Urteilskopf

138 II 440

31. Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. B. und Mitb. gegen Anwaltskammer des Kantons St. Gallen (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_237/2011 vom 7. September 2012

Regeste (de):
Art. 27 BV; Art. 8 Abs. 1 lit. d, Art. 12 lit. b und Art. 13 BGFA; Zulässigkeit körperschaftlich organisierter Anwaltskanzleien.

Allgemeine Bedeutung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA unter Berücksichtigung von Lehre und Praxis sowie der gesetzgeberischen Entwicklungen in der Schweiz und im Ausland (E. 3-12).

Tragweite der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und der institutionellen Unabhängigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA) mit Bezug auf Anwaltskörperschaften (E. 13-22). Die institutionelle Unabhängigkeit ist gewahrt, wenn eine Anwaltskörperschaft vollständig durch registrierte Anwälte beherrscht wird (E. 17); Frage offengelassen hinsichtlich Multidisciplinary Partnerships (E. 23). Vereinbarkeit von Anwaltskörperschaften mit der Berufsausübung unter eigener fachlicher Verantwortung gemäss Art. 12 lit. b BGFA (E. 19) und dem Berufsgeheimnis des Art. 13 BGFA (E. 20).

Vorkehren zur Wahrung der Unabhängigkeit in der zu beurteilenden Anwalts-AG (E. 23).

Regeste (fr):
Art. 27 Cst.; art. 8 al. 1 let. d, art. 12 let. b et art. 13 LLCA; admissibilité d'une étude d'avocats organisée sous la forme d'une personne morale.

Signification générale de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA en tenant compte de la doctrine et de la pratique, ainsi que des développements législatifs en Suisse et à l'étranger (consid. 3-12).

Portée de la liberté économique (art. 27 Cst.) et de l'indépendance institutionnelle (art. 8 al. 1 let. d LLCA) en relation avec les sociétés d'avocats (consid. 13-22). L'indépendance institutionnelle est garantie lorsqu'une telle société est contrôlée entièrement par des avocats enregistrés (consid. 17); la question n'a pas été tranchée s'agissant des associations multidisciplinaires ("Multidisciplinary Partnerships"; consid. 23). Compatibilité des sociétés d'avocats avec l'exercice par l'avocat de son activité sous sa propre responsabilité professionnelle selon l'art. 12 let. b LLCA (consid. 19) et avec le secret professionnel de l'art. 13 LLCA (consid. 20).

Mesures prises en vue de garantir l'indépendance dans la société anonyme d'avocats en cause (consid. 23).

Regesto (it):
Art. 27 Cost.; art. 8 cpv. 1 lett. d, art. 12 lett. b e art. 13 LLCA; ammissibilità di uno studio di avvocati organizzato quale persona giuridica.

Significato generale dell'art. 8 cpv. 1 lett. d LLCA tenendo conto della dottrina e della prassi così come degli sviluppi legislativi in Svizzera e all'estero (consid. 3-12).

Portata della libertà economica (art. 27 Cost.) e dell'indipendenza istituzionale (art. 8 cpv. 1 lett. d LLCA) in relazione con le società di avvocati (consid. 13-22). L'indipendenza istituzionale è garantita quando una simile società è controllata interamente da avvocati iscritti a registro (consid. 17); la questione non è stata decisa per quanto riguarda le "Multidisciplinary Partnerships" (consid. 23). Compatibilità delle società di avvocati con l'esercizio della professione sotto la propria responsabilità giusta l'art. 12 lett. b LLCA (consid. 19) e con il

segreto professionale previsto dall'art. 13 LLCA (consid. 20).

Misure da prendere per garantire l'indipendenza nella società anonima di avvocati in discussione (consid. 23).

Sachverhalt ab Seite 441

BGE 138 II 440 S. 441

A. Die in der Anwaltskanzlei X. in St. Gallen tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte ersuchten am 25. Mai 2010 die Anwaltskammer St. Gallen um Feststellung, dass sie nach der Umstrukturierung ihrer Kanzlei in eine Aktiengesellschaft im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen eingetragen bleiben können. Die Anwaltskammer lehnte dieses Begehren am 28. Juli 2010 ab und hielt fest, dass die Gesuchsteller nach der vorgesehenen Umstrukturierung im kantonalen Anwaltsregister gelöscht würden. Das Kantonsgericht St. Gallen wies am 18. Januar 2011 die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde ab.

B. A., die übrigen neun Partner und die Partnerin der Kanzlei X. (St. Gallen) beantragen dem Bundesgericht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, den erwähnten Entscheid des Kantonsgerichts aufzuheben und festzustellen, dass sie nach der Umstrukturierung ihrer Kanzlei in eine Aktiengesellschaft im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen als deren Angestellte eingetragen bleiben können. (...)

BGE 138 II 440 S. 442

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und stellt fest, dass die Beschwerdeführer nach der Umstrukturierung ihrer Kanzlei in eine Anwaltsaktiengesellschaft im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen als Angestellte der Anwaltsaktiengesellschaft eingetragen bleiben. (Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Streitgegenstand bildet die Frage, ob Anwälte, die bei einer als Aktiengesellschaft organisierten Anwaltskanzlei angestellt sind, ins kantonale Anwaltsregister eingetragen werden können. Zu beurteilen ist damit gleichzeitig, ob die Aktiengesellschaft als Organisationsform für Anwaltskanzleien, die im Monopolbereich tätig sein wollen, bundesrechtlich zulässig ist. Die Vorinstanz gelangte gestützt auf eine Analyse von Art. 8 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61) zu einer negativen Antwort. Sie erachtete es mit der genannten Norm grundsätzlich für unvereinbar, dass sich eine Anwaltskanzlei als Aktiengesellschaft konstituiere. Sie lehnte somit die weitere Eintragungsfähigkeit der Beschwerdeführer im Anwaltsregister allein wegen der beabsichtigten Rechtsform ihrer Kanzlei ab. Die Abweisung des Gesuchs erfolgte also nicht bloss deshalb, weil die Aktiengesellschaft als Rechtsform für Anwaltskanzleien an sich in Betracht käme, die Kanzlei der Beschwerdeführer aber einzelne Anforderungen bei der Wahl dieser Rechtsform nicht erfüllte. Die Beschwerdeführer kritisieren die vorinstanzliche Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA unter verschiedenen, nachstehend näher zu prüfenden Gesichts-

punkten. Insbesondere rügen sie, dass die Interpretation der Vorinstanz zu einer Verfassungsverletzung führe. Ein Verbot, Anwaltskanzleien als Aktiengesellschaften zu organisieren, sei mit der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) nicht vereinbar.

2. Zur Beurteilung der aufgeworfenen Streitfrage ist von der allgemeinen Tragweite von Art. 8 BGFA (E. 3-5) und dessen Auslegung in der bisherigen Rechtsprechung auszugehen (E. 6 und 7). Anschliessend sind die bisherige kantonale Praxis zur Zulassung von Anwaltsaktiengesellschaften (E. 8), die heutigen faktischen Verhältnisse (E. 9), die in der Lehre vertretenen Auffassungen (E. 10), die Rechtslage in den Nachbarländern (E. 11) und die gegenwärtigen

gesetzgeberischen Bestrebungen (E. 12) darzustellen. Vor diesem Hintergrund ist darauf durch Auslegung zu ermitteln, ob Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA die Aktiengesellschaft als Rechtsform für Anwaltskanzleien ausschliesst (E. 13-22). Schliesslich ist das konkret gestellte Feststellungsbegehren zu beurteilen (E. 23).

3. Wer als Anwalt in der ganzen Schweiz Parteien vor Gericht vertreten will, muss sich im Anwaltsregister des Kantons, in dem sich seine Geschäftsadresse befindet, eintragen lassen (Art. 4 und 6 Abs. 1 BGFA). Für eine solche Eintragung ist als fachlicher Ausweis ein Anwaltspatent erforderlich (Art. 7 Abs. 1 BGFA). Ausserdem wird ins kantonale Register nur eingetragen, wer bestimmte persönliche Voraussetzungen erfüllt (Art. 8 BGFA). Zu diesen zählt die Unabhängigkeit. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA müssen Anwältinnen und Anwälte in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind. Die Unabhängigkeit, die Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA verlangt, ist institutioneller Natur (indépendance institutionnelle). Die Anwaltstätigkeit muss organisatorisch so strukturiert sein, dass sie unabhängig erfolgen kann. Darüber hinaus haben die Anwälte nach Art. 12 lit. b und c BGFA auch in jedem einzelnen Fall für eine unabhängige und von Interessenkonflikten freie Berufsausübung zu sorgen (indépendance matérielle). Sie sind mithin nicht nur zu institutioneller, sondern auch zu mandatsbezogener Unabhängigkeit verpflichtet. Während die Erstere Eintragungs- und damit Zulassungsvoraussetzung für die Anwaltstätigkeit bildet, erscheint die Zweite als Berufsregel, deren Verletzung disziplinarisch zu ahnden ist (vgl. BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, N. 1328 f.; WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht [im Folgenden: Anwaltsrecht], 2010, N. 110 ff.; KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, 2009, N. 1022 und 1059; STAEHELIN/OETIKER, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, Fellmann/Zindel [Hrsg.], 2. Aufl. 2011, N. 31 zu Art. 8 BGFA; MICHEL VALTICOS, in: Commentaire romand, Loi sur les avocats, Valticos/Reiser/Chappuis [Hrsg.], 2010, N. 74 f. zu Art. 12 BGFA). Wenn das Gesetz die Unabhängigkeit der Anwaltstätigkeit angesichts ihrer grossen Bedeutung auf zwei verschiedenen Ebenen sicherstellt, ist die unterschiedliche Ausrichtung der beiden Arten der Unabhängigkeit im Blick zu behalten. Die Prüfung der institutionellen Seite bezweckt, jene Anwälte von der Berufsausübung auszuschliessen,

bei denen die Unabhängigkeit von vornherein, aus strukturellen Gründen fehlt. Auch nach einem Eintrag ins Register bleibt jedoch jeder Anwalt verpflichtet, bei Übernahme jedes einzelnen Mandats allfällige Interessenkonflikte zu prüfen und das Unabhängigkeitsgebot gemäss Art. 12 lit. b und c BGFA zu beachten. Wie das Bundesgericht bereits erkannt hat, wirkt sich das auf den Beurteilungsmassstab aus, der an die institutionelle Unabhängigkeit zu stellen ist. Die Anforderungen dürfen hier nicht so hoch angesetzt werden, dass jegliche

Beeinträchtigung der Unabhängigkeit schon von vornherein ausgeschlossen erscheint (BGE 130 II 87 E. 5.2 S. 103 f.). Der Eintrag darf deshalb nur demjenigen verweigert werden, bei dem angesichts seines besonderen Status ohne umfangreiche Abklärungen mit einiger Wahrscheinlichkeit auf das Fehlen der Unabhängigkeit geschlossen werden muss (Urteil 2A.126/2003 vom 13. April 2004 E. 4.3). Auch in der Literatur wird die Auffassung vertreten, die verlangte institutionelle Unabhängigkeit sei eng auszulegen, ja sie zähle nicht zum rechtstaatlich zwingenden Kernbereich des Anwaltsrechts (SCHILLER, a.a.O., N. 1146).

4. Die institutionelle Unabhängigkeit schränkt als Erfordernis des Registereintrags die Wirtschaftsfreiheit jener ein, die in der ganzen Schweiz als Anwalt im Monopolbereich tätig sein wollen. Art. 27 Abs. 2 BV gewährleistet ausdrücklich den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit. Dazu zählt auch die Anwaltstätigkeit im Monopolbereich (BGE 130 II 87 E. 3 S. 92). Einschränkungen dieser Freiheit sind nur unter den in Art. 36 BV genannten Voraussetzungen zulässig. In Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA findet das Erfordernis der institutionellen Unabhängigkeit eine genügende gesetzliche Grundlage. Nach Art. 36 Abs. 2 und 3 BV muss eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit auch durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein; sie muss sich überdies als verhältnismässig erweisen. Art. 190 BV verwehrt es dem Bundesgericht zwar, Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA aus verfassungsrechtlichen Gründen die Anwendung zu versagen. Doch hat es bei der Auslegung die verfassungsrechtliche Bedeutung der Norm mitzuberücksichtigen. Auch aus diesem Grund ist nach der Rechtsprechung darauf zu achten, dass die Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit nicht überspannt werden. Die genannte Bestimmung ist so auszulegen, dass patentierten Anwälten die Parteivertretung vor Gericht nur insoweit verwehrt bleibt, als dies zur Verwirklichung der mit der

Zulassungsbeschränkung verfolgten Zielsetzung notwendig ist (BGE 130 II 87 E. 3 S. 92 f.).

5. Der Sinn der Unabhängigkeit anwaltlicher Tätigkeit, die Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA in institutioneller Hinsicht gewährleistet, ist unter den Beteiligten unbestritten. Das Bundesgericht hat schon mehrfach dargelegt, die Unabhängigkeit bezwecke, dass der Anwalt sich ganz der Wahrung der Interessen seines Klienten widmen könne, ohne durch sachfremde Umstände beeinflusst zu sein. Er soll Gewähr dafür bieten, dass sämtliche Handlungen, die er in einer Angelegenheit vornimmt, ausschliesslich vom Interesse seines Mandanten geleitet sind. Wer sich an einen Anwalt wendet, soll gewiss sein, dass dieser in keiner Weise an einen Dritten gebunden ist, dessen Interessen den eigenen in irgendeiner Weise entgegenstehen könnten. Die Unabhängigkeit erscheint so als wesentliche Grundlage des Vertrauens in die Anwaltschaft (BGE 130 II 87 E. 4.1 und 4.2 S. 93 ff. mit Hinweisen). Die Pflicht zur Unabhängigkeit untersagt es dem Anwalt aus diesen Gründen, Bindungen einzugehen, die ihn bei der Wahrnehmung der Klienteninteressen beeinträchtigen. Der Anwalt darf sich deshalb nicht in wirtschaftliche oder sonstige Abhängigkeiten zu staatlichen Behörden, zu Drittpersonen, aber auch zu seinen Klienten begeben. Er soll vielmehr die Interessen seines Mandanten uneingeschränkt und aus objektiver Warte, ohne Rücksichtnahme auf persönliche und wirtschaftliche Bindungen, vertreten können (vgl. BGE 130 II 87 E. 4.2 S. 95). Das Gebot zur Unabhängigkeit besteht insbesondere gegenüber Personen, die ihrerseits nicht in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind (Art. 10 Abs. 2 der Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbands vom 10. Juni 2005 [http://www.sav-fsa.ch/Regelwerk-national.769.0.html]; FELLMANN, Anwaltsrecht, a.a.O., N. 268 f.). Der Anwalt hat seine Unabhängigkeit nicht nur in geistiger Hinsicht ("independence in mind"), sondern auch bei seinem nach aussen sichtbaren Geschäftsgebaren ("independence in appearance") zu wahren (STAEHELIN/OETIKER, a.a.O., N. 33 zu Art. 8 BGFA). Das Gebot anwaltlicher Unabhängigkeit ist zwar allgemein anerkannt; seine Tragweite in den nationalen Rechtsordnungen aber sehr unterschiedlich. So untersagen die Länder des romanischen Rechtskreises dem Anwalt zusätzliche Erwerbstätigkeiten ausserhalb seines Berufs weitgehend. In den Staaten mit angelsächsischer Tradition sind demgegenüber solche Nebentätigkeiten in weitgehendem Mass erlaubt,

während das deutsche Recht in dieser Frage eine Mittelposition einnimmt (BGE 123 I 193 E. 4a S. 195 f.; BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 1310 ff.).

6. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hatte sich bisher bei der Anwendung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA allein mit der Frage zu befassen, in welchem Umfang Angestellte von Personen, die nicht im Anwaltsregister eingetragen sind, als unabhängig gelten. Nach dem Wortlaut dieser Norm schliesst jede Anstellung bei einem Nichtanwalt - abgesehen von dem in Art. 8 Abs. 2 BGFA geregelten Sonderfall der Anstellung bei anerkannten gemeinnützigen Organisationen - die Unabhängigkeit aus. Das Bundesgericht erkannte indessen, dass der Wortlaut zu weit gefasst ist und den Sinn der Bestimmung nicht richtig wiedergibt. Denn eine rein wörtliche Auslegung hätte zur Folge, dass auch eine bloss teilzeitliche Anstellung eine selbständige Anwaltstätigkeit ausschlösse. Ein solches Ergebnis ist indessen mit der Wirtschaftsfreiheit, die bei der Auslegung mitzuberücksichtigen ist (vgl. E. 4), nicht zu vereinbaren. Das Erfordernis institutioneller Unabhängigkeit untersagt nur Anstellungsverhältnisse, welche die Anwaltstätigkeit selber betreffen und bei denen der Arbeitgeber nicht im Anwaltsregister eingetragen ist. Hingegen steht die verlangte Unabhängigkeit einer Anwaltstätigkeit ausserhalb des Gebiets des Anstellungsverhältnisses nicht entgegen (BGE 130 II 87 E. 5.2 S. 102 f.). Gestützt auf diese Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA hat das Bundesgericht erklärt, einem vollzeitlich bei einem Industriebetrieb angestellten Anwalt, der in seiner Freizeit und mit ausdrücklicher Erlaubnis des Arbeitgebers private Mandate betreue, könne der Eintrag im kantonalen Anwaltsregister nicht verwehrt werden. Die Gefahr von Interessenkonflikten sei bei einer solchen Anstellung von vornherein viel kleiner als bei Tätigkeiten in Unternehmen, zu deren Aufgabenkreis die Beratung in Rechts- und Wirtschaftsfragen gehöre (Urteil 2A.111/2003 vom 29. Januar 2004 E. 7). Allerdings erachtete es den Eintrag im kantonalen Anwaltsregister auch bei einem vollzeitlich bei einer Versicherung angestellten Mitarbeiter als zulässig, der durch eine vertragliche Vereinbarung jede Vermischung zwischen arbeitsvertraglicher und anwaltlicher Tätigkeit ausgeschlossen hatte (Urteil 2A.124/2005 vom 25. Oktober 2005 E. 2). Umgekehrt sprach das Bundesgericht einem bei einem Medienunternehmen angestellten Anwalt, der Mandate des Arbeitgebers und dessen Mitarbeiter bzw. solche ihm nahestehender Gesellschaften übernehmen

wollte, die erforderliche institutionelle Unabhängigkeit ab (Urteil 2A.285/2003 vom 7. April 2004 E. 2), ebenso einem Vizedirektor einer Bank und einem Verwaltungsrat einer Treuhandgesellschaft, da diese die erforderliche Entflechtung der Anwaltstätigkeit von ihrer Tätigkeit als Angestellte nicht hinreichend dargetan hatten (BGE 130 II 87 E. 7 S. 107 f.; Urteil 2A.126/2003 vom 13. April 2004 E. 5.2). Von den dargestellten Grundsätzen liess sich das Bundesgericht auch leiten, als es die Vereinbarkeit von Tätigkeiten für die öffentliche Hand mit der Anwaltstätigkeit mit Blick auf die Unabhängigkeit der Justiz (Art. 30 BV) zu beurteilen hatte. Es erklärte es als unverhältnismässig, einer teilzeitlich an einem Aargauer Bezirksgericht angestellten Gerichtsschreiberin eine nebenamtliche Tätigkeit als Anwältin für das ganze Kantonsgebiet zu untersagen; eine Beschränkung der Anwaltstätigkeit auf Mandate ausserhalb der Zuständigkeit des fraglichen Bezirksgerichts sei ausreichend zur Wahrung der Unabhängigkeit (Urteil 2P.301/2005 vom 23. Juni 2006 E. 5, in: ZBl 107/2006 S. 586 ff., 589 ff.). Die Rechtsprechung hält überdies - mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit - eine Anwaltstätigkeit mit einem nebenamtlichen Richteramt grundsätzlich für vereinbar (BGE 133 I 1 E. 6.4.1 und 6.4.2 S. 7; kritisch zu dieser Praxis jedoch KIENER/MEDICI, Anwälte und andere Richter, SJZ 107/2011 S. 373 ff.).

7. Die dargestellte Rechtsprechung betraf stets Anstellungen von Anwälten bei Arbeitgebern, die nicht im Anwaltsregister eingetragen sind. Dagegen hatte sich das Bundesgericht bis heute nie näher mit der Unabhängigkeit von Anwälten zu befassen, die bei Anwaltsbüros angestellt sind. Die bisherigen Äusserungen lassen jedoch darauf schliessen, dass es solche Anstellungen für unproblematisch hält, da in diesem Fall der Arbeitgeber selber die notwendigen Garantien bietet (BGE 130 II 87 E. 4.3.4 S. 99). Das Bundesgericht erklärte auch, dass der eingetragene Rechtsanwalt als Arbeitgeber im Gegensatz zu einer Treuhandfirma selber an die Standesregeln gebunden und damit ebenso der Disziplinargewalt unterworfen sei. Er dürfe deshalb nicht im Interesse eines anderen Klienten Einfluss auf seinen angestellten Kollegen ausüben, und bei Interessenkonflikten bestehe sowohl beim angestellten als auch bei dem als Arbeitgeber auftretenden Anwalt die Pflicht zur Mandatsniederlegung (Urteil 2P.187/2000 vom 8. Januar 2001 E. 4c, in: Pra 2001 Nr. 141 S. 835 ff., 843 f.).

8. Im Zeitpunkt, als das Anwaltsgesetz erlassen wurde, war das Bedürfnis bereits absehbar, Anwaltskanzleien als

Kapitalgesellschaften oder als andere Körperschaften zu organisieren. Der Bundesrat wollte die Entwicklung in diesem Bereich nicht blockieren und sah bewusst von einer Regelung ab (Botschaft vom 28. April 1999 zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, BBl 1999 6013, 6038 Ziff. 172.17 Anm. 44). Auch die Eidgenössischen Räte verzichteten auf eine Regelung der Frage. Sie überwiesen indessen eine Motion von Ständerat Anton Cottier (99.3656), die den Bundesrat beauftragte, die verschiedenen Organisationsformen für den Zusammenschluss von Angehörigen der freien Berufe abzuklären und dem Parlament nötigenfalls eine geeignete rechtliche Grundlage zu unterbreiten. Die Bearbeitung der Motion wurde in der Folge jedoch zurückgestellt. Die in Aussicht genommene gesetzliche Regelung erfolgte bis heute nicht (vgl. E. 12). Ungeachtet der ausgebliebenen gesetzlichen Regelung werden die kantonalen Aufsichtsbehörden seit 2006 mit Eintragungsgesuchen von Anwälten konfrontiert, die als Angestellte einer als Aktiengesellschaft oder GmbH organisierten Kanzlei tätig sein wollen. Nach einem ersten positiven Entscheid im Kanton Obwalden stellte die Zürcher Aufsichtskommission in einem viel beachteten Entscheid am 5. Oktober 2006 fest, dass auch in einer von Anwälten beherrschten Aktiengesellschaft die von ihr angestellten Anwälte über die erforderliche Unabhängigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA verfügten. Die Aufsichtskommission knüpfte an die dargestellte bundesgerichtliche Rechtsprechung zur institutionellen Unabhängigkeit (E. 6) an und erklärte, bei geeigneter Ausgestaltung der Aktiengesellschaft könne ausgeschlossen werden, dass nicht im Anwaltsregister eingetragene Personen auf die angestellten Anwälte Einfluss nähmen. Subordinationsverhältnisse, wie sie bei Anstellungen von Anwälten bei Treuhand- und Versicherungsgesellschaften oder bei Banken häufig bestünden, liessen sich von vornherein vermeiden (Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte vom 5. Oktober 2006, in: ZR 105/2006 Nr. 71 S. 294 ff., 299 f.). Dieser Auffassung schlossen sich in den Jahren 2007 und 2008 die Aufsichtskommissionen der Kantone Aargau, Basel-Stadt, Bern, Graubünden, Luzern, Schwyz, Tessin, Uri, Waadt, Wallis und Zug an (vgl. die auf http://www.bgfa.ch unter Rechtsprechung/Kantone gesammelten Entscheide und die näheren Hinweise bei GAUDENZ G. ZINDEL, Anwaltsgesellschaften in der Schweiz, SJZ 108/2012 S. 249 ff., 253; FELLMANN, Anwaltsrecht, a.a.O., N. 1600 ff.). Im Kanton Genf lehnte

die Aufsichtskommission die Eintragung aufgrund einer besonderen kantonalen Bestimmung zunächst ab; doch

das Verwaltungsgericht hob diesen Entscheid auf und erlaubte die Eintragung gestützt auf das Bundesrecht (vgl. MEIER/REISER, in: Commentaire romand, Loi sur les avocats, 2010, N. 55 zu Art. 8 BGFA). Heute lassen damit 14 Kantone die Organisation von Anwaltskanzleien in der Form einer Kapitalgesellschaft zu (ZINDEL, a.a.O., S. 253). Allerdings gestatten nicht alle Kantone auch branchenübergreifende Gesellschaften, sog. Multidisciplinary Partnerships (vgl. MEIER/REISER, a.a.O., N. 57 zu Art. 8 BGFA).
Einzig im Kanton St. Gallen lehnte es die Anwaltskammer am 28. Juli 2010 ab, die erwähnte Praxis zu übernehmen und Anwälte, die bei einer Anwaltsaktiengesellschaft angestellt sind, im kantonalen Register einzutragen. Die Vorinstanz bestätigte diesen Entscheid, und das Bundesgericht hat nun erstmals über die Zulässigkeit von Anwaltskörperschaften zu befinden.

9. In den erwähnten 14 Kantonen ist von der Möglichkeit, Anwaltskanzleien als Kapitalgesellschaften zu organisieren, in reichem Mass Gebrauch gemacht worden. Bereits Ende 2009 hatten sich nach einer Erhebung unter den Mitgliedern des Schweizerischen Anwaltsverbands 80 Kanzleien mit insgesamt 908 Mitgliedern als Anwaltskörperschaften organisiert. Dabei wählten nicht nur grosse, sondern auch mittlere und kleinere Anwaltsbüros körperschaftliche Rechtsformen. In den meisten Fällen konstituierten sich Anwaltskanzleien als Aktiengesellschaften; vereinzelt kommt aber auch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor (vgl. BEAT VON RECHENBERG, Die Anwalts-Gesellschaft als Faktum, Anwaltsrevue 2010 S. 190 ff.; ZINDEL, a.a.O., S. 250). Die Gründe für eine körperschaftliche Organisationsform sind vielfältig. Im Vordergrund stehen Erleichterungen beim Wechsel in der Partnerschaft und Vorteile bei der Professionalisierung der Kanzlei (namentlich Etablierung der Firma, Festigung des Goodwills, flexiblere Entscheidungsprozesse, Finanz- und Risikokontrolle nach den Standards des Körperschaftsrechts). Weiter ermöglichen die Kapitalgesellschaften eine Haftungsbeschränkung für die einzelnen Gesellschafter, die angesichts des erhöhten Schadenspotenzials in einzelnen Bereichen einem zunehmenden Bedürfnis entspricht. In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass Schweizer Anwaltskanzleien der gleichen organisatorischen Möglichkeiten

bedürfen, wie sie im Ausland bestehen, um sie im internationalen Umfeld konkurrenzfähig zu erhalten, ihnen ein sog. level playing field zu gewährleisten (ZINDEL, a.a.O., S. 251 ff.; vgl. auch BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2359; SCHILLER, a.a.O., N. 1247; VALTICOS, a.a.O., N. 123 zu Art. 12 BGFA).

10. Von Seiten der Wissenschaft wird heute die Zulassung von Anwaltskörperschaften praktisch einhellig begrüsst. Sie betont, dass die Verfassung den Anwälten - gleich wie Angehörigen anderer Berufe - die Freiheit gewähre, ihre Tätigkeit ihren Bedürfnissen entsprechend zu organisieren. Ein Verbot körperschaftlicher Kanzleistrukturen sei nicht erforderlich, um die Unabhängigkeit und das Berufsgeheimnis zu gewährleisten. Es genüge, die Beherrschung der Gesellschaft durch registrierte Anwälte sicherzustellen. Eine solche Organisationsform sei nicht mit Nachteilen für die Klienten verbunden (vgl. namentlich BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2401; FELLMANN, Anwaltsrecht, a.a.O., N. 1593 ff.; NATER/RAUBER, Zulässigkeit der Anwalts-AG: Stunde der Wahrheit, SJZ 107/2011 S. 212 ff., 214 f.; SCHILLER, a.a.O., N. 1248 ff.; ZINDEL, a.a.O., S. 259). Allerdings ist nicht zu übersehen, dass in der Lehre Anwaltskörperschaften lange Zeit als unvereinbar mit der Unabhängigkeit galten (vgl. etwa RETO SANWALD, Rechtsformen für freie Berufe - eine Auslegeordnung, in: Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Ruf/Pfäffli [Hrsg.], 2003, S. 239 ff., 242). Ein Meinungsumschwung setzte erst vor etwas mehr als zehn Jahren ein, als Marktveränderungen - insbesondere die verstärkte internationale Vernetzung - die Anwaltskanzleien vermehrt zu einer Überprüfung und Anpassung ihrer Organisationsstrukturen zwangen (vgl. BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2359; PETER NOBEL, Rechtsformen der Zusammenarbeit von Anwälten: Organisationsfreiheit für Anwälte!, in: Schweizerisches Anwaltsrecht, Fellmann und andere [Hrsg.], 1998, S. 339 ff., 369 f.; MICHAEL PFEIFFER, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, ZSR 115/1996 II S. 253 ff., 291 ff.; RETO VONZUN, Die Anwalts-Kapitalgesellschaft - Zulässigkeit und Erfordernisse, ZSR 120/2001 I S. 447 ff.). Inzwischen wird auch auf die mit Anwaltskörperschaften

gemachten positiven Erfahrungen verwiesen und festgestellt, dass sich die früher geäusserten Befürchtungen nicht bewahrheitet hätten, ja den Aspekten der Unabhängigkeit und des Berufsgeheimnisses aufgrund der durch die Umstrukturierung bewirkten Sensibilisierung sogar verstärkt Beachtung geschenkt werde (ZINDEL, a.a.O., S. 260).

BGE 138 II 440 S. 451

11. Zahlreiche Länder lassen für die Ausübung des Anwaltsberufs nicht nur Personen-, sondern auch Kapitalgesellschaften zu. So können sich Anwaltskanzleien in Deutschland, Österreich, Frankreich und weiteren europäischen Ländern, aber auch in den USA als Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder als Aktiengesellschaften konstituieren (vgl. BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2345 ff.; SANWALD, a.a.O., S. 273 und 282). Besonders vielfältige Rechtsformen für Anwaltskanzleien stellt das französische Recht zur Verfügung; sie können sich in vier verschiedenen Formen einer société d'exercice libéral (à responsabilité limitée, à forme anonyme, par actions simplifiées, en commandite par actions) organisieren (Art. 1 und 2 der Loi no 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales). Aufschlussreich ist die Entwicklung der Rechtslage in Deutschland, da sie gewisse Parallelen zu jener in der Schweiz aufweist (vgl. dazu VOLKER RÖMERMANN, Anwalts-AG - Ein Zwischenruf aus Deutschland, in: Jusletter vom 15. Januar 2007, Rz. 1 ff.). Der Gesetzgeber sah zunächst bewusst davon ab, eine Regelung über Anwaltsgesellschaften zu treffen. Nachdem das Bayerische Oberlandesgericht im Jahr 1994 einer Anwalts-GmbH eine Eintragung im Handelsregister ermöglicht hatte, wurde die Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1. August 1959 (BRAO) um die §§ 59c-m ergänzt. Danach können Rechtsanwaltsgesellschaften als GmbH zugelassen werden (§ 59c Abs. 1 BRAO). Der Gesetzgeber hielt fest, er beschränke sich auf die Regelung der Rechtsanwaltsgesellschaft mit beschränkter Haftung. Im Jahr 2000 liess das Bayerische Oberlandesgericht auch die Aktiengesellschaft als Rechtsform für Anwaltskanzleien zu. Der Bundesgerichtshof in Zivilsachen erklärte in seinem Beschluss vom 10. Januar 2005 ebenfalls, aus dem Verzicht des Gesetzgebers, den Anwaltskanzleien die Aktiengesellschaft als Rechtsform zur Verfügung zu stellen, könne ein gesetzliches Verbot dieser Gesellschaftsform nicht hergeleitet werden (in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ]161 [2005]S. 376 ff.). Denn für die Beurteilung, ob eine Aktiengesellschaft anwaltlich tätig sein dürfe, sei es nicht ausschlaggebend, ob es gesetzliche Bestimmungen gebe, die diese Tätigkeit zuliessen. Vielmehr sei umgekehrt zu prüfen, ob es rechtliche Regelungen gebe, die eine entsprechende Berufsausübung verböten, und ob solche Regelungen, falls sie bestünden, mit dem Grundrecht auf freie

BGE 138 II 440 S. 452

Berufsausübung gemäss Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes vereinbar seien (S. 382 f.).

12. Auf Bundesebene stimmte das Parlament im Jahr 2011 der vom Bundesrat beantragten Abschreibung der in E. 8 erwähnten Motion von Anton Cottier zu. Der Bundesrat erklärte, aus heutiger Sicht bestehe kein Handlungsbedarf mehr, da die Praxis Wege gefunden habe, das Anliegen der Motion umzusetzen. Die kantonalen Aufsichtsbehörden würden unter bestimmten standesrechtlichen (recte: berufsrechtlichen) Voraussetzungen die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Organisationsformen für Anwaltskanzleien zulassen (Bericht vom 4. März 2011 über Motionen und Postulate der gesetzgebenden Räte im Jahre 2010, Auszug: Kapitel I, BBl 2011 2641, 2656). Dieser Beurteilung wird von Anwaltsseite zugestimmt (vgl. BEAT VON RECHENBERG, Anwaltskörperschaft - Wohin führt der Weg?, Anwaltsrevue 2010 S. 425 f.). Allerdings wird ebenfalls darauf hingewiesen, dass eine gesetzgeberische Regelung auf Bundesebene zur Rechtsklar-

heit und Rechtssicherheit beitrüge und deshalb weiterhin wünschenswert erscheine (BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2356; MEIER/REISER, a.a.O., N. 56 und 58 zu Art. 8 BGFA; SCHILLER, a.a.O., N. 1425; ZINDEL, a.a.O., S. 259). In der Zwischenzeit hat der Schweizerische Anwaltsverband Vorarbeiten unternommen, um das Anwaltsrecht auf gesamtschweizerischer Ebene vollständig zu vereinheitlichen. Er hat einen Entwurf für ein Schweizerisches Anwaltsgesetz ausgearbeitet und im Februar 2012 der Bundesverwaltung eingereicht (vgl. ERNST STAEHELIN, Der Entwurf zum neuen Schweizerischen Anwaltsgesetz, Anwaltsrevue 2012 S. 68 ff.). Dieser sieht in Art. 38-42 auch eine ausdrückliche Regelung für Anwaltsgesellschaften vor. Danach könnten sich Anwaltskanzleien in allen im schweizerischen Recht zulässigen Rechtsformen und damit insbesondere auch in einer AG oder GmbH organisieren. Dabei wären bestimmte Voraussetzungen zu beachten, die sich an der bisherigen Praxis der kantonalen Aufsichtsbehörden orientieren. Neu sieht der Entwurf eine Meldepflicht für Anwaltsgesellschaften mit ausschliesslich registrierten Gesellschaftern bzw. eine Genehmigungspflicht für Gesellschaften mit registrierten und nicht registrierten Gesellschaftern vor (vgl. näher zum Entwurf ZINDEL, a.a.O., S. 256 ff.). Zudem ist eine Motion von Nationalrat Karl Vogler zum Erlass eines umfassenden Anwaltsgesetzes hängig (12.3372). Der Bundesrat beantragt die Annahme der Motion.

13. Die dargestellte Ausgangslage ist bei der Beurteilung der Frage, ob Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA eine Anstellung von Anwälten bei einer Anwaltsaktiengesellschaft von vornherein ausschliesse, in verschiedener Hinsicht mitzuberücksichtigen. Das Bundesgericht hat sich jedoch bei seinem Entscheid auf die Auslegung und Anwendung der erwähnten geltenden Bestimmung zu beschränken und nicht rechtspolitisch tätig zu werden. Es hat sich insbesondere an die in seiner Rechtsprechung aufgestellten Auslegungsgrundsätze zu halten. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet danach der Wortlaut der massgeblichen Norm. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt ihr eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen. Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Allerdings findet auch eine verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung (BGE 137 III 217 E. 2.4.1 S. 221 f.; BGE 131 II 697 E. 4.1 S. 702 f.).

14. Nach dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA können die Anwälte, die sich im kantonalen Register eintragen lassen wollen, Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind. Da Körperschaften nicht eintragungsfähig sind, schliesst die Vorinstanz, könnten auch die bei ihnen angestellten Anwälte nicht ins Register eingetragen werden. Der Wortlaut der Norm ist jedoch nur vordergründig klar. Wie das Bundesgericht bereits früher erkannt hat, kommen der Rechtssinn der Norm und namentlich auch der Wille des Gesetzgebers im Wortlaut nur unklar zum Ausdruck (BGE 130 II 87 E. 5.1 und 5.2 S. 99 ff.). So schliessen nicht alle Anstellungen bei nicht registrierten Personen von vornherein eine Eintragung als Anwalt aus (vgl. E. 6). Vielmehr begründet der zweite Teilsatz von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA eine

widerlegbare Vermutung fehlender Unabhängigkeit bei (nicht von Anwälten) angestellten Anwälten (BGE 130 II 87 E. 5.1.1 S. 100). Noch nicht zu prüfen hatte das Bundesgericht bislang, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Vermutung fehlender Unabhängigkeit bei körperschaftlich organisierten Anwaltskanzleien widerlegt werden kann (vgl. E. 7). Mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts, mit der sich die Vorinstanz nicht näher auseinandersetzt, kommt dem Wortlaut für die aufgeworfene Auslegungsfrage keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

15. Der angefochtene Entscheid misst bei der Auslegung der erwähnten Norm der Entstehungsgeschichte ein besonderes Gewicht zu. Das entspricht der erwähnten Rechtsprechung, welche bei jüngeren Gesetzen verstärkt auf die Materialien abstellt (E. 13). Wie bereits ausgeführt wollte der Bundesrat bei Erlass des Anwaltsgesetzes auf eine Regelung der zulässigen Organisationsformen von Anwaltskanzleien verzichten (E. 8 am Anfang). Der Ständerat folgte dagegen in seiner ersten Beratung einem Antrag der vorberatenden Kommission und nahm in Art. 11 lit. b E-BGFA (= Art. 12 lit. b BGFA) den Zusatz auf, dass Anwälte in der rechtlichen Organisation ihrer Kanzleien frei seien (vgl. AB 1999 S 1170 ff.). Bei der Beratung im Nationalrat beantragte die Mehrheit der vorberatenden Kommission, diesen Zusatz wieder zu streichen; eine Minderheit wollte die ständerätliche Fassung in modifizierter Weise übernehmen (vgl. AB 2000 N 41). Der Nationalrat folgte unter Verweis auf die bereits erwähnte Motion Cottier (E. 8) dem Antrag der Kommissionsmehrheit. Der Regelungsbedarf war zwar unbestritten, doch war die Mehrheit der Auffassung, mit dem Erlass einer Norm solle zugewartet werden, bis in Erfüllung der Motion Cottier die Anschlussfragen genügend abgeklärt seien. Die Voten im Nationalrat zeugen davon, dass man die Frage vorerst offenlassen wollte (vgl. AB 2000 N 42 ff.). Der Ständerat schloss sich dem Nationalrat an und verwies darauf, dass damit die geltende Rechtslage weitergeführt werde (vgl. AB 2000 S 239). Dabei fällt auf, dass der Ständerat die Organisationsfreiheit der Anwälte losgelöst von der Formulierung des heutigen Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA (= Art. 7 lit. e E-BGFA) diskutierte. So sprach sich der Ständerat in erster Beratung gleichzeitig für die Organisationsfreiheit der Anwälte (Art. 11 lit. b E-BGFA) und eine weit strenger gefasste Fassung der institutionellen Unabhängigkeit aus, als sie heute gilt (vgl.

AB 1999 S 1164 ff.). Gemäss ständerätlichem Beschluss hätte Unabhängigkeit nur vorgelegen, "wenn keine Bindungen bestehen, welche die Anwältin und den Anwalt bei der Berufsausübung irgendwelchem Einfluss von Dritten, die nicht in einem kantonalen Register eingetragen sind, aussetzen" (AB 1999 S 1164). Der Nationalrat sprach sich für eine enger gefasste Umschreibung der institutionellen Unabhängigkeit aus und fügte das Kriterium "Anstellung" ein, welches letztlich auch vom Ständerat übernommen wurde (vgl. AB 2000 N 38 ff.; AB 2000 S 234 ff.). Unvereinbar mit dem Unabhängigkeitsgebot sollte - in Fortführung des Status quo - nur eine eigentliche Anstellung bei einem Nichtanwalt sein; Nebenbeschäftigungen eines Anwalts sollten dagegen weiterhin möglich sein, soweit sie seine Berufsausübung nicht beeinflussen (vgl. insb. die Voten von Nationalrat Erwin Jutzet, AB 2000 N 38, und Ständerat Rolf Schweiger, AB 2000 S 235). Daraus ergibt sich, dass die institutionelle Unabhängigkeit nach dem Willen des Gesetzgebers darauf abzielt, Anstellungsverhältnisse bei nicht registrierten Personen auszuschliessen, soweit damit die Gefahr einer Beeinflussung durch Dritte bei der anwaltlichen Berufsausübung einhergeht (vgl. BGE 130 II 87 E. 5.2 S. 103). Der Gesetzgeber beabsichtigte jedoch nicht, mit Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA Anwaltskörperschaften auszuschliessen, sondern er fasste lediglich ins Auge, den Fragenkreis allenfalls in einem späteren Zeitpunkt näher zu regeln (ebenso BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2343; FELLMANN, Anwaltsrecht, a.a.O., N. 1593; MEIER/REISER, a.a.O., N. 56 zu Art. 8 BGFA; STAEHELIN/OETIKER, a.a.O., N. 55c zu Art. 8 BGFA; VONZUN, a.a.O., S. 459 f.).

16. Die Vorinstanz begründet ein Verbot von Anwaltskörperschaften nach dem geltenden Recht auch mit allgemeinen Erwägungen. Nach ihrer Auffassung würde die mit dem Anwaltsgesetz beabsichtigte - teilweise - Vereinheitlichung des Anwaltsrechts wieder rückgängig gemacht, wenn die Bestimmung der zulässigen Orga-

nisationsformen für Anwaltskanzleien der kantonalen Praxis überlassen würde. Ausserdem bedinge die Zulassung von Anwaltskörperschaften die gleichzeitige Festlegung der Voraussetzungen, die dabei einzuhalten seien. Trotz des Versäumnisses des Gesetzgebers, die Motion Cottier zu erfüllen und eine Regelung zu erlassen, komme ein richterliches Eingreifen - gewissermassen als Ersatzgesetzgeber - nicht in Betracht. Eine richterliche Gesetzeskorrektur bzw. das Füllen sog. unechter Lücken sei nicht zulässig.

BGE 138 II 440 S. 456

Diese Argumentation geht von der Vorstellung aus, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Belange der Anwaltstätigkeit regeln sollte und neue Organisationsformen erst zulässig sind, wenn entsprechende gesetzliche Bestimmungen vorliegen. Damit wird jedoch übersehen, dass die Ausübung und Organisation der Anwaltstätigkeit den Schutz der Wirtschaftsfreiheit geniesst und sie deshalb grundsätzlich erlaubt ist, soweit sie nicht durch eine gesetzliche Regelung eingeschränkt wird, die den Anforderungen von Art. 36 BV genügt (SCHILLER, a.a.O., N. 1222; vgl. auch E. 4). Die Wirtschaftsfreiheit erstreckt sich auch auf die Befugnis, darüber zu entscheiden, in welcher Rechtsform die Anwaltstätigkeit ausgeübt wird (BGE 131 I 223 E. 1.1 S. 226). Die Beschwerdeführer machen deshalb zu Recht geltend, dass nicht danach zu fragen ist, ob es gesetzliche Bestimmungen gibt, welche die Anwaltskörperschaft zulassen, sondern umgekehrt zu prüfen ist, ob Normen bestehen, die eine solche Rechtsform verbieten (vgl. ZINDEL, a.a.O., S. 254, sowie das in E. 11 zitierte Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs). Die Zulässigkeit von Anwaltskörperschaften hängt demnach allein davon ab, ob Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA eine solche Organisationsform untersagt; sie setzt indessen entgegen der vorinstanzlichen Auffassung nicht voraus, dass der Bundesgesetzgeber sie ausdrücklich gestattet. Mit der Garantie der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und der Pflicht zu institutioneller Unabhängigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA) umschreibt das Bundesrecht den Rahmen zur Organisation der Anwaltstätigkeit für die ganze Schweiz einheitlich. Soweit erforderlich obliegt es dem Bundesgericht, die Tragweite von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA für die körperschaftliche Organisationsform von Anwaltskanzleien zu klären. Die Gefahr einer Rechtszersplitterung erscheint damit nicht grösser als in anderen bundesrechtlich geregelten Gebieten, die durch die Kantone vollzogen werden.

17. Nach dem Ausgeführten kommt bei der Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte ein ausschlaggebendes Gewicht zu. Ebenso wenig führen die erwähnten allgemeinen Erwägungen der Vorinstanz zu einem eindeutigen Ergebnis. Abzustellen ist unter diesen Umständen auf den Sinn und Zweck der Norm. Dabei ist auch ihre verfassungsrechtliche Tragweite mitzuberücksichtigen (vgl. E. 4). Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA bezweckt, die Unabhängigkeit der anwaltlichen Tätigkeit sicherzustellen. Die Norm will diejenigen

BGE 138 II 440 S. 457

Beeinflussungen ausschliessen, die sich aus einer Anstellung ergeben (vgl. E. 5 und 15). Der Gesetzgeber erachtet allerdings nicht alle Anstellungsverhältnisse als unvereinbar mit der Unabhängigkeit. Das zeigt Art. 8 Abs. 2 BGFA, der Anstellungen bei anerkannten gemeinnützigen Organisationen erlaubt, aber auch Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA selber, der Anstellungen bei Personen zulässt, die ihrerseits in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind. Diese letzte Ausnahme entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach Anstellungen von Anwälten bei anderen Anwälten dem Erfordernis der Unabhängigkeit nicht entgegenstehen (vgl. E. 7). Das Bundesgericht legt Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA überdies im Lichte des Gesetzeszwecks einschränkend aus; Anstellungen, welche die Anwaltstätigkeit nicht berühren und die Unabhängigkeit nicht gefährden, werden von der Bestimmung nicht erfasst (vgl. E. 6). Der Kreis der Personen, bei denen eine Anstellung nach

Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA zulässig erscheint, ist ebenfalls mit Blick auf den Gesetzeszweck zu bestimmen. Wie erwähnt gefährdet eine Anstellung bei registrierten Anwälten die Unabhängigkeit nicht. Nicht anders ist es indessen, wenn die Anstellung nicht bei den registrierten Anwälten selber, sondern bei einer körperschaftlich organisierten Anwaltskanzlei erfolgt, die vollständig von diesen Anwälten beherrscht wird. Das formale Argument, dass juristische Personen selber nicht im Anwaltsregister eingetragen werden können, erscheint mit Blick auf die Unabhängigkeit ohne Bedeutung. Die Wirkung der Anstellung ist unter diesem Gesichtspunkt dieselbe, wie wenn sie direkt bei einem registrierten Anwalt erfolgt (vgl. SCHILLER, a.a.O., N. 1257 f.; STAEHELIN/OETIKER, a.a.O., N. 37 zu Art. 8 BGFA). Ob die Unabhängigkeit gegeben ist, hängt nicht von der Rechtsform einer Anwaltskanzlei, sondern von deren konkreter Organisationsstruktur ab. Ist diese so ausgestaltet, dass lediglich registrierte Anwälte auf die Anstellung Einfluss nehmen können, ist die erforderliche Unabhängigkeit gewahrt. Diese Voraussetzung kann auch bei Körperschaften erfüllt werden. Der Zweck von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA erfordert demnach nicht, körperschaftliche Rechtsformen von Anwaltskanzleien generell zu untersagen.

18. Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA eine weiterreichende Bedeutung zu geben, verbietet sich auch aus verfassungsrechtlichen Gründen. Da die Wahl der Rechtsform für die Anwaltstätigkeit den Schutz der Wirtschaftsfreiheit geniesst, darf sie nur in dem Umfang eingeschränkt werden, als es zur Wahrung öffentlicher Interessen erforderlich ist.

BGE 138 II 440 S. 458

Von keiner Seite - auch nicht von der Vorinstanz - wird indessen geltend gemacht, dass zur Wahrung der institutionellen Unabhängigkeit Anwaltskörperschaften generell untersagt werden müssten. Auch bei der Beratung von Art. 8 BGFA in den Eidgenössischen Räten vertrat niemand diesen Standpunkt. Die breite Zulassung körperschaftlicher Rechtsformen im Ausland (vgl. E. 11) und die bisher in der Schweiz gemachten Erfahrungen mit Anwaltskörperschaften (vgl. E. 10) belegen, dass keine Notwendigkeit besteht, solche Rechtsformen im Interesse der Unabhängigkeit generell zu verbieten. Wenn die Vorinstanz erklärt, eine Zulassung von Anwaltskörperschaften komme erst in Betracht, wenn der Bundesgesetzgeber die dabei zu beachtenden Rahmenbedingungen näher umschrieben habe, verkennt sie, dass die Wirtschaftsfreiheit die Wahl der Rechtsform anwaltlicher Tätigkeit schützt und diese nur eingeschränkt ist, soweit dafür eine gesetzliche Grundlage besteht. Der Gesetzgeber hat zwar die Möglichkeit, die Anforderungen an die Anwaltskörperschaften detaillierter festzulegen als in Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA. Solange eine solche nähere Regelung fehlt, findet die Wirtschaftsfreiheit ihre Grenzen allein in der zuletzt genannten Norm (vgl. E. 16). Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA schliesst demnach Anwaltskörperschaften nicht von vornherein aus. Diese sind jedoch nur in dem Umfang zulässig, als die Unabhängigkeit der angestellten Anwälte in gleicher Weise sichergestellt ist, wie dies bei einer Anstellung durch registrierte Anwälte selber der Fall ist.

19. Nach Auffassung der Vorinstanz ist eine Zulassung von Anwaltskörperschaften allerdings neben der Unabhängigkeit auch mit weiteren Berufspflichten des Anwalts nicht zu vereinbaren. Dieser Umstand müsse bei der Auslegung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA mitberücksichtigt werden. Zunächst bezieht sich die Vorinstanz auf Art. 12 lit. b BGFA. Danach übt der Anwalt seinen Beruf in eigenem Namen aus. Daraus den Schluss zu ziehen, dass damit ein direktes Mandat zwischen dem Anwalt und dem Klienten vorausgesetzt werde, wie dies die Vorinstanz annimmt, geht zu weit. Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA lässt ausdrücklich zu, dass Anwälte in einem Anstellungsverhältnis bei anderen registrierten Anwälten tätig sind. In diesem Fall besteht zwischen dem angestellten Anwalt und dem Klienten kein Auftragsverhältnis; das Mandat wird vielmehr mit dem Anwalt, der Arbeitgeber des angestellten Anwalts ist, abgeschlossen. Gleich verhält es sich bei

Mandaten, die mit Anwaltskanzleien abgeschlossen werden, die als Kollektivgesellschaften organisiert sind. Die Aufsichtsbehörden haben soweit ersichtlich in einem solchen Vorgehen nie einen Verstoss gegen Art. 12 lit. b BGFA gesehen. Die genannte Norm bezieht sich offensichtlich nicht auf das Auftragsverhältnis mit dem Klienten, sondern allein auf die berufsrechtliche Stellung des Anwalts, der das Mandat ausführt. Er handelt insofern in eigenem Namen, als er das Mandat unter eigener fachlicher Verantwortung erfüllt und dabei selber die spezifisch anwaltsrechtlichen Berufsregeln einzuhalten hat, auch wenn er angestellt ist. Er tritt auch allein vor Gericht auf und untersteht selber der disziplinarischen Aufsicht. Art. 12 lit. b BGFA steht Mandaten mit Anwaltskörperschaften nicht entgegen (ebenso BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2408; FELLMANN, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz [im Folgenden: Kommentar], 2. Aufl. 2011, N. 62 zu Art. 12 BGFA; SCHILLER, a.a.O., N. 1261 ff.; VALTICOS, a.a.O., N. 125 ff. zu Art. 12 BGFA; VONZUN, a.a.O., S. 468 f.).

20. Aus den gleichen Gründen schliesst Art. 12 lit. b BGFA eine körperschaftliche Organisation von Anwaltskanzleien auch nicht aus, soweit er eine Berufsausübung auf eigene Verantwortung verlangt. Diese Vorschrift bezieht sich ebenfalls allein auf die fachliche Verantwortung für die Einhaltung der Berufsregeln; dagegen verlangt sie nicht eine persönliche Haftung des Anwalts auf der zivilrechtlichen Ebene (vgl. BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2413; FELLMANN, Kommentar, a.a.O., N. 63 zu Art. 12 BGFA; SCHILLER, a.a.O., N. 1276). Andernfalls ergäbe sich der bereits erwähnte Widerspruch zu Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA, der eine Anstellung eines Anwalts bei einem anderen Anwalt zulässt, obwohl der Erstere gegenüber dem Klienten zivilrechtlich nicht persönlich haftet. Eine persönliche Haftung der Anwälte vermöchte im Übrigen auch den Klienten im Allgemeinen keinen besseren Schutz zu gewähren, als er bei Einschaltung einer Körperschaft besteht. Denn die Zahlungsfähigkeit hängt nicht von der gewählten Rechtsform, sondern von den vorhandenen Mitteln ab (BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2414, die darauf hinweisen, dass die Vermögenssituation von Aktiengesellschaften für Aussenstehende transparenter ist als bei Einzelpersonen und zudem Schutzvorschriften bei Überschuldung bestehen). Die Vorinstanz erwägt diese Gesichtspunkte zwar auch. Sie gelangt aber zu einem anderen Schluss, weil sie befürchtet, dass der Ausschluss der persönlichen Haftung das Verantwortungsbewusstsein

der Anwälte und damit das Vertrauen in die Anwaltschaft generell schmälern könnte. So sporne die Gefahr, persönlich haften zu müssen und allenfalls sogar wegen der Ausstellung von Verlustscheinen den Beruf nicht mehr ausüben zu können (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. c BGFA), zur Sorgfalt bei der Berufsausübung an. Dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Wie die Vorinstanz selbst einräumt, zeigt die berufsrechtliche Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung (Art. 12 lit. f BGFA), dass dem Gesetzgeber die Sicherstellung eines ausreichenden Haftungssubstrats und weniger die unbeschränkte persönliche Haftung des Anwalts wichtig war (SCHILLER, a.a.O., N. 1276; ZINDEL, a.a.O., S. 253). So reduziert sich mit dem Abschluss einer Haftpflichtversicherung das Risiko eines Konkurses (und damit von Verlustscheinen) erheblich. Die vorinstanzliche Argumentation blendet weiter aus, dass angestellte Anwälte bei Fehlern der Körperschaft gegenüber haftbar werden können und auch für sie das Risiko besteht, wegen Verlustscheinen die Berufsausübungsbewilligung zu verlieren. Darüber hinaus haben die Angestellten und namentlich die Gesellschafter einer Anwaltskörperschaft ein eigenes wirtschaftliches Interesse daran, dass die Gesellschaft ertragreich arbeitet und ein Konkurs, nicht zuletzt aufgrund des damit einhergehenden Reputationsschadens, unter allen Umständen vermieden wird. Dies zeigt, dass die mit der Wahl der Körperschaftsform zweifellos angestrebte Haftungsbegrenzung das Verantwortungsbewusstsein jedenfalls nicht in einem Mass einschränkt, dass dadurch das Vertrauen in die Anwaltschaft ernsthaft Schaden nehmen könnte.

21. Schliesslich sieht die Vorinstanz in Art. 13 BGFA, der die Anwälte zur Wahrung des Berufsgeheimnisses verpflichtet, ein Hindernis für die Zulassung von Anwaltskörperschaften. Sie verweist darauf, dass die bei einzelnen Körperschaften vorgeschriebene Revisionsstelle kein Hilfsorgan im Sinne von Art. 13 Abs. 2 BGFA darstelle und daher nicht zur Wahrung des Anwaltsgeheimnisses verpflichtet werden könne. Allerdings räumt sie ein, dass das Berufsgeheimnis durch die gegenüber Steuerbehörden übliche Anonymisierung auch gegenüber Revisoren gewahrt werden könne; doch gelte dies nicht mehr bei einer aktienrechtlichen Sonderprüfung. Die Lehre erachtet demgegenüber das Berufsgeheimnis auch in Anwaltskörperschaften als gewahrt, da Revisoren und Sonderprüfer selber einer Geheimhaltungspflicht unterstünden (vgl. für die

Aktiengesellschaft Art. 697d Abs. 4, Art. 697e Abs. 1 und Art. 730b Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 321 StGB), die mindestens gleichwertig sei wie das anwaltliche Berufsgeheimnis (BOHNET/MARTENET, a.a.O., N. 2409 f.; FELLMANN, Anwaltsrecht, N. 1636; NATER/ZINDEL, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 39 f. zu Art. 13 BGFA; VONZUN, a.a.O., S. 467 f.; gleicher Meinung, aber mit teilweise anderer Begründung SCHILLER, a.a.O., N. 1348 ff.). Die Beschwerdeführer machen ausserdem geltend, dass nach Art. 727a Abs. 2 OR bei kleinen Aktiengesellschaften auf eine Revisionsstelle verzichtet werden könne. Da viele Anwaltsgesellschaften von dieser Möglichkeit Gebrauch machen könnten, ergäben sich bei ihnen von vornherein keine Konflikte mit dem Berufsgeheimnis. Es erübrigt sich, zu den von der Vorinstanz aufgeworfenen Fragen abschliessend Stellung zu nehmen. Ausschlaggebend ist, dass Art. 13 BGFA gegenüber den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen über die Revision und Sonderprüfung nicht den Vorrang beanspruchen kann. Zwar wird das Berufsgeheimnis des Anwalts in der Rechtsordnung besonders geschützt, weil es für die anwaltliche Berufsausübung und damit für eine ordnungsgemässe Rechtspflege unerlässlich ist (Urteil 2P.187/2000 vom 8. Januar 2001 E. 4c, in: Pra 2001 Nr. 141 S. 835 ff., 843). Doch gilt es nicht absolut, sondern ist in die Rechtsordnung eingebunden und wird durch sie ausgestaltet. Bereits aus Art. 13 Abs. 2 BGFA geht hervor, dass eine absolute Wahrung des Berufsgeheimnisses aus praktischen Gründen nicht möglich und daher auch nicht vorgeschrieben ist (VONZUN, a.a.O., S. 467). Aus diesem Grund kann aus dem Umstand, dass das Berufsgeheimnis bei einer körperschaftlichen Organisation einer Anwaltskanzlei allenfalls gewisse Relativierungen erfährt, nicht auf die Unzulässigkeit von Anwaltskörperschaften geschlossen werden. Offenbleiben kann, ob die Revisoren und Sonderprüfer nicht insoweit zu den Hilfspersonen (der registrierten Anwälte) zu zählen sind, als die Bekanntgabe von vertraulichen Informationen an sie aus (kanzlei-)organisatorischen Gründen notwendig ist (vgl. SAVERIO LEMBO, L'exercice de la profession en société de capitaux, in: Défis de l'avocat au XXIe siècle, Jeanneret/Hari [Hrsg.], 2008, S. 365 ff., 382). Unabhängig davon kann jedenfalls angesichts der erwähnten strengen Geheimhaltungspflichten von Revisoren und Sonderprüfern keine Rede davon sein, dass der zur anwaltlichen Berufsausübung notwendige Vertraulichkeitsschutz durch die Wahl einer körperschaftlichen

Rechtsform ernsthaft gefährdet würde. Zudem weisen die Beschwerdeführer zu Recht darauf hin, dass vergleichbare Relativierungen auch bei anderen Tätigkeiten möglich sind, die Berufs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren haben und die häufig als Körperschaften organisiert sind (Spitäler, Krankenversicherungen, Revisionsgesellschaften und Banken).

22. Die von der Vorinstanz genannten Berufspflichten lassen demnach Anwaltskörperschaften ebenfalls nicht von vornherein als unzulässig erscheinen. Der angefochtene Entscheid erweist sich damit als bundesrechts-

widrig und ist aufzuheben. Bei diesem Ergebnis verlieren die Beschwerdeführer ihre Eintragungsfähigkeit im kantonalen Anwaltsregister nicht bereits dadurch, dass sie ihre Anwaltskanzlei in eine Aktiengesellschaft umwandeln. Dasselbe würde auch bei Wahl einer anderen Rechtsform gelten, solange die Unabhängigkeit der angestellten Anwälte in gleicher Weise sichergestellt ist, wie dies bei einer Anstellung durch registrierte Anwälte selber der Fall ist (vgl. E. 18).

23. Die Beschwerdeführer sind der Auffassung, dass ihre Unabhängigkeit bei der vorgesehenen Umwandlung ihrer Kanzlei in eine Aktiengesellschaft genügend sichergestellt ist. Sie beantragen deshalb neben der Aufhebung des angefochtenen Entscheids auch die Feststellung, dass sie nach der Umstrukturierung ihrer Kanzlei in eine Aktiengesellschaft im Anwaltsregister des Kantons St. Gallen eingetragen bleiben können. Da der Sachverhalt aus den eingereichten Dokumenten über die neue Organisationsstruktur (Statuten, Organisationsreglement, Aktionärbindungsvertrag und Arbeitsverträge mit Gesellschaftern und mitarbeitenden Rechtsanwälten) eindeutig hervorgeht, rechtfertigt es sich, dass das Bundesgericht die erforderlichen Feststellungen selber trifft und auch das erwähnte Begehren beurteilt (Art. 105 Abs. 2 und Art. 107 Abs. 2 BGG). Die Leitung der Anwalts-AG, in welche die Beschwerdeführer ihre Kanzlei überführen wollen, liegt ganz in den Händen von registrierten Anwälten. Das ist bereits im Zweck der Gesellschaft angelegt (”Erbringen von Rechtsdienstleistungen im In- und Ausland durch in der Schweiz registrierte Anwältinnen und Anwälte”) und wird durch die Statuten und einen Aktionärbindungsvertrag abgesichert. Mit Letzterem schliessen sich die Aktionäre zu einer einfachen Gesellschaft zusammen, über welche die Aktionäre/Gesellschafter

sämtliche Aktien gesamthänderisch halten. Alle Gesellschafter müssen in der Schweiz registrierte Anwälte sein. Bei Austritt eines Gesellschafters (insb. infolge Verlustes des Registereintrags, Kündigung, Todes oder der übrigen in Art. 545 OR genannten Gründe) führen die Verbleibenden die Gesellschaft weiter. Statutarisch sind die Aktien vinkuliert und der Verwaltungsrat muss die Übertragung (wie auch die Bestellung einer Nutzniessung) verweigern, wenn der Erwerber kein in der Schweiz registrierter Anwalt ist. In der Generalversammlung ist eine Vertretung nur durch andere Aktionäre zulässig. Der Verwaltungsrat setzt sich aus Aktionären zusammen. Die Geschäftsführung kann delegiert werden, wobei auch die Delegierten Aktionäre der Anwalts-AG sein müssen. Die genannten vertraglichen und statutarischen Massnahmen gewährleisten, dass die Anwalts-AG vollständig durch in der Schweiz registrierte Anwälte beherrscht wird. Damit ist das gesetzliche Erfordernis der institutionellen Unabhängigkeit erfüllt (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA) und das Feststellungsbegehren gutzuheissen. Weitere Vorkehren, wie sie vorliegend auf Stufe Organisationsreglement und Arbeitsvertrag getroffen werden, sind keine Eintragungsvoraussetzung, sondern sichern die Einhaltung der Berufsregeln des Art. 12 BGFA innerhalb der Anwaltskörperschaft ab. Das Treffen solcher Vorkehren liegt - bei körperschaftlich wie anders organisierten Anwaltskanzleien - in der Verantwortung der einzelnen Anwälte, die dafür berufsrechtlich einzustehen haben (vgl. Urteil 2P.187/2000 vom 8. Januar 2001 E. 4c, in: Pra 2001 Nr. 141 S. 835 ff., 843 f.). Nicht zu befinden ist an dieser Stelle darüber, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen auch eine branchenübergreifende Organisationsform (Multidisciplinary Partnership), an der neben registrierten Anwälten auch Nichtanwälte bzw. nicht registrierte Anwälte Gesellschaftsanteile besitzen, mit dem Unabhängigkeitsgebot von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA vereinbar ist.