

OW_GERICHTE VVGE 2005/06 Nr. 13 vom 1. Juli 2016

OW Obergericht, 2016-07-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_VVGE 2005_06 Nr. 13](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_VVGE_2005_06_Nr.13)

FR: OW_GERICHTE VVGE 2005/06 Nr. 13 du 1 juillet 2016

IT: OW_GERICHTE VVGE 2005/06 Nr. 13 del 1 luglio 2016

Regeste

VVGE 2005/06 Nr. 13, S. 40: Art. 8 Abs. 1 Bst. d in Verbindung mit Art. 12 Bst. b BGFA
a. Anwältinnen und Anwälte können ihr Büro in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft führen (Erw. 7). b. Zwar ist die Aktiengesellschaft als juristisch

Erwägungen

E. 1

Staatliche Aufsicht über Anwälte und Anwältinnen / Eintragungspflicht

E. 1.1

Personen, die über ein Anwaltspatent verfügen, unterstehen bei der Ausübung von anwaltschaftlichen Tätigkeiten der staatlichen Aufsicht (Art. 14 Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 [Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61]; Art. 1 kantonales Gesetzes über die Ausübung des Anwaltsberufes vom 24. Mai 2002 [AnwG; GDB 134.4]), die im Kanton Obwalden von der Anwaltskommission wahrgenommen wird (Art. 4 Abs. 1 AnwG).

E. 1.2

Gemäss Art. 6 Abs. 1 BGFA müssen sich Anwältinnen und Anwälte, die über ein kantonales Patent verfügen und Parteien vor Gericht vertreten wollen, ins Register des Kantons eintragen lassen, in dem sie ihre Geschäftsadresse haben. Die Aufsichtsbehörde trägt sie ein, wenn sie festgestellt hat, dass die Voraussetzungen nach den Art. 7 und 8 erfüllt sind (Art. 6 Abs. 2 BGFA). Art. 7 BGFA umschreibt die fachlichen Voraussetzungen. Gemäss Art. 8 Abs. 1 BGFA müssen die Anwältinnen und Anwälte handlungsfähig sein (Bst. a); es darf keine im Strafregister nicht gelöschte strafrechtliche Verurteilung wegen Handlungen vorliegen, die mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbaren sind (Bst. b); und es dürfen gegen sie keine Verlustscheine bestehen (Bst. c). Art. 8 Abs. 1 BGFA bestimmt sodann, dass die Anwältinnen und Anwälte in der Lage sein müssen, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben und Angestellte nur von Personen sein können, die ihrerseits im einem kantonalen Register eingetragen sind (BGE 130 II 90, Erw. 2.2). Zur Anwaltstätigkeit gehören typischerweise die Vertretung von Parteien vor Gericht sowie die Rechtsberatung; das Tätigkeitsgebiet des Anwalts kann sich darüber hinaus auf andere Bereiche erstrecken (wirtschaftliche Dienstleistungen, Ausübung von Verwaltungsratsmandaten usw.). Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGFA gilt das Anwaltsgesetz für Personen, die über ein Anwaltspatent verfügen und in der Schweiz im Rahmen des Anwaltsmonopols Parteien vor Gericht vertreten (siehe auch Art. 4 BGFA). Der Eintrag ins kantonale Anwaltsregister ist erforderlich, sofern ein Rechtsanwalt Parteien in sämtlichen Kantonen ohne weitere Bewilligung vertreten will (Art. 6 Abs. 1 BGFA); der Registereintrag betrifft somit allein die so genannte Monopoltätigkeit (BGE 130 II 92, Erw.

3).

E. 1.3

Beim Anwaltsmonopol handelt es sich um ein echtes Monopol im Rechtssinn. Der Zugang zum Beruf des Anwalts als Prozessvertreter erfolgt aufgrund einer klassischen wirtschaftspolizeilichen Bewilligung, welche zum Schutz des rechtssuchenden Publikums die persönlichen und fachlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Berufsausübenden sicherstellen soll. Damit fällt aber auch die Anwaltstätigkeit im Monopolbereich grundsätzlich in den Schutzbereich der von Art. 27 BV garantierten Wirtschaftsfreiheit. Gemäss Art. 36 BV bedarf daher jede Einschränkung der Befugnis, Parteien vor Gericht zu vertreten, einer gesetzlichen Grundlage; sie muss sich durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter rechtfertigen und hat verhältnismässig zu sein. Unzulässig sind wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen. Andere die Wirtschaftsfreiheit der Anwältin oder des Anwalts einschränkende, im öffentlichen Interesse liegende Massnahmen sind zulässig, wenn nebst dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit derjenige der Rechtsgleichheit, namentlich im Sinne der Wirtschaftsneutralität, gewahrt wird (BGE 130 II 92, Erw. 3 mit Hinweisen).

E. 1.4

Zur berufsmässigen Vertretung und Verbeiständung von Parteien vor den obwaldnerischen Gerichts- und Strafuntersuchungsbehörden ist nur zugelassen, wer im kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist oder Freizügigkeit nach dem Bundesgesetz geniesst (Art. 6 Abs. 1 BGFA; Art. 2 AnwG). Die Eintragung ins kantonale Anwaltsregister erfolgt, wenn die Anwältin oder der Anwalt das Vorhandensein der fachlichen oder persönlichen Voraussetzungen nach Art. 7 und 8 BGFA nachweist (Art. 6 Abs. 2 BGFA; Art. 13 Abs. 1 AnwG). Anwältinnen und Anwälte, welche die Voraussetzungen für den Registereintrag nicht mehr erfüllen, werden im Register gelöscht (Art. 9 BGFA). Weiter haben die Personen, die über ein Anwaltspatent verfügen, die Berufsregeln nach Art. 12 f. BGFA zu befolgen; dies unabhängig davon, ob sie im Anwaltsregister eingetragen sind oder nicht (Ausnahme Art. 12 Bst. b und g BGFA). Im Rahmen der staatlichen Aufsicht können den Anwältinnen oder Anwälten verbindliche Weisungen erteilt und Disziplinar massnahmen auferlegt werden (Art. 9 und 15 AnwG).

E. 1.5

Die Gesuchsteller beabsichtigen, sich als Aktiengesellschaft zu konstituieren. Sie beantragen, es sei ihnen zu erlauben, ihre Anwaltstätigkeit im Rahmen einer Aktiengesellschaft auszuüben. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Führung eines Anwaltsbüros in Form einer Aktiengesellschaft in Einklang steht mit den Voraussetzungen der Eintragung ins Anwaltsregister. Die Aufsichtsbehörde hat das Bestehen der persönlichen Voraussetzungen, insbesondere der Unabhängigkeit von Amtes wegen zu prüfen (Fellmann, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2005, Art. 8 N. 61). Unabhängig von den Erfordernissen der Registereintragung ist immerhin schon jetzt zu prüfen, ob die Führung eines Anwaltsbüros in Form einer Aktiengesellschaft nicht Berufsregeln nach Art. 12 f. BGFA verletzen würde, wogegen disziplinarrechtliche Einschränkungen erwogen werden müssten (vgl. Fellmann, a.a.O., N 73 zu Art. 12). Es wäre jedoch unverhältnismässig, von vornherein alle Situationen zu verbieten, die möglicherweise zu einer Verletzung des BGFA führen könnten (BGE 131 I 223, Erw.

4.6.3), weshalb vorliegend nur die Einhaltung der wichtigsten Berufsregeln des BGFA zu überprüfen sind. Massgebend für die Beurteilung ist einzig das BGFA; es besteht kein Raum mehr für die Anwendung des kantonalen Anwaltsgesetzes (BGE 130 II 270, Erw. 3.1). Inwieweit die Führung eines Notariatsbüros in Form einer Aktiengesellschaft die Zulassung und die Berufsregeln der Notare berührt, liegt in der Zuständigkeit der Notariatskommission und kann daher vorliegend nicht geprüft werden.

E. 2

Organisationsfreiheit? Da sich das Gesetz nicht klar genug ausdrückt, ist in Lehre und Rechtsprechung die Frage streitig, ob Anwälte und Anwältinnen grundsätzlich frei sind, wie sie ihre Anwaltskanzleien organisieren wollen. Auch für sie gilt grundsätzlich die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV. Sie können sich somit in Anwaltsgemeinschaften organisieren. Früher wurden solche Anwaltsgemeinschaften als einfache Gesellschaften qualifiziert. In BGE 124 III 363 kam das Bundesgericht zum Schluss, dass zumindest jede grössere Anwaltsgemeinschaft ein kaufmännisches Unternehmen betreibt und damit den Haftungsbestimmungen der Kollektivgesellschaft unterliegen kann (Hans Nater, *Grünes Licht für Anwaltskörperschaft*, SJZ 2005, S. 550 mit Hinweisen). Klar ist, dass nach den Art. 5 bis 8 BGFA Anwaltskörperschaften (Kapitalgesellschaften) nicht in das Anwaltsregister eingetragen werden können. Eintragungsfähig sind nur natürliche Personen (Nater, a.a.O., S. 551). Soweit ersichtlich ist bis anhin kein Entscheid einer kantonalen Aufsichtsbehörde ergangen, bei dem es um die Frage ging, ob Anwälte und Anwältinnen, die in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft organisiert sind bzw. bei einer solchen Gesellschaft angestellt sind, ins Anwaltsregister eingetragen werden können. Am 22. Dezember 1999 hat Ständerat Anton Cottier eine Motion eingereicht, mit welcher der Bundesrat eingeladen wird, "die verschiedenen Organisationsformen für den Zusammenschluss von Angehörigen der freien Berufe (Anwaltskanzleien, Ärztekollektive usw.) abzuklären und dem Parlament - soweit erforderlich - einen Entwurf für geeignete rechtliche Grundlagen zu unterbreiten". Am 8. März 2000 hat der Ständerat und am 7. Dezember 2000 der Nationalrat die Motion angenommen. Der Bundesrat hat bis anhin die Motion nicht beantwortet. Bekannt ist, dass sich der Schweizerische Anwaltsverband seit längerer Zeit mit der Zulassung der Anwalts-Aktiengesellschaft befasst. Im Kanton Zürich ist ein Gesuch um Erlass eines Vorbescheids auf Zulassung einer Anwalts-AG eingereicht worden; die zürcherische Aufsichtsbehörde bearbeitet derzeit dieses Gesuch (Anwalts-Revue 2006, S. 220/221). In einem Urteil vom 11. März 2004 hat der Deutsche Bundesfinanzhof die Zulässigkeit einer Prozessvertretung durch eine Rechtsanwalts-Aktiengesellschaft bejaht (Fellmann, *Anwalts-Revue* 2004, S. 277 mit Hinweisen; Fellmann/Poledna, *Aktuelle Anwaltspraxis* 2005, S. 843). Nachfolgend ist die eingangs erwähnte streitige Frage für den vorliegenden Fall zu prüfen, insbesondere das Spannungsverhältnis zwischen dem Wunsch nach Organisationsfreiheit und dem Gebot der Unabhängigkeit näher zu klären. Zu diesem Zweck haben die Gesuchsteller der Aufsichtsbehörde den Aktionärsbindungsvertrag, die Statuten und das Organisationsreglement einzureichen, was sie im vorliegenden Fall denn auch gemacht haben.

E. 3

Grundsatz der Unabhängigkeit Gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. d BGFA müssen Anwältinnen und Anwälte für die Registereintragung in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem

kantonalen Register eingetragen sind. Art. 12 Bst. b BGFA statuiert als Berufsregel, dass Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung ausüben müssen. Art. 12 Bst. c BGFA statuiert ergänzend, dass Anwältinnen und Anwälte jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen, meiden müssen.

E. 3.1

Der Grundsatz der Unabhängigkeit des Anwalts ist von herausragender Bedeutung. Darüber hinaus ist er als Berufspflicht des Anwalts weltweit anerkannt. Die Unabhängigkeit der Anwältin und des Anwalts soll grösstmögliche Freiheit und Sachlichkeit bei der Interessenwahrung gegenüber dem Klienten wie gegenüber dem Richter gewährleisten. Sie bildet die Voraussetzung für das Vertrauen in die Anwaltschaft und in die Justiz. Die Unabhängigkeit ist deshalb vom Gesetzgeber in Art. 8 Abs. 1 Bst. d BGFA zu einem zentralen Kriterium für die Zulassung von Anwältinnen und Anwälten zur forensischen Tätigkeit gemacht worden. Die Frage der Unabhängigkeit ist verknüpft mit der in Art. 12 Bst. b BGFA festgeschriebenen Pflicht der Anwältin und des Anwalts, den Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung auszuüben (vgl. Erw. 2.6). Allerdings stellt sich im Alltag die Frage der unabhängigen Berufsausübung meistens im Zusammenhang mit konkreten Interessenkollisionen (BGE 130 II 87, Erw. 4.2; Fellmann, a.a.O., N 59 und 61 zu Art. 12; vgl. den Entwurf des Bundesrates zum BGFA, publiziert in: BBl 1999, S. 6080). Die entsprechende Bestimmung in Art. 12 Bst. c BGFA verpflichtet nämlich die Anwältin und den Anwalt, bei der Berufsausübung jeden Konflikt zwischen den Interessen der Klientschaft und denjenigen anderer Personen, Unternehmungen oder Organisationen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen, zu vermeiden. Damit ist der Aspekt angesprochen, dass die Anwältin und der Anwalt bei der Ausübung des Mandats von Dritten unabhängig sein müssen (Erw. 2.6). Sie müssen insoweit Gewähr dafür bieten, dass sämtliche Handlungen, die sie in einer Angelegenheit vornehmen, ausschliesslich vom Interesse des Mandanten bestimmt sind (zum Ganzen: BGE 130 II 87, Erw. 4.1 und 4.2 mit weiteren Hinweisen).

E. 3.2

In seiner Botschaft zum BGFA vom 28. April 1999 (BBl 1999, S. 6038 f.) hat der Bundesrat erwogen: Die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte müsse sowohl im Moment des Registereintrags als auch bei der Berufsausübung garantiert sein. Es sei sehr heikel, zwischen dem allgemeinen Ausschluss von angestellten Anwältinnen und Anwälten vom Registereintrag und ihrer allgemeinen Zulassung zum Registereintrag eine differenziertere Lösung zu finden, die den vom Bundesgericht entwickelten Grundsätzen entsprechen würde. Das Anwaltsgesetz strebe vor allem die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte an. Die Lösung im Anwaltsgesetz solle insbesondere: eine mögliche Entwicklung in diesem Bereich nicht blockieren (die Frage der Organisation von Anwaltskanzleien [beispielsweise in Form einer Aktiengesellschaft] werde sich - wie bereits in zahlreichen anderen Staaten - bald auch in der Schweiz stellen); die Kasuistik des Bundesgerichts berücksichtigen; im Interesse der Rechtssuchenden sein; eine Umschreibung der Unabhängigkeit ermöglichen, die in der ganzen Schweiz gültig sei. Die Behörde, die das Register führe, habe im Zeitpunkt des Antrags auf Eintragung im Register bereits zu prüfen, ob die Anwältin oder der Anwalt in der Lage sei, den Beruf unabhängig auszuüben, insbesondere im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Die Unabhängigkeit bleibe selbstverständlich eine Berufsregel, der die Anwältinnen und

Anwälte während ihrer gesamten beruflichen Tätigkeit unterstehen würden. Die vorgeschlagene Lösung (Anwältinnen und Anwälte müssten in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; Organisationsformen oder Anstellungsbedingungen wurden offengelassen) überlasse es den Aufsichtsbehörden und den Gerichten, die Konturen der Unabhängigkeit zu bestimmen und vor allem auch dem Problem der Interessenkollision Rechnung zu tragen. In der parlamentarischen Beratung war die Unabhängigkeit der Anwälte der umstrittenste Punkt der Vorlage. Die Ansicht des Bundesrates und anfänglich auch des Ständerates, wonach die Möglichkeit bestehen sollte, die rechtliche Organisation der Kanzleien frei zu wählen, konnte sich in der Debatte nicht durchsetzen. Vielmehr beschlossen die Räte, dass zum Schutz der Klienten strenge Anforderungen an die Unabhängigkeit der Anwälte zu stellen seien. Es wurde geltend gemacht, angestellte Anwälte seien im Verhältnis zu ihren Arbeitgebern weisungsgebunden und deshalb nicht als unabhängig im Sinne des Gesetzes zu betrachten. Sie sollten daher nicht Parteien vor Gericht vertreten dürfen. Anwältinnen und Anwälte würden nur dann als unabhängig gelten, wenn keine Bindungen bestehen, die sie bei der Berufsausübung irgendwelchem Einfluss von Dritten, die nicht in einem kantonalen Register eingetragen seien, aussetzen könnten. In der Folge beschlossen sie eine in Bezug auf die Unabhängigkeit enge Formulierung, wonach Anwältinnen und Anwälte Angestellte nur von Personen sein können, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind.

E. 3.3

Das Bundesgerichts hat vor Inkrafttreten des BGFA in Bezug auf die Vertretung von Kunden des Arbeitgebers durch eine Anwältin oder einen Anwalt eine differenzierte Haltung eingenommen: Als ausschlaggebend erscheine das Kriterium des Interessenkonflikts. Übernehme der angestellte Anwalt ein Mandat eines Kunden seines Arbeitgebers, tue er dies - auch - im Interesse seines Arbeitgebers, der ihm gegenüber aus dem Arbeitsverhältnis weisungsbefugt sei. Die Ausübung eines Mandats unter dem Einfluss des Arbeitgebers sei mit dem Erfordernis der anwaltlichen Unabhängigkeit nicht vereinbar und dürfe untersagt werden. Die Möglichkeit der Vertretung von mit dem Arbeitgeber in Beziehung stehenden Personen sei dagegen von der Rechtsprechung nicht vollständig ausgeschlossen worden, sofern im Einzelfall als sichergestellt erscheine, dass der Anwalt das Mandat führen könne, ohne dass er dabei durch ein möglicherweise vom Interesse des Klienten abweichendes Interesse des Arbeitgebers beeinflusst werde. Nie problematisiert wurde in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Frage der Unabhängigkeit von Anwälten, die bei Anwaltsbüros angestellt sind; diesfalls biete der Arbeitgeber hinsichtlich der Pflicht zur Unabhängigkeit selber die notwendigen Garantien. In seiner neusten Rechtsprechung hält das Bundesgericht fest, der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 Bst. d BGFA drücke unmissverständlich den Willen des Gesetzgebers 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 widerlegbare Vermutung des Fehlens der Unabhängigkeit; diese werde im neuen Anwaltsgesetz strukturell und institutionell umschrieben (institutionelle Unabhängigkeit; zum Ganzen: BGE 130 II 87, Erw. 4.3 und 5.1: im betreffenden Fall ging es allerdings um einen Anwalt, der eigene Klienten betreute sowie vor Gericht vertrat, und zwar neben der Tätigkeit für seinen Arbeitnehmer und ohne Konnex mit der im Rahmen dieser Anstellung ausgeübten Tätigkeit).

E. 3.4

Nach dem bisher Gesagten kann eine Anwaltskanzlei, die als Aktiengesellschaft organisiert ist, nicht ins kantonale Anwaltsregister eingetragen werden. Folglich könnten sich die dort angestellten Anwältinnen und Anwälte ebenfalls nicht eintragen lassen. Dies - wie das Bundesgericht festgestellt hat - aufgrund der im BGFA enthaltenen Vermutung des Fehlens der institutionellen Unabhängigkeit. Noch in der Botschaft zum BGFA wurde die Meinung vertreten, angestellte Anwältinnen und Anwälte dürften Klienten ihres Arbeitgebers vor Gericht vertreten, solange keine Interessenkollision zwischen der Klientschaft und dem Arbeitgeber möglich sei; mithin ging die Botschaft also grundsätzlich von der Vermutung des Vorhandenseins der Unabhängigkeit aus. Richtigerweise hat sich aber das Bundesgericht bei seiner Auslegung von Art. 8 Abs. 1 Bst. d BGFA auf die restriktive Sichtweise des Parlaments gestützt, wonach angestellte Anwälte im Verhältnis zu ihren Arbeitgebern grundsätzlich als weisungsgebunden und deshalb nicht als unabhängig im Sinne des Gesetzes zu betrachten seien, ausgenommen der Arbeitgeber sei selber im Anwaltsregister eingetragen (vgl. BGE 130 II 87, Erw. 5.1.1). Immerhin aber ging das Bundesgericht in Bezug auf die Vermutung des Fehlens der Unabhängigkeit von deren Widerlegbarkeit aus (BGE 130 II 87, Erw. 5.1.1; vgl. auch Fellmann, a.a.O., N 68 und 72 zu Art. 12; SJZ 2005, S. 551). Denn das Eintragungserfordernis, dass Anwältinnen und Anwälte Angestellte nur von Personen sein können, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind, darf nicht so verstanden werden, dass alle in einem Anstellungsverhältnis stehenden Anwältinnen und Anwälte, deren Arbeitgeber nicht selber im Anwaltsregister eingetragen ist, ungeachtet der konkreten Umstände und ohne Rücksicht auf das tatsächliche Klientenverhältnis, vom Registereintrag zwingend ausgeschlossen wären. Eine derartige Auslegung von Art. 8 Abs. 1 Bst. d BGFA hat eine Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit zur Folge, die sich nicht mehr durch ein öffentliches Interesse rechtfertigen lässt, zumal gerade das BGFA eine Liberalisierung der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte bezwecken will (vgl. BGE 130 II 87, Erw. 5.2). Der Auslegung des Bundesgerichts ist zu folgen. Eine noch einschränkendere Interpretation der Unabhängigkeit würde die Organisationsfreiheit der Anwälte in einem Mass einengen, die - abgesehen von der Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit - mit dem Sinn und Zweck des BGFA nicht mehr vereinbar wäre. Zwar ist das Parlament dem Vorschlag des Bundesrates nicht gefolgt, die rechtliche Organisation der Kanzleien im Gesetz offen zu lassen. Tatsächlich aber ist dem Bundesrat in seiner Botschaft zum BGFA in dem Sinne zuzustimmen, dass das BGFA die möglichen Entwicklungen bei den Rechtsformen der Zusammenarbeit von Anwältinnen und Anwälten nicht blockieren sollte, solange die Unabhängigkeit nachgewiesen werden kann (vgl. Botschaft zum BGFA, a.a.O., S. 6038). Demgemäss ist nachfolgend Prüfungsgegenstand, inwieweit es gelingt, die auf das Anstellungsverhältnis abgestützte Vermutung der fehlenden Unabhängigkeit zu widerlegen (SJZ 2005, S. 551) und darzulegen, dass die Gesuchsteller ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung ausüben können, so dass sie insbesondere in keinen unlösbaren Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und jenen des Arbeitgebers geraten.

E. 3.5

Die Gesuchsteller machen geltend, die Eintragungsvoraussetzung der institutionellen Unabhängigkeit (Art. 8 Abs. 1 Bst. d BGFA) sei gegeben, soweit die Gesellschaft von Anwältinnen und Anwälten kontrolliert werde, die selbst in einem Anwaltsregister

eingetragen seien. Mithin beanspruchen sie mit dieser These die Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung.

E. 3.5.1

Primäre Voraussetzung für die dauernde Beherrschung und Kontrolle einer Aktiengesellschaft ist die Mehrheit der Stimmen und des Kapitals in der Generalversammlung. Denn die Generalversammlung der Aktionäre ist das oberste Organ der Aktiengesellschaft. Es entscheidet u.a. über die Festsetzung und Änderung der Statuten, die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle, die Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates und über alle sonstigen Gegenstände, die der Generalversammlung durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind (Art. 698 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht {OR}]; SR 220). Die Statuten können bestimmen, dass Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen (Art. 685a Abs. 1 OR). Bei nicht börsenkotierten Namenaktien kann die Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung ablehnen, wenn sie u.a. hierfür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekannt gibt. Als wichtiger Grund gelten auch Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbstständigkeit des Unternehmens die Verweigerung rechtfertigen. Sind die Aktien durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben worden, so kann die Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung nur ablehnen, wenn sie dem Erwerber die Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert anbietet. Die Statuten dürfen die genannten Voraussetzungen der Übertragbarkeit nicht erschweren (Art. 685b OR). Der eingetragene Aktionär kann seine Aktien in der Generalversammlung durch einen Dritten vertreten lassen, der unter Vorbehalt abweichender statutarischer Bestimmungen nicht Aktionär zu sein braucht (Art. 689 OR). Zur Beherrschung der Gesellschaft durch eingetragene Anwältinnen und Anwälte sehen der Statutenentwurf wie auch der Aktionärsbindungsvertrag verschiedene Sicherheitsvorkehrungen vor. So bestimmt Art. 6 des Statutenentwurfs, dass mittels Vinkulierung von Namenaktien sämtliche Aktien der geplanten Gesellschaft stets im Eigentum von im Anwaltsregister eingetragenen Anwältinnen und Anwälten bleiben sollen. Weitere Bestimmungen betreffend den Übergang der Namenaktien infolge ehelichen Güterrechts, Erbrechts sowie Schuldbetreibungs- und Konkursrechts finden sich im Aktionärsbindungsvertrag (III. Ziff. 3). Für den Fall des ehelichen Güterrechts und des Erbrechts sieht der Vertrag eine gegenseitige Kaufpflicht der Aktionäre vor. Im Falle des Konkurses eines Aktionärs ist eine etwas komplexere Regelung vorgesehen, die letztendlich aber wohl auch in einer Kaufpflicht (und in einem Vorkaufsrecht) der verbleibenden Aktionäre mündet (vgl. die Verweise auf die Bestimmungen über die Ausübung des Vorhandrechts und über das Vorkaufsrecht). Jedenfalls aber muss für die oben beschriebene Beherrschung der Gesellschaft gewährleistet sein, dass die Übertragung von Aktien einer Anwaltskanzlei, die in einer Zwangsvollstreckung erworben worden sind, nur an eine im Anwaltsregister eingetragene Person zustande kommen kann. Dies kann letztendlich nur bewerkstelligt werden, wenn die Gesellschaft dem Erwerber die Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert anbietet, mithin also eine Kaufpflicht vereinbart wird. Weiter wird in Art. 13 des Statutenentwurfs vorgeschlagen, dass sich die Aktionäre in der Generalversammlung vertreten lassen können. Dies ist - nach dem bisher Gesagten - systemwidrig: Damit die Gesellschaft umfassend und insbesondere über die Generalversammlung von eingetragenen Anwältinnen und Anwälten kontrolliert wird,

muss eine Vertretung der Aktionäre an der Generalversammlung durch nicht eingetragene Anwälte, mithin also durch irgendwelche Dritte statutarisch ausgeschlossen werden. Unter diesen Voraussetzungen ist sichergestellt, dass die Gesellschaft in der Generalversammlung durch im kantonalen Anwaltsregister eingetragene Anwältinnen und Anwälte dauernd beherrscht wird. Freilich steht es den Aktionären frei, wie in Art. 15 des Statutenentwurfes vorgesehen, die Übertragbarkeit der Namenaktien zu erleichtern. Diesfalls müsste allerdings - nach Bekanntgabe der neuen Verhältnisse an die Aufsichtsbehörde - die Situation der bei einer Aktiengesellschaft angestellten Rechtsanwältinnen und Anwälte neu überprüft werden.

E. 3.5.2

Eine weitere Voraussetzung für die dauernde Beherrschung und Kontrolle einer Gesellschaft ist die Besetzung der Organe, namentlich des Verwaltungsrates (SJZ 2005, S. 552). Der Verwaltungsrat kann in allen Angelegenheiten Beschluss fassen, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugeteilt sind. Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat (Art. 716 OR). Art. 18 des Statutenentwurfes sieht vor, dass der Verwaltungsrat der Gesellschaft aus einem oder mehreren Mitgliedern besteht, die Aktionäre (vgl. Art. 707 OR) und damit im Anwaltsregister eingetragene Anwältinnen und Anwälte sein müssen. Damit wird gewährleistet, dass die Leitung und Vertretung der Gesellschaft ebenfalls in der Hand von Anwältinnen und Anwälten ist, die selbst in einem Anwaltsregister eingetragen sind.

E. 3.5.3

Im Ergebnis ist sichergestellt, dass die zu gründende Aktiengesellschaft durch im Anwaltsregister eingetragene Anwältinnen und Anwälte vollständig dauernd beherrscht wird. Damit ist die bundesgerichtliche Vermutung der institutionellen Abhängigkeit widerlegt. Denn mit der vollständigen und dauernden Beherrschung der Aktiengesellschaft durch eingetragene Anwälte kann der Einfluss von Drittpersonen, die nicht im Anwaltsregister eingetragen sind, ausgeschlossen werden. Insoweit kann in Bezug auf Art. 8 Abs. 1 Bst. d BGFA die Anstellung bei einer Anwaltsgesellschaft - unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen - solange kein Grund für die Verweigerung der Eintragung darstellen, als die Gesellschaft von Anwältinnen und Anwälten beherrscht wird, die selbst in einem Anwaltsregister eingetragen sind (vgl. dazu auch Staehelin/Oetiker, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich/Basel/ Genf 2005, N 37 zu Art. 8 BGFA).

E. 3.6

In Bezug auf die Unabhängigkeit bei der Ausübung des Anwaltsberufes (Art. 12 Bst. b und c BGFA) machen die Gesuchsteller geltend, dass nicht alle praktizierenden Anwältinnen und Anwälte, die bei einer Aktiengesellschaft angestellt seien, auch Einsitz in den Verwaltungsrat zu nehmen hätten, damit die Weisungsunabhängigkeit von der Geschäftsführung sichergestellt sei. Als Beispiel führen sie an, dass im vormaligen Advokaturbüro G.&A. von zeitweilig sechs Anwälten nur deren zwei Gesellschafter waren, die übrigen vier jedoch lediglich in einem Arbeitsverhältnis, ohne gesellschaftsrechtliche Mitwirkungsbefugnis, angestellt gewesen seien.

E. 3.6.1

Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der Gesellschaft und entscheidet in allen Angelegenheiten, die nicht der Generalversammlung zugeteilt sind. Im Rahmen seiner Geschäftsführung kann er die nötigen Weisungen und Anordnungen erteilen (Art. 716 und

716a OR). Aus arbeitsrechtlicher Sicht kann der Arbeitgeber über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen. Der Arbeitnehmer hat die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen (Art. 321d OR). Dem gegenüber besagt die Bestimmung von Art. 12 Bst. b und c BGFA, Anwältinnen und Anwälte müssen ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung ausüben können, ohne in einen Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Interessen anderer Personen, mit denen sie in Beziehung stehen, zu geraten. Die in einer Aktiengesellschaft angestellten Anwältinnen oder Anwälte, seien sie nun Aktionäre, Verwaltungsräte oder einfache Angestellte, stehen als Arbeitnehmer in einem Unterordnungsverhältnis zum Arbeitgeber und haben daher Weisungen zu ihrer Arbeitsweise entgegenzunehmen. Demgegenüber folgt die Führung des einzelnen Mandats anderen Regeln. Zu berücksichtigen ist nämlich ebenfalls, dass Anwältinnen oder Anwälte gemäss den im Anwaltsgesetz festgelegten Berufsregeln auch gegenüber ihrem Klienten unabhängig sein müssen (Art. 12 Bst. b BGFA) und dessen Interessen unbeeinflusst zu vertreten haben (Art. 12 Bst. c BGFA). Sie sollen als objektiv urteilende Helfer dienlich sein können, was voraussetzt, dass sie eigenständig abschätzen, wie im Prozess vorzugehen ist, und versuchen, den Klienten von ihrer Betrachtungsweise zu überzeugen. Die derart umschriebene Unabhängigkeit im Verhältnis von Arbeitgeber zu Arbeitnehmer lässt auf alle Fälle eine Beaufsichtigung durch die geschäftsführenden Anwältinnen und Anwälte einer Anwaltskanzlei nicht zu; die Ausübung eines Mandats unter dem Einfluss des Arbeitgebers ist mit dem Erfordernis der anwaltlichen Unabhängigkeit und der Interessenwahrung des Klienten nicht vereinbar. Denn übernimmt der angestellte Anwalt ein Mandat eines Kunden seines Arbeitgebers, tut er dies auch im Interesse des Arbeitgebers. Die Übernahme solcher Mandate ist nur zulässig, sofern sichergestellt ist, dass der Anwalt das Mandat führen kann, ohne dass er dabei durch ein möglicherweise vom Interesse des Klienten abweichendes Interesse des Arbeitgebers beeinflusst wird. (vgl. dazu auch BGE 130 II 87, Erw. 4.3.3). Erteilt also eine solche Geschäftsführung dem Arbeitnehmer ein Anwaltsmandat, so muss in dessen Umfang der arbeitsrechtliche Aspekt des Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, insbesondere das sich hieraus ergebende allgemeine Weisungsrecht, in den Hintergrund treten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.116/2005 vom 29. November 2005, Erw. 3.3.3). Art. 21 des Statutenentwurfes sieht vor, dass die Geschäftsführung an einen Geschäftsführer übertragen werden kann. Demgemäss sieht der Aktionärsbindungsvertrag (Ziff. 3.3) vor, die Geschäftsleitung der Gesellschaft an einen der Gesuchsteller zu übertragen. Der Arbeitgeber hat die Unabhängigkeit von angestellten Anwältinnen und Anwälten bei der Berufsausübung (Art. 12 Bst. b und c BGFA) zu respektieren. Insoweit hat er sicherzustellen, dass ein Interessenkonflikt zwischen seinen Interessen, die durch die Geschäftsführung vertreten werden (vgl. Art. 55 Abs. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]), und den Interessen des Klienten nicht aufzukommen vermag. Dies gelingt dem Arbeitgeber nur, in dem er die Geschäftsführung dazu verpflichtet, die so verstandene Unabhängigkeit der mandatsführenden Anwältinnen und Anwälte zu akzeptieren und zu beachten. Da die geschäftsführenden Anwältinnen und Anwälte selbst zwar der disziplinarischen Staatsgewalt unterstehen, jedoch nicht Arbeitgeber sind, kann dies lediglich über die Statuten der zu gründenden Aktiengesellschaft bzw. über ein Organisationsreglement sichergestellt werden (in diesem Sinne auch SJZ 2005, S. 552; plädoyer 2005/4, S. 13). Im Einklang mit den Gesuchstellern

ist daher davon auszugehen, dass zur Sicherstellung der beruflichen Unabhängigkeit nicht alle praktizierenden Anwältinnen und Anwälte im Verwaltungsrat Einsitz zu nehmen und an der Geschäftsführung mitzuwirken haben. Hingegen haben sich aber die mit der Geschäftsführung betrauten Anwältinnen und Anwälte in jedem Fall an die Weisungsunabhängigkeit der mandatsführenden Anwältinnen und Anwälte zu halten. Da der Statutenentwurf (und auch der Entwurf des Aktionärsbindungsvertrags) keine entsprechende Bindung der Geschäftsführung in Bezug auf die Weisungsunabhängigkeit enthält und ein Organisationsreglement nicht vorhanden ist, muss eine diesbezügliche Regelung geschaffen werden, und zwar in dem Sinne, als der Arbeitgeber und insbesondere die Geschäftsführung die mandatsführenden Anwältinnen und Anwälte die Rechtsdienstleistungen unter Beachtung der Berufsregeln gemäss BGFA erbringen zu lassen haben.

E. 3.6.2

In Bezug auf die Unabhängigkeit bei der Ausübung des Anwaltsberufes besagt insbesondere die Bestimmung von Art. 12 Bst. b BGFA, dass Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung ausüben müssen. Unklar ist, was das Gesetz mit den Hinweisen "in eigenem Namen" und "auf eigene Verantwortung" meint. Weder aus den Materialien zum BGFA noch der dazu bislang erfolgten Rechtsprechung des Bundesgerichts kann ein konkreter und eindeutiger Sinngehalt entnommen werden. Immerhin aber sind die Berufsregeln des BGFA primär selbstständig auszulegen; für kantonales Recht besteht keinerlei Raum. Allenfalls können als Auslegungshilfe für die Berufsregeln des BGFA die Landesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbands vom 10. Juni 2005 beigezogen werden, soweit sie eine landesweit geltende Auffassung zum Ausdruck bringen (BGE 130 II 270, Erw. 3.1.3). Art. 2 der Landesregeln - der im Übrigen wortgleich in den Berufs- und Landesregeln des Anwaltsverbandes Unterwalden vom 27. November 2003 seinen Niederschlag gefunden hat - legt u.a. fest, dass Anwältinnen und Anwälte für das von ihnen bearbeitete Mandat persönlich verantwortlich sind, unabhängig davon, ob das Mandat ihnen selber oder einer Kanzleigemeinschaft erteilt worden ist. Damit ist klar, dass der Anwalt insbesondere vor Gericht persönlich, d.h. unter seinem eigenen Namen und nicht dem Namen der Gesellschaft auftritt; folglich üben Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf stets auf eigene Verantwortung aus und bleiben gegenüber der Aufsichtsbehörde disziplinarisch verantwortlich. Daran ändert auch nichts, dass der Mandatsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Klienten abgeschlossen wird (und das Mandat vom Arbeitgeber im Rahmen des Anstellungsverhältnisses an die angestellten Anwältinnen und Anwälte übertragen wird), die Vollmacht hingegen direkt den mandatsführenden Anwältinnen und Anwälten erteilt wird. Denn obwohl die Handlungen des Arbeitnehmers lediglich Erfüllungshandlungen der Gesellschaft sind, handelt es sich bei der Anwaltsvollmacht um eine einseitige Ermächtigung des Vollmachtgebers, welche direkt die mandatsführende Person zur Einhaltung der Berufspflichten nach BGFA verpflichtet (zum Ganzen: Fellmann, a.a.O., N 62 ff. zu Art. 12; SJZ 2005, S. 552, insbesondere FN 15). Vor diesem Hintergrund ist Folgendes festzustellen: Die in Bezug auf die unabhängige Berufsausübung konkretisierenden Hinweise in Art. 12 Bst. b BGFA (a.M. Fellmann, a.a.O., N 65 zu Art. 12), dass Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung ausüben müssen, stehen vorliegend der Zulässigkeit einer Anwaltsaktiengesellschaft nicht entgegen. Insbesondere widersprechen sie weder dem vorliegend geplanten Anstellungsverhältnis der mandatsausführenden Anwältinnen und

Anwälte noch der Aufteilung von Auftrag und Vollmacht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

E. 3.6.3

Gesellschaften dienen der Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zweckes. Die Aktiengesellschaft, als kapitalbezogene Körperschaft, verfolgt - wie hier - vorwiegend wirtschaftliche Zwecke. Der Gesellschaftszweck stützt sich auf den gemeinsamen Willen der Gesellschafter bzw. entspricht dem Willen der Gesellschaft als juristische Person. Der Gesellschaftszweck kann demnach durch die Gesellschafter - bei der Aktiengesellschaft durch die Generalversammlung - geändert werden. Der Zweck der juristischen Person darf aber nicht widerrechtlich sein, ansonsten sie aufzulösen ist (Art. 52 Abs. 3 ZGB). Gemäss Art. 2 des Statutenentwurfes bezweckt die zu gründende Gesellschaft einzig die Führung eines Advokatur(- und Notariats)büros. Zudem kann die Gesellschaft Zweigniederlassungen errichten, Grundstücke erwerben oder veräussern sowie alle Geschäfte tätigen, die entweder geeignet sind, den Geschäftszweck zu fördern oder direkt oder indirekt mit ihm im Zusammenhang stehen. Wird die Gesellschaft zum Zwecke der Führung eines Anwaltsbüros, insbesondere der Erbringung von Rechtsberatung und -vertretung errichtet, muss im Zweck der Gesellschaft jedenfalls mitenthalten sein, Rechtsdienstleistungen stets unter Beachtung des BGFA zu erbringen. Andernfalls läuft die Anwaltsgesellschaft Gefahr, einen für sie widerrechtlichen Zweck zu verfolgen. Diesbezüglich sind den Aktionären, dem Verwaltungsrat wie auch der Geschäftsführung Schranken gesetzt bei der Bildung und der Umsetzung des Gesellschaftswillens (vgl. auch Art. 718a Abs. 1). Zwar besteht eine gewisse Garantie, dass bei Beherrschung der Gesellschaft durch eingetragene Anwälte - aufgrund der staatlichen Disziplinargewalt - Rechtsdienstleistungen unter Beachtung des BGFA erbracht werden. Allerdings sind die beherrschenden Anwältinnen und Anwälte lediglich Erfüllungsgehilfen der Anwaltsgesellschaft (SJZ 2005, S. 552, FN 15). Der grundlegende Wille zur Erbringung der Rechtsdienstleistungen unter Beachtung des BGFA geht von der Anwaltsgesellschaft als juristische Person aus. Insoweit muss der Grundsatz der Beachtung des BGFA bei der Erbringung von Rechtsdienstleistungen seinen Niederschlag in den Zweckbestimmungen der Statuten finden. In Konkretisierung dieses Grundsatzes ist beispielsweise in den Statuten die Bindung der Geschäftsführung in Bezug auf die Weisungsunabhängigkeit festzulegen (vgl. Erw. 2.6.1). Die beschriebene Erweiterung des Gesellschaftszweckes ist auch mit Blick auf die Eintragung ins Handelsregister notwendig. Die Aufgabe desselben ist "Klarstellung durch Kundgabe"; wichtige Tatsachen und Rechtsverhältnisse sollen offengelegt werden. Insbesondere das Interesse des rechtssuchenden Publikums geht dahin, über die für den Geschäftsverkehr wesentlichen Umstände Klarheit zu erhalten. So etwa auch über die Schranken der Dienstleistungserbringung. Eingetragenes soll für den Rechtssuchenden beachtlich sein (vgl. Art. 12 Bst. a BGFA; Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, Bern 1993, Aufl. 7, N 37 ff. zu § 1, N 19 ff. und 38 zu § 2, N 43 f. zu § 5, N 20 ff. zu § 12). Soweit die Gesellschaft "einzig" die Führung eines Advokatur(- und Notariats)büros, d.h. also hauptsächlich die Erbringung von Rechtsdienstleistungen unter Beachtung des BGFA bezweckt, erscheint der Hinweis in Art. 2 Abs. 2 der Statuten, wonach die Gesellschaft Grundstücke erwerben oder veräussern kann, als problematisch. Es versteht sich nach dem bisher Gesagten von selbst, dass der Erwerb und die Veräusserung von Grundstücken zwar nicht Zweck der Anwaltsaktiengesellschaft sein können, jedoch im Rahmen der Erbringung von Rechtsdienstleistungen oder z.B. zur Sicherstellung der Infrastruktur der Gesellschaft

durchaus zulässig wären. Allein diese Möglichkeiten sind schon im Passus enthalten, wonach die Gesellschaft alle Geschäfte tätigen kann, die entweder geeignet sind, den Geschäftszweck zu fördern oder direkt oder indirekt mit ihm im Zusammenhang stehen. Somit ist der Ausdruck "Grundstücke erwerben oder veräussern" in Abs. 2 zu streichen. Freilich gilt auch für Art. 3a der Statuten (Sacheinlagen) der oben erwähnte Grundsatz, dass der Erwerb und die Veräusserung von Grundstücken nicht Zweck der Anwaltsaktiengesellschaft sein können.

E. 3.6.4

Unter diesen Bedingungen ist sichergestellt, dass bei der zu gründenden Aktiengesellschaft die Unabhängigkeit der angestellten und mandatsführenden Anwältinnen und Anwälte bei der Ausübung ihres Berufes (Art. 12 Bst. b und c BGFA) gewährleistet ist, insbesondere sie das Mandat in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung ausüben können.

E. 3.7

Die Statuten können den Verwaltungsrat ermächtigen, die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglements an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu übertragen (Art. 716b OR). Demgemäss sieht Art. 21 des Statutenentwurfs vor, dass die Geschäftsführung und die Vertretung ganz oder zum Teil auch an Dritte übertragen werden können. Dies ist nach dem bisher Gesagten unzulässig, und zwar in Bezug auf die institutionelle Unabhängigkeit wie auch auf die Unabhängigkeit bei der Berufsausübung. Die Geschäftsführung der Gesellschaft ist zwingend von Anwälten auszuüben, die selbst in einem Anwaltsregister eingetragen sind. Denn nur selbst eingetragene Anwälte können gegenüber angestellten Anwälten gewährleisten, dass die institutionelle Unabhängigkeit (vgl. Erw. 2.5.2) und die Berufspflichten, insbesondere die Bestimmungen im Organisationsreglement eingehalten sind, zumal sie der staatlichen Disziplinargewalt unterstehen. Da beispielsweise jedes Mitglied des Verwaltungsrates Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen kann (Art. 715a Abs. 1), mithin also auch Einsicht in Mandate anderer Anwältinnen und Anwälte in der Gesellschaft nehmen kann, muss der Verwaltungsrat zwingend dem Anwaltsgeheimnis unterstehen (vgl. Erw. 3.1). Immerhin sei erwähnt, dass der Aktionärsbindungsvertrag (Ziff. 3.3) vorsieht, die Geschäftsleitung der Gesellschaft vorab an einen der Gesuchsteller und mithin also an einen Aktionär und eingetragenen Anwalt zu übertragen.

E. 3.8

Zusammenfassend ergibt sich, dass - unter den genannten Bedingungen - die institutionelle (Art. 8 Abs. 1 Bst. d BGFA) wie auch die bei der Berufsausübung erforderliche Unabhängigkeit (Art. 12 Bst. b und c BGFA) gewahrt ist und der Führung einer Anwaltskanzlei in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft nicht im Wege steht.

E. 4

Einhaltung der übrigen Berufsregeln Im Weiteren ist zu prüfen, ob die Führung eines Anwaltsbüros in Form einer Aktiengesellschaft - abgesehen von Art. 12 Bst. b und c BGFA - andere Berufsregeln des BGFA tangiert.

E. 5

Berufsgeheimnis

E. 5.1

Anwältinnen und Anwälte unterstehen zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist. Die Entbindung verpflichtet sie nicht zur Preisgabe von Anvertrautem (Art. 13 Abs. 1 BGFA). Weiter sorgen sie auch für die Wahrung des Berufsgeheimnisses durch ihre Hilfspersonen (Art. 13 Abs. 2 BGFA).

E. 5.2

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses in einer von eingetragenen Anwältinnen und Anwälten vollständig und umfassend beherrschten Aktiengesellschaft erscheint nicht als problematisch bzw. als garantiert. Durch die Führung einer selbstständigen Anwaltskanzlei mit eigenen Räumlichkeiten sind auch die Akten vom Zugriff durch Dritte, insbesondere von Behörden entzogen. Im Weiteren sieht Art. 27 des Statutenentwurfs vor, dass die Liquidation durch den Verwaltungsrat zu besorgen ist. Damit ist auch bei der Liquidation der Aktiengesellschaft das Berufsgeheimnis gewahrt und steht dieser Organisationsform nicht entgegen. Fraglich ist aber, ob das Berufsgeheimnis in Bezug auf die Revision der Rechnung einer Anwaltsaktiengesellschaft eingehalten ist. Die Revisionsstelle ist ein Organ der Gesellschaft. Sie prüft, ob die Buchführung und die Jahresrechnung sowie der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes Gesetz und Statuten entsprechen. Dadurch erhält sie von Tatsachen Kenntnis, die den eingetragenen Anwältinnen und Anwälten im Rahmen ihrer Anwaltstätigkeit zugekommen sind. Da die Revisionsstelle ein unabhängiges Organ der Gesellschaft und nicht eine Hilfsperson der die Gesellschaft kontrollierenden Anwältinnen und Anwälte ist, sondern der Gesellschaft selbst, kann für die Gewährleistung des Anwaltsgeheimnisses hinsichtlich der Revisionsstelle nicht auf Art. 13 Abs. 2 BGFA zurückgegriffen werden. Allerdings unterliegen die Mitglieder der Revisionsstelle ebenso wie die Anwältinnen und Anwälte einem Berufsgeheimnis, dessen Verletzung über Art. 321 StGB sanktioniert wird; Letztere können gegebenenfalls noch disziplinarisch zur Rechenschaft gezogen werden. Abgesehen davon ist die Revisionsstelle somit mindestens im gleichen Masse verpflichtet wie die Anwältinnen und Anwälte der Gesellschaft, Dritten nichts über das von den Anwaltsklienten Anvertraute preiszugeben. Damit steht hier das Berufsgeheimnis insbesondere der Einsetzung einer Revisionsstelle und somit letztendlich der Errichtung einer Anwaltsaktiengesellschaft nicht entgegen (vgl. Pfeiffer, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2005, N 87 zu Art. 13; SJZ 2005, S. 552).

E. 6

Haftung

E. 6.1

Schliesslich ist noch zu prüfen, inwieweit aus haftungsrechtlicher Sicht für die Führung eines Anwaltsbüros die Organisationsform der Aktiengesellschaft (Haftungsbeschränkung) gewählt werden kann. Gemäss Art. 620 Abs. 1 OR haftet für die Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen. Demgegenüber besagt insbesondere Art. 12 Bst. b BGFA, dass Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf auf eigene Verantwortung ausüben müssen. Allerdings ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber die unbeschränkte persönliche Haftung von Anwältinnen und Anwälten zur Bedingung machen wollte. Daher kann dies auch nicht dazu führen, die Aktiengesellschaft - mit ihrer beschränkten Haftung - als Organisationsform für die Führung eines Anwaltsbüros auszuschliessen (Fellmann, a.a.O., N 63 zu Art. 12).

E. 6.2

Die Haftungsbeschränkung wurde von den Gesuchstellern nicht explizit als Grund für die Wahl der Aktiengesellschaft als Organisationsform des Advokaturbüros genannt. Zweifellos haftet die Aktiengesellschaft als Auftragnehmer aber für den Schaden, den die bei ihr angestellten Anwältinnen und Anwälte als Erfüllungsgehilfen verursachen. Vor diesem Hintergrund kann die Haftungsbeschränkung aber tatsächlich ein wichtiges Kriterium für die Wahl der Organisationsform darstellen, insbesondere mit Blick auf die sich unter Umständen während eines Erwerbslebens angesammelten Ersparnisse einer Anwältin oder eines Anwaltes. Diese können sich aber mit dem Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung gegen die Gefahr, bei der Ausübung des Berufs haftpflichtig zu werden, versichern (Fellmann, a.a.O., N 130 f. zu Art. 12). Aber selbst mit einer solchen Berufshaftpflichtversicherung können Mandate einen haftungsrechtlichen Umfang annehmen, der die versicherte und persönliche Haftungssumme einer Anwältin oder eines Anwaltes (oder einer Anwaltspersonengesellschaft) übersteigt. Damit sind schweizerische Anwaltskanzleien nicht konkurrenzfähig gegenüber ausländischen Anwaltsgesellschaften (mit Haftungsbeschränkungen), Banken, Treuhandgesellschaften oder Rechtsschutzversicherungen (plädoyer 2005/4, S. 12). Immerhin aber ist im Auge zu behalten, dass die Haftpflicht der Anwältin oder des Anwaltes vorrangig dem Schutz des rechtssuchenden Publikums dient. Dieses hat vollen Anspruch auf das über oder ausserhalb (nicht versichert sind in der Regel unternehmerische oder treuhänderische Tätigkeiten von Anwaltskanzleien) der Versicherungsdeckung liegende persönliche Haftungssubstrat. Dieses kann je nach Organisationsform und finanzieller Situation unterschiedlich sein: Bei einer Aktiengesellschaft ist es begrenzt auf das Gesellschaftsvermögen (das Gesellschaftsvermögen kann auch unter dem Mindestaktienkapital von Fr. 100 000.- liegen, vgl. Art. 725 OR). Nicht vergleichbar damit ist - entgegen der Meinung der Gesuchsteller - die Haftung der Kollektivgesellschaft, bei welcher die Gesellschafter solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften (Art. 568). In gleichem Umfang haften die selbstständig arbeitenden Anwältinnen und Anwälte, bei welchen allerdings das Haftungssubstrat im Vergleich zur Kollektivgesellschaft nur ein Bruchteil davon betragen dürfte. Von daher ist es für das rechtssuchende Publikum nicht unerheblich, aufgrund der Rechtsform der Organisation abschätzen zu können, mit welchem Haftungssubstrat gerechnet werden kann in Fällen, die über oder ausserhalb der Versicherungsdeckung liegen. Insoweit kann Folgendes festgestellt werden: Das rechtssuchende Publikum hat - bei der Wahl eines Anwaltsbüros - ein Bedürfnis, vor dem Hintergrund eines allfälligen persönlichen Haftungssubstrats über die Organisationsform des Anwaltsbüros informiert zu werden. Demgegenüber steht das Interesse der Anwältinnen und Anwälte, die Haftung zu beschränken, um die während eines Erwerbslebens angesammelten Ersparnisse zu schützen. Aus Sicht des Gesetzgebers steht der Führung eines Anwaltsbüros in Form einer Aktiengesellschaft aus haftungsrechtlichen Gründen nichts entgegen; mithin ist also eine entsprechende Haftungsbeschränkung zulässig. Problematisch ist die Information des rechtssuchenden Publikums betreffend der Organisationsform des Anwaltsbüros. Art. 5 Abs. 2 Bst. d BGFA bestimmt, dass das kantonale Anwaltsregister die Geschäftsadresse sowie gegebenenfalls den Namen des Anwaltsbüros enthalten muss. Weiter hat sich die Aktiengesellschaft mit ihrem Namen im Handelsregister einzutragen (Art. 641 Ziff. 2 OR). Die Namensbildung von Aktiengesellschaften ist frei, soweit damit nicht der Eindruck einer Einzelfirma oder Personengesellschaft erweckt wird. Sofern die Rechtsform als Aktiengesellschaft unklar erscheint, ist zwingend der Zusatz "AG" in den Namen aufzunehmen (Art. 950 OR; Ziff.

253 f. der Anleitung und Weisung an die Handelsregisterbehörden betreffend die Prüfung von Firmen und Namen des eidgenössischen Amtes für das Handelsregister vom 1. Januar 1998). Bei Anwaltsbüros kann in der Regel aufgrund des Namens nicht auf die Rechtsform geschlossen werden, es wird daher - wie im vorliegenden Fall - wohl stets der Zusatz "AG" in den Namen einer Anwaltsgesellschaft aufzunehmen sein. Folglich werden entsprechende Anwaltsbüros im öffentlichen Anwaltsregister automatisch als Aktiengesellschaften ausgewiesen. Gleiches gilt übrigens gestützt auf den Eintrag im Handelsregister, der wichtige Tatsachen und Rechtsverhältnisse offenlegen soll (vgl. Erw. 2.6.3). Damit ist die Information für das rechtssuchende Publikum gewährleistet. Für die Verpflichtung der Angabe der Organisationsform im Briefkopf des Anwaltsbüros besteht im BGFA keine gesetzliche Grundlage. Auch sonst wie ist - im jetzigen Zeitpunkt - keine Pflicht auszumachen, im Geschäftsverkehr die rechtliche Form einer Gesellschaft erkennbar zu machen.

E. 6.3

Vor dem Erlass des BGFA galt die persönliche Haftung grundsätzlich als nicht ausschliessbar. Der traditionellen Vorstellung des Anwaltsberufs als freiem Beruf entsprechend wurden Anwaltsgemeinschaften früher als einfache Gesellschaften qualifiziert. In BGE 124 III 363 kam das Bundesgericht zum Schluss, dass zumindest jede grössere Anwaltskanzlei ein kaufmännisches Unternehmen betreibt und damit den Haftungsbestimmungen des Rechts der Kollektivgesellschaft unterliegen kann. Weiter hat es in BGE 130 II 87 festgehalten, dass das Gesetz bei nicht von Anwälten angestellten Anwälten das Fehlen der Unabhängigkeit vermutet, was jedoch unter bestimmten Voraussetzungen widerlegt werden könne. Tatsächlich schliesst das BGFA weder die Organisation einer Anwaltskanzlei in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft aus, noch statuiert es die unbeschränkte persönliche Haftung der Anwältinnen und Anwälte (Fellmann, a.a.O., N 62 f. zu Art. 12). Von daher steht der Gründung einer Anwaltsaktiengesellschaft und damit der Übertragung der persönlichen Haftung der Anwältinnen und Anwälte auf die Gesellschaft nichts entgegen. Allerdings führt der Ausschluss der persönlichen Haftung dazu, dass Verlustscheine aus einem Konkurs der Anwaltsaktiengesellschaft auf die Eintragungsvoraussetzungen der beherrschenden Anwältinnen und Anwälte und somit auf deren weitere Tätigkeit keinen Einfluss mehr haben. Bei persönlich haftenden Anwältinnen und Anwälten hingegen fehlt bei Vorliegen von Verlustscheinen eine persönliche Voraussetzung für den Registereintrag, was zur Löschung im Anwaltsregister führen kann (Art. 8 Abs. 1 Bst. c BGFA). Diese Ungleichbehandlung erscheint stossend. Die Anwaltskommission behält sich daher vor, bei Konkurs einer Anwaltsaktiengesellschaft einen disziplinarischen Durchgriff auf die massgebenden Anwältinnen und Anwälte vorzunehmen, so dass das Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen in Bezug auf den Registereintrag geprüft werden kann; der einzelne Anwalt bleibt der Aufsichtsbehörde stets disziplinarisch verantwortlich (Fellmann, a.a.O., N 62 [a.E.] zu Art. 12; SJZ 2005, S. 550).

E. 6.4

Der Deckungsumfang der von den Gesuchstellern vorgelegten Berufshaftpflichtversicherung beträgt für Personen-, Sach- und Vermögensschäden pro Ereignis Fr. X Mio. Nach dem bisher Gesagten erscheint dieser Betrag zum Schutz der Rechtssuchenden wie auch der gesuchstellenden Anwälte als angemessen. Allerdings wird diesen die Auflage erteilt, jede Änderung der Berufshaftpflichtversicherung der

Aufsichtsbehörde unaufgefordert mitzuteilen.

E. 7

Zusammenfassung / Auflagen

E. 7.1

Massgebend für die Beurteilung der Frage, ob sich Anwälte und Anwältinnen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft organisieren können bzw. ob sich Anwälte und Anwältinnen von einer Anwaltsaktiengesellschaft anstellen lassen können, ist allein das BGFA; es besteht kein Raum mehr für die Anwendung des kantonalen Anwaltsgesetzes. Anwältinnen und Anwälte müssen für die Registereintragung in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind. Bei Anwältinnen und Anwälten, die bei nicht eingetragenen Personen angestellt sind, geht das Bundesgericht von der Vermutung der Abhängigkeit aus. Allerdings kann diese Vermutung widerlegt und die Anwältin oder der Anwalt ins Anwaltsregister eingetragen werden, wenn die vom Bundesgericht aufgestellten Voraussetzungen der Eintragung erfüllt sind. Das Bundesgericht stellt dabei den Grundsatz der Unabhängigkeit in Art. 8 Abs. 1 Bst. d BGFA, der eng verknüpft ist mit der in Art. 12 Bst. c BGFA festgeschriebenen Berufspflicht der Vermeidung von Interessenskonflikten, in den Mittelpunkt. Entscheidend ist für das Bundesgericht bei der Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen, ob die Unabhängigkeit gegenüber Dritten und dem Klienten gewährleistet ist. Steht der Anwalt in einem Anstellungsverhältnis, ist für das Bundesgericht ausschlaggebend, ob der Anwalt darlegen kann, dass angesichts der Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses keine Beeinträchtigung seiner Unabhängigkeit bzw. der gewissenhaften und allein im Interesse seiner Klienten liegenden Berufsausübung droht. Weiter und unabhängig von den Erfordernissen der Registereintragung müssen bei der Führung eines Anwaltsbüros in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft auch die Berufsregeln nach Art. 12 f. BGFA beachtet werden. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit sind allerdings nur die Einhaltung der wichtigsten Berufsregeln des BGFA, namentlich das Berufsgeheimnis und die Haftung, zu überprüfen. Der Nachweis der Unabhängigkeit wie auch die Erfüllung dieser Berufsregeln müssen die bei einer Anwaltsaktiengesellschaft angestellten Anwältinnen und Anwälte erbringen können, um als Prozessvertreter zugelassen zu werden. Und die Aufsichtsbehörde hat von Amtes wegen zu prüfen, ob die Unabhängigkeit der Gesuchsteller und die Einhaltung der Berufspflichten gewährleistet sind. Zu diesem Zweck haben die Gesuchsteller der Aufsichtsbehörde den Aktionärsbindungsvertrag, die Statuten und - soweit vorhanden - das Organisationsreglement einzureichen, was im vorliegenden Fall die Gesuchsteller denn auch gemacht haben. Aus diesen Unterlagen hat im Wesentlichen hervorzugehen: - die Unterwerfung unter die staatliche Disziplinargewalt; - die dauernde Beherrschung der Anwaltsaktiengesellschaft durch registrierte Anwältinnen und Anwälte; - die Beachtung der Berufsregeln gemäss Art. 12 BGFA; - die strikte Einhaltung des Berufsgeheimnisses nach Art. 13 BGFA.

E. 7.2

Im Ergebnis ist festzustellen, dass das Gesuch um Führung einer Anwaltskanzlei in der Organisationsform einer Aktiengesellschaft unter folgenden Auflagen gutzuheissen ist: - eine Vertretung der Aktionäre an der Generalversammlung durch nicht eingetragene Anwältinnen und Anwälte muss statutarisch ausgeschlossen werden (vgl. Erw. 3.5.1); - der

Grundsatz der Beachtung des BGFA bei der Erbringung von Rechtsdienstleistungen muss seinen Niederschlag in den Zweckbestimmungen der Statuten finden. In denselben ist der Ausdruck "Grundstücke erwerben oder veräussern" zu streichen (vgl. Erw. 3.6.3); - eine Bindung der Geschäftsführung in Bezug auf die Weisungsunabhängigkeit ist in den Statuten in dem Sinne aufzunehmen, als die angestellten und mandatsführenden Anwältinnen und Anwälte die Rechtsdienstleistungen unter Beachtung der Berufsregeln gemäss BGFA erbringen können; unter Umständen ist die entsprechende Pflicht für die Geschäftsführung in einem Organisationsreglement zu konkretisieren (vgl. Erw. 3.6.1); - die Übertragung der Geschäftsführung an nicht im Anwaltsregister eingetragene Personen ist statutarisch auszuschliessen (vgl. Erw. 3.7).

E. 7.3

Nach Art. 12 Bst. j BGFA haben Anwältinnen und Anwälte der Aufsichtsbehörde jede Änderung der sie betreffenden Daten im Anwaltsregister mitzuteilen. Die Gesuchsteller sind daher zu verpflichten, nach der Gründung der Anwalts-Aktiengesellschaft der Anwaltskommission sofort und unaufgefordert mitzuteilen: - Änderungen, welche die Eintragungsvoraussetzungen oder die Berufspflichten der im Anwaltsregister eingetragenen Anwälte und Anwältinnen betrifft; - Änderungen der Statuten, des Aktionärsbindungsvertrags sowie eines allfälligen Organisationsreglements; - Änderungen der Berufshaftpflichtversicherung; - alle Eintragungen und Änderungen im Handelsregister.

de | fr | it Schlagworte aktiengesellschaft arbeitgeber gesuchsteller bundesgericht statuten person name aufsichtsbehörde aktionär verwaltungsrat beruf generalversammlung rechtsform gesetz arbeitnehmer Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund BV: Art.27 Art.36 ZGB: Art.52 ZGB: Art.55 OR: Art.321d Art.620 Art.641 Art.685a Art.685b Art.689 Art.698 Art.707 Art.716 Art.716a Art.716b Art.725 Art.950 StGB: Art.321 BGFA: Art.2 Art.4 Art.5 Art.6 Art.7 Art.8 Art.9 Art.12 Art.13 Art.14 Bundesblatt 1999/6080 1999/6038 Weitere Urteile BGer 5C.116/2005 SJZ 2005 S.551 2005 S.552 2005 S.550 Leitentscheide BGE 130-II-270 130-II-87 S.90 130-II-87 S.92 131-I-223 130-II-87 124-III-363 VVGE 2005/06 Nr. 13

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.