Art. 8 Abs. 1 lit. d, Art. 28 BGFA. Anwalts-Kapitalgesellschaft: Beteiligung von EU/EFTA-Anwältinnen und -Anwälten, die den Rechtsanwaltsberuf im Sinne von Art. 27 ff. BGFA ständig in der Schweiz ausüben.

Bei der Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. d 2. Halbsatz BGFA sind die staatsvertraglich festgelegten Gleichstellungsgebote zu berücksichtigen. Im Ergebnis ist Art. 8 Abs. 1 lit. d 2. Halbsatz BGFA daher so zu lesen, dass Anwältinnen und Anwälte nur Angestellte von Personen sein können, die ihrerseits in einem kantonalen Register oder der öffentlichen Liste nach Art. 28 BGFA eingetragen sind. Zugleich steht das Gebot institutioneller Unabhängigkeit dem Betrieb einer durch EU/EFTA-Anwälte beherrschten Anwalts-Kapitalgesellschaft nicht entgegen, wenn diese EU/EFTA-Anwälte ständig in der Schweiz den Anwaltsberuf ausüben und in eine öffentliche Liste nach Art. 28 BGFA eingetragen sind.

Der Betrieb einer Anwalts-Kapitalgesellschaft genügt den Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte nur, wenn sichergestellt ist, dass die Gesellschaft auf allen Entscheidungsebenen von Anwältinnen und Anwälten beherrscht wird, die in einem kantonalen Anwaltsregister (Art. 6 BGFA) oder in einer öffentlichen Liste (Art. 28 BGFA) eingetragen sind.

Aus den Erwägungen:

"IV. Grundsatz und Voraussetzungen der Vereinbarkeit von Anwalts-Kapitalgesellschaften mit den anwaltsrechtlichen Anforderungen an die Unabhängigkeit

25. Mit Beschluss vom 5. Oktober 2006 hat die Aufsichtskommission entschieden, dass Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA in dem Sinne auszulegen ist, dass die gemeinsame Berufsausübung durch Anwältinnen und Anwälte auch im Rahmen einer Anwalts-Kapitalgesellschaft erfolgen kann. Die Aufsichtskommission hat festgestellt, dass eine solche weite Auslegung dem Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA entspricht und insbesondere sicherstellt, dass die Wirtschaftsfreiheit nicht weiter als erforderlich beschränkt wird (ZR 105 Nr. 71, E. III.8.3).

26. Die Aufsichtskommission hat jedoch einschränkend festgehalten, dass die Anwalts-Kapitalgesellschaft durch geeignete Ausgestaltung dafür Gewähr bieten muss, 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 (ZR 105 Nr. 71, E.

III.8.3). Die Aufsichtskommission geht weiter davon aus, dass die Gefahr fremder Einflussnahme jedenfalls dann als ausgeschlossen erscheint, 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 (ZR 105 Nr. 71, E. III.8.2.2).

V. Rechtsanwalts GmbH

27. Die Gesuchstellerin möchte die Voraussetzungen an die Ausgestaltung der Rechtsanwalts GmbH insbesondere durch folgende Regelungen in den Statuten erfüllen:

> **Artikel 8 Gesellschafter**
>
> [1] Gesellschafter der Rechtsanwaltsgesellschaft können nur Personen sein, die die Voraussetzungen zur Ausübung des Berufs als Anwalt im Sinne der Art. 6 – 8 und der Art. 27 – 29 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte in der jeweils gültigen Fassung (Anwaltsgesetz, BGFA) erfüllen.
>
> [2] Die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte muss Rechtsanwälten zustehen.
>
> **Artikel 21 – Geschäftsführer**
>
> [1] Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer.
>
> [2] Zum Geschäftsführer darf nur eine Person bestellt werden, die zur Ausübung des Berufs als Anwalt im Sinne der Art. 6 – 8 und der Art. 27 – 29 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte in der jeweils gültigen Fassung (Anwaltsgesetz, BGFA) berechtigt ist und die ihren in der Gesellschaft ausgeübten Beruf in keinem weiteren beruflichen Zusammenschluss ausübt. Wird nur ein Geschäftsführer bestellt, so muss es sich um einen Rechtsanwalt, der im kantonalen Anwaltsregister oder der öffentlichen Liste (Art. 28 BGFA) eingetragen ist, handeln. Werden mehrere Geschäftsführer bestellt, so muss die Mehrzahl der Geschäftsführer zur Rechtsanwaltschaft zugelassen und/oder als Rechtsanwalt in das kantonale Anwaltsregister oder die öffentliche Liste eingetragen sein.
>
> [3] Die Geschäftsführer werden durch Beschluss der Gesellschafterversammlung bestellt oder abberufen.

28. Die Gesuchstellerin beabsichtigt darüber hinaus, die schweizerische Rechtsanwalts GmbH als eine 100%ige Tochtergesellschaft der deutschen Rechtsanwalts GmbH einzurichten, soweit dies anwaltsrechtlich zulässig ist.

VI. Mangelnde Eintragungsfähigkeit juristischer Personen in die kantonalen Anwaltsregister nach Art. 6 BGFA und die öffentlichen Listen nach Art. 28 BGFA

29. Die Gesuchstellerin möchte die zu gründende Anwalts-Kapitalgesellschaft in der Liste gemäss Art. 28 BGFA eingetragen sehen. Dazu ist festzuhalten, dass juristische Personen weder in die kantonalen Anwaltsregister nach Art. 6 BGFA noch in die öffentlichen Listen nach Art. 28 BGFA eingetragen werden können.

30. Bezüglich der Eintragung ins kantonale Anwaltsregister genügt insoweit der Hinweis, dass die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen der Art. 7 und 8 BGFA ersichtlich auf natürliche Personen zugeschnitten sind und nicht von juristischen Personen erfüllt werden können. Darüber hinaus können in der Schweiz nur natürliche Personen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 BGFA Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, so dass die Eintragung einer juristischen Person in ein Register, das diejenigen Anwältinnen und Anwälte enthält, die Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, sinnlos erscheint.

31. Aus demselben Grund kann auch eine ausländische juristische Person nicht in die öffentliche Liste nach Art. 28 Abs. 1 BGFA eingetragen werden, selbst wenn sie in ihrem Heimatland zur Vertretung von Parteien vor Gericht berechtigt wäre. Hinzukommt, dass auch Art. 28 BGFA ersichtlich auf natürliche Personen zugeschnitten ist ('Liste der Angehörigen von Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA") und die Eintragung daher natürlichen Personen vorbehalten ist.

VII. Beteiligung juristischer Personen an Anwalts-Kapitalgesellschaften

32. Fraglich ist, ob eine Anwalts-Kapitalgesellschaft, hinter der – ausschliesslich oder auch nur teilweise – eine juristische Person als Muttergesellschaft steht, überhaupt dafür Gewähr bieten kann, dass nicht in einem Anwaltsregister eingetragene Dritte Einfluss auf die Berufsausübung von angestellten Anwältinnen und Anwälten nehmen.

33. Die Aufsichtskommission hat die Ausübung anwaltlicher Tätigkeit im Zusammenschluss zu einer Anwalts-Kapitalgesellschaft als mit den Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit vereinbar angesehen, wenn die Gefahr fremder Einflussnahme durch eine Ausgestaltung der Statuten ausgeschlossen ist, die sicherstellt, dass die Kapitalgesellschaft auf allen Entscheidungsebenen von eingetragenen Anwältinnen und Anwälten beherrscht wird.

34. Steht hinter der Anwalts-Kapitalgesellschaft eine weitere juristische Person, dient die Tochtergesellschaft nicht mehr nur allein der gemeinsamen Berufsausübung derjenigen Anwältinnen und Anwälte, die sich in der Gesellschaft zusammengeschlossen haben, sowie ihrer angestellten Anwältinnen und Anwälte. Die Prämisse, dass von vorneherein ein Interessengegensatz zwischen der Arbeitgeberin und den angestellten Anwältinnen und Anwälten fehlt, kann in diesem Fall nicht ohne weiteres aufrechterhalten werden, ist doch an der Arbeitgeberin selbst eine dritte Gesellschaft beteiligt, deren Interessen sich nicht notwendigerweise mit denen der angestellten Anwältinnen und Anwälten decken (vgl. Beschluss der Aufsichtskommission vom 5. Oktober 2006, ZR 105 Nr. 71, E. III.8.2.2).

35. Der Anforderung an eine Ausgestaltung des Zusammenschlusses von Anwälten zu einer Kapitalgesellschaft, die die institutionelle Unabhängigkeit der für sie tätigen Anwältinnen und Anwälte gewährleistet, wird daher nicht entsprochen, wenn an der Anwalts-Kapitalgesellschaft eine weitere juristische Person beteiligt ist. Dies gilt unabhängig davon, ob diese juristische Person alleiniger, überwiegender oder bloss anteiliger Gesellschafter der Anwalts-Kapitalgesellschaft sein soll und ob es sich bei der juristischen Person um eine schweizerische oder eine ausländische Kapitalgesellschaft handelt.

36. Die Gefahr fremder Einflussnahme kann nämlich bei einer Anwalts-Kapitalgesellschaft verlässlich nur dann ausgeschlossen werden, wenn die Gesellschaftsverhältnisse derart transparent gestaltet sind, dass klar ersichtlich ist, wer hinter der Gesellschaft steht. Nur wenn die Ausgestaltung der Anwalts-Kapitalgesellschaft ebenso gut Gewähr dafür bietet, dass der bei ihr angestellte Anwalt ebenso institutionell unabhängig ist wie ein Anwalt, der bei einem im Anwaltsregister eingetragenen Anwalt angestellt ist, ist es gerechtfertigt, Art. 8

Abs. 1 lit. d 2. Halbsatz BGFA so auszulegen, dass er eine weitere Organisationsform für Rechtsanwälte zulässt.

37. Eine solche transparente Ausgestaltung der Anwalts-Kapitalgesellschaft liegt jedoch nicht vor, wenn ein Gesellschafter selbst eine juristische Person ist.

38. Eine andere Interpretation, die die Bildung von Anwalts-Gesellschaftskonzernen ermöglichen würde, ist nicht nur mit dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 lit. d 2. Halbsatz BGFA nicht mehr vereinbar, der besagt, dass Angestellte nur Personen sein dürfen, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind. Eine Verkettung derartiger Anwaltsgesellschaften, wie sie die Gesuchstellerin beabsichtigt, ist mit dem Zweck der Vorschrift, die Gefahr fremder Einflussnahme durch nicht eingetragene Personen um der Unabhängigkeit willen auszuschalten, unvereinbar.

39. Im Ergebnis ist deshalb festzustellen, dass die beabsichtigte 100%ige Beteiligung der deutschen Gesellschaft an der schweizerischen Anwalts-Kapitalgesellschaft mit Art. 8 Abs. 1 des Statutenentwurfs unvereinbar ist, da die deutsche Anwalts-GmbH die Voraussetzungen für eine Eintragung in ein Anwaltsregister (Art. 6 BGFA) oder eine öffentliche Liste (Art. 28 BGFA) nicht erfüllt. Auch ist nicht ersichtlich, wie in einem solchen Fall Art. 8 Abs. 2 des Statutenentwurfs erfüllt werden könnte, der verlangt, dass die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte Rechtsanwälten zustehen muss.

VIII. Beteiligung von EU/EFTA-Anwälten, die den Rechtsanwaltsberuf i.S.v. Art. 27 ff. BGFA ständig in der Schweiz ausüben, an einer schweizerischen Anwalts-Kapitalgesellschaft

40. Im Folgenden bleibt zu prüfen, inwieweit die in Art. 8 Abs. 1 des Statutenentwurfs getroffene Regelung der Anforderung genügt, dass die Ausgestaltung der Anwalts-Kapitalgesellschaft Gewähr dafür zu bieten hat, dass nicht in einem Register eingetragene Dritte auf die Berufsausübung angestellter Anwältinnen oder Anwälte Einfluss nehmen können.

41. Nach Artikel 8 Abs. 1 des Statutenentwurfs der Gesuchstellerin dürfen Gesellschafter 'nur Personen sein, die die Voraussetzungen zur Ausübung des Berufs als Anwalt im Sinne der Art. 6 – 8 und der Art. 27 – 29 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte in der jeweils gültigen Fassung (Anwaltsgesetz, BGFA) erfüllen'.

42. Zu prüfen ist daher, ob die anwaltsrechtlichen Anforderungen betreffend die institutionelle Unabhängigkeit auch dann gegeben sind, wenn es sich bei den Gesellschaftern der Anwalts-Kapitalgesellschaft um Anwälte handelt, die – zum Teil, überwiegend oder ausschliesslich – nicht über ein kantonales Anwaltspatent verfügen und demgemäss nicht in einem kantonalen Anwaltsregister, sondern als EU/EFTA-Anwälte in einer öffentlichen Liste gemäss Art. 28 BGFA eingetragen sind.

43. Dies wirft im Kern die Frage auf, ob die persönliche Voraussetzung der institutionellen Unabhängigkeit eines angestellten Anwalts nach Art. 8 Abs. 1 lit. d 2. Halbsatz BGFA für die Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister auch dann gegeben ist, wenn der Arbeitgeber nicht in einem kantonalen Anwaltsregister (Art. 6 BGFA), sondern in einer öffentlichen Liste (Art. 28 BGFA) eingetragen ist.

44. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d 2. Halbsatz BGFA können Anwältinnen und Anwälte 'Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind ' ('il ne peut être employé que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal'; 'può essere impiegato soltanto di persone iscritte a loro volta in un registro cantonale').

45. Dem Wortlaut ist keine eindeutige Antwort zu entnehmen. Ursache ist, dass in allen Sprachfassungen uneinheitliche Begriffe für das kantonale Anwaltsregister verwendet werden. Während Art. 5 BGFA das 'kantonale Anwaltsregister' ('Registre cantonal des avocats'; 'Registro cantonale degli avvocati') zum Gegenstand hat, ist – bspw. in Art. 6 Abs. 4 BGFA – mal von der 'Eintragung ins kantonale Register' ('Le iscrizioni nel registro cantonale', aber: 'les inscriptions au registre cantonal des avocats') die Rede, mal wird – wie in Art. 8 Abs. 2 BGFA – lediglich die Bezeichnung 'Register' ('registre'; 'registro') verwendet. Dies lässt immerhin den Schluss zu, dass der Begriff 'kantonales Register', der in Art. 8 Abs. 1 lit. d

2. Halbsatz BGFA Verwendung findet, ein anwaltsrechtliches Verzeichnis meint. Da die Botschaft zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 28. April 1999 ebenfalls keinen einheitlichen Begriff verwendet, ergibt auch die historische Auslegung der Bestimmung kein eindeutiges Ergebnis (vgl. die Kommentierung zu Art. 4 f. des Entwurfs in BBl 1999 S. 6045).

46. Demgegenüber spricht die Systematik des Gesetzes gegen die Interpretation, dass der Gesetzgeber mit 'kantonalem Register' im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. d 2. Halbsatz BGFA auch die Liste nach Art. 28 BGFA einbezogen haben könnte. Denn das Verzeichnis nach Art. 28 BGFA, in das sich ständig in der Schweiz praktizierende EU/EFTA-Anwälte einzutragen haben, wird in allen Sprachfassungen nicht als 'Register', sondern als 'öffentliche Liste' ('tableau public'; 'albo pubblico') bezeichnet.

47. Entscheidend muss auch hier der Zweck der genannten Bestimmung sein. Wie bereits ausgeführt, liegt dieser in der Gewährleistung institutioneller Unabhängigkeit und im Ausschluss der Gefahr fremder Einflussnahme (siehe oben Ziff. 26.). Die Aufsichtskommission hat den Betrieb einer Anwalts-Kapitalgesellschaft durch Anwälte mit Anwaltspatent mit Hinweis auf den Umstand für zulässig erachtet, dass diese allein der gemeinsamen Berufsausübung durch Anwältinnen und Anwälte dient. Die gesellschaftlich beteiligten Anwältinnen und Anwälte haben ebenso wie die angestellten Anwältinnen und Anwälte das Ziel, durch getreue und sorgfältige Ausführung der ihnen übertragenen Mandate zu wirtschaftlichem Erfolg zu gelangen. Die Aufsichtkommission kam daher bezüglich des Betriebs einer Anwalts-Kapitalgesellschaft zum Schluss, es fehle von vornherein ein Interessengegensatz zwischen der Arbeitgeberin und den angestellten Anwältinnen und Anwälten, der die Unabhängigkeit gefährden könnte (Beschluss der Aufsichtskommission vom 5. Oktober 2006, ZR 105 Nr. 71, E. III.8.2.1).

48. Dieser Interessengegensatz fehlt gleichermassen aber auch dann, wenn ein Teil, der überwiegende Teil oder sämtliche in der Gesellschaft beteiligten Anwälte zwar nicht über ein schweizerisches Anwaltspatent verfügen und demgemäss nicht in einem kantonalen Anwaltsregister, jedoch als EU/EFTA-Anwälte in eine öffentliche Liste nach Art. 28 BGFA eingetragen sind.

49. Insoweit ist nämlich daran zu erinnern, dass EU/EFTA-Anwälte, die zeitweilig oder ständig in der Schweiz praktizieren, auch bezüglich der Unabhängigkeit denselben Berufsregeln unterliegen wie Anwälte mit einem kantonalen Anwaltspatent (Art. 27 Abs. 2 i.V.m. Art. 25 i.V.m. Art. 12 lit. b BGFA).

50. Dem steht nicht entgegen, dass EU/EFTA-Anwälte, die ständig in der Schweiz praktizieren und in die Liste nach Art. 28 BGFA eingetragen sind, nach Art. 27 Abs. 2 i.V.m. Art. 23 BGFA verpflichtet sind, in Verfahren mit Anwaltszwang im Einvernehmen mit einer Anwältin oder einem Anwalt zu handeln, die oder der in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist. Denn nach der Botschaft zum BGFA stellt das Einvernehmen 'eigentlich eher eine Formalität dar, welche die Anwältinnen und Anwälte des Aufnahmestaats auf die Rolle eines Korrespondenzanwalts reduziert' (Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 28. April 1999, BBl 1999, S. 6013 ff., S. 6064). Art. 23 BGFA erfordert deshalb weder, dass der 'Einvernehmensanwalt' selbst als Prozessbevollmächtigter fungiert, noch ist notwendig, dass der 'Einvernehmensanwalt' Verantwortung inhaltlicher Art übernimmt (Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 27 N 7; Valloni/Steinegger, BGFA, Zürich 2002, Einführung 7.3). Der 'Einvernehmensanwalt' hat lediglich den Geschäftsverkehr zu sichern, so dass im Falle des Anwaltszwangs die Verpflichtung zum einvernehmlichen Handeln nicht über die Bezeichnung eines Zustellungsdomizils hinausgehen darf (Dreyer, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 23 N 10; Valloni/Steinegger, a.a.O., 7.3). Die Einvernehmensrolle kann im Rahmen von Verfahren mit Anwaltszwang daher beispielsweise auch durch einen im kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwalt übernommen werden, der bei einem ständig in der Schweiz praktizierenden EU/EFTA-Anwalt angestellt ist.

51. Art. 23 BGFA kann somit allenfalls dann Bedeutung zukommen, wenn ein EU/EFTA-Anwalt im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 22 ff. BGFA kurzzeitig in der Schweiz Parteien in einem Verfahren vertritt, in dem Anwaltszwang herrscht. In Bezug auf EU/EFTA-Anwälte, die den Anwaltsberuf im Sinne von Art. 27 ff. BGFA ständig in der Schweiz ausüben, ist der Verweis in Art. 27 Abs. 2 BGFA auf Art. 23 BGFA aus schweizerischer Sicht nicht nur

schwer verständlich, er ist heute praktisch bedeutungslos (ebenso Dreyer, a.a.O., Art. 23 N 6).

52. Im Ergebnis ist der EU/EFTA-Anwalt, der ständig in der Schweiz den Anwaltsberuf ausübt, daher durch die Verpflichtung, in Verfahren mit Anwaltszwang im Einvernehmen mit einem Anwalt zu handeln, der im kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist, nicht weniger unabhängig als ein Anwalt mit kantonalem Anwaltspatent.

53. Zudem räumt Art. 27 BGFA Anwälten aus Mitgliedstaaten der EU und der EFTA das Recht ein, unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung dieselbe berufliche Tätigkeit in der Schweiz auszuüben, wie die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwälte (Fellmann, a.a.O., Art. 27 N 1). Das in Art. 27 BGFA eingeräumte Recht beruht auf dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, SR 0.142.112.681). Darin hat die Schweiz die
(i) *Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte*
sowie
(ii) *Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen*,
(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*,
übernommen.

54. Art. 2 der Richtlinie 98/5/EG gewährt dem ausländischen Anwalt das Recht zur ständigen Berufsausübung unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung. Dies gilt nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 98/5/EG zum einen für eine selbständige Tätigkeit. Nach Art. 5 Abs. 4 des Freizügigkeitsabkommens i.V.m. Art. 8 der Richtlinie 98/5/EG kann zum anderen 'der im Aufnahmestaat unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung eingetragene Rechtsanwalt […] als abhängig Beschäftigter eines anderen Rechtsanwalts, eines Zusammenschlusses von Anwälten

oder einer Anwaltssozietät oder eines öffentlichen oder privaten Unternehmens tätig sein, wenn der Aufnahmestaat dies für die unter der Berufsbezeichnung dieses Mitgliedstaats eingetragenen Rechtsanwälte gestattet'.

55. Der EU/EFTA-Anwalt, der im Sinne von Art. 27 Abs. 1 BGFA seinen Beruf ständig in der Schweiz ausübt, hat daher ein Anrecht, sich mit anderen Anwälten unter denselben Voraussetzungen zusammenzuschliessen wie ein Anwalt mit kantonalem Anwaltspatent. Ist es Anwälten mit schweizerischem Anwaltspatent mithin gestattet, eine Anwalts-Kapitalgesellschaft zu betreiben, wenn die Voraussetzungen an die institutionelle Unabhängigkeit durch eine entsprechende Ausgestaltung der Statuten erfüllt werden, so kann dem EU/EFTA-Anwalt eine Tätigkeit in derselben Form nicht verweigert werden.

56. Bei der Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. d 2. Halbsatz BGFA sind diese staatsvertraglich festgelegten Gleichstellungsgebote zu berücksichtigen. Im Ergebnis ist Art. 8 Abs. 1 lit. d 2. Halbsatz BGFA daher so zu lesen, dass Anwältinnen und Anwälte nur Angestellte von Personen sein können, die ihrerseits in einem kantonalen Register oder der öffentlichen Liste nach Art. 28 BGFA eingetragen sind. Zugleich steht das Gebot institutioneller Unabhängigkeit dem Betrieb einer durch EU/EFTA-Anwälte beherrschten Anwalts-Kapitalgesellschaft nicht entgegen, wenn diese EU/EFTA-Anwälte ständig in der Schweiz den Anwaltsberuf ausüben und in eine öffentliche Liste nach Art. 28 BGFA eingetragen sind.

IX. Beteiligung von EU/EFTA-Anwälten, die den Rechtsanwaltsberuf im Ausland ausüben, an einer schweizerischen Anwalts-Kapitalgesellschaft

57. Damit ist zugleich festgestellt, dass das Gebot der Gewährleistung institutioneller Unabhängigkeit dann nicht erfüllt ist, wenn die Anwalts-Kapitalgesellschaft von EU/EFTA-Anwälten beherrscht wird, die den Anwaltsberuf im Ausland ausüben und zwar in ein ausländisches Register, nicht jedoch in ein schweizerisches Verzeichnis im Sinne der Art. 6 oder 28 BGFA eingetragen sind.

58. Denn diese Anwältinnen und Anwälte unterliegen nicht den Berufsregeln des Art. 12 BGFA. Dem Freizügigkeitsabkommen liegt zwar grundsätzlich die über-

einstimmende Annahme der Vertragsparteien zugrunde, dass die Regulierung des Anwaltsberufs nach dem Recht der teilnehmenden Staaten vergleichbar und austauschbar ist. Zudem gehört die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts auch international zum Kernbereich des Anwaltsberufs (Fellmann, a.a.O., Art. 12 N 54). Davon abgesehen bestehen in den Staaten, in denen das Freizügigkeitsabkommen Anwendung findet, aber durchaus Unterschiede mit Blick auf die geforderte Unabhängigkeit angestellter Anwälte (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 28. April 1999, a.a.O., S. 6034 f.).

59. Es ist deshalb nicht gewährleistet, dass bei einem Betrieb einer Anwalts-Kapitalgesellschaft durch im Ausland praktizierende EU/EFTA-Anwälte die institutionelle Unabhängigkeit eines angestellten Anwalts in gleicher Weise gewährleistet ist, wie wenn dieser bei einem Anwalt angestellt ist, der in ein kantonales Anwaltsregister oder eine öffentliche Liste nach Art. 28 BGFA eingetragen ist.

60. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Eintragung in die Liste nach Art. 28 Abs. 1 BGFA denjenigen EU/EFTA-Anwälten vorbehalten ist, die ihren Beruf ständig in der Schweiz ausüben. Voraussetzung für eine Eintragung ist daher zusätzlich – neben dem Nachweis der Qualifikation und dem Bestehen einer Haftpflichtversicherung – der Nachweis einer Aufenthaltserlaubnis.

61. Der Betrieb einer Anwalts-Kapitalgesellschaft, die von im Ausland praktizierenden und nicht in eine öffentliche Liste nach Art. 28 BGFA eingetragenen EU/EFTA-Anwälten beherrscht wird, ist daher mit den anwaltsrechtlichen Anforderungen des BGFA an die institutionelle Unabhängigkeit unvereinbar.

62. Die gesellschaftsrechtliche Beteiligung ist nicht gleichzusetzen mit Berufsausübung und deshalb fällt die Beteiligung von ausländischen Anwälten an einer schweizerischen Anwalts-Kapitalgesellschaft auch nicht unter das durch Art. 2 der Richtlinie 98/5/EG gewährte Recht zur ständigen Berufsausübung. Das Freizügigkeitsabkommen verpflichtet daher nicht zu einer von vorstehenden Überlegungen abweichenden Auslegung.

63. Im Hinblick auf Art. 8 Abs. 1 des Statutenentwurfs der Gesuchstellerin ist ergänzend festzustellen, dass den Voraussetzungen an die institutionelle Unabhängigkeit nicht Genüge getan wird, wenn lediglich festgestellt wird, dass Gesellschafter 'nur Personen sein [können], die die Voraussetzungen zur Ausübung des Berufs als Anwalt im Sinne der Art. 6 – 8 und der Art. 27 – 29 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte in der jeweils gültigen Fassung (Anwaltsgesetz, BGFA) **erfüllen**'. (Hervorhebung beigefügt).

64. Denn nach dieser Formulierung dürfte auch Gesellschafter sein, wer lediglich die Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt, ohne jedoch in eines der Verzeichnisse eingetragen zu sein. Der institutionellen Unabhängigkeit ist aber lediglich dann Genüge getan, wenn gewährleistet ist, dass Gesellschafter nur sein kann, wer tatsächlich als Anwalt nach Art. 6 BGFA in einem kantonalen Anwaltsregister oder nach Art. 28 BGFA in einer öffentlichen Liste eingetragen ist.

X. Anwaltsrechtliche Anforderungen an die Geschäftsführung

65. Bezüglich der Anforderungen an den Geschäftsführer, ist zunächst auf Art. 814 Abs. 3 Satz 1 OR hinzuweisen, wonach eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch eine Person (Einzelzeichnungsrecht) oder Personen (Kollektivzeichnungsrecht) vertreten sein muss, die ihren Wohnsitz in der Schweiz hat bzw. haben.

66. Aus anwaltsrechtlicher Sicht ist durch eine entsprechende Ausgestaltung der Statuten Gewähr zu leisten, dass die Anwalts-Kapitalgesellschaft auch auf Ebene der Geschäftsführung von Anwältinnen und Anwälten beherrscht wird, die entweder nach Art. 6 BGFA in einem kantonalen Anwaltsregister oder nach Art. 28 BGFA in einer öffentlichen Liste eingetragen sind.

67. Art. 21 Abs. 2 Satz 1 des Statutenentwurfs der Gesuchstellerin genügt diesen Anforderungen nicht. Die blosse **Berechtigung** 'zur Ausübung des Berufs als Anwalt im Sinne der Art. 6 – 8 und der Art. 27 – 29 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte in der jeweils gültigen Fassung' stellt nicht sicher, dass ein ernannter Geschäftsführer den Berufsregeln des Art. 12

BGFA untersteht. Wiederum ist zu gewährleisten, dass der Geschäftsführer auch tatsächlich in eines der Verzeichnisse eingetragen ist.

68. Aus denselben Gründen entspricht Art. 21 Abs. 1 Satz 3 des Statutenentwurfs nicht den Vorgaben, wonach es im Falle der Bestellung mehrerer Geschäftsführer ausreicht, dass 'die Mehrzahl der Geschäftsführer zur Rechtsanwaltschaft zugelassen **und/oder** Rechtsanwalt in das kantonale Anwaltsregister oder die öffentliche Liste eingetragen' ist (Hervorhebung beigefügt). Nach diesem Wortlaut (siehe insbesondere 'und/oder') wäre es möglich, dass die Mehrzahl alleine in Deutschland zur Rechtsanwaltschaft zugelassen ist, was die Anforderungen an die institutionelle Ausgestaltung einer Anwalts-Kapitalgesellschaft nicht erfüllt.

69. Gemäss dem Beschluss der Aufsichtkommission vom 5. Oktober 2006 ist zudem ausdrücklich zu verlangen, dass 'auf allen Ebenen […] 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' (Beschluss der Aufsichtskommission vom 5. Oktober 2006, ZR 105 Nr. 71, E. IV.3.2).

70. Gemäss Art. 22 des Statutenentwurfs hat die Gesellschafterversammlung den Vorsitz zu regeln, wenn die Gesellschaft mehrere Geschäftsführer hat. Nach Art. 24 Abs. 1 des Statutenentwurfs entscheidet dann zwar die Mehrheit der Stimmen, dem Vorsitzenden kommt jedoch nach Art. 21 Abs. 2 des Statutenentwurfs das Recht zum Stichentscheid zu. Da der Statutenentwurf nicht sicherstellt, dass der Vorsitzende seinerseits den Berufsregeln nach Art. 12 BGFA unterliegt, genügen die genannten Regelungen über die Beschlussfassung durch mehrere Geschäftsführer den gestellten Anforderungen nicht."

Beschluss der Aufsichtskommission
über die Anwältinnen und Anwälte
vom 6. Mai 2010