eintragungsvoraussetzungen sowie deren Rechtsfolgen nicht genügend auseinander gehalten werden.

9 FELLMANN (Fn. 7) Art. 12 BGFA N 62 ff., 65.

10 Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA; vgl. SCHILLER (Fn. 4), Rz 1048 ff.

11 BGE 130 II 87 ff.; SCHILLER (Fn. 4), Rz 1061 ff., 1083.

12 In den Kantonen, die die Anwalts-AG ausdrücklich zugelassen haben, praktizieren gegen 90% aller schweizerischen Anwälte und Anwältinnen; v. RECHENBERG, Anwaltsrevue 4/2010, S. 190.

13 ZR 105/2006 Nr. 71, S. 300, E. 8.2.2; STAEHELIN/OETIKER (Fn. 4), Art. 8 BGFA N 34; FELLMANN (Fn. 7), Art. 12 BGFA N 62 f.; SCHILLER (Fn. 4), Rz 1247 ff., 1306 ff., 1374 ff.

14 BGE 130 II 87, E. 3 S. 93.