

Berufsrecht – Schutz der Klienten und der Anwaltschaft

Vortrag Zürcherischer Juristenverein

Georg Rauber

5. Oktober 2023

Übersicht

1. Einige Grundlagen

- Berufs- und Standesrecht: eine Einordnung
- Grundsätzliches
- Geltungsbereich Berufs- und Standesrecht
- Drei Pfeiler des Berufsrechts

2. Unabhängigkeit

3. Anwaltsgeheimnis

4. Vermeidung von Interessenkonflikten

5. Antwort auf die Frage im Titel

Einige Grundlagen

Berufs- und Standesrecht: eine Einordnung

- Der Unterschied: Berufs- vs. Standesrecht
- Aber: Standesrecht dient der Konkretisierung allgemeiner Grundsätze des Berufsrechts (z.B. "der Anwalt arbeitet sorgfältig und gewissenhaft", wie in Art. 12 lit. a BGFA vorgeschrieben)
- Rechtsquellen
 - Berufsrecht:
 - Freizügigkeitsgesetz (BGFA)
 - Kantonale Anwaltsgesetze (AnwG ZH)
 - EMRK, BV, ZPO, StPO, etc.
 - Standesrecht:
 - Schweizerische Standesregeln (SSR)
 - CCBE Code of Conduct for European Lawyers
 - IBA International Code of Ethics
- Totalrevision der SSR 2023
 - Das Ziel
 - Der mögliche Erfolg

Grundsätzliches

- Rechtsstaat als tragendes Prinzip
- Grundlegendes zum Funktionieren des Rechtsstaats
 - Zugang zum Recht
 - Gutes Funktionieren der Gerichtsbarkeit
- Rolle der Anwältin, des Anwalts
 - Garantie des Zugangs zum Recht
 - Anwaltsmonopol
 - Gehilfen der Gerichtsbarkeit?
- Funktion des Berufs- und Standesrechts
 - Geregelter und letztlich garantierter Zugang zum Recht
 - Qualitätssicherung
 - Aufsicht und Disziplinierung der Berufsträger

Geltungsbereich Berufs- und Standesrecht

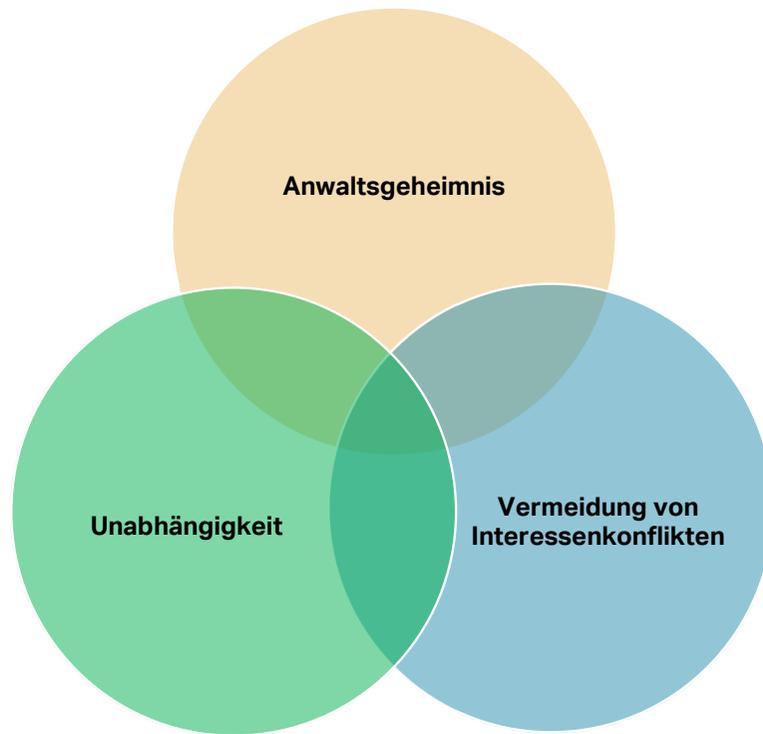
— Berufsrecht

- Persönlicher Geltungsbereich
 - Registrierte Anwält*innen
 - EU-, EFTA- und UK- Anwält*innen (Liste 28)
 - EU-, EFTA- und UK-Anwält*innen im freien Dienstleistungsverkehr
 - Achtung: nicht registrierte Anwält*innen im Kanton Zürich: Pflicht zum Eintrag in Anwaltsliste; Berufsregeln des BGFA qua Verweises in § 14 Abs. 1 AnwG ZH anwendbar
- Sachlicher Geltungsbereich
 - Monopolbereich klar (Art. 2 BGFA)
 - Beratungsbereich: Zwar gesetzlich nicht völlig klar, politisch zuweilen umstritten, nach herrschender Praxis aber Berufsregeln des BGFA anwendbar, wenn Anwältin, Anwalt registriert oder im Freizügigkeitsverkehr tätig ist

— Schweizerisches Standesrecht

- Freiwillig durch Unterstellung
- Mitglied in SAV
- Beachtung der neuen SSR durch Nichtmitglieder des SAV?

Drei Pfeiler des Berufsrechts



Unabhängigkeit

Unabhängigkeit (1 / 2)

Dass die Anwältin, der Anwalt in ihrer und seiner Prozessvertretung und Beratung für die Klientschaft unabhängig handeln können muss,

ist unbestritten und gehört zum Kern des berufsrechtlich vorgegebenen und geschützten Berufsbild der Anwaltschaft

5. Oktober 2023

- Gesetzliche Grundlagen
 - Art. 8 Abs. 1 lit a BGFA: institutionelle Unabhängigkeit
 - Art. 12 lit. b BGFA: Unabhängigkeit in der konkreten Mandatsführung
- Unabhängig von wem?
 - Vom Staat, von den Gerichten, von den Untersuchungsbehörden, etc.
 - Von einem weisungsberechtigten Arbeitgeber
 - Von Dritten
 - Vom Klienten selbst
- Nur dann, wenn diese Unabhängigkeit organisatorisch und im einzelnen Mandat gewährleistet ist, kann die Anwältin, der Anwalt die Interessen der Klientschaft vorbehaltlos und bestmöglich vertreten
- Exkurs: Unabhängigkeit und Vermeidung von Interessenskonflikten (These Kaspar Schiller)

Drei Fälle

aus der bundesgerichtlichen
Praxis müssen Sie kennen

— **BGE 142 II 307**

- Entbindung vom Anwaltsgeheimnis zur Durchsetzung des Anwaltshonorars
- Wieso kein Vorschuss?
- Vorschuss bei wirtschaftlich bedeutenden Mandaten wegen Gewährleistung der Unabhängigkeit (Erw, 4.3.3 a.E.)

— **Von ZR 105 (2006) Nr. 71 über BGE 138 II 440 bis zu BGE 144 II 147 und ZR 117 (2018) Nr. 27**

- Anwaltskanzlei als Körperschaft (AG, GmbH)?
- Grundsätzlich ja: Durchgriff bei Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA
- Aber: Kontaminierung durch einen einzigen Nichtanwalt
- Oder dann doch nicht so streng?

— **BGE 145 II 229**

- Adresseintrag einer registrierten Anwältin bei einer Anwaltsplattform konkret ausgeschlossen, weil
- Vertrag: einseitig (Haftungsausschluss und –begrenzung; jederzeitiges Kündigungsrecht
- Anwaltsgeheimnis unzureichend geschützt: keine vertragliche Einbindung der Mitarbeitenden der Plattform; Haftung bei Verletzung nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit

Anwaltsgeheimnis

5. Oktober 2023

Die gesetzlichen Grundlagen:

**Man sieht, wie wichtig das
anwaltliche Berufsgeheimnis
ist**

- Völkerrecht: Art. 8 und 6 Ziff. 3 lit. c EMRK
- Verfassungsrecht: Art. 10 Abs. 2 und Art. 29 bis 32 BV
- Straf- und Verfahrensrecht
 - Art. 321 StGB
 - Art. 160 bis 167 ZPO
 - Art. 171 und 173 StPO
- Vertragsrecht
 - Gegenüber Klientschaft: Art. 398 OR
 - Gegenüber anwaltlichem Arbeitgeber: Art. 321a OR
- Berufsrecht
 - Art. 13 BGFA
 - § 14 Abs. 1 AnwG ZH
- Standesrecht
 - Art. 4 (neue) SSR

Sachlicher Umfang des Anwaltsgeheimnisses

- Nur Vertrauliches
- Also nie weitherum Bekanntes oder einfach und für jeden Eruiertes
- Von der Klientschaft Anvertrautes
- Sonst im Rahmen des Mandats in Erfahrung Gebrachtes
 - Art. 321 StGB: auch in Erfahrung Gebrachtes
 - Art. 13 BGFA: Nur Anvertrautes
 - Art. 4 SSR: auch in Erfahrung Gebrachtes
- Nur, was Anwältinnen und Anwälten bei deren Berufsausübung zugeht
- Nicht, was Anwältin, Anwalt privat wahrnimmt, oder was bei bloss akzessorischer Anwaltstätigkeit erfahren wird

Aus der Praxis

- **Kenntnisse aus einem parallelen Fall**
 - Unterstehen dem Anwaltsgeheimnis
 - Kann Klient entbinden, obwohl die vertraulichen Informationen nicht ihn, sondern Dritte betreffen?
- **Lesenswerter Fall C-694/20 (Urteil des EuGH vom 8. Dezember 2022)**
 - EU-Richtlinie 318/822 betreffend aggressive grenzüberschreitende Steuerstrukturen
 - Meldepflichten von Anwälten vs. Berufsgeheimnis
 - Verzicht, wenn Meldung an Intermediärskette oder Klient
 - Verstoss gegen Art. 8 Abs. 1 EMRK
- **Nochmals: BGE 144 II 147 (Verbot von MDP)**
 - Kontaminierung von Partnerschaft bei Beteiligung von Nichtanwältinnen
 - Erw. 5.3.3 (Art. 717 OR; recte Art. 715a OR)

Schlussbetrachtung:

Die akzessorisch anwaltliche Beratung

- In konstanter Rechtsprechung verweigert das Bundesgericht die Anwendung des Berufsgeheimnisses bei bloss akzessorischer Anwaltstätigkeit, insb. Geschäftsführung, Verwaltung von Gesellschaften, Vermögensverwaltung und Tätigkeit als Finanzintermediär
- Bisher: Bei gemischten Mandaten: was überwiegt objektiv (also entweder alles oder nichts geschützt)
- Interne Untersuchungen durch Anwaltskanzleien (BGer in 1B_264/2018; 1B_433/2017; 1B_85/2016 (Pra. 2017, Nr. 24)
 - GwG Compliance und Controlling als eigene Aufgabe von Banken
 - Dokumentation muss für Regulator und (Straf-) Behörden verfügbar sein
 - Kein Outsourcing an Anwälte für Geheimhaltung
 - Aussonderung der Ergebnisse anwaltstypischer Tätigkeit im Einzelfall und nur das ist geschützt
 - Fehlt es an Substantiierung, ist nichts geschützt

Vermeidung von Interessenkonflikten

Dass die Anwältin, der Anwalt in ihrer und seiner Prozessvertretung für die Klientschaft konfliktfrei handeln können muss,

ist unbestritten und gehört zum Kern des berufsrechtlich vorgegebenen und geschützten Berufsbilds der Anwaltschaft

- Rechtsgrundlagen
 - Art. 12 lit c BGFA
 - Art. 5 und Art. 23 (neue) SSR
- Fallkonstellationen (Konflikttypen)
 - Persönlicher Konflikt
 - Doppel- und Mehrfachvertretung
 - Parteiwechsel
- Konturen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
 - BGE 134 II 108: Konkreter Konflikt und Konfliktgefahr; Änderung der bisherigen Praxis
 - BGE 134 II 108: Aufgabe des Dogmas, gegen eigene Klienten nicht prozessieren zu können
 - BGer 2C_867/2021 und BGE 145 IV 218 (Pra. 2019, Nr. 123):
Strenge Praxis bei Kanzleiwechsel
 - A.a.O (e.a.) Keine Chinese Walls in Kanzleien
 - Zeitlicher Rahmen: Fortwährende Treuepflicht und Vertraulichkeit der Mandatsführung
- Angriffsmittel im Verfahren: Postulationsfähigkeit und Disqualifikation des Gegenanwalts

Das (ungelöste) Streitthema

Conflict Waiver

- Was ist das?
- Wo kommt es vor?
- Sind Conflict Waivers zulässig
 - Nach bundesgerichtlicher Praxis im Monopolbereich grundsätzlich nein
 - Im Beratungsbereich nach der Anwaltspraxis jedenfalls im Kanton Zürich ja
 - Wen schützt das Verbot von Interessenkonflikten
 - Klientschaft: dann muss Verzicht bei Transparenz zulässig sein
 - Funktion der Anwaltschaft im Rechtsstaat: dann ist Verzicht irrelevant
 - Auf jeden Fall: Verzicht widerrufbar
 - Rechtfertigt sich unterschiedliche Behandlung im Monopol- und Beratungsbereich?

Wenn Zeit bleibt: Was halten Sie davon:

Regelungen in der neuen SSR

Art. 5

(1) Anwältinnen und Anwälte vertreten, beraten, verteidigen in derselben Angelegenheit nie mehr als eine Klientschaft, sofern ein Konflikt oder unter den massgebenden Umständen des Einzelfalls eine konkrete und ernsthafte Gefahr eines Konfliktes besteht, welche die Anwältin oder den Anwalt in der unabhängigen Mandatsführung behindert. Sie beenden alle Mandate mit allen betroffenen Klientschaften, sobald ein Konflikt oder die konkrete und ernsthafte Gefahr eines solchen eintritt.

(2) Anwältinnen und Anwälte nehmen keine Mandate an, sofern das Berufsgeheimnis bezüglich Informationen, die ihnen eine Klientschaft anvertraut hat, dadurch verletzt zu werden droht, oder wenn die Kenntnisse dieser Angelegenheit sich zum Nachteil dieser betreffenden Klientschaft auswirken könnte.

(3) Anwältinnen und Anwälte vermeiden jeden Konflikt im erteilten Mandat zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den eigenen oder den Interessen Dritter.

Art. 23

(1) Die Bestimmungen über die Vermeidung von Interessenskonflikten gelten in einer Anwaltschaftsgemeinschaft sowohl für sie selbst als auch für jeden ihrer Angehörigen. Interessenskonflikte der einzelnen Angehörigen werden allen Angehörigen der Anwaltschaftsgemeinschaft zugerechnet.

(2) Bei Kanzleiwechseln und bei Zusammenschlüssen von Anwaltskanzleien treffen die Beteiligten alle unter den Umständen des Einzelfalls erforderlichen Vorkehrungen zur Wahrung des Berufsgeheimnisses und zur Vermeidung von Interessenskonflikten.

(3) Insbesondere ist sicherzustellen, dass bei einem Kanzleiwechsel die Anwältin oder der Anwalt in der aufnehmenden Kanzlei nicht in Mandaten tätig wird, in welchen sie oder er zuvor für die Gegenpartei eingesetzt war.

Antwort auf die Frage im Titel

Berufsrecht - **Schutz der Klienten und der Anwaltschaft?**

Wir haben gesehen: Berufsrecht schützt Klientenschaft im Zugang zum Recht. Auch spielen immer wieder institutionelle Überlegungen eine Rolle, die den Anwaltsstand als solchen betreffen.

Alos: Das Berufsrecht schützt

- die Klientenschaft,
- den Rechtsstaat, in welchem die Anwaltschaft eine institutionelle Rolle wahrzunehmen hat,
- sicher aber nicht die Anwaltschaft, auch wenn sie ein Interesse daran haben mag, in einem regulierten Umfeld tätig zu sein

Danke für Ihre Aufmerksamkeit

und nun zu den Fragen und Anregungen aus Ihrem
Kreis

Homburger AG
Prime Tower
Hardstrasse 201
CH-8005 Zürich

Georg Rauber
georg.rauber@homburger.ch
T +41 43 222 15 74
M +41 79 603 95 01