

Interdisziplinäre Anwaltsgesellschaft Multidisciplinary Partnership (MDP), I

Registereintrag von Anwälten in einer MDP

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

Verändertes Umfeld und Praxis

Anwaltsmandate werfen häufig auch Fragen ausserhalb des Rechts auf, namentlich im Finanz- und Rechnungswesen, in technischen oder medizinischen Bereichen. Wirtschafts- und Steueranwälte sind auf Buchhaltungsexperten, Unternehmensberater oder Revisoren angewiesen, Anwälte für Patent- oder Haftpflichtsachen auf Ingenieure, Physiker, Chemiker oder Mediziner etc. Klienten haben das Bedürfnis, die Lösung für ihre Probleme aus einer Hand zu erhalten. Sie wünschen eine umfassende Beratung und Vertretung, was den Beizug von Experten aus anderen Fachbereichen oftmals unentbehrlich macht.¹ Es wird auch von der Notwendigkeit und von einem Anspruch auf umfassende Mandatsberatung gesprochen.² Diverse Anwaltsbüros sind diesem Wunsch nachgekommen und bieten seit etlichen Jahren auch ausserrechtliche Dienstleistungen an, teilweise mit branchenfremden Partnern (*interdisziplinäre Partnerschaft, multidisciplinary partnership, MDP*).

Die aufsichtsrechtliche Zulässigkeit solcher MDPs ist in den verschiedenen Landesteilen unterschiedlich beurteilt worden.³ Das Bundesgericht lehnt nun mit seinem Entscheid vom 15. Dezember 2017 den Registereintrag von Anwälten einer MDP ganz grundsätzlich ab.⁴ Seine restriktive Haltung begründet es damit, dass die Unabhängigkeit der Anwälte und das Berufsgeheimnis gefährdet seien. Nicht-Anwälte unterstützen weder den Berufsregeln noch der Disziplinaraufsicht. Daher müssten das Aktionariat und der Verwaltungsrat einer

Da Anwaltsmandate häufig auch Fragen ausserhalb des Rechts beinhalten und Klienten die Lösung für ihre Probleme bevorzugt aus einer Hand erhalten wollen, ist der Beizug von Experten aus anderen Fachbereichen oftmals unentbehrlich. Diesem Anspruch auf umfassende Mandatsberatung kommen diverse Anwaltsbüros nach und bieten seit etlichen Jahren auch ausserrechtliche Dienstleistungen an, teilweise mit branchenfremden Partnern. Die aufsichtsrechtliche Zulässigkeit solcher interdisziplinären Partnerschaften (multidisciplinary partnership, MDP) ist in den verschiedenen Landesteilen unterschiedlich beurteilt worden. Das Bundesgericht lehnt nun den Registereintrag von Anwälten einer MDP ganz grundsätzlich ab, da die Unabhängigkeit der Anwälte und das Berufsgeheimnis gefährdet seien. Das Aktionariat und der Verwaltungsrat einer Anwalts-AG müssten ausschliesslich mit Anwälten besetzt sein. Diese Sicht ist zu hinterfragen.

Comme les mandats confiés aux avocats portent souvent aussi sur des questions en dehors du droit, et que les clients veulent recevoir les réponses à leurs questions d'une seule bouche, le recours à des experts d'autres domaines est souvent indispensable. Divers bureaux d'avocats répondent à cette demande de conseils complets en proposant depuis de nombreuses années des services extrajudiciaires, notamment avec des partenaires provenant de secteurs hors du domaine juridique. L'admissibilité réglementaire de ces partenariats interdisciplinaires (multidisciplinary partnership, MDP) a été jugée de manière différente selon les régions de Suisse. Le Tribunal fédéral refuse désormais l'inscription au registre des avocats d'une MDP, car l'indépendance et le secret professionnel des avocats seraient en danger. L'actionariat et le conseil d'administration d'une SA d'avocats doivent être composés uniquement d'avocats. Les auteurs examinent en détail cette conception. P.P.

¹ Zum veränderten Umfeld und den veränderten Bedürfnissen des Marktes vgl. BGE 130 II 87 E. 4.1; ZR 2018 Nr. 27 E. 1.

² ZR 2018 Nr. 27 E. 1.

³ Eine Übersicht bei *Martin Rauber/Hans Nater*, Das Bundesgericht schützt das Genfer Verbot gemischter Sozietäten, SJZ 2018 248 ff.

⁴ BGE 144 II 147 = Pra. 2018 Nr. 141; BGer 2C_1054/2016 und 2C_1059/2016 vom 15.12.2017.

Anwalts-AG ausschliesslich mit Anwälten oder Anwältinnen besetzt sein.

Der Entscheid des Bundesgerichts hat ein lebhaftes Echo ausgelöst⁵ und muss ernsthaft hinterfragt werden.

I. Eintragungsvoraussetzung institutionelle Unabhängigkeit

Die einschlägige Gesetzesbestimmung ist Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA.⁶ Als Voraussetzung für den Eintrag verlangt sie die sog. *institutionelle Unabhängigkeit*.⁷ Sie lautet:

- «Die Anwältinnen und Anwälte [...] müssen in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben;
- sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind».

Der Inhalt dieser Bestimmung ist durch Auslegung zu ermitteln.

A. Anwältinnen und Anwälte

Das BGFA regelt die Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz.⁸ Es definiert jedoch den persönlichen Geltungsbereich nicht ausdrücklich. Wer mit Anwältinnen und Anwälte gemeint ist, ergibt sich aus verschiedenen Bestimmungen. Anwälte gemäss BGFA sind (1) die im Anwaltsregister eingetragenen Inhaber eines kantonalen Anwaltspatents, (2) die nicht registrierten Inhaber eines kan-

tonalen Anwaltspatents, die der Patentkanton zur Parteivertretung vor seinen Gerichten zulässt, sowie (3) die nicht registrierten Anwälte aus der EU oder der EFTA, die in der Schweiz Parteien im Monopolbereich vertreten.⁹

Alle übrigen Personen – grundsätzlich auch Inhaber ausländischer Anwaltspatente – sind Nicht-Anwälte im Sinn des Gesetzes.

B. Unabhängige Berufsausübung heisst konfliktfreie Berufsausübung

Anwaltliche Unabhängigkeit ist nicht Selbstzweck. Sie dient nicht den Interessen des Anwalts, sondern dem *Schutz des Klienten*. Die Unabhängigkeit des Anwalts ist nur soweit nötig, als sie dem Klienten den Zugang zum Recht ermöglicht oder erleichtert.¹⁰ Dieser ist beeinträchtigt, wenn der Anwalt bei der Mandatsführung für den Klienten von Drittinteressen beeinflusst ist. Unabhängige Berufsausübung bedeutet daher Freiheit von allen Bindungen, die eine unbeeinflusste, einseitige Mandatsführung allein im Interesse des Klienten gefährden.¹¹ Das ist gleichbedeutend mit *konfliktfreier* Berufsausübung.¹² Solange der Anwalt nicht in einen Interessenkonflikt gerät, ist er keinen mandatsstörenden Einflüssen ausgesetzt und übt demnach seinen Beruf unabhängig aus. Soweit ersichtlich ist denn auch bisher keine überzeugende Begründung für weitergehende Anforderungen an die unabhängige Anwaltstätigkeit vorgelegt worden. Jeder andere anwaltliche Unabhängigkeitsbegriff ist undeutlich und trägt nichts zum Klientenschutz bei.

⁵ François Bohnet, SA d'avocats: que des avocats au barreau, Anwaltsrevue 2018 137; Benoît Chappuis, L'ATF 144 II 147: la fin de la multidisciplinarité des études d'avocat, ZSR 2019 Heft I. 203 ff.; Walter Fellmann, Multidisziplinäre Anwaltskörperschaften – eine kritische Auseinandersetzung, ZSR 2019 Heft I. 225 ff.; Jérôme Gurtner, ATF 144 II 147: L'interdiction des associations multidisciplinaires d'avocats, AJP 2019 229 ff.; Urs Haegi, Anwaltskörperschaften/Vorbemerkungen zu den Bundesgerichtsentscheiden 2C_1054 und 1059/2016, Anwaltsrevue 2018 136; Urs Haegi/Daniel Maritz, Weniger Schranken für die Anwaltstätigkeit, NZZ vom 20.5.2019 15; Peter Hettich, Anwaltsrecht – Wirtschaftsfreiheit, ZBl 2018 242, 248 ff.; Rauber/Nater (Fn. 3); Richard Schmidt, Eintragung einer interdisziplinären Anwaltskörperschaft, Anwaltsrevue 2018 289 f., 291 f.; Beat v. Rechenberg, Interdisziplinäre Anwaltskörperschaft – wohin führt der Weg?, Anwaltsrevue 2018 201 ff.; Info ZAV 2/2018 6 f.

⁶ Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000 (SR 935.61), in Kraft seit 1. Juni 2002.

⁷ Im Gegensatz zur Unabhängigkeit als *Berufsregel* (Art. 12 lit. b BGFA). Die Berufsregeln regeln das Verhalten während der Berufsausübung; vgl. hinten Ziff. II.

⁸ Art. 1 BGFA.

⁹ Art. 2 und Art. 21–33 BGFA.

¹⁰ Ausführlich Kaspar Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 100–1016, 105. Kaspar Schiller/Hans Nater, Die bezugsrechtlichen Sorgfaltspflichten der Anwälte nach Art. 12 lit. a BGFA gehen nicht weiter als die auftragsrechtlichen, SJZ 2019 44–49.

¹¹ So die gängige Umschreibung: BGE 2C_1084/2017 E. 6.3; BGE 144 II 147 E. 5.1; 138 II 440 E. 5; 130 II 87 E. 4.1, 4.2; BGE 2C_433/2013 vom 6.12.2013 E. 3; Alexander Brunner/Matthias-Christoph Henn/Kathrin Kriesi, Anwaltsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, 118; Walter Fellmann, Anwaltsrecht, 2. A., Bern 2017, Rz. 311 (die Kommentierung desselben Autors in Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, ist praktisch identisch, weshalb im Folgenden nur das Lehrbuch zitiert wird); Ernst Staehelin/Christian Oetiker, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, Art. 8 N 31 f.; Michel Valticos, in: Loi sur les avocats, Commentaire Romand, Bâle 2010, Art. 12 N 70 f., 77; vgl. Schiller (Fn. 10) Rz. 1003 ff.

¹² Art. 12 lit. c BGFA; einlässlich Kaspar Schiller, Anwaltliche Unabhängigkeit – Wozu? Wie weit? Wovon?, Anwaltsrevue 2011 421 ff.; Kaspar Schiller, Unabhängigkeit nach BGFA, Anwaltsrevue 2011 428 f.; so inhaltlich auch die in Fn. 11 angeführten Zitate.

C. In der Lage sein

Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA verlangt, dass Anwälte im Interesse des Klienten die unabhängige, d.h. konfliktfreie Berufsausübung sicherstellen. Mit BGE 144 II 147 hat das Bundesgericht entschieden, die Unabhängigkeitsvoraussetzung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA sei nur erfüllt, wenn das Aktionariat und der Verwaltungsrat ausschliesslich aus registrierten Anwälten und Anwältinnen bestünden. Mit Nicht-Anwälten als Aktionären oder Verwaltungsratsmitgliedern sei nicht *jedes Risiko* einer Beeinflussung *ausgeschlossen*.¹³

Das geht zu weit. Niemand kann jedes Risiko künftiger Einflussnahmen Dritter ausschliessen, auch ein Einzelanwalt und auch ein Anwalt in einer reinen Anwaltsgesellschaft nicht. Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA verlangt denn auch nicht den Ausschluss jedes Risikos von Beeinflussungen, sondern nur, dass die Anwälte und Anwältinnen zur unabhängigen Berufsausübung, also zur Vermeidung von Konflikten, «in der Lage» sein müssen.¹⁴ Aufsichtsrechtlich muss somit genügen, dass die Anwälte bei drohenden Konflikten Mandate ablehnen oder niederlegen können.¹⁵

1. Entscheid zu Konfliktfragen

a) Mehrheit von Anwälten

Die *Anwälte*¹⁶ müssen also die Kontrolle über Konfliktfragen in ihrer Hand behalten und Mandate ablehnen oder niederlegen können.

In einem *Einzelbüro* entscheidet der Anwalt, ob er Mandate ablehnen oder niederlegen will.¹⁷ Nichts anders gilt bei *Bürogemeinschaften*, die *ausschliesslich aus Anwälten oder Anwältinnen* bestehen. Über die Annahme, Ablehnung und Niederlegung der Mandate entscheiden immer Anwälte.

Sofern die Anwälte bei den Entscheiden über Konfliktfragen stets in der Mehrheit sind, haben sie die Konflikte unter ihrer Kontrolle. In einer *MDP* ist daher das Unabhängigkeitserfordernis im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA nach Auffassung der Autoren erfüllt, wenn sichergestellt ist, dass die Entscheide über Konfliktfragen, über die Annahme, Ablehnung

und Niederlegung von Mandaten stets mit einer *Mehrheit von Anwälten* zustande kommen.¹⁸ Über Konflikte entscheiden immer Anwälte. Sie üben ihren Beruf somit unabhängig aus.

Bestimmte *Quoren*, wie sie u.a. von der Zürcher Aufsichtskommission verlangt werden,¹⁹ reduzieren zwar die Minderheit der Nicht-Anwälte noch weiter, ändern aber nichts daran, dass auch *Anwälte* entscheiden, wenn sie in einfacher Mehrheit sind. Quoren bringen dem Klienten bezüglich Unabhängigkeit und Konfliktvermeidung keinen besseren Schutz als eine einfache Mehrheit der Anwälte.

b) Weisungsunabhängigkeit der Anwälte

Ein weisungsabhängiger Anwalt ist nicht in der Lage, frei zu entscheiden. Mehrheit von Anwälten bei Entscheiden über Konfliktfragen bedeutet daher *Mehrheit von Anwälten in allen Gremien auf allen Ebenen*, die direkt oder indirekt über Konfliktfragen entscheiden.²⁰

c) Rechtzeitige Information der Anwälte

Werden zudem die Anwälte rechtzeitig über sich abzeichnende Konflikte *informiert*, ist die Situation nicht anders als bei einem Einzelanwalt oder bei einer Bürogemeinschaft mehrerer Anwälte. Die Anwälte und Anwältinnen sind in der Lage, Konflikte zu vermeiden, auch wenn eine Minderheit von Nicht-Anwälten bei der Entscheidungsfindung mitwirkt.

d) Konfliktfragen

Massgebend für das Eintragungserfordernis der institutionellen Unabhängigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA ist, dass die Anwälte die Kontrolle über *Konfliktfragen* in ihrer Hand behalten.²¹ Einflussmöglichkeiten von Nicht-Anwälten auf Entscheide zu anderen Themen sind für die Registrierung belanglos.

Beispielsweise ist für den Registereintrag irrelevant, ob Nicht-Anwälte ihren Einfluss zur *Mandatsführung* ausüben können. Solange solche Fremdeinflüsse im Interesse des Kli-

¹³ BGE 144 II 147 E. 5.3.2.

¹⁴ Vgl. auch BGE 2C_1084/2017 vom 4.6.2019 E. 6.2; BGE 138 II 440 E. 3; 130 II 87, 103 f. E. 5.2; BGE 2A_126/2003 vom 13.4.2004 E. 4.3.

¹⁵ Gaudenz G. Zindel (Anwaltsgesellschaften in der Schweiz, SJZ 2012 255) verlangt zudem, dass *alle* Berufsregeln gewährleistet bleiben müssen, was Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA nicht vorschreibt (dazu hinten Ziff. II. und III.).

¹⁶ Vorne Ziff. I.A.1.

¹⁷ Zu den Ausnahmen unzulässiger Einflussmöglichkeiten hinten I.C.2; vgl. ZR 2018 Nr. 27 E. 3.1.

¹⁸ Brunner/Henn/Kriesi (Fn. 11) 60, 79 f.; vgl. DAV-Diskussionsvorschlag zum anwaltlichen Gesellschaftsrecht (AnwBl online 2018 584, <<https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/files/anwaltsblatt.de/anwaltsblatt-online/2018-564.pdf>> zuletzt besucht am 6.9.2019); a.M. Gurtner (Fn. 5) 231, der bei Mitwirkung einer Minderheit von Nicht-Anwälten sogar die öffentliche Sicherheit gefährdet sieht.

¹⁹ ZR 2006 Nr. 7; ZR 2018 Nr. 27.

²⁰ Vgl. Brunner/Henn/Kriesi (Fn. 11) 60; Schiller (Fn. 10) Rz. 1360; Zindel (Fn. 15) 255; dieses Erfordernis war offenbar in den Fällen BGE 140 II 102 und ZR 2015 Nr. 49 nicht erfüllt.

²¹ Vorne Ziff. I.C.

enten liegen, sind diese nicht unzulässig, sondern im Gegenteil erwünscht. So soll sich der Steuerexperte in Steuerfragen durchaus massgebend einbringen können. Nur wenn die Anwälte nicht mehr in der Lage sind, Einflüsse von Nicht-Anwälten im Widerspruch zu den Interessen des Klienten zu verhindern, ist die institutionelle Unabhängigkeit nicht mehr gegeben. Das wäre ein Konflikt, den die Anwälte nicht mehr unter ihrer Kontrolle haben.

Auch wenn eine Mehrheit von Nicht-Anwälten über *Akquisitionsprämien*, über eine *Gewinnbeteiligung* zu ihren Gunsten oder über die Festlegung des *Honorars* entscheidet, sind die Anwälte einzutragen, sofern sie nur die Kontrolle über konfliktfreie Mandatsführung in ihrer Hand behalten. Sie sind indessen verpflichtet, den Klienten über die Honorargestaltung offen zu informieren.²²

2. Ausnahme: Unzulässige Einflussmöglichkeiten trotz Mehrheit der Anwälte

Die Anwälte müssen über Konfliktfragen *frei entscheiden* können. Ihr Entscheid darf nicht von Nicht-Anwälten beeinflusst sein. Auch Anwälte sind jedoch ständig zahlreichen fremden Einflüssen und Einflussnahmen ausgesetzt.

Aufsichtsrechtlich ist nicht jede Beeinflussung durch Nicht-Anwälte problematisch. Unzulässig wird sie erst, wenn eine derart intensive Bindung an die Nicht-Anwälte besteht, dass die Anwälte faktisch ausserstande sind, ihre berufsrechtlichen Pflichten einzuhalten, d.h. wenn Nicht-Anwälte trotz ihrer Minderheitsstellung eine *dominierende* Stellung im Anwaltsbüro einnehmen, sodass faktisch Nicht-Anwälte über Konflikte entscheiden.

Das wären jedoch besondere Ausnahmefälle. Zu denken ist namentlich an wirtschaftliche Bindungen. Wenn beispielsweise eine Minderheit von Nicht-Anwälten den *Grossteil der Mandate oder des Umsatzes bringt*, werden die Anwälte geneigt sein, der Meinung dieser Nicht-Anwälte bei Entscheidungen über die Annahme oder Ablehnung von Mandaten zu folgen. Heikel kann auch die Minderheitsbeteiligung *einer ausländischen Grosskanzlei* oder eines sonstigen von Nicht-Anwälten beherrschten Dienstleistungsunternehmens sein. Zu den Einflussmöglichkeiten des Arbeitgebers bei einer *Anstellung eines Anwalts ausserhalb der Anwaltstätigkeit* besteht eine differenzierende, gesicherte Praxis.²³

Bestehen Anhaltspunkte für solche unzulässigen Einflussmöglichkeiten durch Nicht-Anwälte, hat dies die Registrierungsbehörde aufgrund der *konkreten Umstände* von Amtes wegen abzuklären. Massgebend ist insbesondere die Intensität der wirtschaftlichen Bindung an die Nicht-Anwälte. Dabei kommt den gesuchstellenden Anwälten eine Mitwirkungspflicht zu. Das ist jedoch bei MDPs nicht anders als bei reinen Anwaltsbüros.

D. Angestellte Anwälte

1. Anstellung bei einem registrierten Anwalt

Ein angestellter Anwalt untersteht den Weisungen seines Arbeitgebers. Er entscheidet nicht frei über Konflikte. Ist aber der Arbeitgeber ein im Register eingetragener Anwalt, untersteht dieser ebenfalls dem Unabhängigkeitserfordernis, womit die anwaltliche Unabhängigkeit trotz Weisungsgebundenheit gewährleistet ist. Anstellungen bei einem registrierten Anwalt sind im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA).

Ein Anwalt, der in einer *Bürogemeinschaft* von mehreren registrierten Anwälten angestellt ist, erfüllt die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA ebenfalls ohne Weiteres.

2. Anstellung bei einem nicht registrierten Arbeitgeber

Nach dem reinen Gesetzeswortlaut wäre der Eintrag von Anwälten, die bei einem Nicht-Anwalt angestellt sind, in jedem Fall ausgeschlossen. Eine solche Reduktion auf den Gesetzestext lässt sich jedoch nicht rechtfertigen. Massgebend kann nicht das formelle Kriterium der Anstellung sein, sondern die materielle Situation, namentlich der Klientenschutz. Das Bundesgericht hat daher festgehalten, dass der Gesetzgeber nicht jegliche Anstellungen bei sonstigen Arbeitgebern ausschliessen wollte. Vielmehr sind Anwälte einzutragen, wenn sie bei einem Arbeitgeber angestellt sind, der die *gleichen Garantien* hinsichtlich Unabhängigkeit bietet wie ein registrierter Anwalt.²⁴

Juristische Personen können nicht im Register eingetragen werden. Anwälte, die ihr Büro als juristische Person organisiert haben und sich bei dieser anstellen lassen, können nur registriert werden, wenn die Anwaltsgesellschaft die gleichen Garantien hinsichtlich Konfliktfreiheit bietet wie ein regis-

²² Art. 12 lit. i BGFA.

²³ Vgl. die Übersichten bei Brunner/Henn/Kriesi (Fn. 11) 35 ff.; Hans Nater, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, Art. 2 N 5; ders. Zum Leiterteil des Bundesgerichts betreffend Eintragung angestellter An-

wälte in das Anwaltsregister, Praktische Auswirkungen der neuen bundesgerichtlichen Praxis zur Unabhängigkeit angestellter Anwältinnen und Anwälte, SJZ 2004 139 ff.; Hans Nater/Xaver Baumberger, SJZ 2004 390 ff.; Schiller (Fn. 10) Rz. 1099 ff.

²⁴ BGE 140 II 102 E. 4.1; ZR 2015 Nr. 49 E. III.12.

trierter Anwalt. Ob die Anwälte nun direkt entscheiden oder ob sie ihre Entscheide indirekt über die Gremien ihrer Anwalts-gesellschaft treffen, macht inhaltlich keinen Unterschied. In seinem St. Galler Entscheid hat das Bundesgericht denn auch festgehalten, dass die Voraussetzungen für den Register-eintrag auch dann erfüllt sind, wenn die Arbeitgeb-erin eine von *registrierten Anwälten beherrschte juristische Person* ist.²⁵

3. Anstellung bei einer MDP

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts in seinem spä-teren Entscheid²⁶ kann es jedoch nicht Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA sein, dass sowohl das Aktionariat als auch der Ver-waltungsrat *ausschliesslich* von in einem Kanton registrier-ten Anwälten besetzt sein muss. Wenn sie bei einem Arbeit-geber angestellt sind, der die *gleichen Garantien* hinsichtlich Unabhängigkeit bietet wie ein registrierter Anwalt, sind sie einzutragen.²⁷ Ist sichergestellt, dass über Konfliktfragen im-mer mit einer *Mehrheit von Anwälten* entschieden wird, sind die Anwälte in der Lage, das Konfliktverbot einzuhalten. Un-ter diesen Voraussetzungen sind auch Anwälte einer *MDP* einzutragen.²⁸

Vorbehalten bleiben die Ausnahmefälle, in denen anzu-nehmen ist, dass den Nicht-Anwälten trotz ihrer Minderheit eine beherrschende Stellung zukommt.²⁹

E. Die Organisation muss die unabhängige Berufs-ausübung ermöglichen

Ob sichergestellt ist, dass die Kontrolle und Entscheidungsbe-fugnis über Konfliktfragen bei den Anwälten liegt, ist eine Frage der *Organisation*.³⁰ Deshalb ist im Gesellschaftsvertrag, in Statuten, Verträgen oder Reglementen der MDP vorzuse-hen,

- dass alle Entscheide auf allen Ebenen, die in direktem oder indirektem Zusammenhang mit Interessenkonflikten ste-hen, stets mit der Mehrheit von Anwälten zustande kom-men und
- dass die zuständigen Gremien über drohende Konflikte rechtzeitig informiert werden.

Unter diesen Voraussetzungen bleiben die Kontrolle und der Entscheid über Konfliktfragen in der Hand der Anwälte.³¹ Sie sind auch in einer MDP in der Lage, Konflikte in ihrem Büro zu vermeiden und ihren Beruf unabhängig auszuüben. Sie erfül-len somit die Voraussetzung der institutionellen Unabhängig-keit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA und sind im Register ein-zutragen.³²

Einzig Ausnahme sind Konstellationen, die unzulässige Beeinflussungen durch Nicht-Anwälte nahelegen.³³

II. Keine Eintragungsvoraussetzungen: Berufsgeheimnis, sonstige Berufsregeln und Disziplinaraufsicht

Das Bundesgericht führt als Argument für die Verweigerung des Eintrags von Anwälten in MDPs an, Nicht-Anwälte unter-stünden den Berufsregeln und der Disziplinaraufsicht nicht. Zudem sei das Berufsgeheimnis gefährdet.³⁴

Diese Argumentation geht an der Sache vorbei:

- Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA soll nach dem unmissverständ-lichen Wortlaut einzig die Unabhängigkeit der Anwälte sicherstellen. Das Berufsgeheimnis, die sonstigen Berufsreg-eln und die Aufsicht sind kein Kriterium für den Register-eintrag.³⁵
- Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA verlangt nur, dass die Anwälte in der Lage sind, ihren Beruf unabhängig auszuüben. Das bedeutet, dass sie die Kontrolle über Konfliktfragen in ih-rer Hand behalten müssen. Sie müssen Mandate ablehnen oder niederlegen können, wenn sich ein Konflikt abzeich-net. Der Ausschluss jedes Risikos künftiger Verletzungen von Berufsregeln ist keine Voraussetzung für den Register-eintrag.³⁶
- Bei der Registrierung, also vor Beginn der Berufstätig-keit unter BGFA, werden im Zug der kursorischen³⁷ Un-abhängigkeitsprüfung nur die Rahmenbedingungen, die Organisation und allenfalls die Abläufe des Anwaltsbüros geprüft, in dem der Gesuchsteller tätig sein wird.³⁸ Ob die-ser die Berufsregeln einhalten wird, kann und muss noch

²⁵ BGE 138 II 440.

²⁶ BGE 144 II 147 E. 5.3.2.

²⁷ BGE 140 II 102 E. 4.1; ZR 2015 Nr. 49 E. III.12.

²⁸ Vorne Ziff. I.C.1.

²⁹ Vorne Ziff. I.C.2.

³⁰ BGer 2C_1084/2017 vom 4.6.2019 E. 6.2; BGE 140 II 102 E. 5.2.1; 138 II 440 E. 3; ZR 114 (2015) Nr. 49 E. IV.5.

³¹ Zu den einzelnen Entscheidungsgremien *Schiller* (Fn. 10) Rz. 1306 ff.

³² Zu den Voraussetzungen gemäss Praxis der Zürcher Aufsichtsbehörde vgl. ZR 2018 Nr. 27; vgl. hinten Ziff. IV.C.1.

³³ Vorne Ziff. I.C.2.

³⁴ BGE 144 II 147 E. 5.3.2, 5.3.3.

³⁵ Vorne Ziff. I.C.

³⁶ Vorne Ziff. I.A.3.

³⁷ «[...] sans investigations approfondies [...]», BGer 2C_1084/2017 vom 4.6.2019 E. 6.2.

³⁸ Vgl. BGE 138 II 440 E. 3.; vorne Ziff. I.E.

gar nicht beurteilt werden, bevor er überhaupt den Beruf ausübt.³⁹ Die Einhaltung der Berufsregeln und die Aufsicht sind bei der Registrierung noch kein Thema und müssen als Eintragungsvoraussetzungen ausser Betracht fallen.⁴⁰

III. Verfassungsmässigkeit

Indem Anwälte nur dann im Register eingetragen werden und somit ihren Beruf nur dann ausüben dürfen, wenn sie in der Lage sind, dies unabhängig zu tun, schränkt Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA die Wirtschaftsfreiheit der Anwälte ein. Diese Einschränkung muss den Anforderungen von Art. 36 BV genügen.⁴¹

Der Eintrag im Register darf daher nur verweigert werden, wenn dies zur Verwirklichung der mit der Zulassungsbeschränkung verfolgten Zielsetzung notwendig ist. Die Zielsetzung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA ist die anwaltliche Unabhängigkeit. Sämtliche Handlungen des Anwalts, der Anwältin müssen ausschliesslich vom Interesse ihres Klienten bestimmt sein. Wer sich an einen Anwalt wendet, soll gewiss sein dürfen, dass dieser nicht an einen Dritten gebunden ist, dessen Interessen den eigenen entgegenstehen.⁴² Eine weitergehende Einschränkung ist zur Erreichung des Normzwecks nicht erforderlich und auch vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. Es muss deshalb auch aus verfassungsrechtlicher Sicht dabei bleiben, dass der Anwalt nur *in der Lage* sein muss, seinen Beruf unabhängig auszuüben, d.h., dass er sicherstellen muss, dass er den Entscheid über Konflikte bei der Berufsausübung in seiner Hand behält.⁴³ Wenn das Bundesgericht zuzätzlich verlangt, dass von vornherein *jedes Risiko* einer Beeinflussung und von Verletzungen des Berufsgeheimnisses ausgeschlossen sein müsse und dass sämtliche Aktionäre und sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrats der Anwaltsgesellschaft Anwälte oder Anwältinnen sein müssten,⁴⁴ geht es über den Gesetzestext und über den Normzweck hinaus und verletzt die verfassungsmässigen Garantien.

IV. Reaktion der Kantone auf BGE 144 II 147

Die kantonalen Aufsichtsbehörden haben verschieden reagiert.

A. Umsetzung des Bundesgerichtsentscheids

Bisher haben die meisten kantonalen Aufsichtsbehörden das höchstrichterliche Urteil befolgt. In diesen Kantonen werden bereits bestehende MDPs ihre Organisation an die Bundesgerichtspraxis anpassen, oder ihre Anwälte und Anwältinnen werden aus dem Register gelöscht.⁴⁵ Künftige Eintragungsgesuche werden abgelehnt.

Auch wenn keine Nicht-Anwälte im Aktionariat und im Verwaltungsrat von MDPs vertreten sein dürfen, werden sich vertraglich Lösungen finden lassen, welche die Nicht-Anwälte zumindest *finanziell* einem Gesellschafter und einem Verwaltungsratsmitglied gleichstellen. Denkbar wäre auch die *Aufteilung* in eine Anwaltsgesellschaft und eine Nicht-Anwalts-gesellschaft. Die Anwaltsgesellschaft würde die Vorgaben des Bundesgerichts erfüllen und wäre als traditionelles Anwaltsbüro tätig. Die Nicht-Anwälte wären Gesellschafter der Nicht-Anwaltsgesellschaft und blieben im unregulierten Bereich tätig. Die Organisation der beiden Gesellschaften müsste allerdings *strikte getrennt* werden, um den Zugang der Nicht-Anwälte zu vertraulichen Informationen zu verhindern, d.h. insbesondere auch räumlich und EDV-mässig.

B. Teilweise Umsetzung des Bundesgerichtsentscheids

In den Kantonen Basel, Tessin und Luzern verweigern die Aufsichtsbehörden den Neueintrag von Anwälten in MDPs, lassen aber die Anwälte in den bisherigen MDPs weiterhin eingetragen. Diese Praxis scheint inkonsistent und in ihren Auswirkungen problematisch. Zu denken ist an Anwälte, die künftig in eine solche MDP eintreten und sich registrieren lassen möchten. Werden sie eingetragen, werden die übrigen Anwälte in diesen Kantonen diskriminiert, denen die Möglichkeit verwehrt ist, sich neu als MDP zu organisieren. Wird ihnen – was wahrscheinlicher erscheint – der Eintrag verweigert, werden sich die bisher als MDP organisierten Anwaltsbüros über kurz oder lang von ihren Nicht-Anwälten trennen müssen, wenn sie überleben wollen.

³⁹ Vgl. BGE 144 II 147 E. 5.1.

⁴⁰ ZR 2018 Nr. 27 E. 4.1.

⁴¹ BGer 2C_1084/2017 vom 4.6.2019 E. 6.2; BGE 138 II 440 E. 4 f., 16 f.; 131 I 223; *Stahelin/Oetiker* (Fn. 11) Art. 8 N 32 f.

⁴² So die gefestigte Praxis des Bundesgerichts: BGer 2C_1084/2017 vom 4.6.2019 E. 6.1; BGE 140 II 102 E. 4.1; 138 II 440 E. 5 f.; 130 II 87 E. 4; vgl. vorne Ziff. I.B.

⁴³ Vorne Ziff. I.3.C.

⁴⁴ BGE 144 II 147 E. 5.3.2 a.E.

⁴⁵ Art. 9 BGFA.

C. Keine Umsetzung des Bundesgerichtsentscheids

Die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich hat die Anwälte in MDPs schon seit etlichen Jahren unter bestimmten Voraussetzungen im Register eingetragen.⁴⁶ Trotz des Verdikts aus Lausanne hat sie entschieden, an ihrer bisherigen Praxis festzuhalten und Anwälte in MDPs weiterhin im Register einzutragen.⁴⁷ Diesen Entscheid mag man unterschiedlich beurteilen.

Wenn die Anwälte einer MDP eingetragen werden, müssen sie die Entscheide über Konfliktfragen in ihrer Hand behalten.⁴⁸ Das ist auf verschiedenen Wegen möglich:

1. Keine Mandatsführung von Nicht-Anwälten – kein Weisungsrecht des Verwaltungsrats betr. Mandatsführung

Gemäss Zürcher Praxis muss organisatorisch u.a. sichergestellt sein, dass die Nicht-Anwälte keine Mandatsverantwortung⁴⁹ übernehmen und dass der Verwaltungsrat keine Weisungen zur Mandatsführung erteilt. Damit entscheiden die mandatsführenden Anwälte über Konfliktfragen, und der Einfluss der Nicht-Anwälte im Verwaltungsrat auf die Mandatsführung der Anwälte ist vermieden.

2. Mandatsführung auch von Nicht-Anwälten – Kontrolle und Weisung des Verwaltungsrats betr. berufsrechtliche Fragen

Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Mandatsführung mit dem Einverständnis des Klienten auch Nicht-Anwälten übertragen werden.⁵⁰

Wenn der Verwaltungsrat das Kontroll- und Weisungsrecht über Konfliktfragen in seiner Hand behält und wenn Entscheide darüber mit der Mehrheit von Anwälten zustande kommen, entscheiden auch bei dieser Lösung immer Anwälte über Konfliktfragen.

Anders als die Zürcher Praxis entspricht dieser zweite Ansatz der natürlichen Hierarchie- und Kompetenzordnung in Gesellschaften. Zudem fügt er sich besser in die schon immer geltende Regelung ein, wonach mit dem Einverständnis des

Klienten auch die Mandatsführung an Nicht-Anwälte delegiert werden kann, z.B. an angestellte Juristen ohne Patent oder ausländische Korrespondenzanwälte. Schliesslich wird die hier vertretene Lösung den Bedürfnissen des Klienten eher gerecht, der kaum verstehen wird, warum beispielsweise ein Ingenieur-Patentanwalt nicht auch ein Mandat betr. Prüfung des Patentschutzes federführend betreuen soll, in einem Gebiet also, wo er kompetenter ist als ein Anwalt.

Mit beiden Lösungen entscheiden immer Anwälte über Konfliktfragen und sind damit in der Lage, den Beruf unabhängig auszuüben. Auf welchem Weg dies umgesetzt wird, scheint zweitrangig. Aus Sicht des Klientenschutzes ist die Frage kaum von grosser praktischer Tragweite.

D. Unbefriedigende Situation

Branchenübergreifende Beratung ist ein Bedürfnis des recht-suchenden Publikums. Nichtjuristische Fachkräfte können für das Anwaltsbüro ebenso bedeutsam sein wie die Anwälte, die primär das Juristische und das Forensische abdecken. Soll es den Anwaltsbüros weiterhin möglich sein, branchenfremde Spitzenkräfte zu gewinnen, müssten auch Nicht-Anwälte Gesellschafter oder Verwaltungsratsmitglieder einer Anwalts-gesellschaft werden können.

Anders als in früheren Entscheiden⁵¹ hat das Bundesgericht die offensichtlichen Bedürfnisse der Klienten und der Geschäftswelt unberücksichtigt gelassen und den Register-eintrag von Anwälten in MDPs generell abgelehnt, ohne dass das Gesetz dies verlangen würde und ohne dass der Klientenschutz dies erforderte. Nachdem einige kantonale Aufsichts-behörden die Vorgabe des Bundesgerichts nicht oder nicht vollständig umsetzen, wird auch die bisherige unbefriedigende Situation verschiedener Lösungen auf absehbare Zeit weiterbestehen. Die Möglichkeit, eine landesweit einheitliche, liberale Rechtslage zu schaffen, ist vertan worden.

V. Zusammenfassung

Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA setzt für den Registereintrag voraus, dass die Anwälte «in der Lage sind», den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben. Wenn das Bundesgericht zusätzlich verlangt, dass auch jedes Risiko einer Beeinflussung ausgeschlossen sein muss, findet das im Gesetz keine Stütze. Der Ausschluss jedes Beeinflussungsrisikos kann auch in einem reinen Anwaltsbüro schlechterdings nie erfüllt werden.

⁴⁶ ZR 2006 Nr. 71.

⁴⁷ ZR 2018 Nr. 27.

⁴⁸ Vorne Ziff. I.

⁴⁹ Gemeint ist wohl hier eher die Mandatsführung, d.h. die bürointerne Zuständigkeit und Entscheidungskompetenz für das Mandat und die Anlaufstelle für den Klienten. Verantwortlich gegenüber dem Klienten ist dagegen der Vertragspartner, also in aller Regel die Anwalts-gesellschaft.

⁵⁰ Vgl. auch Kaspar Schiller/Hans Nater, MDP 2. Teil, Einhaltung der Berufsregeln in einer MDP, SJZ 2020 95 ff., Ziff. II.B.2.

⁵¹ BGE 138 II 440 E. 9; 130 II 87 E. 4.1.

Unabhängige Berufsausübung bedeutet konfliktfreie Berufsausübung – nicht mehr und nicht weniger.

Wenn die Entscheide zu Konfliktfragen einer Anwalts-gesellschaft mit der Mehrheit von Anwälten zustande kommen, entscheiden materiell die Anwälte. Werden zudem die Anwälte bei drohenden Konflikten informiert, können sie rechtzeitig eingreifen und ein Mandat im Konflikt ablehnen oder niederlegen. Sofern die Büroorganisation dies sicherstellt, sind die Anwälte in der Lage, Konflikte zu vermeiden und somit den Beruf unabhängig auszuüben. Ihr Eintrag im Register darf entgegen der Meinung des Bundesgerichts nicht verweigert werden. Vorbehalten sind seltene Ausnahmefälle, in denen anzunehmen ist, dass den Nicht-Anwälten trotz deren Minderheit faktisch eine beherrschende Stellung im Anwaltsbüro zukommt.

Das Berufsgeheimnis und die Disziplinaraufsicht sind gemäss BGFA keine Kriterien für den Registereintrag. Das lässt das Bundesgericht unberücksichtigt, wenn es die Registrierung eines Anwalts in einer MDP mit der Begründung verweigert, nicht alle in einem Anwaltsbüro tätigen Personen unter-

stünden der Disziplinaraufsicht und nicht sämtliche künftigen Risiken eines Verstosses gegen das Berufsgeheimnis seien ausgeschlossen.

Mit seiner restriktiven Praxis verletzt das Bundesgericht auch die Wirtschaftsfreiheit und damit die Verfassung.

Trotz des Bundesgerichtsentscheids werden im Kanton Zürich Anwälte in MDPs weiterhin unter bestimmten Voraussetzungen eingetragen, und einige Kantone belassen die bereits eingetragenen Anwälte in MDPs, verweigern aber Neueinträge.

In einem zweiten Teil⁵² wird dargelegt, dass die Berufsregeln in einer MDP auch während der laufenden Berufsausübung nicht schlechter gewahrt werden können als bisher in traditionellen, reinen Anwaltsbüros.

⁵² Schiller/Nater (Fn. 50).