

BGFA Art. 6 Abs. 2, 8 Abs. 1 lit. d; VRG §§ 41 Abs. 2, 48 Abs. 3.

Anwaltskörperschaft / Registereintrag.

Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA nach Sinn und Zweck; Anforderungen an die Ausgestaltung einer Anwalts-Aktiengesellschaft, um der institutionellen Unabhängigkeit im Sinne des BGFA zu genügen: Zu verlangen ist, dass auf allen Entscheidungsebenen (in der Generalversammlung, im Verwaltungsrat und - eingeschränkt auf mandatsbezogene Belange - auch in der Geschäftsleitung) Beschlüsse (Sachgeschäfte und Wahlen) nur zustande kommen, wenn die zustimmende Mehrheit, welche die gesetzlich oder statutarisch vorgegebenen Quoren erreicht, mehr (nach Köpfen gezählt) eingetragene Anwältinnen und Anwälte als nicht eingetragene Personen auf sich vereinigt.

Die Rechtsanwaltskanzlei X. ersucht um eine Vorentscheidung, ob bei Umstrukturierung der Kanzlei in eine Aktiengesellschaft die Anwältinnen und Anwälte weiterhin im Anwaltsregister registriert werden können.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht bejaht die Aufsichtskommission die Kompetenz für Vorentscheidungen im Sinne von § 48 Abs. 3 VRG in Verbindung mit § 41 Abs. 2 VRG.

Aus den Erwägungen:

"III. Unabhängigkeit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA

1. Die Eintragung von Anwältinnen und Anwälten ins kantonale Anwaltsregister setzt voraus, dass die fachlichen Voraussetzungen nach Art. 7 BGFA und die persönlichen Voraussetzungen nach Art. 8 BGFA erfüllt sind.

Diese Voraussetzungen sind bei den derzeitigen Anwältinnen und Anwälten in der Kanzlei der Gesuchstellerin gegeben. Die fachlichen Voraussetzungen nach Art. 7 BGFA sind an die Person gebunden gleich wie die persönlichen Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 1 lit. a-c BGFA. Sie erfahren keine Veränderung durch die Umwandlung der Kanzlei der Gesuchstellerin in eine Aktiengesellschaft. Zu prüfen bleibt, wie sich eine allfällige Umwandlung auswirkt auf die Voraussetzung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA, wonach die Anwältinnen und Anwälte in der Lage sein müssen, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben, und nur Angestellte von Personen sein können, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind.

2.1 Die Unabhängigkeit gilt als Grundsatz von herausragender Bedeutung (BGE 130 II 87/93), der auch international weiterum (oder, wie das

Bundesgericht annimmt, sogar weltweit) anerkannt ist. Sie bezweckt, Anwältinnen und Anwälten grösstmögliche Freiheit zu verschaffen gegenüber Klientschaft, Dritten und auch Behörden, damit sie sich bei der Interessenwahrung allein von sachbezogenen Gesichtspunkten leiten lassen. Der Unabhängigkeit bedürfen Anwältinnen und Anwälte, um die Aufgaben wahrzunehmen, die ihnen der Rechtsstaat zuweist (Stahelin/Oetiker, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 8 N 32). Die Unabhängigkeit bildet Voraussetzung für das Vertrauen in die Anwaltschaft und die Justiz.

2.2 Die Unabhängigkeit ist ausgeprägt verwirklicht im traditionellen Berufsbild des freien Anwalts, der selbständig ein Anwaltsbüro betreibt. Anwältinnen und Anwälte haben jedoch längst begonnen, sich zur Berufsausübung zusammenzuschliessen, wobei äusserst vielfältige Formen entstanden sind. Nebst den nur intern wirkenden (interne Unkostengemeinschaft) gibt es auch extern wirkende Zusammenschlüsse (mit gemeinsamer Bezeichnung), die sich als Bürogemeinschaft mit gemeinsamer Tragung der Unkosten oder als Anwaltsgemeinschaft (Sozietät) mit umfassendem Zweck darstellen (Ruoss, Anwaltliche Sorgfalt und die Folgen anwaltlicher Unsorgfalt in einer Sozietät, in: Die Sorgfalt des Anwalts in der Praxis, S. 80). Die Anwaltsgemeinschaft erfasst die von den beteiligten Anwältinnen und Anwälten in einem gemeinsamen Unternehmen ausgeübte Berufstätigkeit insgesamt.

Intern wirkende Zusammenschlüsse von Anwältinnen und Anwälten sowie Bürogemeinschaften sind zulässig, und zwar auch als Kapitalgesellschaften. Das gilt nicht ohne weiteres auch für Anwaltsgemeinschaften.

Bisherige Anwaltsgemeinschaften qualifizieren sich als einfache Gesellschaften oder als Kollektivgesellschaften (Fellmann, Anwaltsrevue 10/2003, S. 342/343). Wie das Bundesgericht bereits im Jahre 1998 in BGE 124 III 363 befunden hat, handelt es sich jedenfalls um Kollektivgesellschaften, wenn Anwaltsgemeinschaften Tätigkeitsgebiete abdecken, die nach Art. 53 lit. A HRegV zu den eintragungspflichtigen Handelsgewerben mit Roheinnahmen von mindestens CHF 100'000 gehören (vgl. dazu auch Ruoss, a.a.O., S. 86/87). Heutzutage scheint jede grössere Anwaltsgemeinschaft, die nach aussen einheitlich auftritt,

als Kollektivgesellschaft zu gelten. Einfache Gesellschaften sind wie Kollektivgesellschaften personenbezogene Rechtsgemeinschaften, in deren Rahmen die zur Berufsausübung notwendige Unabhängigkeit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA als gewährleistet angesehen wird.

2.3 Die Kapitalgesellschaft als Rechtsform zur gemeinsamen Berufsausübung von Anwältinnen und Anwälten dagegen war seit jeher standespolitischen Bedenken ausgesetzt (Brunner, Die Anwaltschaft, Diss. Freiburg 1977, S. 448). Sie soll nicht zuletzt wegen der Gefahr der Kommerzialisierung dem liberalen Berufsbild des freien und unabhängigen Anwaltes widersprechen. Heute begegnet sie vorab dem Einwand mangelnder (institutioneller) Unabhängigkeit der angestellten Anwältinnen und Anwälte.

2.4 Der stetige Wandel der gesellschaftlichen und namentlich wirtschaftlichen Verhältnisse hat die Nachfrage hinsichtlich Rechtsdienstleistungen nachhaltig verändert (dazu Pfeifer, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, ZSR 115/1996, S. 291-299). Die Klientschaft ist zunehmend interessiert an Rechtsdienstleistungen, die wachsende und immer anspruchsvollere Anforderungen stellen in einem Umfeld, das in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ständig komplexer wird. In diesem Wettbewerb sind Anwaltschaften auf moderne Arbeitsmittel angewiesen, die effizientere Arbeitsweisen und immer raschere weltweite Kommunikation ermöglichen. Als Folge davon haben sich auch in der Schweiz grössere Anwaltskanzleien gebildet, die mit allen neuen Technologien ausgestattet sind und hinsichtlich Qualitätssicherung, Spezialisierung und Fortbildung Schritt halten mit den nach neuen Managementmethoden geführten Dienstleistungsunternehmen. Für derartige Unternehmen erscheint die Anwalts-Aktiengesellschaft als gegebene gesellschaftliche Rechtsform. Damit verbunden wäre die Beschränkung der Haftung der Gesellschafter, die bei risikobehafteten Aufträgen mit grossem Schadenspotential als dringend erscheint. Das gilt vorab für die grossen im Wirtschaftsbereich international tätigen Anwaltskanzleien, aber auch kleinere und mittlere Anwaltskanzleien, die zahlenmässig noch deutlich überwie-

gen, dürften nicht zuletzt der Haftungsbeschränkung wegen an der Anwalts-Kapitalgesellschaft interessiert sein.

Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen hinsichtlich der Ausgestaltung auch eine Kapitalgesellschaft (namentlich Aktiengesellschaft oder GmbH) die unabhängige Berufsausübung von Anwältinnen und Anwälten zu gewährleisten vermag, entscheidet sich aufgrund von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA, dessen Sinngehalt es zu ermitteln gilt.

3.1 Wie bei der Auslegung vorzugehen ist, hat das Bundesgericht in BGE 124 III 229/235 E. 3c wie folgt beschrieben: 'Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst, d.h. nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen auszulegen; dabei hat sich die Gesetzesauslegung vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz; gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis' (dazu BSK ZGB I - Honsell, Art. 1 N 4). Welche Aspekte zu berücksichtigen sind, zeigen die Auslegungselemente auf, ohne dass eine bestimmte Rangordnung vorgegeben wäre. Ausschlaggebend ist letztlich der sachliche Gehalt eines Elementes im Hinblick auf die Verwirklichung der ratio legis (teleologisches Element).

Das auf die ratio legis ausgerichtete teleologische Element gebietet eine einschränkende Auslegung, wenn der in der Norm enthaltene Rechtsgedanke weniger weit reicht als der Text (teleologische Restriktion oder Reduktion; Honsell, a.a.O., Art. 1 N 16).

Besondere Bedeutung kommt namentlich bei jüngeren Gesetzen dem historischen Element zu, das den Willen des Gesetzgebers einbringt, so wie er in der Botschaft des Bundesrates und in den Ratsprotokollen zum Ausdruck kommt (Honsell, a.a.O., Art. 1 N 9).

Zu beachten ist nicht zuletzt auch die Bundesverfassung, indem derjenigen Auslegungsvariante der Vorzug gegeben wird, die im Einklang steht mit der höherrangigen Rechtsnorm (verfassungskonforme Auslegung, Honsell, a.a.O., Art. 1 N 18).

3.2 Die Anwaltstätigkeit fällt grundsätzlich in den Schutzbereich der von Art. 27 BV garantierten Wirtschaftsfreiheit (dazu und zum Folgenden das Bundesgericht noch vor dem Inkrafttreten des BGFA in Beurteilung einer staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, Entscheid vom 8. Januar 2001 2P.187/2000, Pra 90/2001 Nr. 141). Die Einschränkung dieser Anwaltstätigkeit bedarf nach Art. 36 BV einer gesetzlichen Grundlage (Abs. 1); sie muss sich überdies durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter rechtfertigen lassen (Abs. 2) und verhältnismässig sein (Abs. 3).

Als wirtschaftspolizeiliche Bewilligung erlaubt die Eintragung ins Register nach Art. 6 BGFA die anwaltliche Berufsausübung im Monopolbereich. Die gesetzliche Grundlage für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit bilden Art. 7 und 8 BGFA, wonach zur anwaltlichen Berufsausübung nur zugelassen wird, wer die darin aufgestellten persönlichen und fachlichen Voraussetzungen erfüllt. Diese Zulassungsbeschränkung dient dem Schutze des rechtsuchenden Publikums und liegt damit im öffentlichen Interesse. Die Verhältnismässigkeit als weitere Voraussetzung gebietet, dass die anwaltliche Berufsausübung nur soweit eingeschränkt wird, als es die mit der Zulassungsbeschränkung verfolgte Zielsetzung erfordert.

4. Auszugehen ist bei der Auslegung stets vom Wortlaut (Honsell, a.a.O., Art. 1 N 3). Das Gesetz umschreibt den Begriff der anwaltlichen Unabhängigkeit weder in Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA im Zusammenhang mit der Eintragung im Anwaltsregister noch in Art. 12 lit. b BGFA, wo die unabhängige Berufsausübung in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung als Berufsregel verankert ist.

Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d Teilsatz 2 BGFA können Anwältinnen und Anwälte Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits im Anwaltsregister eingetragen sind. Eine Anwalts-Kapitalgesellschaft selbst kann nicht im Anwaltsregister eingetragen werden. Bei wörtlicher Auslegung könnten demnach die bei einer Anwalts-Kapitalgesellschaft angestellten Anwältinnen und Anwälte von vornherein nicht

eingetragen werden. Zu prüfen bleibt, ob diese Auslegung dem Sinne des Gesetzes entspricht.

5.1 Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) datiert vom 23. Juni 2000 und ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten. Es handelt sich somit um einen verhältnismässig jungen Erlass, weshalb dem historischen Auslegungselement besonderes Gewicht zukommt.

Es ist schon verschiedentlich nachgezeichnet worden, wie im Gesetzgebungsverfahren die heute gültige Fassung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA entstanden ist (unter anderem von Nater, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte: Eine Übersicht, in: Professional Legal Services: Vom Monopol zum Wettbewerb, Zürich 2000, S. 12-17; gleichenorts auch Nobel, Organisationsfreiheit für Rechtsanwälte, S. 140-145).

Bereits der Vernehmlassungsentwurf sah als Berufsregel (und nur als solche) für Anwältinnen und Anwälte vor (VE Art. 11 Bst. a): 'sie üben ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung aus', wobei das Bundesamt für Justiz im Erläuternden Bericht darauf hingewiesen hatte, dass es den Kantonen überlassen bleibe, die Anforderungen an die Unabhängigkeit festzulegen. Danach hätte die frühere, im Vergleich zu etlichen anderen Kantonen liberalere Praxis im Kanton Zürich (ZR 79/1980 Nr. 126) weitergeführt werden können.

Der bundesrätliche Gesetzesentwurf (BBI 1999, S. 6078 ff.) übernahm diese Berufsregel (E Art. 11 Bst. a), machte die Unabhängigkeit aber zusätzlich zur persönlichen Voraussetzung für den Registereintrag, indem er vorsah (E Art. 7 Bst. f), dass Anwältinnen und Anwälte in der Lage sein müssten, 'den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben'. Damit sollte sichergestellt werden, dass die registerführende Behörde bereits bei der Eintragung prüft, ob die Anwältin oder der Anwalt in der Lage ist, den Beruf unabhängig auszuüben. Laut bundesrätlicher Botschaft (BBI 1999, S. 6013, 172.17) wurde mit dem Entwurf eine relativ einfache und offene Lösung angestrebt, um eine mögliche Entwicklung in diesem Bereich nicht zu blockieren (mit Hinweis in einer Fussnote: 'Die Frage der Organisation von Anwaltskanzleien [beispielsweise in Form einer Aktiengesellschaft] wird sich

- wie bereits in zahlreichen anderen Staaten - wahrscheinlich bald auch in der Schweiz stellen.‘), in der Frage der angestellten Anwältinnen und Anwälte eurokompatibel zu bleiben und eine in der ganzen Schweiz gültige Umschreibung der Unabhängigkeit zu ermöglichen. Diese Lösung überlasse es den Aufsichtsbehörden und den Gerichten, die Konturen der Unabhängigkeit zu bestimmen und vor allem auch dem Problem der Interessenkollision Rechnung zu tragen. Sie beeinträchtige die Entwicklung der kantonalen Praxis in diesem Bereich nicht und begünstige auf dem Weg der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Entstehung eines in der Schweiz einheitlichen Begriffs der Unabhängigkeit und führe damit zu einer fortschreitenden Harmonisierung der kantonalen Praxis.

5.2 In der Folge wurde die Unabhängigkeit in den eidgenössischen Räten zum geradezu zentralen Thema der Beratungen über die Gesetzesvorlage und schliesslich ging aus den verschiedenen Varianten die heute gültige Fassung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA hervor, die sich nicht darauf beschränkt, Unabhängigkeit im Anwaltsberuf zu fordern, sondern darüber hinaus ausschliesst, dass Anwältinnen und Anwälte Angestellte von Personen sein können, die nicht in einem kantonalen Register eingetragen sind. Massgebend dafür war die Auffassung, dass die bei Unternehmen wie namentlich Treuhand- und Versicherungsgesellschaften oder auch Banken als Mitarbeiter angestellten Anwältinnen und Anwälte nicht unabhängig seien. Zum Schutze der Klientschaft seien sie daher von der Berufsausübung im Monopolbereich auszuschliessen.

5.3 In den eidgenössischen Räten kam auch die Organisationsfreiheit der Anwältinnen und Anwälte zur Sprache. Im Verlaufe der Beratungen über das BGFA ergänzte der Ständerat in der Wintersession 1999 den Art. 11 lit. b des Gesetzesentwurfs über die Berufsregeln wie folgt: 'sie (gemeint die Anwältinnen und Anwälte) sind aber in der rechtlichen Organisation ihrer Kanzleien frei' (vgl. dazu Nater, a.a.O., S. 24). Diese Ergänzung wurde vom Nationalrat alsbald wieder fallen gelassen, um die Prüfung der rechtlichen Organisationsformen von Anwaltskanzleien der Behandlung der Motion Cottier vorzubehalten. Mit dieser von beiden Räten im Jahre 2000 angenommenen Motion war der Bundesrat eingeladen

worden, 'die verschiedenen Organisationsformen für den Zusammenschluss von Angehörigen der freien Berufe (Anwälte, Ärztekollektive usw.) abzuklären und dem Parlament - soweit erforderlich - einen Entwurf für die geeignete rechtliche Grundlage zu unterbreiten'. Eine Antwort zu dieser Motion steht bis heute aus.

Obwohl der Versuch des Ständerates, die Organisationsfreiheit festzuschreiben, scheiterte, gibt es keine Anzeichen dafür, dass der beschlossene Gesetzestext des BGFA in den eidgenössischen Räten so verstanden worden wäre, als schränke er die Organisationsfreiheit der Anwältinnen und Anwälte ein.

6.1 Was die Rechtsprechung anbelangt, so hatte sich das Bundesgericht im Rahmen der Beurteilung von staatsrechtlichen Beschwerden bereits mit der anwaltlichen Unabhängigkeit zu befassen, bevor das BGFA am 1. Juni 2002 in Kraft trat.

Dabei ging es um die Vertretung von Kunden des Arbeitgebers. Wenn der angestellte Anwalt ein Mandat eines Kunden seines Arbeitgebers übernehme, tue er dies - auch - im Interesse seines Arbeitgebers, der ihm gegenüber aus dem Arbeitsverhältnis weisungsbefugt sei. Die Ausübung eines Mandates unter dem Einfluss des Arbeitgebers sei mit dem Erfordernis der anwaltlichen Unabhängigkeit nicht vereinbar. Die Möglichkeit der Vertretung von Personen, die mit dem Arbeitgeber in Beziehung stünden, sei dagegen zuzulassen, wenn der Anwalt im Einzelfall das Mandat führen könne, ohne durch ein möglicherweise vom Interesse des Klienten abweichendes Interesse des Arbeitgebers beeinflusst zu werden.

Aufgrund dieser Erwägungen nahm das Bundesgericht an, der Grundsatz der Unabhängigkeit sei nicht verletzt bei einem Anwalt, der als Angestellter einer Gewerkschaft deren Mitglieder beriet und auch vor Gericht vertrat; ebenso wenig bei einem Anwalt, der bei einer sozialen Institution tätig war. Einverstanden war das Bundesgericht aber damit (BGE 123 I 193), dass einem leitenden Angestellten einer Rechtsschutzversicherung untersagt wurde, als Anwalt Kunden des Arbeitgebers zu vertreten. Auch bestätigte das Bundesgericht einen Disziplinentscheid (Pra 90/2001 Nr. 141), womit einem Anwalt verwehrt worden war, als Arbeitnehmer einer Treuhandgesellschaft in dem registrierten Anwälten vorbehaltenen Monopolbereich der berufsmässigen Vertretung vor Gericht tätig zu werden.

6.2 Seit das BGFA in Kraft steht, hat das Bundesgericht bereits eine stattliche Anzahl von Verwaltungsgerichtsbeschwerden entschieden, die Eintragungen ins Anwaltsregister betrafen. Der veröffentlichte Entscheid vom 29. Januar 2004 (BGE 130 II 87) enthält alle wesentlichen Erwägungen, die in den übrigen, über Internet zugänglichen Entscheiden in gleicher oder ähnlicher Formulierung enthalten sind, ohne dass wesentlich neue Aspekte auftraten (Ausführliche Analyse der Gesuchstellerin; vgl. auch Nater, Anwaltsrubrik, SJZ 100/2004, S.139 ff.).

Im genannten Entscheid erwägt das Bundesgericht unter anderem, was folgt: Der Gesetz gewordene Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA drücke unmissverständlich den Willen der Parlamentsmehrheit aus, dass ein Anwalt im Angestelltenverhältnis den für die Tätigkeit im Monopolbereich erforderlichen Registereintrag nicht beanspruchen könne, es sei denn, der Arbeitgeber sei seinerseits ein im Register eingetragener Anwalt. Es bestehe insofern bei (nicht von Anwälten) angestellten Anwälten eine (unter bestimmten Voraussetzungen allerdings widerlegbare) Vermutung des Fehlens der Unabhängigkeit; diese werde im BGFA strukturell, institutionell umschrieben. Dementsprechend sei die institutionelle Unabhängigkeit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA so zu verstehen, dass das Fehlen der Unabhängigkeit bei Mandaten zu vermuten sei, die in irgend einem Zusammenhang mit der Anstellung stünden; so bei der Vertretung des Arbeitgebers selber oder verbundener Unternehmen sowie bei der Vertretung von Kunden des Arbeitgebers. Vertrete der Anwalt hingegen Klienten, die in keinerlei Beziehung zu seinem Arbeitgeber stünden, erscheine die anwaltliche Unabhängigkeit nicht beeinträchtigt.

7. Wie das Bundesgericht aufgezeigt hat, setzte sich in den eidgenössischen Räten abweichend vom bundesrätlichen Gesetzesentwurf eine restriktivere Auffassung durch, wonach den Anwältinnen und Anwälten, die als weisungsgebundene Mitarbeiter in einem Unternehmen namentlich der Bank-, Treuhand- oder Versicherungsbranche tätig sind, die institutionelle Unabhängigkeit abgeht. Entscheidend dafür war der drohende Interessenkonflikt zwischen den Interessen

des Arbeitgebers und den Interessen der Klientschaft der weisungsgebundenen Anwältinnen und Anwälte.

Auch das Bundesgericht erachtete wie bereits früher so auch in seiner Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA das Kriterium des Interessenkonfliktes als entscheidend, indem es einerseits die (institutionelle) Unabhängigkeit bei möglicher Einflussnahme durch den Arbeitgeber verneinte, andererseits aber in verfassungskonformer Auslegung die Unabhängigkeit bejahte, sobald eine Einflussnahme entfiel, wie bei der strikt getrennten Anwaltstätigkeit ausserhalb und ohne Konnex mit der Tätigkeit für den Arbeitgeber.

8.1 Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA zielt auf die als institutionell (oder auch strukturell) bezeichnete Unabhängigkeit, deren Vorliegen Voraussetzung bildet für die Eintragung ins Anwaltsregister, während Art. 12 lit. b BGFA als Berufsregel die Unabhängigkeit im Zuge der Berufsausübung fordert und ergänzt wird durch Art. 12 lit. c BGFA, wonach Anwältinnen und Anwälte jeden Konflikt zu meiden haben zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen.

Die institutionelle Unabhängigkeit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA lässt die anwaltliche Berufsausübung nur in einem Umfeld zu, das zum einen frei ist von Interessenkonflikten, wie sie vorab bei Unternehmen der Treuhand-, Bank- und Versicherungsbranche vorkommen, die Anwältinnen und Anwälte beschäftigen, und zum andern jegliche Fremdbindungen und Einflussnahmen Dritter auf die Anwältinnen und Anwälte ausschliesst, was sich insbesondere aus Art. 8 Abs. 1 lit. d Teilsatz 2 BGFA ergibt.

8.2.1 Die Anwalts-Kapitalgesellschaft dient der gemeinsamen Berufsausübung durch Anwältinnen und Anwälte. Wie diesem Zweck entsprechend die Anwalts-Kapitalgesellschaft, so suchen auch die angestellten Anwältinnen und Anwälte, durch getreue und sorgfältige Ausführung der ihnen übertragenen Mandate zu wirtschaftlichem Erfolg zu gelangen. Somit fehlt von vornherein ein Interessengegensatz zwischen der Arbeitgeberin und den angestellten Anwältinnen und Anwälten, der die Unabhängigkeit gefährden könnte.

8.2.2 Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d Teilsatz 2 BGFA können Anwältinnen und Anwälte Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind. Damit sollen unerwünschte Subordinationsverhältnisse und Weisungsbefugnisse vermieden werden, die der Gesetzgeber bei Unternehmen aus der Treuhand-, Versicherungs- und Bankbranche befürchtete.

Ausdrücklich zugelassen ist jedoch die Anstellung durch Personen, die im Register eingetragen sind. Auch können sich nach Art. 8 Abs. 2 BGFA Anwältinnen und Anwälte ins Register eintragen lassen, die bei anerkannten gemeinnützigen Organisationen angestellt sind, sofern ihre Parteivertretung strikte auf Mandate im Rahmen des von der betroffenen Organisation verfolgten Zwecks beschränkt bleibt. Es regt sich auch kein Widerstand, wenn Kollektivgesellschaften Anwältinnen und Anwälte anstellen. Nicht die Anstellung ist somit das entscheidende Element, sondern die Gefahr fremder Einflussnahme durch nicht eingetragene Personen, die um der Unabhängigkeit willen auszuschalten ist.

Die Gefahr fremder Einflussnahme erscheint aber bei der Anwalts-Kapitalgesellschaft als ausgeschlossen, wenn sie auf allen Entscheidungsebenen von eingetragenen Anwältinnen und Anwälten beherrscht wird und diese Beherrschung so angelegt ist, dass sie auf Dauer unverändert erhalten bleibt.

8.3 Auch die Anwalts-Kapitalgesellschaft vermag demnach bei geeigneter Ausgestaltung Gewähr zu bieten dafür, dass nicht in einem Anwaltsregister eingetragene Dritte weder rechtlich noch tatsächlich, weder direkt noch indirekt Einfluss nehmen können auf die angestellten Anwältinnen und Anwälte bei deren Berufsausübung (Fellmann, Rechtsformen der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten, Anwaltsrevue 10/2003, S. 349). Entgegen dem Wortlaut ist daher Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA in dem Sinne einzuschränkend auszulegen, dass die gemeinsame Berufsausübung durch Anwältinnen und Anwälte auch im Rahmen einer Anwalts-Kapitalgesellschaft erfolgen kann. Diese Auslegung entspricht dem Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA und schränkt die Wirtschaftsfreiheit nicht weiter ein, als es dessen Zweck erfordert.

IV. Anwalts-Aktiengesellschaft

1. Die Gesuchstellerin beabsichtigt, ihre Anwaltskanzlei in eine Aktiengesellschaft überzuführen. Deshalb ist nur mit Bezug auf die Anwalts-Aktiengesellschaft zu prüfen, welcher Ausgestaltung es im Einzelnen bedarf, um den Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA zu genügen, und zwar hinsichtlich der Zwecksetzung, der auf Dauer angelegten Beherrschung durch registrierte Anwältinnen und Anwälte und der Gewähr der Weisungsunabhängigkeit bei der Berufsausübung.

2.1 Der Hauptzweck der Anwalts-Aktiengesellschaft, die der gemeinsamen Berufsausübung von Anwältinnen und Anwälten dient, liegt im Betreiben einer Anwaltskanzlei. Wie dieser Hauptzweck in den Statuten im Einzelnen umschrieben wird, (z.B. Betreiben eines Anwaltsbüros oder Erbringen von Rechtsdienstleistungen), ist belanglos, solange er auf Dienstleistungen abzielt, welche die angestellten Anwältinnen und Anwälte im Rahmen ihrer Berufstätigkeit erbringen.

2.2 Anwältinnen und Anwälte haben seit jeher breit gefächerte Tätigkeiten ausgeübt, indem sie nebst Rechtsberatungen und Vertretungen in gerichtlichen oder verwaltungsrechtlichen Verfahren unter anderem Bank- und Immobiliengeschäfte, aber auch Makler-, Treuhand- und Sachwaltergeschäfte übernehmen. Tätigkeiten, die sich wie diese vom anwaltlichen Kerngeschäft entfernen, müssen vorab von den Anwältinnen und Anwälten selber ausgeübt werden, damit der Charakter einer Anwaltskanzlei erhalten bleibt. Zwar können Fachleute beigezogen werden, sei es als Mitarbeiter oder Gesellschafter. Deren Mitwirkung muss aber in engem Zusammenhang mit der Anwaltstätigkeit stehen. Unter diesen Voraussetzungen haben bereits die mittlerweile überholten Statuten des Zürcher Anwaltsverbandes in § 2 Abs. 3 gemischte Sozietäten ihrer Mitglieder zugelassen (im Wortlaut wiedergegeben bei Nater, Anwaltsrecht, in: Aktuelle Anwaltspraxis 2003, S. 722; die derzeit geltenden Statuten des ZAV lassen die Mitgliedschaft in § 3 Abs. 3 zu, wenn bei Aufnahme von Nichtanwältinnen und Nichtanwälen der Charakter einer Anwaltskanzlei gewahrt bleibt).

2.3 Die Ausdehnung der geschäftlichen Tätigkeit der Anwalts-Aktiengesellschaft über den Hauptzweck hinaus ist nur zulässig, soweit dies im Rahmen von Nebenzwecken geschieht, die dem Hauptzweck dienen. Nämlich die Anwalts-Aktiengesellschaft die Nebenzwecke zum Vorwand, um selbständige geschäftliche Bereiche (z.B. im Gebiet von Treuhand, Vermögensverwaltung oder Immobilienhandel) aufzubauen, so entstünden exakt dieselben Interessenkonflikte, dertwegen den bei anderen Unternehmen tätigen Anwältinnen und Anwälten die für den Registereintrag erforderliche Unabhängigkeit abgesprochen wird.

2.4 Nach Art. 12 BGFA unterstehen die eingetragenen Anwältinnen und Anwälte, auch wenn sie bei einer Anwalts-Aktiengesellschaft angestellt sind, den geltenden Berufsregeln. Angesichts dieser Verpflichtung braucht bei der Umschreibung des Zweckes in den Statuten der Anwalts-Aktiengesellschaft nicht eigens darauf hingewiesen zu werden, dass Rechtsdienstleistungen stets unter Beachtung des BGFA zu erbringen sind.

3.1 Die erforderliche Beherrschung der Anwalts-Aktiengesellschaft ist ohne weiteres gegeben, wenn dem Kreis der Aktionäre lauter eingetragene Anwältinnen und Anwälte angehören und diese auch die geschäftsführenden Organe, namentlich den Verwaltungsrat, besetzen.

Zu Beginn der Diskussion über die Zulässigkeit der Anwalts-Kapitalgesellschaft war die Auffassung vorherrschend, dass als Gesellschafter nur zuzulassen sei, wer über das Anwaltspatent verfüge (Brunner, Die Anwalts-gemeinschaft, Diss. Freiburg, 1977, S. 458; ihm folgend auch Pfeifer, ZSR 115/1996, S. 253 ff.; das Anwaltsregister gemäss BGFA gab es damals noch nicht).

Heutzutage ist es aber bereits eine Tatsache, dass zahlreiche Anwalts-gemeinschaften im eigenen Betrieb Fachleute (Ökonomen, Treuhänder, Steuerexperten usw.) beschäftigen, um ihrer Klientschaft ganzheitliche Lösungen anbieten zu können. So hat denn auch das Bundesgericht in BGE 130 II 87/93 festgehalten, dass sich häufig mehrere Anwälte zu immer grösseren Anwaltskanzleien zusammenschliessen, sie organisierten sich auch mit Wirtschaftsfachleuten, Treu-

händern, Steuerexperten usw.; der Druck für derartige Umgestaltungen entstehe durch die zunehmende Komplexität der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse. Nach anfänglicher Zurückhaltung wird nun auch in der - allerdings ausschliesslich von praktizierenden Anwälten verfassten - Literatur (zum Multi-disciplinary Partnership bzw. Practice) einhellig die Meinung vertreten, es müsse Anwältinnen und Anwälte erlaubt sein, sich mit Fachleuten ohne Anwaltspatent zu verbinden, und zwar auch in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft (Vonzun, Die Anwalts-Kapitalgesellschaft - Zulässigkeit und Erfordernisse, ZSR NF 120/2001, S. 462-464; ihm folgend auch Fellmann, Anwaltsrevue 10/2003, S. 350; Nobel, Unabhängigkeit und Organisationsform im Anwaltsberuf, in: Das Anwaltsrecht nach dem BGFA, St. Gallen 2003, S. 58/59; Staehelin/Oetiker, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 8 N 52-54). Dem ist grundsätzlich zuzustimmen.

3.2 Nicht beigespflichtet werden kann allerdings der Auffassung (insbesondere Vonzun, a.a.O., S. 463), dass es genüge, wenn die eingetragenen Anwältinnen und Anwälte sowohl in der Generalversammlung als auch im Verwaltungsrat über eine Mehrheit der Stimmen verfügten. Zu gross wäre unter diesen Umständen die Gefahr, dass überwiegend nicht eingetragene Aktionäre oder Verwaltungsratsmitglieder einen massgebenden Einfluss ausüben könnten. Zu verlangen ist vielmehr, dass auf allen Entscheidungsebenen (in der Generalversammlung, im Verwaltungsrat und - eingeschränkt auf mandatsbezogene Belange - auch in der Geschäftsleitung) Beschlüsse (Sachgeschäfte und Wahlen) nur zustande kommen, wenn die zustimmende Mehrheit, welche die gesetzlich oder statutarisch vorgegebenen Quoren erreicht, mehr (nach Köpfen gezählt) eingetragene Anwältinnen und Anwälte als nicht eingetragene Personen auf sich vereinigt.

Wenn nicht im Anwaltsregister eingetragene Personen den Organen der Anwalts-Aktiengesellschaft angehören, ist zwar nicht zu vermeiden, dass diese Personen zusammen mit einer Minderheit aller eingetragener Anwältinnen und Anwälte positive Beschlüsse zustande bringen. Je höher der Anteil nicht eingetragener Personen ansteigt, umso weniger Stimmen von eingetragenen Anwältinnen

und Anwälten genügen, um Mehrheiten zu bilden. Es gilt aber Beschlüsse zu verhindern, die überwiegend von nicht eingetragenen Personen unterstützt werden.

3.3.1 Oberstes Organ der Aktiengesellschaft ist nach Art. 698 Abs. 1 OR die Generalversammlung, der die in Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 bis 6 OR genannten unübertragbaren Befugnisse zustehen, darunter insbesondere die Festsetzung und Änderung der Statuten (Ziff. 1) und die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates (Ziff. 2).

Die Generalversammlung fasst nach Art. 703 OR ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen, soweit es das Gesetz oder die Statuten nicht anders bestimmen, mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen. Gewisse wichtige Beschlüsse müssen nach Art. 704 Abs. 1 OR mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte auf sich vereinigen.

3.3.2 Vorab muss die stimmen- und kapitalmässige Mehrheit in der Generalversammlung den eingetragenen Anwältinnen und Anwälten zukommen. Darüber hinaus ist zu verlangen, dass Beschlüsse im Sinne von Art. 703 oder 704 Abs. 1 OR nur zustande kommen, wenn ihnen mehr im Anwaltsregister eingetragene als nicht eingetragene Aktionäre zustimmen.

Vorausgesetzt, dass sämtliche Aktionäre über gleich viele Aktienstimmen verfügen und der Anteil nicht im Anwaltsregister eingetragener Aktionäre beispielsweise bloss einen Viertel (statt einen Drittel wie bei der geplanten X. AG) beträgt, so genügt es bei Beschlüssen im Sinne von Art. 703 OR, als Quorum die absolute Mehrheit sämtlicher Aktienstimmen festzulegen. Alsdann vermögen die nicht im Anwaltsregister eingetragenen Aktionäre, die einen Viertel aller Aktionäre ausmachen, nur die Hälfte der für die absolute Mehrheit erforderlichen Stimmen aufzubringen. Zur Beschlussfassung mit absolutem Mehr bedarf es der Stimmen eines weiteren Viertels (aller Aktionäre) plus eine Stimme, die nur von eingetragenen Aktionären stammen können.

Es erscheint aber auch als zulässig, das Quorum so auszugestalten, dass Beschlüsse nur zustande kommen, wenn sie einerseits die nach Gesetz oder

Statuten erforderlichen Stimmen auf sich vereinigen und andererseits diese Stimmen von mehr im Anwaltsregister eingetragenen als nicht eingetragenen Aktionären stammen.

3.4 Nach Art. 716 Abs. 2 OR führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat. Er hat die in Art. 716a Ziff. 1 bis 7 OR aufgezählten unübertragbaren Aufgaben, darunter die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen (Ziff. 1), die Festlegung der Organisation (Ziff. 2), die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen (Ziff. 4) und die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen (Ziff. 5). Der Verwaltungsrat fasst nach Art. 713 Abs. 1 OR seine Beschlüsse mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei dem Vorsitzenden der Stichentscheid zukommt, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen. Nach Art. 713 Abs. 2 OR können Beschlüsse auch auf dem Wege der schriftlichen Zustimmung gefasst werden. Abweichende statutarische Quoren sind zulässig (BSK OR II - Wernli Art. 713 N 8).

Der Verwaltungsrat mit einem oder mehreren Mitgliedern (Art. 707 Abs. 1 OR) ist das für die Geschäftsführung massgebende Gremium. Daher muss in der Anwalts-Aktiengesellschaft der bestimmende Einfluss im Anwaltsregister eingetragenen Mitgliedern zukommen. Dem Verwaltungsrat einer Anwalts-Aktiengesellschaft haben daher mehrheitlich im Anwaltsregister eingetragene Mitglieder anzugehören.

Zudem ist deren Einfluss zu stärken, indem statutarisch festgelegt wird, dass auch im Verwaltungsrat der Anwalts-Aktiengesellschaft Beschlüsse nur zustande kommen, wenn ihnen mehr im Anwaltsregister eingetragene als nicht eingetragene Mitglieder zustimmen, und zwar unabhängig davon, ob an einer Sitzung oder auf dem Zirkularweg entschieden wird.

3.5 Nach Art. 716 Abs. 2 OR führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der Aktiengesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat. Die Statuten können nach Art. 716b OR den Verwaltungsrat ermächtigen, die Ge-

schäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglementes ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu übertragen.

In Anwaltsgemeinschaften bestehen bereits heute Leitungsausschüsse und Geschäftsführungen, was sich auch bei Anwalts-Aktiengesellschaften als organisatorisch zweckmässig erweisen dürfte. Mit mandatsbezogener Geschäftsführung dürfen aber nur eingetragene Anwältinnen und Anwälte betraut werden. Alle übrigen Aufgaben der Geschäftsführung dürfen nicht eingetragenen Personen überlassen werden; dabei geht es um betriebliche Bereiche wie z.B. die Bereitstellung der Infrastruktur, das Rechnungswesen, das Personalwesen, die Aus- und Weiterbildung usw. (dazu Nobel, Rechtsformen der Zusammenarbeit von Anwälten, in: Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, S. 370; ihm folgend auch Vonzun, ZSR NF 120/2001, S. 469).

3.6 Der Präsident des Verwaltungsrates wird entweder von diesem Gremium selber bezeichnet (Art. 712 Abs. 1 OR) oder von der Generalversammlung gewählt, wenn es die Statuten so vorsehen (Art. 712 Abs. 2 OR). Dem Präsidenten obliegt es unter anderem, die Sitzungen des Verwaltungsrates einzuberufen, vorzubereiten und zu leiten (BSK OR II - Wernli Art. 712 N 8). Auch die Leitung der Generalversammlung fällt in aller Regel dem Präsidenten zu. Durch die ihm zugewiesenen Aufgaben und seine faktische Stellung gewinnt der Präsident eine ganz besondere Machtstellung. In der Anwalts-Aktiengesellschaft ist daher das Präsidium mit einem im Anwaltsregister eingetragenen Mitglied des Verwaltungsrates zu besetzen.

3.7 Sicherzustellen ist auch, dass die beherrschende Stellung der im Anwaltsregister eingetragenen Aktionäre in der Generalversammlung der Anwalts-Aktiengesellschaft auf Dauer erhalten bleibt. Das kann beispielsweise durch Vinkulierung von Namenaktien erreicht werden (Vonzun, ZSR NF120/2001, S. 464).

4. Bei der Anwalts-Aktiengesellschaft entsteht eine gewisse Abhängigkeit insofern, als die Anwältinnen und Anwälte an die Beschlüsse der Generalver-

sammlung und des Verwaltungsrates gebunden sind. Dabei geht es vorab um strategische Beschlüsse, etwa in Bezug auf die Annahme oder Ablehnung bestimmter Mandate. Diese Abhängigkeit, die sich auch bei Personengesellschaften einstellt, schliesst die unabhängige Berufsausübung nicht aus (Vonzun, ZSR NF 120/2001, S. 465; Fellmann, Anwaltsrevue 10/2003, S. 450/351). Anwältinnen und Anwälte sind von Gesetzes wegen an das Berufsrecht gebunden; widersprechende Weisungen sind unbeachtlich. Gleichwohl ist zu empfehlen, die geforderte Unabhängigkeit in der Mandatsführung durch eine Beschränkung der Weisungsgebundenheit in den Statuten oder Reglementen ausdrücklich zu verankern.

5. Eine Minderheit der Aufsichtskommission vertritt die Auffassung, dass für die Zulassung von gemischten Sozietäten - was die Voraussetzungen einer Anstellung und des Eintrages ins Register im Sinne von Art. 6 i.V. mit Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA anbelangt - eine Anpassung der gesetzlichen Bestimmungen erforderlich ist. Dies ergibt sich nach der Meinung der Minderheit daraus, dass nach dem klaren Wortlauf von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA im Anwaltsregister eingetragene Anwältinnen und Anwälte nur Angestellte von Personen sein können, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind. Nach dem geltenden Recht sei daher ein Eintrag nicht zulässig, wenn eine Anstellung bei einer AG oder einer GmbH erfolgt, bei welcher nicht ausschliesslich Personen beteiligt sind, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind. Der klare Wortlaut lasse eine weitergehende Auslegung nicht zu. Der Eintrag in einem kantonalen Anwaltsregister könne daher nur aufrecht erhalten bleiben, wenn - so bei einer AG - sowohl Aktionariat als auch Verwaltungsrat sich ausschliesslich aus Anwältinnen und Anwälten zusammensetzten, die ihrerseits in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind."

[Es folgen Ausführungen zur Frage, ob die im Entwurf eingereichten Unterlagen zur Gründung der Aktiengesellschaft, nämlich die Statuten, das vom Verwaltungsrat zu erlassende Organisationsreglement und der Aktionärsbindungsvertrag das Kriterium der institutionellen Unabhängigkeit erfüllen. Die Aufsichtskommission ist der Auffassung, dass Statuten und Organisationsreglement der X. AG so auszugestalten sind, dass

a) allfällige Nebenzwecke dem Hauptzweck (Erbringen von Rechtsdienstleistungen) dienen,

- b) Beschlüsse betreffend Sachgeschäfte und Wahlen sowohl in der Generalversammlung als auch im Verwaltungsrat nur zustande kommen, wenn jeweils mehr im Anwaltsregister eingetragene als nicht eingetragene Aktionäre bzw. Verwaltungsratsmitglieder zustimmen,
- c) die Wahl zum Präsidenten des Verwaltungsrates oder zum Vertreter des Präsidenten die Eintragung im Anwaltsregister voraussetzt.]

Beschluss der Aufsichtskommission
über die Anwältinnen und Anwälte
vom 5. Oktober 2006