

Kaspar Schiller

Schweizerisches Anwaltsrecht

Grundlagen und Kernbereich

Schulthess § 2009

Inhaltsverzeichnis

Dank.....	V
Vorwort.....	VII
Abkürzungen.....	XXV
Materialien.....	XXIX
Literatur.....	XXXI
1. Teil: Anwaltstätigkeit und Anwaltsrecht	1
A. Anwaltstätigkeit.....	2
1. Interessenwahrung.....	2
a) Hoheit des Klientenwillens.....	2
b) Dem Klienten nicht schaden.....	3
c) Umfang der Interessenwahrungspflicht.....	3
d) Schranken der Rechtsordnung.....	4
2. Arten der Anwaltstätigkeit.....	5
a) Rechtsvertretung vor Gericht.....	5
b) Aussergerichtliche Rechtsvertretung.....	5
c) Rechtsberatung.....	5
d) Uneigentliche Anwaltstätigkeit.....	6
e) Überwiegende Tätigkeit im Rechtskonflikt.....	6
B. Anwaltsrecht.....	7
1. Vertragsrecht.....	7
2. Berufsrecht.....	7
3. Verbandsrecht.....	8
C. Berufsrecht und Berufsethik.....	9
1. Bedürfnis nach einer Berufsethik.....	9
2. Problematische Normierung einer Berufsethik.....	9
3. Berufsethik als persönlicher Stil.....	10
D. Entwicklung des Berufs- und Verbandsrechts.....	11
1. Hintergrund.....	11
2. Notwendigkeit einer Anpassung.....	12
3. Eidgenössische Berufsregeln.....	14
4. Kantonale und schweizerische Verbandsregeln.....	14
5. Internationale Berufs- und Verbandsregeln.....	15
E. Ergebnisse.....	16

2. Teil: Legitimation und Grundlagen des Anwaltsrechts	17
A. Legitimation	17
1. Notwendigkeit von Rechtsbeiständen	17
a) Zugang zum Recht	17
b) Rechtskontrolle und Rechtsfortbildung	19
c) Anwälte als Garanten des Zugangs zum Recht	20
2. Rechtsstaatliche Voraussetzungen der Anwaltstätigkeit	21
3. Kernbereich des Berufsrechts	23
a) Vertraulichkeit	23
b) Unbeeinflusste Interessenwahrung	24
c) Ausgestaltung des Kernbereichs	24
4. Sonstiges Berufsrecht	24
a) Rolle des Anwalts im Justizsystem	25
b) Verkehrsschutz, Konsumentenschutz	25
c) Aufsicht	26
5. Wirtschaftsfreiheit und Berufsrecht	26
a) Zulässige Eingriffe	26
b) Notwendige Eingriffe	27
B. Anwaltszwang, Anwaltsmonopol und Beraterwahl	27
1. Anwaltszwang	27
2. Anwaltsmonopol für Gerichtsverfahren	28
3. Freie Rechtsberatung	28
4. Ausreichendes Angebot an Anwälten	29
C. Gesetzgeberische Aufgabe	30
1. Unterschiedliche Rechtskulturen	31
2. Bewahrende und vorausschauende Regelung	31
3. Regulierung und freier Markt	32
D. Lösung des BGFA	33
1. Kernbereich der Berufsregeln	33
2. Berufsregeln ausserhalb des Kernbereichs	34
a) Sorgfaltspflicht	34
b) Pflichtmandate, unentgeltliche Mandate	35
c) Sonstige Berufsregeln	36
3. Berufsregeln als Ergänzung und Verstärkung	36
a) Verstärkung	36
b) Ergänzung	37
4. Anwaltsregister	38
a) Funktion und Bedeutung	38
b) Voraussetzungen für den Registereintrag	38
c) Eintragungsvoraussetzungen und Berufsregeln	39
5. Rolle des Anwalts im Justizsystem	40
6. Sonstiges Berufsrecht	40

7.	Nicht realisierte Anliegen.....	41
a)	Fachkompetenz.....	41
b)	Einheitlicher Anwaltsbegriff.....	42
c)	Titelschutz.....	45
d)	Vollständiger Vertraulichkeitsschutz.....	46
e)	Konkursfester Aussonderungsanspruch.....	47
f)	Vollständiger Klientenschutz bei Hilfspersonen.....	47
g)	Anwaltsgemeinschaften.....	47
E.	Auslegung des BGFA.....	48
1.	Im Kernbereich.....	48
2.	Ausserhalb des Kernbereichs.....	48
F.	Schweizer Anwaltsrecht ist Klientenschutz.....	49
1.	Pflichten gegenüber Staat und Behörden.....	49
a)	Keine rechtsstaatliche Notwendigkeit.....	49
b)	Zulässigkeit im öffentlichen Interesse.....	51
c)	Anwalt und Staat in der Schweiz.....	52
d)	Keine Pflichten nach BGFA.....	53
2.	Pflichten gegenüber der Allgemeinheit.....	53
3.	Pflichten gegenüber Anwaltsberuf und Kollegen.....	54
a)	Berufsrecht.....	54
b)	Verbandsrecht.....	55
4.	Pflichten gegenüber Dritten.....	55
5.	Pflichten gegenüber dem Klienten.....	56
a)	Klientenschutz.....	56
b)	Vorrang der Klienteninteressen.....	57
c)	Hoheit des Klientenwillens.....	58
G.	Ergebnisse.....	61
3. Teil: Geltungsbereich des Berufsrechts.....		65
A.	Persönlicher Geltungsbereich.....	65
1.	Persönlicher Geltungsbereich des BGFA.....	65
a)	Inhaber eines kantonalen Patents.....	65
b)	Parteivertretung vor Gerichtsbehörden.....	65
c)	Monopol.....	66
d)	Zulassung zum Monopol.....	68
e)	Anwälte aus der EU und der EFTA.....	70
f)	Übersicht.....	71
2.	Persönlicher Geltungsbereich des kantonalen Rechts.....	72
3.	Unbefriedigende Regelung.....	73
B.	Sachlicher Geltungsbereich.....	74
1.	Tätigkeit im Monopolbereich.....	74

2. Tätigkeit ausserhalb des Monopolbereichs	75
a) Eidgenössisches Recht.....	75
b) Kantonales Recht	76
c) Grenzen der Anwaltstätigkeit.....	77
3. Teilweise Anwendung der Berufsregeln.....	83
C. Räumlicher Geltungsbereich.....	84
D. Zeitlicher Geltungsbereich	85
E. Tätigkeit ausserhalb des Geltungsbereichs.....	86
F. Ergebnisse.....	86
4. Teil: Kernbereich: Berufsgeheimnis, Schweigepflicht.....	89
A. Funktion und Bedeutung.....	89
1. Notwendiger Vertraulichkeitsschutz.....	89
a) Geheimhaltungspflicht des Anwalts	90
b) Unbeaufsichtigter Anwaltsverkehr	90
c) Vorrang des Vertraulichkeitsschutzes	91
2. Grundlagen des Vertraulichkeitsschutzes.....	91
a) Persönlichkeitsrecht.....	91
b) Vertrag	92
c) Zugang zum Recht.....	92
3. Unterschiedliche Ausgestaltung	92
B. Schweizer Lösung.....	93
1. Geheimhaltungspflicht	94
a) Art. 13 BGFA.....	94
b) Art. 321 StGB.....	95
c) Einheitlicher Geheimnisbegriff	95
d) Vorrang der Geheimhaltungspflicht.....	96
2. Unbeaufsichtigter Verkehr mit dem Anwalt	96
3. Besonderheiten zum Geltungsbereich	97
a) Anwälte aus der EU und der EFTA	97
b) Double Deontology.....	97
c) Unternehmensjuristen.....	99
d) Anwaltstypische Tätigkeit	100
e) Einflussbereich des Anwalts	100
f) Beginn und Ende.....	101
4. Terminologie.....	101
C. Geheimnis und Geheimnisschutz.....	102
1. Geheimnis.....	102
a) Gegenstand	102
b) Vertraulichkeit	103
c) Vom Klienten anvertraut.....	106

d) In Ausübung des Berufs wahrgenommen	108
e) Datenträger, Übermittlungsmittel	110
f) Besitz des Datenträgers	110
2. Geheimnisherr	110
a) Klient	111
b) Erben des Klienten.....	113
c) Liquidation juristischer Personen	117
d) Fusion, Spaltung, Vermögensübertragung.....	117
3. Geheimniswahrer.....	120
a) Mandatsführender Anwalt	120
b) Anwälte im selben Büro	122
c) Hilfspersonen.....	122
d) Aufsichts- und Prüfungsbehörden	125
e) Personen mit anderen gesetzlichen Geheimhaltungspflichten...	126
4. Pflichten des Anwalts	128
a) Schweigepflicht.....	129
b) Geheimhaltungspflicht.....	129
c) Verantwortung für Hilfspersonen	130
D. Offenlegung von Vertraulichem	131
1. Rechtfertigung einer Offenlegung.....	131
2. Mögliche Grundlagen	132
a) Klienteninteressen	132
b) Rechtsmissbrauch	133
c) Melde- oder Auskunftspflicht	134
d) Notwehr, Notstand	136
e) Entbindung.....	138
3. Schonende Offenlegung	138
a) Im Interesse des Klienten	139
b) Im Interesse anderer.....	139
4. Verletzung des Berufsgeheimnisses	139
E. Entbindung insbesondere	141
1. System der Entbindung	141
a) Formelle Voraussetzung zur Offenlegung.....	141
b) Materielle Entbindungsgründe	142
c) Ermächtigung, nicht Pflicht.....	143
2. Entbindung durch den Klienten.....	144
a) Einwilligung und Widerruf.....	145
b) Konkludente Einwilligung.....	146
c) Handlungsunfähigkeit des Klienten.....	148
d) Tod des Klienten	148
e) Wirkungen der Einwilligung	149
3. Entbindung durch die Aufsichtsbehörde	150
a) Entbindungsgesuch	150

b) Entbindungsgründe.....	152
c) Wirkungen des Entscheids.....	154
4. Fallgruppen vor Aufsichtsbehörde	155
a) Im Interesse des Klienten	155
b) Im Interesse der Erben des Klienten.....	156
c) Im Interesse des Anwalts	159
d) Im Interesse Dritter.....	162
e) Im Interesse des Fiskus.....	163
f) Im Interesse der Strafverfolgung	168
g) Im Interesse gerichtlicher Wahrheitsfindung	170
F. Zwangsmassnahmen	171
1. Zwangsmassnahmen und Berufsgeheimnis.....	171
a) Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen	171
b) Vorrang des Geheimnisschutzes	173
c) Rechtfertigung des Zugriffs auf Vertrauliches.....	173
2. Beschlagnahme beim Anwalt	174
a) Beschlagnahmefreies Verteidigermaterial	175
b) Stellungnahme des Anwalts.....	176
c) Siegelung	176
d) Angeschuldigter Anwalt	177
3. Beschlagnahme beim Klienten und bei Dritten.....	179
a) Unvollständiger Schutz.....	179
b) Legal Privilege.....	180
4. Überwachungsmaßnahmen	181
a) Beim Klienten und bei Dritten.....	181
b) Beim Anwalt	182
5. Unabhängige Prüfungsinstanz.....	184
G. Praktische Bedeutung der Schweigepflicht.....	186
H. Ergebnisse	188
5. Teil: Kernbereich: Verbot von Interessenkonflikten.....	193
A. Funktion und Bedeutung.....	193
B. Lösung des BGFA.....	194
1. Klienteninteressen	195
a) Mandat	195
b) Vertraulichkeit	195
c) Umschreibung durch den Klienten	196
d) Kein Schutz weiter gehender Interessen	197
2. Konflikt.....	198
a) Mandatskonflikt	200
b) Vertraulichkeitskonflikt	202
c) Risiko und Anschein eines Konflikts	202

3.	Einwilligung des Klienten zum Konflikt.....	203
	a) Zulässigkeit.....	203
	b) Voraussetzungen einer Einwilligung.....	205
	c) Konkludente Einwilligung.....	206
	d) Prüfung im Klienteninteresse.....	207
	e) Wirkung der Einwilligung.....	207
	f) Praktische Bedeutung der Einwilligung.....	208
4.	Vermeiden von Konflikten.....	208
	a) Ablehnung des Mandats.....	209
	b) Änderung des Mandats oder Einwilligung.....	209
	c) Niederlegung des Mandats.....	210
	d) Zurückhaltung bei Konfliktpotenzial.....	210
5.	Verletzung des Verbots.....	211
6.	Geltungsdauer.....	212
C.	Fallgruppen.....	213
1.	Interessen anderer Klienten.....	213
	a) Mandatskonflikte.....	213
	b) Vertraulichkeitskonflikte.....	218
	c) Mehrfachmandate.....	219
	d) Ehemalige Klienten (Parteiwechsel).....	221
	e) Massgebender Klientenkreis.....	222
	f) Anderen Klienten nahestehende Personen.....	224
2.	Interessen sonstiger Personen mit geschäftlichem Bezug.....	224
	a) Andere Anwälte im Büro.....	225
	b) Hilfspersonen.....	225
	c) Arbeitgeber.....	226
	d) Ausgliederte Rechtsabteilungen, ehemalige Arbeitgeber.....	229
	e) Organfunktionen.....	230
	f) Funktionen in der Justiz.....	231
	g) Funktionen in der öffentlichen Verwaltung.....	232
	h) Parlamentarier.....	234
	i) Sonstige geschäftliche Beziehungen.....	235
3.	Interessen von Personen mit privatem Bezug.....	237
4.	Eigeninteressen des Anwalts.....	238
	a) Mittelbare und unmittelbare.....	239
	b) Rechtsgeschäfte mit dem Klienten.....	240
	c) Wirtschaftliche Beziehungen zum Klienten.....	241
	d) Persönliche Abneigungen.....	242
	e) Vorbefassung.....	242
	f) Publikationen und Gutachten.....	243
	g) Problematische Einwilligung.....	243
D.	Praktische Bedeutung des Konfliktverbots.....	244
E.	Ergebnisse.....	245

6. Teil: Unabhängigkeit	249
A. Funktion und Bedeutung	249
1. Keine absolute Unabhängigkeit	249
2. Notwendiger Umfang	250
a) Vertraulichkeit	250
b) Unbeeinflusste Interessenwahrung	250
c) Lösungsmöglichkeiten	251
3. Weitergehender Umfang	251
B. Lösung des BGFA	253
C. Unabhängigkeit als Berufsregel	254
1. Allgemeine Aufforderung	254
a) Mandatsbezogene Unabhängigkeit	254
b) Keine Verhaltenspflicht	255
c) Unabhängigkeit vom Staat	257
d) Unabhängigkeit vom Klienten	258
e) Wirtschaftliche Unabhängigkeit	261
f) Sonstige Abhängigkeiten	261
2. Eigenverantwortliche Berufsausübung	262
a) Angestellte Anwälte	262
b) Privatrechtliche Verantwortung	262
c) Disziplinarische Verantwortung	263
D. Institutionelle Unabhängigkeit	264
1. Grundsatz	265
a) Unabhängige Berufsausübung	265
b) In der Lage sein,	266
c) Infrastruktur	268
d) Absprachen und etablierte Abläufe	269
e) Prüfung der Rahmenbedingungen	271
f) Einwilligung	271
2. Spezialfall Anstellung	272
a) Tätigkeit im Rahmen der Anstellung	272
b) Tätigkeit ausserhalb der Anstellung	275
3. Gesetzliche Ausnahmen	281
a) Anstellung bei registrierten Anwälten	281
b) Anstellung bei gemeinnützigen Organisationen	282
4. Konsequenzen der Nicht-Registrierung	284
a) Inhaber kantonaler Patente	284
b) Inhaber eines EU- und EFTA-Patents	285
E. Praktische Bedeutung der Unabhängigkeit	285
1. Berufsregel	285
2. Institutionelle Unabhängigkeit	285
F. Ergebnisse	286

7. Teil: Organisationsformen von Anwaltsbüros	289
A. Das Anwaltsbüro – ein geschlossenes System	289
1. Durchlässigkeit innerhalb des Anwaltsbüros.....	289
2. Geschlossenheit gegen aussen.....	290
B. Regelung des BGFA	291
1. Durchlässigkeit	291
a) Anwaltsbüro wie <i>ein</i> Anwalt.....	291
b) Umfang des Anwaltsbüros.....	292
c) Beurteilungskriterien	292
d) Chinese Walls	293
2. Geschlossenes System	294
a) Persönliche berufsrechtliche Verantwortung	294
b) Verantwortung für Hilfspersonen	296
c) Institutionelle Unabhängigkeit.....	298
3. Anwälte und Nicht-Anwälte.....	299
4. Hilfspersonen	300
a) Zulässigkeit des Bezugs von Hilfspersonen	300
b) Lücke im geschlossenen System	300
5. Konsequenzen	301
a) Registereintrag.....	302
b) Verhaltenspflichten	303
c) Einschränkung der Organisationsfreiheit	303
C. Einzelbüro – Kooperation – Anwaltsgemeinschaft	306
1. Einzelbüro	306
2. Kooperationen	307
a) Korrespondenzanwälte	307
b) Netzwerke	308
3. Anwaltsgemeinschaften.....	308
D. Rechtsformen von Anwaltsgemeinschaften	309
1. Anwaltskörperschaft.....	310
a) Freier Beruf – kaufmännisches Unternehmen	311
b) Anstellung bei der Anwaltskörperschaft.....	313
c) Mandat mit der Anwaltskörperschaft	314
d) Prozessvollmacht der Anwälte.....	315
e) Eigenverantwortlichkeit der Anwälte.....	316
f) Persönliche Haftung.....	317
g) Hilfspersonen der Anwaltskörperschaft.....	318
h) Keine grundsätzlichen Einwände	318
2. Einfache Gesellschaft	319
a) Anwälte als Gesellschafter	319
b) Nicht-Anwälte als Gesellschafter	320
3. Kollektivgesellschaft	323

4. Aktiengesellschaft	324
a) Generalversammlung	325
b) Verwaltungsrat	328
c) Verwaltungsratspräsident	332
d) Geschäftsleitung	333
e) Revisionsstelle	335
f) Voraussetzungen der Anwalts-AG	338
5. Andere Rechtsformen	338
a) Kommanditgesellschaft	338
b) GmbH	339
c) KommanditAG	339
d) Genossenschaft	340
e) Verein und Stiftung	340
6. Keine Einschränkung der Rechtsformen	341
a) Registereintrag	341
b) Berufsregeln	341
E. Branchenübergreifende Anwaltsbüros	343
1. Branchenfremde Tätigkeit der Anwälte	344
2. Branchenfremde Erfüllungsgehilfen	345
a) Für anwaltliche Tätigkeit	345
b) Für branchenfremde Tätigkeit	345
3. Branchenfremde Partner	346
a) Keine gleichwertigen Pflichten	346
b) Hilfsperson von Anwälten	347
c) Federführung branchenfremder Partner	348
d) Registereintrag	348
e) Berufsregeln	349
F. Multinationale Anwaltsbüros	350
1. Registereintrag	350
a) Gleichwertigkeit der Berufsregeln	350
b) Hilfspersonen	351
c) Prüfung der Voraussetzungen	351
2. Berufsregeln	352
a) Schweizer Anwälte	352
b) Ausländische Anwälte	352
G. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf	353
H. Ergebnisse	355
8. Teil: Sorgfaltspflicht und überholte Leerformeln	359
A. Paradigmenwechsel des BGFA	359

B. Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA	360
1. Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit	360
a) Keine eigenständige Verhaltenspflicht	360
b) Qualifizierte Normverletzung	363
c) Verstärkung der Rechtsordnung	364
2. Konkretisierung der Generalklausel	364
a) Normverletzung	365
b) Subsidiarität	367
c) Verletzung durch den Anwalt	367
3. Sorgfaltswidrigkeit gegenüber dem Klienten	367
4. Sorgfaltswidrigkeit im Rechtsverkehr	368
a) Absolute Rechte	368
b) Treu und Glauben	369
c) Strafrecht	373
5. Sorgfaltswidrigkeit im Verfahren	374
a) Verfahrensordnung	374
b) Treu und Glauben	375
c) Absolute Rechte	379
d) Strafrecht	380
C. 21 typische Leerformeln	382
1. Würde, Ansehen und Stil	383
2. Gebührende Achtung und gebotener Anstand	384
3. Sachlichkeit	386
4. Gehilfe des Richters, Diener des Rechts	387
5. Kein Gewinnstreben	388
6. Verpflichtung auf den Rechtsstaat	388
7. Rechtsverwirklichung	389
8. Verwerfliche Standpunkte und Ziele	391
9. Schaffung klarer Verhältnisse	392
10. Geordneter Gang der Justiz	393
11. Entlastung der Justiz	394
12. Vermeidung aussichtsloser Verfahren	395
13. Unrechtmässige Beweismittel	396
14. Irreführung des Gerichts	397
15. Zurückhaltung bei öffentlichen Auftritten	398
16. Werbeverbot	400
17. Verbot des Erfolgshonorars	400
18. Verbot von Vermittlungsprovisionen	402
19. Verbot der Haftungsfreizeichnung	403
20. Privilegien der Anwälte	404
21. Pflicht zur Führung einer Kanzlei	405
D. Ergebnisse	406

9. Teil: Schlussbemerkungen und Ausblick	407
A. Grundfragen des Anwaltsrechts	407
1. Klienteninteresse	407
2. Rolle des Anwalts im Justizsystem	407
3. Zugang zum Recht.....	408
4. Spannungsfeld	408
5. Position des BGFA	409
B. Veränderung des Anwaltsberufs	411
1. Nachfrage	411
2. Angebot.....	412
3. Vorteile und Gefahren	415
4. Auseinanderdriften	416
5. Gemeinsame Klammer.....	417
C. Ausblick	417
1. Deregulierung – Konsumentenschutz.....	417
2. Minimale Regelung	419
3. Verzicht auf Überflüssiges – Bewahren des Kernbereichs	419
 Anhänge	
I Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000 (SR 935.61)	423
II Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte (Dienstleistungsrichtlinie) ...	435
III Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde (Niederlassungsrichtlinie)	439
IV Schweizerische Standesregeln, erlassen vom Schweizerischen Anwaltsverband am 10. Juni 2005 (SSR-SAV)	451
V Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Union, angenommen vom CCBE am 28. November 1998	459
Sachregister	471