

X. Anwalts- und Notariatsrecht

31 Anwaltsregister

- Das Erfordernis der ständigen Berufsausübung für den Registereintrag (Art. 27 f. BGFA) verbietet EU/EFTA-Anwälten nicht, eine Zweitkanzlei oder Geschäftsniederlassung in der Schweiz zu eröffnen.
- Der Registereintrag von EU/EFTA-Anwälten für eine Zweitkanzlei oder Geschäftsniederlassung in der Schweiz erfordert keine Aufenthaltsbewilligung der Migrationsbehörden.

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 24. Januar 2018, in Sachen A. gegen Anwaltskommission (WBE.2017.393).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Der Beschwerdeführer ist Rechtsanwalt in Wien und führt dort eine eigene Anwaltskanzlei. Er gibt an, sowohl in Österreich als auch der Schweiz tätig sein und eine Zweitkanzlei bzw. Geschäftsniederlassung im Kanton Aargau eröffnen zu wollen. Diese Ausgangslage rechtfertigt, vorweg eingehender auf die massgeblichen Rechtsgrundlagen einzugehen.

2.2.

Gemäss Art. 5 Abs. 1 FZA wird einem Dienstleistungserbringer einschliesslich Gesellschaften gemäss Anhang I das Recht eingeräumt, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei zu erbringen, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet. Die Beschränkung entsprechender grenzüberschreitender Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei ist untersagt (vgl. Art. 17 lit. a Anhang I FZA).

Der freie Dienstleistungsverkehr umfasst die vorübergehend in einem andern Mitgliedstaat ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit, während die Niederlassungsfreiheit die auf Dauer in einem andern Mitgliedstaat ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit regelt (vgl. STEPHAN BREITENMOSER/ANDRÉ HUSHEER, *Europarecht*, Band II, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 987). Das FZA sieht keine vollständige Umsetzung des freien Dienstleistungsverkehrs, sondern eine zeitlich begrenzte Liberalisierung der individuellen grenzüberschreitenden Dienstleistungen vor. Diese Liberalisierung umfasst die befristete Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit jedenfalls grundsätzlich ohne Niederlassung im Aufnahmestaat (vgl. DIETER W. GROSSEN/CLAIRE DE PALÉZIEUX, *Abkommen über die Freizügigkeit*, in: DANIEL THÜRER/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH [Hrsg.], *Bilaterale Verträge Schweiz – EG*, Ein Handbuch, Zürich 2002, S. 123). Im Anhang III FZA sind Rechtsakte und Mitteilungen von Gemeinschaftsorganen aufgeführt, die im Bereich der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen anzuwenden sind. Im Bereich der Ausübung des Rechtsanwaltsberufs sind dies die RL 77/249/EWG des Rates der europäischen Gemeinschaften vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte (ABl. L 78 vom 26.3.77) sowie die RL 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem andern Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde (ABl. L 77 vom 14.3.98).

2.3.

Die Schweiz ist staatsvertraglich verpflichtet, die Anwälte der EU und EFTA zur Parteivertretung vor ihren Gerichten zuzulassen. Diese Verpflichtung ist im BGFA umgesetzt (KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich*, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 307). Danach können Angehörige von Mitgliedstaaten der EU oder EFTA, die berechtigt sind, den Anwaltsberuf in ihrem Herkunftsstaat unter einer der im Anhang aufgeführten Berufsbezeichnungen auszuüben, im freien Dienstleistungsverkehr in der Schweiz Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten

(Art. 21 Abs. 1 BGFA). Angehörige von Mitgliedstaaten der EU oder EFTA, die berechtigt sind, den Anwaltsberuf in ihrem Herkunftsstaat unter einer der im Anhang aufgeführten Berufsbezeichnungen auszuüben, können in der Schweiz auch ständig Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, wenn sie bei einer kantonalen Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte eingetragen sind (Art. 27 Abs. 1 BGFA).

3.

Die Systematik des BGFA folgt der dem FZA zu Grunde liegenden Assozierung an die Dienstleistungsfreiheit und dem Recht auf Niederlassung, welches die ständige Ausübung der Anwaltstätigkeit betrifft (vgl. Art. 5 FZA und Art. 12 ff., 17 ff. Anhang I FZA; zum BGFA: 4. Abschnitt: "Ausübung des Anwaltsberufs im freien Dienstleistungsverkehr durch Anwältinnen und Anwälte der Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA"; 5. Abschnitt: "Ständige Ausübung des Anwaltsberufs durch Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung"). Die grenzüberschreitende Ausübung des Anwaltsberufs im freien Dienstleistungsverkehr (Art. 21 Abs. 1 BGFA) zeichnet sich dadurch aus, dass sie punktuell und vorübergehend erfolgt (vgl. DOMINIQUE DREYER, in: WALTER FELLMANN/GAUDENZ G. ZINDEL [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, Art. 21 N 5; Urteil des Bundesgerichts vom 9. August 2004 [2A.536/2003], Erw. 3.2.1; vgl. auch Botschaft zur Genehmigung des Abkommens vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der EFTA vom 12. September 2001, 01.058, in: BBl 2001 4994). Sie darf gemäss Art. 5 Abs. 1 FZA und Art. 17 Anhang I FZA i.V.m. Art. 21 Abs. 1 BGFA während höchstens 90 Tagen pro Jahr (bewilligungsfrei) erfolgen. Ein Eintrag im kantonalen Anwaltsregister erfolgt nicht (vgl. Art. 21 Abs. 2 BGFA). Demgegenüber betreffen Art. 27 ff. BGFA die ständige Berufsausübung im Rahmen der Niederlassung (vgl. ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER, in: FELLMANN/ZINDEL [Hrsg.], a.a.O., Art. 27 N 2 f.). Die Aufsichtsbehörde führt eine öffentliche Liste der Angehörigen von Mitgliedstaaten der EU oder EFTA, die in der Schweiz unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeich-

nung ständig Parteien vor Gericht vertreten dürfen (Art. 28 Abs. 1 BGFA). Entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist Sinn und Zweck der Eintragung in die öffentliche Liste, dass sich die zuständige Stelle vergewissern kann, ob die Anwälte die Berufs- und Standesregeln des Aufnahmestaates beachten (Urteil des Bundesgerichts vom 9. August 2004 [2A.536/2003], Erw. 4.2 mit Verweis auf RL 98/5/EG).

4.

4.1.

Der Beschwerdeführer bringt vor, bereits sein Vater habe als Anwalt in den Jahren 2007 bis 2015 über eine Kanzlei in Zürich verfügt. Dabei sei eine Vielzahl von Mandaten mit grenzüberschreitenden Sachverhalten bearbeitet worden, insbesondere mit Italien. Darunter seien italienische Staatsangehörige, welche ihren Lebensmittelpunkt in der Schweiz hätten. Auch im Ruhestand des Vaters würden bei diesem und dem Beschwerdeführer noch zahlreiche Anfragen von Klienten in der Schweiz eingehen, welche die Interessenwahrung verlangten. Beabsichtigt werde auch "die Ausweitung des Klientels", wobei insbesondere österreichische Mandanten mit Bezug zur Schweiz angesprochen würden. Es sei "nicht nur die Begleitung, Beratung und rechtliche Vertretung von in der Schweiz lebenden Klienten geplant, sondern auch die Expansion der Kanzlei durch ständige Anwesenheit auf dem schweizerischen Gebiet". Der Entscheid der Anwaltskommission sei rechtswidrig. Im BGFA sei die "Niederlassungsrichtlinie" (RL 98/5/EG) umgesetzt. Diese ermögliche einem EU-Anwalt die ständige Ausübung der Anwaltstätigkeit in einem andern Land "ohne Beschränkungen, die vom Gesetzgeber nicht vorgeschrieben worden sind". Weiter liege eine diskriminierende Behandlung vor. In diesem Sinne äussere sich auch die Literatur. Einem EU-Anwalt dürften im Inland keine Beschränkungen auferlegt werden, welche über den Regelungszweck der Richtlinie hinausgingen. Für die von der Anwaltskommission verlangte "eingehende Begründungspflicht" bestehe keine Grundlage im Gesetz oder in der Richtlinie. Die Vorinstanz habe ihm zu Unrecht vorgeworfen, "er habe niemals behauptet, eine ständige Anwaltstätigkeit

in der Schweiz ausüben zu wollen". Auch nach der Rechtsprechung sei eine entsprechende Begründungspflicht nicht vorgesehen.

4.2.

Die Anwaltskommission erwog mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, für die Eintragung in die öffentliche Liste gemäss Art. 28 Abs. 2 BGFA werde eine *ständige* (Hervorhebung im angefochtenen Entscheid) Tätigkeit in der Schweiz im Sinne von Art. 27 Abs. 1 BGFA vorausgesetzt. Der Gesuchsteller habe nicht glaubhaft dargelegt, dass er in der Schweiz eine ständige Anwalts-tätigkeit ausübe oder dies zumindest beabsichtige. Aus den eingereichten Unterlagen ergebe sich insbesondere nicht, weshalb die anwaltliche Tätigkeit nicht im freien Dienstleistungsverkehr erfolgen könne.

5.

5.1.

Im Gesetzgebungsverfahren zum Erlass des Anwaltsgesetzes wurde unter anderem die RL 98/5/EG thematisiert und ausdrücklich festgehalten, dass diese die ständige Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem andern Mitgliedstaat erleichtere. Dabei wurde wörtlich ausgeführt: "Sie soll die Niederlassungsmöglichkeiten erweitern" (Botschaft zum BGFA vom 28. April 1999, 99.027, in: BBl 1999 6024).

RL 98/5/EG ist bei der Anwendung von Art. 27 Abs. 1 BGFA als Auslegungselement beizuziehen. Sie regelt namentlich das Recht auf Berufsausübung unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung (Art. 2) und die Beachtung der Berufs- und Standesregeln (Art. 6); weiter enthält sie Bestimmungen zur Gleichstellung mit den Rechtsanwälten des Aufnahmestaats (Art. 10) und für Anwaltssozietäten (Art. 11). Für letztere ist die Ausübung der beruflichen Tätigkeiten im Rahmen einer Zweigstelle oder Niederlassung im Aufnahmestaat vorgesehen (Ziffer 1).

5.2.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat sich zur Abgrenzung der Berufsausübung im freien Dienstleistungsverkehr (Art. 21 ff. BGFA) von der ständigen Tätigkeit im Sinne von Art. 27 ff. BGFA in einem Urteil vom 19. Dezember 2011

(2C_694/2011) geäussert. Dabei wurde erwogen, Art. 27 ff. BGFA erfassten die "zuwandernden" ausländischen Anwälte, die in stabiler und kontinuierlicher Weise ihre Berufstätigkeit in der Schweiz ausübten, indem sie sich von einem Berufsdomizil aus u.a. an die einheimische Bevölkerung wendeten. Dazu wurde zunächst einschränkend festgehalten, dass eine auf Dauer ausgerichtete Tätigkeit als Anwalt das Schwergewicht bzw. den Mittelpunkt der anwaltlichen Tätigkeit bilde, was über die blossе Einrichtung eines zweiten Berufsdomizils hinausreiche. Andererseits wurde erwogen, dass eine dauernde Berufsausübung jedenfalls dann anzunehmen sei, wenn sich das Schwergewicht nicht ohne weiteres feststellen lasse und die anwaltliche Tätigkeit im Aufnahmestaat während mehr als 90 Tagen ausgeübt werde (Erw. 4.4 mit Hinweisen auf die Literatur). Letzterer Auffassung folgt, soweit ersichtlich, die Kommentierung von KELLERHALS/BAUMGARTNER, wonach eine Tätigkeit in den Bereich der Niederlassung bzw. der ständigen Berufsausübung falle, wenn die grenzüberschreitende Ausübung des Anwaltsberufs an mehr als 90 Tagen erfolge (vgl. KELLERHALS/BAUMGARTNER, in: FELLMANN/ZINDEL [Hrsg.], a.a.O., Art. 27 N 3 und Art. 28 N 1). ROLF H. WEBER führte im Jahre 1998 aus, dass von einer Niederlassung nur gesprochen werden könne, wenn sich ein Anwalt in die Wirtschaft des Aufnahmestaates integriere. Zur Eröffnung von Zweitkanzleien vertrat er mit Bezug auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der Verzicht auf die enge wirtschaftliche und soziale Bindung an den Aufnahmestaat (im Bereich der Niederlassungsfreiheit) rechtfertige keine extensive Anwendung des Niederlassungsrechts (vgl. ROLF H. WEBER, Niederlassung oder Dienstleistung – europarechtliche Beurteilung grenzüberschreitender anwaltlicher Tätigkeiten, in: WALTER FELLMANN/CLAIRE HUGUENIN JACOBS/THOMAS POLEDNA/JÖRG SCHWARZ [Hrsg.], Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, S. 581 f.).

Gemäss dem erwähnten Urteil des Bundesgerichts vom 19. Dezember 2011 (2C_694/2011) ist eine dauernde Berufsausübung anzunehmen, wenn sich deren Schwerpunkt nicht ohne weiteres feststellen lässt und sie während mehr als 90 Arbeitstagen im Aufnahmestaat ausgeübt wird (vgl. Erw. 4.4). Im Urteil des Bundes-

gerichts vom 9. August 2004 (2A.536/2003) wird vorausgesetzt, dass der Rechtsanwalts Tätigkeit kein vorübergehender Charakter zukommt und zumindest deren ständige Ausübung beabsichtigt wird (vgl. Erw. 4). Beide Entscheide lassen mithin die Annahme einer ständigen Berufstätigkeit zu, wenn deren Ausübung an mehr als 90 Tagen grenzüberschreitend erfolgt. Hinweise für eine generelle Unzulässigkeit von Zweitkanzleien bzw. Geschäftsniederlassungen lassen sich diesen Urteilen nicht entnehmen.

6.

6.1.

Die vorinstanzliche Abweisung des Eintragungsgesuchs mit der Begründung, der Beschwerdeführer habe nicht glaubhaft dargelegt, eine ständige Berufsausübung im Sinne von Art. 27 Abs. 1 BGFA zu beabsichtigen, überzeugt nicht. Das Gesuchsformular der Anwaltskommission enthält keinen Hinweis auf eine entsprechende Begründungspflicht. Insoweit war die Abweisung des Gesuchs mangels Begründung nicht statthaft. Dies gilt umso mehr, als das Verwaltungsverfahren von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird. Danach ermitteln die Behörden den Sachverhalt, unter Beachtung der Vorbringen der Parteien, von Amtes wegen und stellen die dazu notwendigen Untersuchungen an (§ 17 Abs. 1 VRPG). Anhaltspunkte dafür, dass die Eintragung lediglich zur Erzielung eines Werbeeffects erfolgen soll, was mit der Gefahr der Irreführung des Publikums einherginge, bestehen nicht (vgl. hierzu: Urteil des Bundesgerichts vom 9. August 2004 [2A.536/2003], Erw. 4.2). Fragen des Beweismasses stellten sich, soweit ersichtlich, im vorinstanzlichen Verfahren ebenfalls nicht.

6.2.

Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz ergibt sich aus den eingereichten Unterlagen nicht, weshalb die anwaltliche Tätigkeit des Beschwerdeführers nicht auch im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs erfolgen könne. In diesem Zusammenhang ist Folgendes wesentlich: Zwar ist einer Berufstätigkeit nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht bereits deshalb der Charakter der (vorübergehenden) Dienstleistung abzuspochen, weil der Dienstleistungserbringer ein Büro in der Schweiz eingerichtet hat (vgl.

Urteil des Bundesgerichts vom 9. August 2004 [2A.536/2003], Erw. 3.2.2 und 4). Entsprechend seinen Vorbringen beabsichtigt der Beschwerdeführer indessen, neben seiner Anwaltstätigkeit in Wien eine Zweitkanzlei bzw. Geschäftsniederlassung im Kanton zu eröffnen (vgl. vorne Erw. 4.1). Es ist mithin von der Absicht auszugehen, eine Kanzlei mit vollständiger Infrastruktur einzurichten und nicht bloss eine "Kontaktstelle" zu schaffen (vgl. WEBER, a.a.O., S. 581). Hierbei handelt es sich um mehr als eine grenzüberschreitende Berufsausübung im freien Dienstleistungsverkehr (vgl. vorne Erw. 3). Daher liegt mithin eine Form der ständigen Ausübung des Anwaltsberufs vor, deren Zulässigkeit im Rahmen der Bestimmungen von Art. 27 ff. BGFA zu beurteilen ist.

Im Hinblick darauf kann zunächst nicht unbesehen bleiben, dass RL 98/5/EG mit Bezug auf Anwaltssozialitäten erlaubt, die beruflichen Tätigkeiten im Rahmen einer Zweigstelle oder Niederlassung im Aufnahmestaat auszuüben (vgl. Art. 11 Ziffer 1). Diese Vorschriften legen nahe, jedenfalls für Rechtsanwälte, welche in Personengesellschaften organisiert sind, die zwischenstaatliche Erbringung anwaltlicher Dienstleistungen im Rahmen von Zweitkanzleien zuzulassen. Unter dieser Prämisse ist nicht ersichtlich, wieso für den Beschwerdeführer die Eröffnung einer hiesigen Kanzlei eine schwerpunktmässige Verlagerung seiner Geschäftstätigkeit in die Schweiz voraussetzen bzw. eine Zweitkanzlei ausgeschlossen sein soll. Es würde Sinn und Zweck der Freizügigkeit widersprechen, wenn zwischen der (zulässigen) grenzüberschreitenden Anwaltstätigkeit von maximal 90 Arbeitstagen pro Jahr und der (ebenfalls zulässigen) ständigen Berufsausübung im Aufnahmestaat eine Zwischenkategorie geschaffen würde, in der die grenzüberschreitende Anwaltstätigkeit nicht gestattet wäre. Nachdem das BGFA in Art. 27 ff. im Wesentlichen die Eintragung in die öffentliche Liste und deren (berufsrechtlichen) Konsequenzen regelt, kann insbesondere aus Art. 12 Anhang I FZA betreffend den Aufenthaltsstatus von selbständig Erwerbenden nichts anderes abgeleitet werden. Insoweit kann für die Zulässigkeit von Zweitkanzleien für Anwaltssozialitäten der Kommentierung von KELLERHALS/BAUMGARTNER gefolgt werden: Danach ist eine anwaltliche Tätigkeit der Niederlassung bzw.

der ständigen Berufsausübung zuzuordnen, wenn die zwischenstaatliche Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz an mehr als 90 Tagen pro Jahr erfolgt (vgl. KELLERHALS/BAUMGARTNER, a.a.O., Art. 27 N 3). Es wäre nicht schlüssig, die Eintragung vom Vorliegen einer Aufenthaltsbewilligung abhängig zu machen, welche vorgängig von den Migrationsbehörden zu erteilen wäre und ihrerseits eine (aufenthaltsrechtliche) Niederlassung voraussetzen würde. Das Erfordernis einer Aufenthaltsbewilligung würde die Möglichkeit einer Zweitkanzlei oder Geschäftsniederlassung faktisch ausschliessen. Diese Rechtsfolge wäre im Bereich der anwaltlichen Dienstleistungen, wo eine Erweiterung der Niederlassungsmöglichkeiten beabsichtigt ist, nicht gerechtfertigt. Die Urteile des Bundesgerichts vom 9. August 2004 (2A.536/2003), Erw. 3.2.2 und 4.1, und vom 19. Dezember 2011 (2C_694/2011), Erw. 4.4, dürfen daher nicht so verstanden werden, dass in Konstellationen wie der vorliegenden der Eintrag in die öffentliche Liste für Angehörige von EU-Mitgliedstaaten eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz voraussetzen würde.

Nach dem Gesagten hat der Beschwerdeführer Anspruch, in die öffentliche Liste der Angehörigen von Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA eingetragen zu werden.

32 Anwaltsprüfung

Instrumente wie Lösungsskizzen und Punkteschemen gewährleisten Transparenz und konkretisieren den Bewertungsmassstab bei der schriftlichen Prüfung.

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 23. April 2018, in Sachen A. gegen Anwaltskommission (WBE.2017.521).