ZGRG

Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden
Rivista grigionese di legislazione e giurisprudenza
Revista grischuna per legislaziun e giurisdiczium

02 — 06

Inhalt

Der Aufsatz:
Dr. iur. Gaudenz G. Zindel
Entwicklungen im Anwaltsrecht 36

Der Entscheid:
Berechnung Höhe Gebäude in Hanglage 52
Zulassungsbeschränkung Untergymnasium 54
Steuerpflicht der Post 59
Periodische Benützungsgebühren ... 64

Literaturanzeigen 71

Entwicklungen im Anwaltsrecht

Vielfältige Veränderungen im anwaltlichen Berufsrecht (1)

von Dr. iur. Gaudenz G. Zindel, Zürich (2)

I. Einleitung

Wie kaum je zuvor ist der Anwaltsberuf in der Schweiz in Bewegung. Die anwaltliche Tätigkeit ist komplexer geworden, die Liste der Rechtsgebiete hat sich verlängert, Gesetzesnovellen folgen sich in immer höherem Rhythmus, Anwaltskanzleien werden zunehmend grösser, die internationale Verflechtung nimmt zu, die Konkurrenz im Bereich der Rechtsdienstleistungen hat sich deutlich verschärft und das Risiko, bei anwaltlichen Fehltritten zur Verantwortung gezogen zu werden, hat sich erhöht.

Politik und Anwaltschaft haben begonnen, auf diese erheblichen Veränderungen zu reagieren: Am anwaltlichen Berufsrecht wird auf verschiedenen Ebenen kräftig gearbeitet. Ein Höhepunkt war das Inkrafttreten des eidgenössischen Anwaltsgesetzes am 1. Juni 2002 (3). Als Folge dieses neuen Bundesgesetzes waren die einzelnen kantonalen Anwaltsgesetze zu revidieren (4). Mit dem Erlass eines schweizerischen Anwaltsgesetzes war auch die Zeit reif geworden, auf der Ebene der Standesregeln den Weg von den einzelnen kantonalen Regelungen hin zu gesamtschweizerischen Standesregeln zu beschreiten. Im Zuge des neuen Berufsrechts mehren sich auch die Bundesgerichtsentscheide zu anwaltlichen Kernfragen. Daneben bringen neue Fragestellungen Bewegung in die Entwicklung des Anwaltsberufes, deren Beantwortung Spannung verspricht.

Das Schwergewicht der folgenden Ausführungen soll bei den vielen Fragen rund um das neue eidgenössische Anwaltsgesetz liegen.

II. Anwaltsgesetz, BGFA

A. Zweiteilung der Anwaltschaft? Zu Gegenstand und Anwendungsbereich des BGFA

1. Ein erheblicher Mangel des BGFA – aus meiner Sicht der grösste Nachteil überhaupt – besteht darin, dass das eidgenössische Anwaltsgesetz nur die *forensische Anwaltstätigkeit* einbezieht. Das BGFA beschäftigt sich zum Vornherein nur mit der einen Hälfte der anwaltlichen Tätigkeiten, nämlich mit der *forensischen Seite*, und lässt den gleichwertigen und heutzutage ebenso wichtigen zweiten Teil, die anwaltliche Beratungstätigkeit, ausser Acht (5). Dies ist im Ansatz verfehlt, weil dieser zu enge Geltungsbereich zu einer Zweiteilung der Anwaltschaft führt (6). Auf der einen Seite finden wir die Anwältinnen und Anwälte, die dem BGFA und damit auch den darin enthaltenen Berufsregeln und der entsprechenden Aufsicht unterstehen, auf der anderen Seite die rein beratenden Anwälte, die sich gegebenenfalls nicht in ein Anwaltsregister eintragen lassen und damit weder den Berufsregeln noch der Aufsicht unterstellt sind.

Eine Aufteilung in Forensik und Beratung ist unter verschiedenen Titeln abzulehnen: Erstens können sich – wie die Praxis zeigt – Mandate immer wieder von einem Beratungsmandat zu einem Prozessmandat (und umgekehrt) entwickeln, zweitens kann die anwaltliche Beratungstätigkeit schon deshalb nicht ernsthaft ausgeklammert werden, weil sie beispielsweise im Kanton Zürich über 50 % der Anwaltstätigkeit ausmacht und drittens – dies ist der wichtigste Punkt – ist eine solche Zweiteilung in der Öffentlichkeit verwirrend und unverständlich. Zum Schutz des Publikums und auch zum Schutz der Geschlossenheit der Anwaltschaft ist es deshalb ein zentrales Anliegen, eine klare und transparente Ordnung zu schaffen. Erfreulicherweise wird diese unselige Zweiteilung in der Praxis dadurch weitgehend aufgehoben, dass sich die allermeisten Anwältinnen und Anwälte in ein kantonales Anwaltsregister eintragen lassen, also zum grossen Teil auch diejenigen – und zwar freiwillig –, welche nicht im Rahmen des Anwaltsmonopols Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten.

2. Der Kanton Graubünden hat diesen Makel des BGFA im Rahmen des vor kurzem verabschiedeten kantonalen Anwaltsgesetzes ausgemerzt. Man mag einen solchen Schritt – eine freiwillige Regulierung der nicht forensischen Anwaltstätigkeit – unter liberalen Gesichtspunkten bedauern. Wesentlich bedeutsamer ist jedoch, der rechtsuchenden Öffentlichkeit nicht

zuzumuten, zwischen Anwälten einer Kategorie A – mit Berufsregeln und Aufsicht – und solchen einer Kategorie B – ohne Berufsregeln und Aufsicht – unterscheiden zu müssen.

3. Die Zahl der Kantone, die eine Ausdehnung der Berufsregeln und der Aufsicht auf die nicht registrierten Anwältinnen und Anwälte vorgenommen haben (7), und die Zahl jener, die es beim engen Anwendungsbereich des BGFA belassen haben, halten sich die Waage.

Den Ansatz dazu, dass sich der Kanton Graubünden ebenfalls gegen eine Zweiteilung der Anwaltschaft entschieden hat, hatte der Bündnerische Anwaltsverband in Art. 14 des von ihm vorgelegten Vorentwurfs für ein Anwaltsgesetz des Kantons Graubünden gelegt. Das Justizdepartement war diesem Vorschlag des Bündnerischen Anwaltsverbandes nicht gefolgt. Der am 4. November 2004 in Vernehmlassung gegebene Gesetzesentwurf hätte zu der angesprochenen unerwünschten Zweiteilung der Anwaltschaft geführt. Der Bündnerische Anwaltsverband hat in seiner Vernehmlassung zum Entwurf des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 31. Januar 2005 diese Zweiteilung zu Recht kritisiert.

Das Justizdepartement und der Bündner Grossrat sind diesem Anliegen nunmehr gefolgt. Art. 13 des verabschiedeten Anwaltsgesetzes (8) lautet wie folgt (9):

> «Für Anwältinnen und Anwälte gelten hinsichtlich der anwaltlichen Tätigkeit unabhängig von ihrer Eintragung im Anwaltsregister die Bestimmungen des BGFA über die Berufsregeln und das Berufsgeheimnis. Sie unterstehen ebenfalls unabhängig von ihrer Eintragung der Aufsicht und der Disziplinargewalt der Aufsichtskommission.»

Mit dieser Regelung trägt der Kanton Graubünden entscheidend dazu bei, dass eine Zweiteilung der Anwaltschaft zum Nutzen der Öffentlichkeit, aber auch der Anwaltschaft selbst, verhindert wird.

B. Rund ums neue Anwaltsregister – Fragen zu den fachlichen und persönlichen Voraussetzungen der Eintragung

Eine wesentliche Neuerung des BGFA ist die Einführung der *kantonalen Anwaltsregister.* Bei den Vorarbeiten zum BGFA wurde erwogen, ein Bundesregister der Anwälte zu schaffen (10). Obwohl diese Idee später verworfen wurde, ist die praktische Auswirkung der kantonalen Anwaltsregister nicht weit davon entfernt, da die kantonalen Anwaltsregister zusammen – über das Internet – der Wirkung eines zentralen «Bundesanwaltsregisters» nahe kommen. Das Bestehen der kantonalen Anwaltsregister und die Eintragung in diese Register ist erwartungsgemäss rasch Alltag geworden, jedenfalls für den ganz grossen Teil der Anwältinnen und Anwälte, für welche die Eintragung in das Anwaltsregister nicht mit Schwierigkeiten verbunden war.

1. Entschieden ist die Streitfrage, ob sich ein Anwalt *gleichzeitig in mehrere Register* eintragen lassen muss oder eintragen lassen kann. Mehrfacheintragungen gibt es nicht. Die Anwälte haben sich in demjenigen Kanton in das Anwaltsregister eintragen zu lassen, in dessen Gebiet sie ihre Geschäftsadresse haben. Entscheidend ist nicht der Kanton, in dem das Anwaltspatent erworben worden ist, sondern jener, von dem aus die Anwaltstätigkeit ausgeübt wird. Verfügt ein Anwalt in mehreren Kantonen über eine Kanzlei, also über mehrere Geschäftsadressen in verschiedenen Kantonen, darf und muss er sich nur in dem Kanton ins Anwaltsregister eintragen lassen, in dem sich das Hauptbüro befindet (11). Damit werden auch Kompetenzkonflikte vermieden, insbesondere in Disziplinarsachen. Eine Anwältin oder ein Anwalt verfügt demzufolge gesamtschweizerisch immer nur über einen einzigen Eintrag in einem Anwaltsregister.

2. Die Fragen der Erfassung der *Berufshaftpflichtversicherung* im eidgenössischen Anwaltsgesetz sorgten in den parlamentarischen Beratungen zur Revision des BGFA für erstaunlich viel Gesprächsstoff. Die Revisionsvorlage des Bundesrates sah vor, dass der Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung nicht mehr nur eine Berufsregel (Art. 12 lit. f), sondern zusätzlich eine Voraussetzung für die Registereintragung bilden solle. Der Ständerat hat der Vorlage in der Frühjahrssession 2006 zunächst mit kleinen Anpassungen zugestimmt. In der Sommersession 2006 ist der Nationalrat diesem Ansatz jedoch nicht gefolgt, und der Ständerat hat sich in der Differenzbereinigung noch in derselben Session dem Nationalrat angeschlossen. Die Pflicht, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen, bleibt damit eine Berufsregel im

Sinne von Art. 12, wird aber nicht zu einer Voraussetzung für die Registereintragung (12). Im gleichen Zuge wurde die Berufsregel dahingehend ergänzt, dass anstelle einer Berufshaftpflichtversicherung inskünftig andere gleichwertige Sicherheiten erbracht werden können. Zusätzlich wurde eine Minimalgrenze für die Deckungssumme aufgenommen, und zwar im Betrag von einer Million Franken (13). Die Revision wird voraussichtlich auf den 1. Januar 2007 in Kraft treten.

Im verabschiedeten Anwaltsgesetz des Kantons Graubünden ist ein Nachweis für das Bestehen einer Haftpflichtversicherung – mit einer Deckung von mindestens einer Million Franken – für die Eintragung in das kantonale Anwaltsregister vorgesehen (Art. 12 Abs. 1 lit. b). Da das Erfordernis einer Berufshaftpflichtversicherung wie geschildert entgegen der Revisionsvorlage nunmehr nicht zu einer Voraussetzung für die Registereintragung erwächst, wird diese Bestimmung dem revidierten BGFA anzupassen sein (14).

3. Eine offene Frage war bis vor kurzem sodann, wie mit der fachlichen Voraussetzung umzugehen ist, dass für den Registereintrag ein Studienabschluss mit Lizentiat einer schweizerischen Universität vorliegen muss (Art. 7 Abs. 1 lit. a BGFA). Ein Lizentiat, also den Abschluss als lic. iur., gibt es bekanntlich nach dem *Bologna-Modell* nicht mehr. Die Bologna-Modelle kennen den Abschluss als Bachelor nach drei Jahren und den Abschluss als Master nach vier bis viereinhalb Jahren. Streitfrage ist, was der Begriff Lizentiat in Art. 7 BGFA im Rahmen der Bologna-Studiengänge bedeutet: Reicht der Bachelor oder bedarf es eines Master (15)? Die Frage ist aktuell, da bekanntlich der grosse Teil der schweizerischen Universitäten bereits auf das Bologna-Modell umgestellt hat (16) und die ersten Studenten diese Universitäten bereits als Bachelor verlassen haben.

Mit der in der Sommersession 2006 verabschiedeten Revision des BGFA ist auch diese Frage geklärt. Der revidierte Art. 7 Abs. 1 lit. a BGFA sieht nunmehr vor, dass die Eintragung in das Anwaltsregister den Abschluss eines juristischen Studiums mit einem *Master* (17) (oder wie bisher mit einem Lizentiat) einer schweizerischen Hochschule voraussetzt (18). Dass inskünftig ein Master (und nicht bloss ein Bachelor) für die Registereintragung erforderlich sein wird, ist zu begrüssen, da das Anliegen der Anwaltschaft in erster Linie auf Qualität ausgerichtet ist. Diese Ausrichtung auf den Masterabschluss wurde in der Vernehmlassung denn auch vom Grossteil der Vernehmlassungsteilnehmer, darunter fast alle Kantone sowie acht rechtswissenschaftliche Fakultäten (19), befürwortet.

Für die Zulassung zum Anwaltspraktikum wird hingegen das Bachelor-Diplom ausreichen (20). Diese Lösung erlaubt eine grössere Flexibilität in der Planung der Ausbildung zum Anwalt. Die kantonale Gesetzgebung wird nicht den Master als Voraussetzung für das Anwaltspraktikum (21) verlangen können (22).

4. Einzugehen ist hier noch auf den ausdrücklichen Vorbehalt in Art. 7 Abs. 2 (23) BGFA zugunsten der Kantone, in denen die italienische Sprache Amtssprache ist. Zugunsten der Kantone Graubünden und Tessin sieht das BGFA in Art. 7 Abs. 2 ausdrücklich vor, dass diese beiden Kantone für die Zulassung zum Anwaltsexamen ein ausländisches Diplom anerkennen können, das in italienischer Sprache erlangt wurde, sofern dieses dem schweizerischen Lizentiat (Master) gleichwertig ist. Es entfällt hier die Voraussetzung, dass neben der Gleichwertigkeit des ausländischen Diploms auch eine Anerkennungsvereinbarung mit dem entsprechenden Staat vorliegen muss. Politischer Hintergrund dieser Bestimmung ist der Wunsch, dass Personen italienischer Muttersprache ihre juristische Ausbildung in dieser Sprache absolvieren können (24). Aufgrund des sektoriellen Abkommens über den freien Personenverkehr zwischen der Schweiz und der EU (25) spielt diese Ausnahmebestimmung für Universitäten in Italien allerdings keine Rolle mehr (26). Zudem gibt Art. 7 Abs. 2 BGFA den Kantonen Graubünden und Tessin lediglich das Recht, ein ausländisches gleichwertiges Diplom ohne Gegenseitigkeitsvereinbarung anzuerkennen; eine Pflicht dazu besteht nicht (27). Der Kanton Tessin hat von dieser Möglichkeit in Art. 8 des Anwaltsgesetzes Gebrauch gemacht.

C. Neue Rechtsprechung zur anwaltlichen Unabhängigkeit

1. Kein Thema hat den Gesetzgeber in den parlamentarischen Beratungen zum BGFA

mehr beschäftigt als die Frage der *Unabhängigkeit* – und kein anderes Thema beschäftigt auch nach Inkrafttreten des BGFA in Lehre und Praxis mehr.

Zu unterscheiden ist die so genannte institutionelle Unabhängigkeit nach Art. 8 BGFA und die Unabhängigkeit als Berufsregel im Sinne von Art. 12 BGFA (28). Während Art. 8 als Voraussetzung für einen Registereintrag statuiert, dass die Anwälte «in der Lage sein müssen, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben», verlangt Art. 12 als Berufsregel, also für eine Beurteilung im Einzelfall, dass die Anwälte ihren Beruf «unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung» ausüben.

2. Ratio legis der Unabhängigkeit ist der Schutz des Klienten, der auf eine uneingeschränkte Interessenvertretung durch den Anwalt vertrauen darf. Die Unabhängigkeit ist eine zentrale Voraussetzung und ein weltweit anerkannter Grundsatz der Anwaltstätigkeit (29). Unabhängig ist ein Anwalt dann, wenn er bei der Berufsausübung nicht dem Einfluss eines Dritten ausgesetzt ist, der nicht in einem Anwaltsregister eingetragen ist (30) (und damit seinerseits das Kriterium der Unabhängigkeit erfüllen muss) (31). Mit dieser politischen und gesetzgeberischen Ausgangslage war klar, dass das Bundesgericht über die Höhe der Eintragungshürde Unabhängigkeit wird entscheiden müssen. Der Zürcher Anwaltsverband hat sich gegen mehrere Eintragungen von aus seiner Sicht nicht unabhängigen Anwälten in das Anwaltsregister frühzeitig und bezüglich mehrerer Konstellationen zur Wehr gesetzt. Das Bundesgericht hat in der Folge 14 Urteile in diesem Zusammenhang gefällt und eine bemerkenswerte bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Unabhängigkeit eingeleitet und etabliert.

3. Die Leitlinie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezüglich der *Ausübung des Anwaltsberufes als Nebenerwerb* lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Im sorgfältig begründeten Grundsatzurteil vom 29. Januar 2004, BGE 130 II 87 ff., hat das Bundesgericht zunächst festgehalten, dass das Anwaltsgesetz nicht verbietet, dass ein Anwalt einem Zweitberuf nachgeht. Eine solche teilzeitliche Ausübung des Anwaltsberufs ist dann zulässig, wenn zwischen den beiden Tätigkeiten keine Beziehung besteht, die Person sich als Anwalt somit nicht mit den gleichen Angelegenheiten befasst wie als Arbeitnehmer. Solche Mandate müssen folglich von den Arbeitgeberinteressen unabhängig sein. Es muss mit anderen Worten sichergestellt sein, dass die Interessen der Klienten absoluten Vorrang vor irgendwelchen anderen Bindungen haben. Um die Unabhängigkeit von seinem Arbeitgeber darzulegen, hat der angestellte Anwalt in der Regel einen Arbeitsvertrag vorzulegen, aus dem folgende Elemente hervorgehen müssen (32):

- kein Weisungsrecht des Arbeitgebers bezüglich der Mandate des Angestellten, die dieser als selbständiger Anwalt betreut;
- kein Einsichtsrecht des Arbeitgebers;
- Zustimmung des Arbeitgebers zur nebenberuflichen selbständigen Anwaltstätigkeit des Angestellten, namentlich bei Vollzeitangestellten;
- Klarstellung, dass weder der Arbeitgeber noch ihm nahestehende Unternehmen oder Kunden Einfluss auf die Anwaltstätigkeit des Angestellten nehmen können;
- Ausschluss der Möglichkeit, Mandate für und gegen den Arbeitgeber oder dessen Kunden zu führen;
- Sicherstellung, dass der Arbeitgeber den Anwalt nicht von der Einhaltung der anwaltlichen Pflichten, namentlich des Berufsgeheimnisses, abhalten kann.

Bei vollzeitlich, aber auch bei teilzeitlich tätigen Anwälten, welche nicht bei eingetragenen Anwälten angestellt sind, besteht die Vermutung des Fehlens der Unabhängigkeit. Es ist deshalb Sache des um die Eintragung nachsuchenden Anwalts, klare Verhältnisse zu schaffen und diese Vermutung durch Einreichung des Arbeitsvertrages zu widerlegen (33). Nur so kann überprüft werden, ob die notwendigen vertraglichen und organisatorischen Vorkehrungen zur Gewährleistung des Berufsgeheimnisses getroffen worden sind.

Unerlässlich ist dabei eine auch in der Infrastruktur und der räumlichen Organisation zum Ausdruck kommende Trennung von unselbständiger und selbständiger Tätigkeit. So hat ein solcher Anwalt auf jeden Fall eigenes Briefpapier und eigene Rechnungsformulare zu verwenden, und er muss über eine vom Arbeitgeber verschiedene Geschäfts- und Postadresse sowie über eigene Büroräumlichkeiten verfügen; auch muss

er separat telefonisch, per Telefax und per E-Mail erreichbar sein (34). Für die Ausübung der Anwaltstätigkeit muss er auf eigene Rechnung handeln und das unternehmerische Risiko tragen.

Gestützt auf diese Erwägungen im Grundsatzurteil hat das Bundesgericht in einer ganzen Reihe weiterer Entscheide zur anwaltlichen Unabhängigkeit Anwälten, die bei Rechtsschutzversicherungen, bei Treuhandgesellschaften, aber auch im Rechtsdienst anderer Unternehmen angestellt waren und den Registereintrag für die Vertretung von Kunden ihrer Arbeitgeber erwirken wollten, die Eintragung in das Anwaltsregister verweigert (35). Im Entscheid vom 7. April 2004 präzisierte das Bundesgericht, dass ein Registereintrag von Anwälten im Anstellungsverhältnis nur für Mandate beansprucht werden könne, die «klar ausserhalb des Tätigkeitsbereichs des Arbeitgebers liegen» (36).

Diese neue bundesgerichtliche Praxis hat bis heute Folgendes klargestellt:

- eine Privilegierung selbständiger Anwälte im Sinne reiner Standespolitik ist nicht haltbar;
- Anwälte, die vollzeitlich von Banken, Versicherungen oder Treuhandgesellschaften angestellt sind und *in dieser Eigenschaft* im Rahmen des Anwaltsmonopols forensisch tätig sein wollen, sind von der Eintragung in das Anwaltsregister ausgeschlossen;
- bei der Prüfung, ob ein angestellter Anwalt die Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit erfüllt, wendet das Bundesgericht eine Einzelfall-Betrachtung an und orientiert sich in erster Linie an den vertraglichen und organisatorischen Verhältnissen; die Überprüfung der institutionellen Unabhängigkeit bei der Eintragung beschränkt sich auf eine bloss formelle Überprüfung (37).

In einem Punkt ist das Bundesgericht zu kritisieren, da es hier einen etwas wirklichkeitsfremden Ansatz gewählt hat und der Sicht des Klienten – dem letztlich zentralen Element jeder Anwaltstätigkeit – zu wenig Rechnung trägt. Mit dem Registereintrag soll nämlich auch die *Qualität der anwaltlichen Dienstleistung* sichergestellt werden, und diese Qualität darf nicht durch eine anderweitige Haupttätigkeit beeinträchtigt werden. So ist zweifelhaft, ob ein zum Beispiel als Unternehmensjurist angestellter Anwalt die Berufsregeln in genügendem Ausmass einhalten kann, insbesondere ob er genügend Zeit für die Betreuung seiner Klienten neben seiner anderen, vollzeitlichen Berufstätigkeit aufbringen kann. Letztlich ist eine klientenbewusste Anwaltstätigkeit, die nur an Abenden und über die Wochenende ausgeübt wird (man spricht hier auch von «Freizeitanwälten»), rein praktisch schon deshalb problematisch, weil ein solcher Anwalt für Gerichte und Behörden während deren Öffnungszeiten gar nicht erreichbar ist (er kann neben einer vollen Berufstätigkeit während der normalen Bürozeiten auch gar nicht erreichbar sein, da sonst die organisatorische Unabhängigkeit gegenüber seiner Haupttätigkeit als Angestellter fehlen dürfte) (38). Es ist eben nicht nur eine Frage der Überlastung die – wie das Bundesgericht nicht zu Unrecht ausführt – auch bei den vollberuflichen Anwälten bestehen kann; vielmehr geht es um die grundsätzliche Frage der unerlässlichen Verfügbarkeit für Klienten, Gerichte und Behörden (39). Die bundesgerichtlichen Anforderungen an die Unabhängigkeit bleiben in solchen Fällen graue Theorie.

4. Bei allen drängenden Fragen zur Eintragungsfähigkeit von in Unternehmen angestellten Anwälten ist an dieser Stelle klarzustellen, dass die *bei einem Anwalt angestellten Anwälte* aus dieser Problematik klar herauszuhalten sind. Wie Art. 8 BGFA ausdrücklich festhält, können Angestellte von Personen, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind, als unabhängig gelten und in das Anwaltsregister eingetragen werden. Es ist wichtig festzuhalten, dass all die in Anwaltsbüros angestellten Anwälte, also alle juristischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, den hier besprochenen Fragen nicht ausgesetzt sind (40).

5. Eine namhafte Neuerung des BGFA ist der Einbezug der EU/EFTA-Anwälte (41). Die *europäische Freizügigkeit* hat den schweizerischen Anwaltsmarkt in ihrer Anfangsphase nur geringfügig verändert. Noch weniger «Anwaltsbewegungen» erfolgen in der Gegenrichtung; es sind nur wenige Fälle bekannt, in denen Schweizer Anwälte dauerhaft in EU-Mitgliedstaaten tätig geworden sind (42).

Eine Umfrage bei den kantonalen Aufsichts-/Anwaltsprüfungskommissionen im Frühjahr 2005 ergab, dass sich insgesamt rund 140 Anwältinnen und Anwälte in die öffentliche Liste gemäss Art. 28 BGFA (ständige Berufs-

ausübung in der Schweiz ohne Gleichstellung und unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung) eintragen liessen (43). Dagegen legten erst vier Anwälte (alle aus Deutschland) eine Eignungsprüfung nach Art. 31 BGFA ab (44). Die Analyse zeigt, dass die Zahl der Anwälte aus EU-Mitgliedstatten, die in der Schweiz eine ständige Berufstätigkeit aufgenommen haben, bislang eine kaum spürbare Grösse von 2% darstellen (45).

D. Streiflichter auf einige Berufsregeln des BGFA

Mit einer der wichtigsten Berufsregel, der Wahrung der Unabhängigkeit, haben wir uns ausgiebig auseinandergesetzt. Bei den weiteren wichtigen Berufsregeln des Art. 12 BGFA sollen in diesem Rahmen einige Streiflichter mit Ausrichtung auf die anwaltliche Praxis genügen.

1. Verbot von Interessenkollisionen

Neben dem Gebot der Unabhängigkeit und dem Schutz des Berufsgeheimnisses zählt das Verbot von Interessenkollisionen zu den drei Grundpfeilern der anwaltlichen Tätigkeit (46). Ein Interessenkonflikt im Sinne der Berufsregel von Art. 12 BGFA kann bei drei Fallkonstellationen entstehen: Bei Vorliegen *eigener Interessen* eines Anwalts, bei einer *Doppelvertretung* und beim *Parteiwechsel.* Ein persönlicher Interessenkonflikt liegt vor, wenn ein Anwalt die Wahrung fremder Interessen übernimmt, die seinen eigenen Interessen zuwiderlaufen. Eine Doppelvertretung ist gegeben, wenn der Anwalt gleichzeitig verschiedenen Parteien dient, deren Interessen sich widersprechen. Ein unzulässiger Parteiwechsel liegt schliesslich vor, wenn ein Anwalt in derselben Streitsache erst für die eine Partei, dann aber für den Prozessgegner tätig wird (47).

Unzulässig ist eine *Doppelvertretung* im Prozess (48). Ein Verstoss gegen dieses Verbot wird zu Recht als Missachtung einer Grundregel der Anwaltstätigkeit qualifiziert. Der Anwalt darf daher solche Mandate selbst dann nicht führen, wenn beide Seiten davon wissen und die Vertretung durch den gleichen Anwalt billigen (49).

Aus der Formulierung des Gesetzes, es sei jeder Interessenkonflikt zu meiden, wird bisweilen abgeleitet, es gelte schon den *blossen Anschein* einer Interessenkollision zu vermeiden. Es sei deshalb unerheblich, ob die Klienten der Übernahme gegenläufiger Interessenvertretung zugestimmt haben (50). Bei allem Verständnis für die Bedeutung der Vermeidung von Interessenkonflikten ist aus der Sicht der Praxis doch zu monieren, dass das Kind nicht mit dem Bade ausgeschüttet wird. Überrissene Anforderungen können sich letztlich zulasten der Klienten auswirken. Eine familienrechtliche oder erbrechtliche Situation in einem Umfeld, in welchem sich die Beteiligten kennen, kann nicht mit Mandaten aus dem Kapitalmarktrecht oder ähnlichen Rechtsgebieten mit ganz oder weitgehend anonymen Verhältnissen oder ausschliesslich finanziellen Bindungen oder Ausrichtungen verglichen werden.

Im Sinne einer praktikablen und klientengerechten Lösung ist die Forderung, der Anwalt müsse schon jeden Anschein einer Interessenkollision vermeiden, entschieden abzulehnen (51) und durch das Erfordernis zu ersetzen, *tatsächliche* Interessenkonflikte zu vermeiden, diese aber strikt. Hypothetische Interessenkonflikte sind als Ansatz untauglich, da die blosse *Möglichkeit des Entstehens* eines Interessenkonflikts immer besteht und ein allfälliges späteres Entstehen eines tatsächlichen Interessenkonflikts durch den Entscheid des Anwaltes, das Mandat niederzulegen, immer noch rechtzeitig und wirksam verhindert werden kann. Die blosse Möglichkeit, dass in einer Streitsache eine Konstellation entstehen könnten, aus der sich allenfalls später – aus anderen Gründen als wegen der Mandatsannahme bzw. -weiterführung durch den Anwalt – ein tatsächlicher Interessenkonflikt ergeben könnte, reicht nicht aus, um dem Anwalt eine Berufspflichtverletzung anzulasten (52). Eine noch ungewisse Entwicklung der den Mandaten zugrunde liegenden Sachverhalte kann, solange sie nicht konkret absehbar ist, ausser Betracht bleiben (53). Auch in diesem Bereich ist die Eigenverantwortlichkeit des Anwalts ernst zu nehmen, ihr aber auch eine Chance zu geben (54). Reagieren muss der Anwalt immer dann, wenn sich nicht beide unterschiedlichen Standpunkte optimieren lassen.

Die Schweizerischen Standesregeln sehen in Art. 11 als Grundsatz vor, dass Anwälte jeden Konflikt vermeiden zwischen den Interessen ihrer Mandanten, den eigenen und den Interessen von anderen Personen, mit denen sie geschäft-

lich oder privat in Beziehung stehen. Art. 12 statuiert sodann, dass Anwälte nicht mehr als einen Mandanten in der gleichen Sache (55) beraten, vertreten oder verteidigen, wenn ein Interessenkonflikt zwischen den Mandanten besteht oder droht. Im Sinne der hievor vorgenommenen Differenzierung zwischen tatsächlichen und möglicherweise entstehenden Interessenkonflikten liegt ein drohender Interessenkonflikt im Sinne dieser standesrechtlichen Bestimmung nur dann vor, wenn die Annahme des weiteren Mandates im Zeitpunkt der Beurteilung erkennbar zu einem tatsächlichen Interessenkonflikt führen würde.

Das Problem der Interessenkollisionen akzentuiert sich in *Kanzlei- oder Anwaltsgemeinschaften.* Die in einer Anwaltskanzlei zusammengefassten Anwälte werden bei Interessenkollisionsfragen grundsätzlich wie *ein* Anwalt behandelt (56). Dies ist im Grundsatz richtig, doch fragt sich, ob sich dieser Ansatz ohne Differenzierung nach der Art des Mandates, insbesondere ob Gesamtmandat oder Einzelmandat, uneingeschränkt aufrechterhalten lässt. Nach gewissen Auffassungen gilt dieser Grundsatz sogar für Anwälte, die dem gleichen (internationalen) Verbund angeschlossen sind, auch wenn es sich bei diesem Verbund bloss um eine Interessenvereinigung nach der EG-Verordnung Nr. 2137/1985 (europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung) handelt (57). Demgegenüber können die in der Praxis anzutreffenden internationalen Netzwerke unabhängiger Kanzleien wohl nicht als Verbund und damit nicht wie eine einzige Kanzlei behandelt werden (58).

Eine gefestigte gesamtschweizerische Praxis zu den Konstellationen von Interessenkonflikten besteht noch nicht. Mit der besseren Zugänglichkeit der Entscheide der kantonalen Aufsichtskommissionen wird sich eine solche in Zukunft leichter bilden können. Dabei wird eine Linie zu finden sein, bei welcher einerseits dem Gebot der Meidung von Interessenkonflikten als Grundpfeiler der anwaltlichen Berufspflichten gebührend Rechnung getragen, anderseits aber auch der Eigenverantwortlichkeit der Anwaltschaft der nötige Platz einräumt wird.

2. Berufsgeheimnis

Dem Berufsgeheimnis kommt beim Vertrauensverhältnis zwischen Klientschaft und Anwältin oder Anwalt eine zentrale Bedeutung zu. Das Bundesgericht vertritt einen engen Begriff des Berufsgeheimnisses. Mit Entscheid vom 13. August 2004 hat es auf staatsrechtliche Beschwerde hin entschieden, dass beim Untersuchungsadressat nur Verteidigerkorrespondenz nicht beschlagnahmt werden kann. Der Anwalt hat hingegen ein umfassendes Aussage- und Editionsverweigerungsrecht. Solange Dokumente im Gewahrsam des Anwalts sind, sind sie vor der Beschlagnahme geschützt (59). Die neue bundesgerichtliche Praxis ist insbesondere im Wirtschaftsrecht problematisch. Gerade in diesem Bereich sind die Berührungspunkte zwischen Zivil- und Strafrecht vielfältig. Die gleichen Tatsachen können beispielsweise Grundlage sowohl für eine zivilrechtliche Verantwortlichkeitsklage als auch für eine strafrechtliche Verurteilung bilden. Als praktische Konsequenz ist die Klientschaft auf das Risiko, das mit der Aufbewahrung der Akten im Geschäft oder zu Hause verbunden ist, aufmerksam zu machen. Sich beim Klienten befindende Anwaltskorrespondenz sollte vernichtet werden, um sicherzustellen, dass sie nicht beschlagnahmt werden kann.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Berufsgeheimnis ist zu überdenken. Nicht mehr der Gewahrsam sollte Anknüpfungspunkt für den Entscheid sein, ob Dokumente beschlagnahmt werden dürfen, sondern das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klient. Bereits heute schützen eine Anzahl kantonaler Strafprozessordnungen die Anwaltskorrespondenz ausdrücklich. Auch der Entwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung löst sich richtigerweise vom strikten Gewahrsamskriterium und sieht einen erweiterten Schutz der Anwalt-Klienten-Beziehung vor. Diese Entwicklung ist auch im internationalen Vergleich deutlich erkennbar, wie dies die Entscheid- und Spruchpraxis in der EU belegt (60).

Die Zürcher Aufsichtskommission hat ihre Praxis zum Erfordernis der Entbindung vom Berufsgeheimnis im Honorarstreit geändert. Gemäss jüngstem Entscheid vom 2. September 2004 ist für Handlungen, in denen nur die Tatsache des Mandatsverhältnisses und der Betrag der Honorarforderung offen gelegt werden müssen, insbesondere bei Betreibungen und im Sühnebegehren, keine Entbindung vom Berufsgeheimnis mehr nötig, da das BGFA in diesem Bereich eine Rechtsänderung bewirkt habe. Für