



Die Regulierung der anwaltlichen Rechtsberatung ausserhalb des «Anwaltsmonopols»

NICOLAS DIEBOLD*

Das Anwaltsgesetz des Kantons Zürich unterstellt rein beratend tätige Anwältinnen und Anwälte ausserhalb des Geltungsbereichs des BGFA denselben Berufsregeln und Disziplinarsanktionen, die gemäss BGFA für anwaltliche Tätigkeiten im Anwaltsmonopol gelten. Diese Regel bezweckt den Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, da dem Publikum nicht zugemutet werden könne, zwischen beaufsichtigten und unbeaufsichtigten Anwälten zu unterscheiden. Das im Auftrag von YLEX erstellte Gutachten gelangt zum Schluss, dass diese Regel nicht mit der Wirtschaftsfreiheit und dem Binnenmarktgesetz vereinbar ist. Das im kantonalen Recht angestrebte Schutzziel wird bereits ausreichend durch das BGFA erreicht, so dass weitergehende kantonale Vorschriften nicht erforderlich und damit unverhältnismässig sind.

La loi sur les avocats du canton de Zurich soumet les avocats et avocates exerçant une activité purement consultative en dehors du champ d'application de la LLCA aux mêmes règles professionnelles et sanctions disciplinaires que celles prévues par la LLCA pour les activités des avocats relevant du monopole. Cette règle vise à protéger la bonne foi dans les affaires étant donné qu'on ne peut attendre du grand public qu'il fasse la distinction entre les avocats soumis à la surveillance et ceux qui ne le sont pas. L'expertise réalisée sur mandat d'YLEX parvient à la conclusion que cette règle n'est pas compatible avec la liberté économique et la loi sur le marché intérieur. La LLCA répond déjà suffisamment au but de protection poursuivi par le droit cantonal, si bien que des dispositions cantonales supplémentaires ne sont ni nécessaires ni proportionnées.

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage und Fragestellungen
- II. Verwaltungs- und verfassungsrechtliche Einordnung der Regulierung von Rechtsdienstleistungen
 - A. Verwaltungsrechtliche Einordnung der Regulierung von Rechtsdienstleistungen
 1. Bewilligungspflicht für prozessorientierte Tätigkeit als Anwalt im «Anwaltsmonopol» gemäss BGFA
 2. Meldepflicht für Rechtsberatung als Anwalt gemäss AnwG/ZH ausserhalb des «Anwaltsmonopols»
 3. Freier Zugang zur Rechtsberatung ausserhalb des «Anwaltsmonopols» ohne Anwaltspatent
 4. Zwischenfazit
 - B. Frage der Verfassungsmässigkeit der kantonalen Anwaltsregulierung
 - C. Frage der Binnenmarktrechtskonformität der kantonalen Anwaltsregulierung
- III. Anwaltsgesetz Zürich als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit
 - A. Legalitätsprinzip
 1. Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad einer Norm
 2. Geltungsbereich der Meldepflicht und der Berufsregeln ist unzureichend bestimmt
 3. Materieller Gehalt der Verweisnorm ist unzureichend bestimmt
 4. Disziplinarsanktionen sind unzureichend bestimmt
 5. Zwischenfazit
- B. Grundsatz des öffentlichen Interesses
 1. Regulierungsziel des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit von Anwältinnen und Anwälten: umfassender Publikumsschutz
 2. Regulierungsziel des Zürcher Anwaltsgesetzes: Treu und Glauben im Geschäftsverkehr
 3. Weitergehende wirtschaftspolizeiliche Regulierungsziele des Zürcher Anwaltsgesetzes?
 4. Fehlendes öffentliches Interesse für Disziplinarsanktionen
 5. Zwischenfazit
- C. Verhältnismässigkeitsprinzip
 1. Verhältnismässiger Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr?
 2. Verhältnismässiger Schutz von weitergehenden Polizeigütern?
 3. Verhältnismässigkeit von Disziplinarsanktionen gegen angestellte Anwälte?
 4. Zwischenfazit
- IV. Anwaltsgesetz Zürich als Ungleichbehandlung von Konkurrenten
- V. Anwaltsgesetz Zürich als Eingriff in die Binnenmarktfreiheit
 - A. Anspruch auf Marktzugang und Ausübung der Tätigkeit nach dem Herkunftsprinzip
 - B. Abweichungen von den Herkunftsvorschriften
 1. Meldepflicht und kantonales Anwaltsverzeichnis als Marktzugangsbeschränkung
 2. Anforderung an die institutionelle Unabhängigkeit als Marktzugangsbeschränkung
 3. Anforderung an die Werbung als Marktzugangsbeschränkung
 - C. Rechtfertigung von Beschränkungen des Marktzugangs
 1. Gleichwertigkeitsvermutung
 2. Nichtdiskriminierung
 3. Überwiegendes öffentliches Interesse
 4. Verhältnismässigkeit
 - D. Zwischenfazit
- VI. Zusammenfassung der Ergebnisse

* NICOLAS DIEBOLD, Prof. Dr. iur., Ordinarius für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht, Universität Luzern. Mitglied der Wettbewerbskommission (WEKO). Es handelt sich beim vorliegenden Text um ein Gutachten für YLEX AG. Die Beurteilung entspricht der persönlichen Auffassung des Autors und bindet die Wettbewerbsbehörden nicht.

Siehe zu diesem Thema die Besprechung von LORENZ DROESE/FRANCO STRUB, Der Elefant im Raum: Zur kantonalrechtlichen Ausdehnung der Berufsregeln auf die beratenden Anwältinnen und Anwälte im Kanton Zürich, Besprechung von AK ZH, KG220058-0, 6.7.2023, AJP 2023, 1320 ff. (in diesem Heft).

I. Ausgangslage und Fragestellungen

- 1 Die Unternehmung YLEX AG erbringt juristische Dienstleistungen im Bereich der Rechtsberatung. Gemäss Eintrag im Handelsregister umfasst die Tätigkeit von YLEX insbesondere Rechtsauskünfte, Rechtsberatung und juristische Interventionen (z.B. juristisches Schreiben/Gesuch) sowie juristisches Fallmanagement und IT-basierte Rechtsdienstleistungen. YLEX ist als Aktiengesellschaft konstituiert und hat ihren Sitz in Aarau (AG). Sie ist eine 100%-Tochtergesellschaft der Coop Rechtsschutz AG und ergänzt das Rechtsschutzangebot von Coop Rechtsschutz auch für nicht versicherte Personen. Die Coop Rechtsschutz AG hat mit der Coop Genossenschaft einen Markennutzungsvertrag abgeschlossen; darüber hinaus bestehen keine gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse zwischen diesen beiden Gesellschaften. Im Aktionariat der Coop Rechtsschutz AG sind neben Arbeitnehmerorganisationen auch zwei grössere Versicherungsunternehmen vertreten.
- 2 Die Mitarbeitenden von YLEX sind ausschliesslich im Bereich der Rechtsberatung tätig, unter Ausschluss der forensischen Tätigkeit. YLEX hat den Anspruch, relevante Themen aus dem gesamten Lebensbereich von Privatpersonen abzudecken. Derzeit liegen die Schwerpunkte des Angebots von YLEX in den Bereichen Mobilität und Reisen, Konsum, Erben und Vorsorgen, Familie, Wohnen und Eigentum sowie Arbeiten. Ziel der Beratung von YLEX ist es, rasch, unkompliziert und verständlich Klarheit über die konkrete rechtliche Situation zu schaffen, deeskalierend zu wirken und Handlungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Ist ein Gerichtsverfahren bereits hängig oder die Einleitung eines solchen nach Einschätzung von YLEX empfehlenswert, schlägt YLEX ihren Kundinnen und Kunden auf Wunsch eine Auswahl fachkompetenter externer Anwälte vor, die jeweils in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind. Mit diesen Dritten bestehen jedoch keine Verträge. Die Empfehlungen von YLEX erfolgen immer individuell und sind auf den konkreten Fall und auf die Bedürfnisse der Kunden zugeschnitten.
- 3 YLEX erbringt ihre Dienstleistung in erster Linie telefonisch und online. Die Kontaktaufnahme durch die Kunden erfolgt in der Regel über das Kontaktformular auf der Webseite von YLEX. Die Besprechungen mit den Kunden werden online über Videokonferenz durchgeführt. Verschiedene Rechtsdienstleistungen werden als «Packages» zum Fixpreis angeboten. Die Mitarbeitenden von YLEX sind in sog. «Stores» in Bern, St. Gallen, Winterthur und Zürich tätig. In diesen «Walk-in Stores» können die Kunden die Mitarbeitenden von YLEX auch für persönliche Besprechungen treffen. Der Store in Bern wurde im September 2019 eröffnet. Darauf folgte die Gründung weiterer Stores in Winterthur (Januar 2020), St. Gallen (April 2020) und Zürich (November 2020).
- 4 Die «Stores» werden vom Hauptsitz in Aarau aus geleitet. Die Führung besteht aus einem Executive-Team, das die zentralen Aufgaben in den Bereichen Finanzen, Marketing, Infrastruktur und Angebotsmanagement wahrnimmt sowie die «Store»-Leitungen verantwortet. Dem Verwaltungsrat obliegt die strategische Führung. Bei der Zusammensetzung des Verwaltungsrats achtet YLEX auf Diversität und Fachkompetenz, insbesondere in den Bereichen Rechtspraxis, Lehre und Legal Tech.
- 5 Die Rechtsexperten von YLEX sind ausgebildete Juristinnen und Juristen¹ und verfügen alle über einen juristischen Masterabschluss einer Schweizer Universität und Praxiserfahrung im Beruf. Einige Mitarbeitende sind zudem Inhaber eines kantonalen Anwaltspatents. Da YLEX keine gerichtlichen Prozesse führt und die angestellten Anwälte ausserdem nicht als institutionell unabhängig im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA gelten, sind weder die Mitarbeitenden noch die Mitglieder der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrats in einem kantonalen Anwaltsregister gemäss Art. 5 BGFA eingetragen.
- 6 Im Herbst 2022 hat YLEX eine schweizweite Werbekampagne durchgeführt, anlässlich welcher mit TV-Spots und kurzen Trailern auf YouTube auf die von YLEX angebotenen Dienstleistungen aufmerksam gemacht wurde.
- 7 Am 3. Oktober 2022 ging bei der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich eine anonyme Anzeige gegen YLEX ein. Die Anzeigerin machte geltend, dass die im Internet und im Fernsehen ausgestrahlte Werbung von YLEX «reisserisch und unzulässig» sei.
- 8 In der Folge eröffnete die Aufsichtskommission gestützt auf § 30 Abs. 1 lit. b AnwG/ZH ein Disziplinarverfahren gegen fünf Mitarbeitende von YLEX, die in den «Stores» in Winterthur und Zürich tätig sind, wegen Verdacht auf folgende Pflichtverletzungen:
- Verstoss gegen die Eintragungspflicht gemäss § 16 AnwG/ZH für Anwälte in das kantonale *Anwaltsverzeichnis*;
 - Verstoss (i) gegen das Objektivitätsgebot der *Werbung* gemäss Art. 12 lit. d BGFA sowie (ii) die allgemeine *Sorgfaltspflicht* gemäss Art. 12 lit. a BGFA (in Verbindung mit § 14 AnwG/ZH), weil die Werbung vortäusche,

¹ Zur besseren Lesbarkeit wird im Weiteren grundsätzlich das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen beziehen sich – sofern aus dem Kontext nichts anderes hervorgeht – auf alle Geschlechter.

die Mitarbeitenden von YLEX seien als im kantonalen Anwaltsregister eingetragene Rechtsanwälte tätig.

- 9 Die fünf betroffenen Mitarbeitenden von YLEX verfügen alle über ein kantonales Anwaltspatent, sind jedoch aus den erwähnten Gründen (Rz. 5) in keinem kantonalen Anwaltsregister i.S.v. Art. 5 BGFA eingetragen. Im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit für YLEX führen sie nach aussen im Geschäftsverkehr die Berufsbezeichnung «Rechtsanwalt/Rechtsanwältin», jedoch ohne Hinweis auf einen Registereintrag (Art. 11 Abs. 2 BGFA e contrario).

- 10 Vor diesem Hintergrund beauftragte YLEX Professor Nicolas Diebold von der Universität Luzern mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens zu den folgenden Fragestellungen:

- Sind die Regelungen des Anwaltsgesetzes Zürich (AnwG/ZH) betreffend die rein beratende Tätigkeit von Anwälten ausserhalb des Geltungsbereichs des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) mit der *Bundesverfassung* vereinbar?
- Unterstehen die in den «Stores» in Winterthur und Zürich tätigen Mitarbeitenden von YLEX im Rahmen ihrer Tätigkeit als Rechtsberater mit Blick auf das *Binnenmarktgesetz* (BGBM) den Vorschriften des Kantons Zürich oder den Vorschriften eines anderen Kantons?

- 11 Zur Beantwortung der Fragestellung gilt es im Folgenden, zunächst die Regulierungsinstrumente des BGFA und des AnwG/ZH darzustellen und verwaltungsrechtlich zu qualifizieren (Kap. II.A.). In einem zweiten Schritt wird analysiert, welchen Anforderungen die kantonale Anwaltsregulierung im Bereich der reinen Rechtsberatung mit Blick auf die Bundesverfassung (Kap. II.B.) und das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Kap. II.C.) genügen muss. Auf dieser Grundlage wird anschliessend analysiert, ob die Anwaltsregulierung des Kantons Zürich im Bereich der reinen Rechtsberatung als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit gerechtfertigt werden kann (Kap. III.) und ob sie dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten standhält (Kap. IV.). Schliesslich wird untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen die kantonale Anwaltsregulierung unter dem Binnenmarktgesetz auf ortsfremde Anbieter von Rechtsberatung angewendet werden darf (Kap. V.). Die Ergebnisse werden in einem Schlusskapitel zusammengefasst (Kap. VI.).

II. Verwaltungs- und verfassungsrechtliche Einordnung der Regulierung von Rechtsdienstleistungen

A. Verwaltungsrechtliche Einordnung der Regulierung von Rechtsdienstleistungen

1. Bewilligungspflicht für prozessierende Tätigkeit als Anwalt im «Anwaltsmonopol» gemäss BGFA

- 12 Der Geltungsbereich des BGFA umfasst Personen, die über ein Anwaltspatent verfügen und in der Schweiz im Rahmen des «Anwaltsmonopols» Parteien vor *Gerichtsbehörden* vertreten. Der Umfang des «Anwaltsmonopols» ergibt sich aus den Bestimmungen der Prozessordnungen (Art. 68 ZPO; Art. 127 StPO). Eine detaillierte Abgrenzung und Umschreibung der bewilligungspflichtigen Tätigkeit innerhalb des «Anwaltsmonopols» ist für die Zwecke des vorliegenden Gutachtens nicht erforderlich.

- 13 Die Tätigkeit im Geltungsbereich des BGFA setzt eine Eintragung im kantonalen Anwaltsregister voraus (Art. 6 Abs. 1 BGFA). Die Eintragung ist an verschiedene fachliche und persönliche Voraussetzungen gemäss Art. 6–8 BGFA geknüpft. Wer diese Voraussetzungen erfüllt, verfügt über einen Rechtsanspruch auf Zulassung zur Tätigkeit im «Anwaltsmonopol» (Art. 2 Abs. 1 BGFA).

- 14 Ein *rechtliches Monopol* liegt dann vor, wenn sich der Staat eine bestimmte Tätigkeit selber vorbehält (vgl. z.B. Art. 4 PBG); der Staat kann die Tätigkeit selber und unter Ausschluss von Privaten ausüben, oder er kann das Recht zur Ausübung dieser Tätigkeit mittels Monopolkonzession auf Private übertragen.² Mit der Begründung eines rechtlichen Monopols bezweckt der Staat, eine bestimmte Tätigkeit der wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft zu entziehen und diese zum Schutz gewichtiger öffentlicher Interessen – wie etwa die Sicherstellung der Grundversorgung (Grundversorgungsmonopol) – einem planwirtschaftlichen System zuzuführen.³ Entsprechend sind monopolisierte Tätigkeiten gemäss bundesgerichtlicher

² BGE 128 I 3 E. 3b; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, N 2686; MARC WINISTÖRFER, Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung, Zürich 2021, 478 ff.

³ Vgl. BERNHARD RÜTSCHKE, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, ZBJV 2016, 71 ff., 83; NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014 I, 219 ff., 233 ff.

Rechtsprechung dem Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) weitgehend entzogen.⁴

15 Im Unterschied dazu gelten *Berufsausübungsbewilligungen* als einfache Polizeibewilligungen, die eine bestimmte Tätigkeit zum Schutz der Polizeigüter einer vorgängigen Verwaltungskontrolle unterstellen. Für Personen, welche die Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllen, ist die Ausübung der fraglichen Tätigkeit verboten. Die Polizeibewilligung zeichnet sich (im Unterschied zur Monopolkonzession) u.a. dadurch aus, dass alle Personen, die sämtliche Bewilligungsvoraussetzungen erfüllen, über einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Bewilligung verfügen.⁵

16 Der untechnische Begriff des «Anwaltsmonopols» gemäss Art. 2 Abs. 1 BGFA bezieht sich mithin auf die gemäss BGFA bewilligungspflichtige Tätigkeit von Anwälten und nicht etwa auf ein rechtliches Monopol bzw. eine konzessionierte Tätigkeit im verwaltungsrechtlichen Sinne. Der Staat behält sich die regulierte Tätigkeit nicht selber vor, sondern unterstellt diese zum Schutz von Polizeigütern einer Bewilligungspflicht. Wer die Voraussetzungen gemäss Art. 7 und 8 BGFA erfüllt, verfügt über einen Rechtsanspruch auf Eintragung ins Anwaltsregister. Verwaltungsrechtlich handelt es sich folglich um eine *Bewilligungspflicht* (Polizeibewilligung).⁶ Da sich aber der unzutreffende Begriff «Anwaltsmonopol» in der anwaltlichen Umgangssprache und gar in der Gesetzgebung eingebürgert hat, greift auch das vorliegende Gutachten der Einfachheit halber auf diesen Begriff zurück, um die gemäss BGFA bewilligungspflichtige von der gemäss BGFA nicht geregelten anwaltlichen Tätigkeit terminologisch abzugrenzen.

17 Die im «Anwaltsmonopol» tätigen Anwälte unterstehen den Berufsregeln gemäss Art. 12 BGFA. Die Umschreibung der Berufsregeln gemäss BGFA ist abschliessend; für abweichende oder weitergehende kantonale Vorschriften besteht kein Raum.⁷ Neben der allgemeinen Sorgfaltspflicht (lit. a) umfassen die Berufsregeln u.a.

eine Unabhängigkeitspflicht (lit. b), ein Verbot von Interessenkonflikten (lit. c), Anforderungen an die Gestaltung der Werbung (lit. d) und eine Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung (lit. f). Gemäss Art. 13 BGFA unterstehen die Anwälte dem Berufsgeheimnis. Die nach dem BGFA registrierten und zur Parteivertretung in Zivil- und Strafverfahren zugelassenen Anwälte unterstehen auch im Rahmen ihrer rechtsberatenden Tätigkeit den Berufsregeln gemäss BGFA.⁸

18 Schliesslich unterstehen die Anwälte einem umfassenden Aufsichtsregime (Art. 14 BGFA). Besteht Verdacht auf einen Verstoss gegen eine Berufsregel, so eröffnet die zuständige kantonale Aufsichtsbehörde ein Disziplinarverfahren. Die Aufsichtsbehörde kann Disziplinar-massnahmen nach Art. 17 BGFA aussprechen, namentlich Verwarnung, Verweis, Busse bis CHF 20'000 sowie ein befristetes oder unbefristetes Berufsausübungsverbot. Der Entzug des Anwaltspatents richtet sich nach kantonalem Recht (§ 6 AnwG/ZH). Verwaltungsrechtlich handelt es sich bei diesen Disziplinar-massnahmen um klassische Verwaltungs-sanktionen mit pönalem bzw. repressivem Charakter⁹ und nicht etwa um Verwaltungsmassnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands.

2. Meldepflicht für Rechtsberatung als Anwalt gemäss AnwG/ZH ausserhalb des «Anwaltsmonopols»

19 Der Bund verfügt seit Inkrafttreten der Bundesverfassung von 1999 gestützt auf Art. 95 Abs. 1 BV über die umfassende «Globalkompetenz», Vorschriften «über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit» zu erlassen¹⁰ und dabei insbesondere auch das Ziel eines

⁴ BGE 143 I 388 E. 2.2.2; BGer, 2C_734/2019, 2.6.2021, E. 2.2.1; PETER HETTICH, *Kooperative Risikoversorge*, Zürich 2014, N 265; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. A., Basel 2011, § 5 N 48; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 2), N 2687: «weitgehend entzogen».

⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 2), N 2654; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. A., Bern 2022, N 1208; HETTICH (FN 4), N 283; BVGer, C-5710/2019, 24.9.2021, E. 3.1.

⁶ BGE 130 II 87 E. 3; DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND/EVA BACHOFNER, *Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2019, § 30 N 2.

⁷ BGE 131 I 223 E. 3.4; BGE 130 II 270 E. 3.1.1.

⁸ BGE 131 I 223 E. 3.4; BGE 130 II 270 E. 3.2; BGer, 2C_407/2008, 23.10.2008, E. 3.3; WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, 2. A., Bern 2017, N 105, 200, 205.

⁹ TOBIAS JAAG, *Sanktionen*, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich 2015, 949 ff., N 23.50 ff.; ALEXANDER LOCHER, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen*, Zürich 2013, N 177 ff.; NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHÉ/ALWIN KELLER, *Instrumente der laufenden Marktaufsicht*, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), 7. Forum für Verwaltungsrecht, Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure, Bern 2019, 47 ff., 57 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 2), N 1444; ferner Bundesrat, Bericht «Pekuniäre Verwaltungssanktionen» in Erfüllung des Postulats 18.4100 vom 1. November 2018, BBl 2022 776 (zit. Bundesrat, Pekuniäre Verwaltungssanktionen), 19 f.

¹⁰ Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV), 298: «Globalkompetenz von Absatz 1»; vgl. ferner GIOVANNI BIAGGINI, *BV Kommentar*, 2. A., Zürich 2017, Art. 95 N 2 ff.; PETER HETTICH, Art. 95 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongeler/

einheitlichen Wirtschaftsraums Schweiz zu verwirklichen (Art. 95 Abs. 2 BV). Im Bereich der Rechtsdienstleistungen umfasst diese Kompetenz sowohl die forensische als auch die rein beratende Tätigkeit. Das BGFA regelt die Berufsregeln der Anwälte im «Monopolbereich» abschliessend,¹¹ mit Ausnahme der in Art. 3 BGFA enthaltenen Vorbehalte zugunsten der Kantone. Entsprechend bleibt kein Raum für kantonale Vorschriften im «Monopolbereich» gemäss BGFA (Art. 49 Abs. 1 BV).

20 Die rein *rechtsberatende Tätigkeit* von Anwälten fällt nicht in den Geltungsbereich des BGFA. Verzichtet der Bund auf die Regelung eines Themas in seinem Kompetenzbereich, können die Kantone in den verbleibenden, nicht bundesrechtlich geregelten Teilbereichen weiterhin gesetzgeberisch tätig sein.¹² Dies setzt allerdings voraus, dass der Verzicht des Bundes auf Erlass einer Regelung nicht auf ein «qualifiziertes Schweigen» zurückzuführen ist. Beispielsweise bedeutet im Produktrecht der Verzicht des Bundes auf Statuierung einer Bewilligungspflicht für ein bestimmtes Produkte nicht, dass die Kantone eine Bewilligungspflicht einführen könnten; vielmehr liegt ein qualifiziertes Schweigen vor, wonach der Bund bewusst auf die Einführung einer Regelung verzichtet hat.¹³

21 Mit Bezug auf das BGFA geht die Lehre undifferenziert davon aus, dass es den Kantonen freigestellt bleibt, die anwaltliche Tätigkeit der Rechtsberatung ausserhalb des «Anwaltsmonopols» zu regeln.¹⁴ Möglich wäre indes-

sen auch ein Verständnis, wonach der Bundesgesetzgeber den «Anwaltsberuf» abschliessend geregelt und rein beratend tätige Anwälte bewusst nicht den Berufsvorschriften unterstellt hat.¹⁵ Diese Fragestellung wird vorliegend nicht weiter vertieft, weshalb die weitere Analyse gestützt auf die einhellige Lehre davon ausgeht, dass die Kantone über eine Zuständigkeit verfügen, die rein beratende Tätigkeit von Anwälten zu regeln. Während einige Kantone auf eine Regelung verzichten und die beratende Tätigkeit von Anwälten keinerlei Vorschriften unterstellen, haben andere Kantone – so etwa der Kanton Zürich – umfassende Berufsregeln auch für lediglich beratend tätige Anwälte ausserhalb des «Monopolbereichs» erlassen.¹⁶

22 Der Geltungsbereich des AnwG/ZH knüpft an den Begriff des «Anwaltsberufs» an (§ 1 AnwG/ZH). Den Anwaltsberuf übt gemäss Legaldefinition in § 10 AnwG/ZH aus, «wer über ein Anwaltspatent verfügt und Personen in Verfahren vor Gericht, anderen Behörden oder gegenüber Dritten vertritt oder in Rechtsfragen berät und dabei unter der Berufsbezeichnung Rechtsanwältin oder Rechtsanwalt oder einer gleichwertigen Bezeichnung auftritt». Das AnwG/ZH regelt folglich über den Geltungsbereich des BGFA hinaus auch die Tätigkeit von Personen, die im Sinne kumulativer Begriffselemente (i) über ein Anwaltspatent verfügen, (ii) ausserhalb des «Anwaltsmonopols» als Rechtsberater tätig sind und (iii) die Berufsbezeichnung «Rechtsanwalt» (oder eine gleichwertige Bezeichnung) führen. Dabei ist nicht entscheidend, ob die anwaltliche Tätigkeit freiberuflich oder im Anstellungsverhältnis ausgeübt wird, solange die Rechtsberatung einem offenen Kundenkreis angeboten wird.¹⁷ Keine Ausübung des Anwaltsberufs im Sinne des AnwG/ZH liegt hingegen vor, wenn Personen mit Anwaltspatent als Unternehmensjurist bzw. Rechtskonsultent ausschliesslich ihren Arbeitgeber rechtlich beraten.¹⁸

23 Die Tätigkeit als beratender Anwalt i.S.v. § 10 AnwG/ZH ist gemäss § 16 Abs. 1 AnwG/ZH mit der Pflicht zur Eintragung im kantonalen Anwaltsverzeichnis verbun-

Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 4. A., Zürich 2023, Art. 95 N 3 ff.; NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, Zürich/St. Gallen 2016, N 44.

¹¹ Botschaft vom 28. April 1999 zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), BBl 1999 6013 ff. (zit. Botschaft BGFA), 6039: «Um dieses doppelte System von Berufsregeln zu vermeiden, regelt der vorliegende Gesetzesentwurf die Berufsregeln für Anwältinnen und Anwälte abschliessend.»

¹² Botschaft BV (FN 10), 298: «Wie Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV begründet Artikel 86 VE 96 [entspricht Art. 95 BV] eine sogenannte nachträglich derogierende Bundeskompetenz: Die Kantone bleiben in dem Masse zur Regelung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit zuständig, als der Bundesgesetzgeber von seiner Regelungsbefugnis keinen Gebrauch macht.»

¹³ Botschaft vom 25. Juni 2008 zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse, BBl 2008 7275 ff., 7311.

¹⁴ HANS NATER, Steiniger Weg zur Harmonisierung des Anwaltsrechts in der Schweiz, SJZ 2002, 362 ff., 363; ERNST STAEHELIN/CHRISTIAN OETIKER, Art. 6 BGFA, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, Art. 6 N 2; KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht – Grundlagen und Kernbereich, Zürich/Basel/Genf 2009, N 324; FRANÇOIS BOHNET/SIMON OTHENIN-GIRARD, in: Michel Valticos/Christian M. Reiser/Benoît Chappuis/François Bohnet (Hrsg.), Commentaire Romand – Loi sur les avocats, 2. A., Basel 2022 (zit. CR LLCA-Verfasser), Art. 1 LLCA N 47.

¹⁵ Für ein solches Verständnis würde insbesondere sprechen, dass der Bundesgesetzgeber dem mit dem AnwG/ZH verfolgten Interesse des Täuschungsschutzes bereits mit der Regelung in Art. 11 Abs. 2 BGFA Rechnung getragen hat, vgl. eingehend Rz. 109–115; in diese Richtung FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 3680.

¹⁶ Vgl. z.B. Art. 8 Abs. 2 AnwG/LU; vgl. die Übersicht bei FELLMANN (FN 8), N 794; SCHILLER (FN 14), N 312, 324.

¹⁷ ALEXANDER BRUNNER/MATTHIAS-CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRIESI, Anwaltsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, N 34.

¹⁸ BGer, 2P.113/2006, 29.8.2006, E. 6.1; VGer ZH, VB.2005.00492, 22.12.2005, E. 3.4.

den.¹⁹ Das Verzeichnis enthält die Personalien, eine Kopie des Anwaltspatents, die Geschäftsadresse sowie nicht gelöschte Disziplinar massnahmen (§ 16 Abs. 2 AnwG/ZH i.V.m. Art. 5 Abs. 2 lit. a, b, d und e BGFA). Die Eintragung ist – im Unterschied zur Eintragung im Anwaltsregister gemäss BGFA – an keinerlei fachliche oder persönliche Voraussetzungen geknüpft. Entsprechend handelt es sich bei der Rechtsberatung ausserhalb des «Anwaltsmonopols» *nicht* um eine bewilligungspflichtige Tätigkeit. Verwaltungsrechtlich handelt es sich vielmehr um eine einfache *Meldepflicht*.²⁰ Die Aufnahme der Tätigkeit ohne vorgängige Meldung kann mit einer Disziplinarsanktion geahndet werden (§ 14 Abs. 2 AnwG/ZH).²¹

24 Das AnwG/ZH unterstellt beratende Anwälte in § 14 pauschal und integral denselben Berufsregeln wie Anwälte, die gemäss BGFA im bewilligungspflichtigen Bereich des «Anwaltsmonopols» tätig sind. Gemäss § 14 Abs. 1 AnwG/ZH gelten die Berufsregeln von Art. 12 BGFA sowie das Berufsgeheimnis nach Art. 13 BGFA «sinngemäss» für lediglich beratend tätige Anwälte. Sinn und Zweck der Meldepflicht besteht folglich darin, dass die Aufsichtsbehörde Kenntnis von den im Kanton tätigen Personen hat und ihnen gegenüber die Berufsregeln durchsetzen kann. Gleichzeitig verweigert die Aufsichtskommission die Eintragung von Anwälten, bei denen schon zum Zeitpunkt der Meldung ersichtlich ist, dass sie die Berufsregeln gemäss § 14 Abs. 1 AnwG/ZH i.V.m. Art. 12 BGFA nicht erfüllen.²² Im Resultat wirken sich die Berufsregeln verbunden mit der Meldepflicht folglich wie eine eigentliche Berufszulassung aus.²³

25 Schliesslich unterstehen beratende Anwälte gemäss § 13 AnwG/ZH ebenfalls der Aufsicht der kantonalen Aufsichtskommission. Bei Verstössen gegen Vorschriften des AnwG/ZH kann die Aufsichtskommission die in Art. 17 BGFA statuierten Disziplinar massnahmen («pönale» Verwaltungssanktionen) sowie den Entzug des Anwaltspatents nach § 6 AnwG/ZH anordnen. Gestützt auf

den Verweis auf die Berufsregeln des BGFA können auch Verstösse gegen das BGFA sanktioniert werden.²⁴

3. Freier Zugang zur Rechtsberatung ausserhalb des «Anwaltsmonopols» ohne Anwaltspatent

26 Die Rechtsberatung durch Personen, die über kein Anwaltspatent verfügen – oder die über ein Anwaltspatent verfügen, aber nicht mit dem Titel «Rechtsanwalt» nach aussen auftreten –, untersteht weder dem BGFA (Art. 2 Abs. 1 BGFA e contrario) noch dem AnwG/ZH. Die Rechtsberater können je nach Ausbildung etwa als «Juristin oder Jurist», als «Master of Law» oder als «lic. iur.» auftreten. Sie üben zwar inhaltlich exakt dieselbe Tätigkeit aus wie «beratende Anwälte» gemäss Rz. 19, dennoch gilt eine solche Tätigkeit – trotz inhaltlicher Identität mit der Tätigkeit unter Verwendung der Berufsbezeichnung «Rechtsanwalt» – nicht als «Ausübung des Anwaltsberufs» (§ 10 AnwG/ZH e contrario) und fällt folglich nicht in den in § 1 umschriebenen Geltungsbereich des Gesetzes.

27 Die Rechtsberatung ohne Anwaltspatent (sowie die Rechtsberatung durch Anwälte, die auf die Verwendung der Berufsbezeichnung verzichten) untersteht folglich keinerlei Anforderungen an den Marktzugang. Die solchermaßen beratenden Personen unterstehen entsprechend keinen öffentlich-rechtlichen Berufsregeln oder Sorgfaltspflichten und werden auch nicht durch eine Aufsichtsbehörde beaufsichtigt. Die Sorgfaltspflichten richten sich in diesem Fall ausschliesslich nach Privatrecht (insb. Auftragsrecht nach Art. 398 OR) und können nur zivilgerichtlich durchgesetzt werden. Entsprechend können gegen solche Rechtsberater auch keine Verwaltungssanktionen, wie etwa ein Berufsverbot, ausgesprochen werden.

4. Zwischenfazit

28 Mit Blick auf das Gesagte lassen sich die wesentlichen verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisse im Bereich der Rechtsdienstleistungen vereinfacht²⁵ wie folgt tabellarisch zusammenfassen:

¹⁹ ALEXANDER BRUNNER/ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZLIN, Neues aus der Praxis der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich, SJZ 2017, 477 ff., 479; HANS NATER, Art. 2 BGFA, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, Art. 2 N 3a.

²⁰ HETTICH (FN 4), N 266; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 5), N 1183.

²¹ Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Beschluss KG190003, 5.12.2019, in: ZR 2020, 116 ff.

²² VGer ZH, VB.2005.00492, 22.12.2005, Ziff. I.

²³ Eingehend dazu Rz. 156; vgl. auch zum Tessiner Handwerkerregister NICOLAS DIEBOLD/FRÉDÉRIC BERTHOUD, Das Tessiner Handwerkerregister im Lichte des Freizügigkeitsrechts, EuZ 2017, 142 ff., 143; a.M. BRUNNER/HENN/KRIESI (FN 17), N 44.

²⁴ Zum Ganzen auch BRUNNER/HENN/KRIESI (FN 17), N 33–45.

²⁵ Nicht eingegangen wird auf die Geltungsbereiche der strafrechtlichen Geheimnispflicht (Art. 321 StGB) sowie der Zeugnis- und Mitwirkungsverweigerungsrechte (Art. 171 StPO; Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO) von Anwälten; verzichtet wird an dieser Stelle auch auf eine weitergehende Differenzierung der anwaltlichen Tätigkeit im Anstellungsverhältnis als Unternehmensjurist (In-house Counsel) oder als Kundenberater (Rechtsschutzversicherer, Treuhänder u.a.).

	Prozessierende Tätigkeit im Bereich des Anwaltsmonopols als Rechtsanwalt Art. 2 Abs. 1 BGFA	Rechtsberatung ausserhalb des Anwaltsmonopols als Rechtsanwalt § 10 AnwG/ZH	Rechtsberatung ausserhalb des Anwaltsmonopols ohne Anwaltspatent bzw. ohne Berufsbezeichnung § 10 AnwG/ZH e contrario
<i>Zugang zur Tätigkeit</i>	Bewilligungspflicht	Meldepflicht	Keine Zulassungspflicht
<i>Zugangsvoraussetzungen</i>	Fachliche und persönliche Bewilligungsvoraussetzungen gemäss Art. 7 und 8 BGFA	Keine Voraussetzungen; indirekt Einhaltung der Berufsregeln gemäss § 14 AnwG/ZH i.V.m. Art. 12 BGFA	Keine Voraussetzungen
<i>Verwaltungsrechtliche Anforderungen an die Ausübung</i>	Berufsregeln und Berufsgeheimnis gemäss Art. 12 und 13 BGFA	Berufsregeln und Berufsgeheimnis gemäss Art. 12 und 13 BGFA (i.V.m. § 14 Abs. 1 AnwG/ZH)	Keine Berufsregeln
<i>Verwaltungsrechtliche Aufsicht</i>	Aufsicht gemäss Art. 14 BGFA und § 13 AnwG/ZH	Aufsicht gemäss § 13 AnwG/ZH	Keine Aufsicht
<i>Verwaltungs-sanktionen</i>	Sanktionen gemäss Art. 17 BGFA Entzug Anwaltspatent gemäss § 6 AnwG/ZH	Sanktionen gemäss Art. 17 BGFA (i.V.m. § 14 Abs. 2 AnwG/ZH) Entzug Anwaltspatent gemäss § 6 AnwG/ZH	Keine Sanktionen

B. Frage der Verfassungsmässigkeit der kantonalen Anwaltsregulierung

²⁹ Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit schützt «die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung» (Art. 27 Abs. 2 BV). Die Rechtsdienstleistung untersteht als wirtschaftliche Tätigkeit sowohl im «Monopolbereich» als auch ausserhalb des «Monopols» in sachlicher Hinsicht der Wirtschaftsfreiheit.²⁶ In persönlicher Hinsicht können sich neben den selbstständig erwerbstätigen und angestellten²⁷ Anwälten auch juristische Personen auf die Wirtschaftsfreiheit berufen. Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet u.a. die freie Wahl der Orga-

nisation einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit²⁸ als auch die Freiheit, die eigene Leistung öffentlich zu bewerben.²⁹

³⁰ Verwaltungsrechtliche Vorschriften, die den *Zugang* zu einer Erwerbstätigkeit von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen, gelten als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Gleiches gilt für Berufsregeln und Sorgfaltspflichten, die bei der *Ausübung* der wirtschaftlichen Tätigkeit eingehalten werden müssen. Die Schwere eines Eingriffs beurteilt sich grundsätzlich nach objektiven Kriterien.³⁰ Nach ständiger Rechtsprechung gelten Berufsausübungsverbote³¹ und Berufsausübungsbewilligungen³² als schwere Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit. Entsprechend ist auch die Bewilligungs- und Registerpflicht

²⁶ BGE 106 Ia 100 E. 6a; BGE 138 II 440 E. 4; BGE 130 II 87 E. 3.

²⁷ BGE 112 Ia 318 E. 2a.

²⁸ KLAUS VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung – Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. A., Bern 2006, § 5 N 37; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (FN 4), § 5 N 36.

²⁹ BGE 118 Ib 356 E. 4.

³⁰ BGE 139 I 280 E. 5.2.

³¹ BGE 136 I 1 E. 5.3.1; BGE 130 I 26 E. 5.1; BGE 125 I 335 E. 2b.

³² BGE 122 I 130 E. 3a/bb; BGE 112 Ia 322 E. 4a; BGE 104 Ia 196 E. 3a.

für *prozessierende Anwälte* im Geltungsbereich des BGFA ohne weiteres als schwerer Eingriff zu qualifizieren.

- 31 Auch wenn im Vergleich die *beratende Tätigkeit* ausserhalb des Anwaltsmonopols gemäss AnwG/ZH keiner formellen Bewilligungspflicht und damit keinen fachlichen und persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen untersteht, ist die Intensität des Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit gemäss AnwG/ZH nur marginal tiefer als bei prozessierenden Anwälten im Geltungsbereich des BGFA. Der Unterschied besteht einzig darin, dass nicht bereits vor Aufnahme der Tätigkeit die Handlungsfähigkeit, der strafrechtliche und finanzielle Leumund sowie die Unabhängigkeit nach Art. 8 BGFA überprüft werden. Abgesehen davon unterstehen die beratend tätigen Anwälte gemäss AnwG/ZH denselben Berufsregeln, demselben Aufsichtsregime sowie denselben Verwaltungssanktionen wie prozessierende Anwälte. Wer bereits zum Zeitpunkt der Meldung bestimmte Berufsregeln offenkundig nicht erfüllt – wie etwa die Anforderungen an die Unabhängigkeit oder die Berufshaftpflichtversicherung –, wird nicht in das kantonale Anwaltsverzeichnis eingetragen und darf folglich die in § 10 AnwG/ZH umschriebene Tätigkeit nicht ausüben. Im Resultat wirkt sich die Regulierung gemäss AnwG/ZH deshalb faktisch wie eine Berufszulassung für rein beratend tätige Anwälte aus (Rz. 24), wobei Juristen ohne Anwaltspatent inhaltlich exakt dieselbe Tätigkeit ausüben dürfen, ohne jegliche öffentlich-rechtliche Berufsregeln beachten zu müssen (Rz. 26).

- 32 Mit Blick auf das Gesagte ist die Ausdehnung der Anwendbarkeit der Berufsregeln – wie namentlich Einschränkungen der Organisationsfreiheit und der Werbefreiheit –, die Unterstellung unter die kantonale Aufsicht sowie die Androhung der Verwaltungssanktionen gemäss dem AnwG/ZH als schwerer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit von (nur) beratend tätigen Anwälten zu qualifizieren. Die Berufsregeln beeinträchtigen die freie *Ausübung* einer wirtschaftlichen Tätigkeit und wirken sich mit der Androhung eines Berufsverbots im Falle einer Verletzung auch auf den *Zugang* zur Tätigkeit aus. Gemäss Art. 36 BV ist ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit nur zulässig, wenn dieser auf einer gesetzlichen Grundlage beruht (Kap. III.A.), der Verwirklichung eines öffentlichen Interesses dient (Kap. III.B.) und verhältnismässig ist (Kap. III.C.).

- 33 Die Bundesverfassung schützt nicht nur den grundrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit im Sinne eines individuellen Anspruchs auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit (Art. 27 BV), sondern auch den ordnungspolitischen Grundentscheid einer freien Wirtschaftsordnung. Gemäss Art. 94 Abs. 1 BV halten sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Diese Bestim-

mung bringt die institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit zum Ausdruck und schützt den freien Wettbewerb als eigenes Rechtsgut vor staatlichen Einschränkungen und Verzerrungen.³³ Als potentiell grundsatzwidrige Eingriffe in die Wirtschaft gelten Regulierungen, welche die wesentlichen Wettbewerbsparameter – wie namentlich Preis und Menge des Angebots – steuern oder den Marktzugang schliessen, indem sie keine oder nur noch eine begrenzte Anzahl von Anbietern zulassen.³⁴

- 34 Das AnwG/ZH statuiert für beratende Anwälte eine Meldepflicht und unterstellt die Marktteilnehmer den Berufsregeln und der staatlichen Aufsicht. Diese Regelung führt nicht zur Neutralisierung eines zentralen Wettbewerbsparameters. Der Zugang zur Tätigkeit der Rechtsberatung ist nicht kontingentiert und die Anbieter sind in der Gestaltung von Preis und Angebot nicht eingeschränkt. Einzig die wirtschaftspolizeilich motivierte Beschränkung der Werbefreiheit (vgl. Rz. 78, 96) nach § 14 Abs. 1 AnwG/ZH i.V.m. Art. 12 lit. d BGFA führt zu einer gewissen Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Insgesamt wird der Wettbewerb im Markt für Rechtsberatung durch das AnwG/ZH nicht erheblich beeinträchtigt. Es handelt sich folglich um eine grundsatzkonforme Regelung, die auch ohne Grundlage in der Bundesverfassung oder in einem kantonalen Regal (Art. 94 Abs. 4 BV) zulässig ist.³⁵

- 35 Aus dem Grundrecht und dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit leitet die Rechtsprechung über das Freiheitsrecht hinaus auch den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten und den Grundsatz der staatlichen Wettbewerbsneutralität ab (Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV).³⁶ Demnach ist der Staat verpflichtet, die in einem Markt direkt miteinander konkurrierenden Unternehmen gleich zu behandeln. Im Bereich der Rechtsberatung stehen die nach BGFA in einem kantonalen Anwaltsregister verzeichneten Anwälte, die nicht nach BGFA registrierten Anwälte sowie Juristinnen und Juristen ohne Anwaltspatent bis hin zu weiteren Personen untereinander im Wettbewerb. Entsprechend ist zu prüfen, ob die unterschiedlichen Vorschriften, an die sich die verschiedenen Anbietergruppen halten müssen, mit dem verfassungsmässigen Grundsatz

³³ BGE 138 I 378 E. 6.1; BGE 131 I 223 E. 4.2; BIAGGINI (FN 10), Art. 94 N 1; KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH, Art. 94 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 4. A., Zürich 2023, Art. 94 N 5.

³⁴ BGE 140 I 218 E. 6.2; BGE 130 I 26 E. 6.2.

³⁵ Vgl. BGER, 2C_1058/2019, 30.4.2020, E. 3.3.

³⁶ BGE 138 I 378 E. 6.1; BIAGGINI (FN 10), Art. 27 N 23; BOHNET/MARTENET (FN 15), Art. 27 N 3681 f.

der Gleichbehandlung von Konkurrenten vereinbar sind (Kap. IV).

C. Frage der Binnenmarktrechtskonformität der kantonalen Anwaltsregulierung

³⁶ Die Bundesverfassung erteilt dem Bundesgesetzgeber in Art. 95 Abs. 2 BV den Auftrag, für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu sorgen. Dies bedeutet, dass Personen, Produkte, Dienstleistungen und Kapital, d.h. sämtliche Konsumgüter und Produktionsfaktoren, möglichst frei von staatlichen Hindernissen zwischen den Kantonen und Gemeinden zirkulieren können. Auf diese Weise soll der Wettbewerb in der Schweiz, und damit verbunden die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft, gestärkt werden.³⁷

³⁷ Das Binnenmarktgesetz setzt den Verfassungsauftrag um. Es bezweckt den «Abbau von Beschränkungen des freien Marktzugangs im öffentlichen Recht der Kantone und Gemeinden» und ergänzt so das Kartellgesetz, welches gegen private Wettbewerbsbeschränkungen gerichtet ist. Gemäss der Zweckbestimmung in Art. 1 Abs. 1 BGBM soll gewährleistet sein, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang haben. Der Gesetzgeber hat das Binnenmarktgesetz im Jahr 2005 einer Teilrevision unterzogen, um dessen Durchschlagskraft zu stärken.

³⁸ Der Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes umfasst in persönlicher Hinsicht alle natürlichen und juristischen Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz (Art. 1 Abs. 1 BGBM).³⁸ In sachlicher Hinsicht gilt das Gesetz für jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit (Art. 1 Abs. 3 BGBM). Als solche gelten in Übereinstimmung mit der Wirtschaftsfreiheit alle gewerbmässig bzw. beruflich ausgeübten privatwirtschaftlichen Tätigkeiten, die der Erzielung eines Gewinnes oder eines Einkommens dienen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind beispielsweise Gerichtsgutachter³⁹ und Notare⁴⁰ hoheitlich tätig, weshalb das Binnenmarkt-

gesetz in diesen Bereichen keine Anwendung findet. Hingegen fällt die anwaltliche Tätigkeit vollumfänglich in den Anwendungsbereich des Binnenmarktgesetzes, und zwar sowohl die gerichtliche Tätigkeit innerhalb als auch die beratende Tätigkeit ausserhalb des «Monopols». ⁴¹ Zu beachten sind allerdings allfällige Normenkonflikte zwischen dem Binnenmarktgesetz einerseits und dem BGFA⁴² oder der bundesrechtlichen Prozessordnung⁴³ andererseits.

³⁹ Das in Art. 2 Abs. 1–5 BGBM verankerte Herkunftsprinzip sieht vor, dass Personen, die eine Erwerbstätigkeit in einem bestimmten Kanton oder einer Gemeinde (Herkunfts-ort) rechtmässig ausüben, ihre Tätigkeit unabhängig von den in den anderen Kantonen und Gemeinden (Bestimmungs-ort) geltenden Vorschriften in der ganzen Schweiz ausüben dürfen. Dieser Grundsatz wird dogmatisch verwirklicht, indem sich die Personen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit am Bestimmungsort auf die an ihrem Herkunftsort geltenden Vorschriften berufen können. Die am Bestimmungsort geltenden Vorschriften können nur dann in Abweichung vom Herkunftsprinzip auf ortsfremde Personen angewendet werden, wenn (a) die Gleichwertigkeitsvermutung von Art. 2 Abs. 5 BGBM widerlegt ist und (b) die Rechtfertigungsvoraussetzungen von Art. 3 Abs. 1–3 BGBM erfüllt sind.

⁴⁰ YLEX untersteht als juristische Person mit ihrem Angebot im Bereich der Rechtsberatung sowohl in persönlicher als auch in sachlicher Hinsicht dem Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes. Da YLEX von ihrem Hauptsitz im Kanton Aargau aus verschiedene «Walk-in-Stores» in den Kantonen Bern, St. Gallen und Zürich betreibt und zudem schweizweit Kundinnen und Kunden online berät, gilt zu untersuchen, ob die kantonale Anwaltsregulierung gemäss AnwG/ZH im Bereich der reinen Rechtsberatung mit dem binnenmarktrechtlichen Herkunftsprinzip vereinbar ist (Kap. V.).

³⁷ MATTHIAS OESCH/STEFAN RENFER, Kommentar BGBM, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), OFK-Wettbewerbsrecht II, 2. A., Zürich 2021, Art. 1 N 5.

³⁸ OESCH/RENER (FN 37), Art. 1 N 11.

³⁹ BGer, 2C_121/2011, 9.8.2011, E. 3.3.2; kritisch NICOLAS DIEBOLD, Gerichtliche Sachverständige als hoheitlich tätige Organe?, AJP 2018, 1162 ff.

⁴⁰ BGE 128 I 280 und BGer, 2C_335/2013, 11.5.2015; a.M. WEKO, Empfehlung betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden vom 23.9.2013, RPW 2013/3, 399, N 52 ff.; zum Mei-

nungsstreit z.B. MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten, ZBJV 2012, 377 ff., 402; DENIS PIOTET, L'incroyable course d'obstacles de la Recommandation 614-0002 de la Commission fédérale de la Concurrence en matière de circulation des notaires et actes authentiques, ZBGR 2014, 156 ff., 161 ff.

⁴¹ BGE 123 I 313 E. 4b.

⁴² BGE 134 I 329 E. 5; BGE 144 II 147 E. 4 ff.; BENOÎT CHAPPUIS/JÉRÔME GURTNER, La profession d'avocat, Zürich 2021, N 12.

⁴³ BGE 141 II 280 E. 6 ff.

III. Anwaltsgesetz Zürich als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit

A. Legalitätsprinzip

41 Gemäss dem in Art. 5 Abs. 1 BV verankerten Legalitätsprinzip bildet das Recht Grundlage und Schranken staatlichen Handelns. Im Schutzbereich der Grundrechte gilt ein strenger Massstab des Legalitätsprinzips gemäss Art. 36 Abs. 1 BV. Insbesondere bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen wird verlangt, dass der Eingriff in einem formellen Gesetz vorgesehen ist. Das AnwG/ZH erfüllt als formelles Gesetz diese Anforderung an die Normstufe.

1. Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad einer Norm

42 Neben der Normstufe stellt das Legalitätsprinzip auch Anforderungen an die Normdichte der gesetzlichen Grundlage. Die Rechtsgrundlage muss «hinreichend und angemessen bestimmt» sein, so dass die Normadressaten ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können.⁴⁴ Eine allgemeine und unbestimmte Norm ist für die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffes nicht ausreichend, da klare Vorgaben an die rechtsanwendende Behörde fehlen und somit die Rechtssicherheit nicht ausreichend gewährleistet werden kann. Die wesentlichen Wertungen müssen in diesen enthalten sein und dürfen nicht der rechtsanwendenden Behörde überlassen bleiben.⁴⁵

43 Gleichzeitig schliessen die Anforderungen an die Normdichte nicht aus, dass eine Rechtsgrundlage der anwendenden Behörde einen Beurteilungsspielraum einräumt, wenn das Ziel der Regelung hinreichend bestimmt ist, um eine angemessene Kontrolle der Handhabung der Norm zu ermöglichen. Der Gesetzgeber kann nicht völlig darauf verzichten, offene Begriffe zu verwenden, die nicht eindeutig generell umschrieben werden können und die an die Auslegung durch die Behörde besondere Anforderungen stellen; denn ohne die Verwendung solcher Begriffe könnte er der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse nicht Rechnung tragen.⁴⁶

44 Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich zwar nicht abstrakt und absolut festlegen, er kann aber an-

hand von verschiedenen Kriterien zumindest in der Tendenz gewichtet werden. Je gewichtiger und schwerer ein Grundrechtseingriff ist, desto höher sind die Anforderungen an die Normdichte.⁴⁷ So sind etwa an die Bestimmtheit von Verhaltensnormen hohe Anforderungen zu stellen, wenn sie darauf abzielen, «durch Androhung von Sanktionen unmittelbar ein bestimmtes Verhalten des Bürgers» zu erwirken.⁴⁸ Hohe Anforderungen an die Bestimmtheit gelten auch dann, wenn gestützt auf die fragliche Norm eine Vielzahl von ähnlich gelagerten Fällen zu entscheiden ist. Umgekehrt sind die Anforderungen weniger streng, wenn gestützt auf eine Norm ganz unterschiedlich gelagerte Sachverhalte zu regeln sind, bei denen «im Interesse einer sachgerechten Flexibilität» oder der «Einzelfallgerechtigkeit» Differenzierungen angebracht sind. Weitere Kriterien für die Bemessung des Bestimmtheitsgrads sind die Komplexität und Abstraktion der Materie (etwa bei technischen Themen) sowie die Vorhersehbarkeit der Einzelfälle.⁴⁹

45 Im vorliegenden Fall unterstellt § 14 Abs. 1 AnwG/ZH die lediglich beratend tätigen Anwälte über ihre privatrechtlichen Sorgfaltspflichten hinaus weitreichenden Berufsregeln hinsichtlich der allgemeinen Sorgfalt, der Unabhängigkeit, der Organisationsform, der Interessenkollision, der Werbefreiheit, der Aufbewahrung von Vermögenswerten sowie der Aufklärung und Geheimnispflicht. In ihrer Gesamtheit wirken sich diese Verhaltensnormen als gewichtige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Freiheit der Normadressaten aus (Rz. 31), zumal die Aufsichtsbehörde bei Verstössen der Berufsregeln empfindliche Verwaltungsanktionen in Form von Disziplinar massnahmen anordnen kann.

46 Insbesondere die Busse von bis zu CHF 20'000 sowie das befristete oder unbefristete Berufsausübungsverbot gelten als besonders schwere Eingriffe in die Rechtsstellung der Normadressaten; gleiches gilt für den Entzug des Anwaltspatents.⁵⁰ Angesichts dieser drohenden Sanktionen sind besonders hohe Anforderungen an die Bestimmtheit der Verhaltensnormen, nach denen sich die Normadressaten richten sollen, zu stellen. Eine Herabsetzung der Anforderung an die Normdichte der Verhaltensnormen

⁴⁴ So z.B. je m.w.H. BGE 144 I 126 E. 6.1; BGE 139 I 280 E. 5.1; BGE 136 II 304 E. 7.6; BGE 117 Ia 472 E. 3e; aus der Literatur z.B. STEFAN SCHULTHESS/RENÉ WIEDERKEHR, Aufsicht und Legalitätsprinzip, ZBl 2009, 181 ff., 190.

⁴⁵ Zum Ganzen je m.w.H. z.B. BGE 146 I 70 E. 6.2.2; BGE 143 II 162 E. 3.2.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 2), N 342 ff. m.w.H.

⁴⁶ So z.B. BGE 123 I 112 E. 7a; BGE 117 Ia 472 E. 3e.

⁴⁷ So z.B. BGE 147 I 478 E. 3.1.2; BGE 139 I 280 E. 5.1.

⁴⁸ SCHULTHESS/WIEDERKEHR (FN 44), 190.

⁴⁹ So z.B. je m.w.H. BGE 143 II 162 E. 3.2.1; BGE 141 I 201 E. 4.1; BGE 138 I 378 E. 7.2; BGE 131 II 271 E. 6.1; BGE 132 I 49 E. 6.2; BGE 135 I 169 E. 5.4.1.

⁵⁰ BGer, 2C_291/2018, 7.8.2018, E. 4.3 (Berufsausübungsverbot Anwalt für 4 Monate); BGer, 2P.238/2006, 11.1.2007, E. 2.2 (Berufsausübungsverbot Physiotherapie für 3 Monate); BGer, 2P.281/2003, 19.3.2004, E. 3.1 (Berufsausübungsverbot Arzt für 6 Monate); BGer, 2P.274/2004, 13.4.2005, E. 2, und 2P.194/2004, 23.3.2005, E. 3.1 (Entzug Anwaltspatent).

für beratend tätige Anwälte lässt sich vorliegend nicht durch die Komplexität des Regelungsgegenstands rechtfertigen. Sodann erfassen die Verhaltensnormen weitgehend ähnlich gelagerte Fälle im Zusammenhang mit der Ausübung eines spezifischen Berufs, so dass auch keine Gründe der Flexibilität oder Einzelfallgerechtigkeit für eine offene Normierung ersichtlich sind.

2. Geltungsbereich der Meldepflicht und der Berufsregeln ist unzureichend bestimmt

47 Das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 BV) verlangt, dass der Geltungsbereich einer Berufsregulierung für die Normadressaten insbesondere aufgrund der damit einhergehenden erheblichen Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit klar abgrenzbar und vorhersehbar sein muss. So hat etwa das Verwaltungsgericht Zürich die Taxiverordnung der Stadt Winterthur wegen unzureichender Bestimmtheit als verfassungswidrig erklärt, weil für die Normadressaten nicht hinreichend klar bestimmt war, welche Formen der Taxidienstleistung einer Bewilligungspflicht unterstünden und welche Tätigkeiten davon ausgenommen sind.⁵¹

48 Im Bereich des kantonalen Anwaltsrechts muss folglich für die Normadressaten aus dem AnwG/ZH klar hervorgehen, welche Formen der Anwaltstätigkeit konkret der Meldepflicht unterstehen. Der Geltungsbereich des AnwG/ZH knüpft an den Begriff des «Anwaltsberufs» an (§ 1 AnwG/ZH). Den Anwaltsberuf übt gemäss Legaldefinition in § 10 AnwG/ZH aus, «wer über ein Anwaltspatent verfügt und Personen in Verfahren vor Gericht, anderen Behörden oder gegenüber Dritten vertritt oder in Rechtsfragen berät und dabei unter der Berufsbezeichnung Rechtsanwältin oder Rechtsanwalt oder einer gleichwertigen Bezeichnung auftritt». Gemäss § 16 Abs. 1 AnwG/ZH sind Anwälte, die im Kanton Zürich Rechtsberatung anbieten (und folglich den «Anwaltsberuf» ausüben), verpflichtet, der Aufsichtskommission die Aufnahme der Berufstätigkeit anzuzeigen. Der Verstoss gegen die Meldepflicht wird gestützt auf § 14 Abs. 2 AnwG/ZH von Amtes wegen untersucht und mit einer Disziplinarmassnahme sanktioniert (Rz. 19–25).

49 Die Eintragung in das Anwaltsverzeichnis ist zwar formell an keinerlei Voraussetzungen geknüpft (Rz. 23), doch unterstehen die gemeldeten und im Anwaltsverzeichnis eingetragenen Anwälte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit den Berufsregeln gemäss Art. 12 BGFA. Entsprechend liegt es auf der Hand, dass die Aufsichts-

kommission die Eintragung von rein beratend tätigen Anwälten verweigert, wenn deren Tätigkeit bereits zum Zeitpunkt der Meldung nicht mit den Berufsregeln gemäss Art. 12 BGFA vereinbar ist. Die Berufsregeln wirken sich mithin indirekt als Bewilligungsvoraussetzungen aus, wobei unklar bleibt, welche Rechtsfolge gelten soll, wenn ein beratender Anwalt wegen Unvereinbarkeit seiner Tätigkeit mit Art. 12 BGFA nicht im Anwaltsverzeichnis eingetragen wird: Untersteht der Anwalt nun gar nicht dem AnwG/ZH oder wird er gestützt auf § 16 Abs. 2 AnwG/ZH wegen Verstoss gegen die Meldepflicht und die Berufsregeln diszipliniert?

50 Die Problematik lässt sich anhand der Anforderungen an die anwaltliche Unabhängigkeit gemäss Art. 12 lit. b BGFA illustrieren. Die Unabhängigkeit gehört «zum Kernbereich» für forensisch tätige Anwälte und konstituiert seine besondere Funktion im Rechtspflegesystem (eingehend Rz. 78).⁵² Das BGFA statuiert hohe Anforderungen sowohl an die institutionelle Unabhängigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA) als auch an die Unabhängigkeit im Rahmen der Berufsausübung (Art. 12 lit. b BGFA). Die institutionelle Unabhängigkeit verlangt, dass forensisch tätige Anwälte grundsätzlich nur bei Personen angestellt werden dürfen, die ihrerseits in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind und folglich den Berufsregeln und dem Berufsgeheimnis unterstehen.⁵³

51 Im Geltungsbereich des BGFA hat das Bundesgericht im Grundsatz zugelassen, dass die bei einem Unternehmen angestellten Anwälte neben ihrer Tätigkeit als Angestellte den Anwaltsberuf im «Monopolbereich» als Teilzeit-Selbständigerwerbende ausüben dürfen.⁵⁴ Demgegenüber bestätigte das Bundesgericht einen kantonalen Entscheid, womit einem leitenden Angestellten einer Rechtsschutzversicherung untersagt wurde, als Anwalt im eigenen Namen und auf eigene Verantwortung Kunden der Arbeitgeberin gerichtlich zu vertreten.⁵⁵ Im «Interesse einer klaren, transparenten und auch für den Rechtsuchenden überblickbaren Ordnung» erweise sich der generelle Ausschluss der von Treuhandgesellschaften oder anderen (gewinnorientierten) Unternehmungen angestellten Anwälte von der Monopoltätigkeit als geeignet und verhältnismässig, um die Unabhängigkeit des Anwaltsstandes zu gewährleisten.⁵⁶ Gestützt auf diese Überlegung hat das Bundesgericht auch den bei Rechtsschutzversicherun-

⁵² FELLMANN (FN 8), N 310.

⁵³ CHAPPUIS/GURTNER (FN 42), N 350 ff.; STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER (FN 6), § 30 N 21.

⁵⁴ BGE 130 II 87 E. 6.2; BGer, 2A.109/2003, 29.1.2004, E. 6.2.

⁵⁵ BGE 123 I 193 E. 4d–f.

⁵⁶ BGer, 2P.187/2000, 8.1.2001, E. 4c.

⁵¹ VGer ZH, AN.2014.00003, 8.12.2006, E. 3.

gen angestellten Anwälten, die den Registereintrag für die Vertretung von Kunden ihrer Arbeitgeber beantragt hatten, den Eintrag in das Anwaltsregister verweigert.⁵⁷ Gleiches gilt für Anwälte, die bei einer Treuhandgesellschaft angestellt sind und die Kunden ihres Arbeitgebers gerichtlich vertreten wollten.⁵⁸

52 Mit Blick auf diese Rechtsprechung zum BGFA stellt sich die Frage, ob diese Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit im Kanton Zürich gestützt auf § 14 Abs. 1 AnwG/ZH auch für rein beratend tätige Anwälte gelten. Der Regierungsrat hat in der Weisung zum AnwG/ZH überzeugend ausgeführt, dass gemäss § 14 Abs. 1 AnwG/ZH i.V.m. BGFA keine Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit von rein beratend tätigen Anwälten bestünden:

53 «Was die in Art. 12 lit. b BGFA verlangte Unabhängigkeit anbelangt, so ist damit die Unabhängigkeit bei der Berufsausübung angesprochen und nicht wie bei der persönlichen Voraussetzung für den Registereintrag nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA die institutionelle Unabhängigkeit. Eine unzulässige Abhängigkeit in der Berufsausübung liegt nach dem Gesagten nicht bereits dann vor, wenn die Anwältin oder der Anwalt von einer Person angestellt ist, die nicht im Anwaltsregister eingetragen ist.»⁵⁹

54 Entgegen den Materialien haben das Verwaltungsgericht Zürich und das Bundesgericht entschieden, dass gestützt auf § 14 Abs. 1 AnwG/ZH auch beratende und im Verzeichnis geführte Anwälte ausserhalb des «Monopols» die Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit erfüllen müssen:

55 «Schliesslich erscheint es durchaus sinnvoll, dass sich die mit dem Vollzug des kantonalen Anwaltsgesetzes betrauten Behörden bezüglich der Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit auch in jenem Bereich, der den Kantonen zur Regelung verblieben ist, an die Normen des eidgenössischen Anwaltsgesetzes und die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichts anlehnen, selbst wenn deren Tragweite dem kantonalen Gesetzgeber bei

Erlass des Zürcher Anwaltsgesetzes nicht bekannt war.»⁶⁰

56 Gestützt auf diese Erwägungen haben das Verwaltungsgericht Zürich und das Bundesgericht einem Bankjuristen, der (ausserhalb des Monopolbereichs) *seinen Arbeitgeber* in rechtlichen Angelegenheiten berät, die Eintragung in das Anwaltsverzeichnis gemäss § 16 Abs. 1 AnwG/ZH verweigert. Gemäss Bundesgericht lässt sich ohne Willkür vertreten, «dass nur der freie Rechtsanwalt den Anwaltsberuf im Sinne des Zürcher Anwaltsgesetzes ausübt, nicht aber derjenige, welcher im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses seinen Arbeitgeber in Rechtsfragen berät oder nach aussen hin vertritt».⁶¹ Unklar bleibt vor diesem Hintergrund, welche Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit von angestellten Anwälten gelten sollen, wenn diese *die Kunden* ihres (nicht den Berufsregeln unterstellten) Arbeitgebers in rechtlichen Angelegenheiten beraten.

57 In der Lehre wird teilweise die Auffassung vertreten, dass angestellte Anwälte ausserhalb des «Monopols» gestützt auf § 14 Abs. 1 AnwG/ZH dieselben Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit erfüllen müssen wie angestellte Anwälte im Geltungsbereich des BGFA.⁶² In diese Richtung scheint sich auch die Praxis der Zürcher Aufsichtskommission zu entwickeln, wonach die Eintragung in das Verzeichnis gemäss § 16 AnwG/ZH (beratende Tätigkeit) auf Anwälte beschränkt ist, «die mit einer Geschäftsadresse im Kanton unabhängig und selbstständig oder als Angestellte einer ihrerseits im Anwaltsregister eingetragenen Person anwaltlich tätig» sind.⁶³ Entsprechend verlangt die Empfehlung der Aufsichtskommission für die Abfassung des Gesuchs um Eintragung in das Anwaltsverzeichnis gemäss § 16 AnwG/ZH (beratende Tätigkeit) bei «Ausübung des Anwaltsberufs im Anstellungsverhältnis» unter Ziff. I folgende «Angaben und Erklärungen»: «Name, Vorname und Geschäftsadresse sowie Anwaltsregister, in dem der Arbeitgeber eingetragen ist».⁶⁴

58 Das Verwaltungsgericht Zürich lässt die Frage im erwähnten Urteil betreffend den Bankjuristen aus dem Jahr 2005 jedoch explizit offen, indem es festhält: «Inwieweit diese neue Praxis der Aufsichtskommission zur Folge hat, dass Anwältinnen und Anwälte, welche Klienten ihres nicht

⁵⁷ BGer, 2A.357/2003, 2A.295/2003, 2A.333/2003 und 2A.353/2003, 3.6.2004, E. 3; FELLMANN (FN 8), N 147; CHRISTOPH ARNET, Umgang mit Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten aus Sicht des Rechtsschutzversicherers, in: Walter Fellmann (Hrsg.), Rechtsschutzversicherung und Anwalt, Bern 2017, 1 ff., 5; CHAPPUIS/GURTNER (FN 42), N 359 ff.

⁵⁸ BGer, 2A.359/2003, 3.6.2004, E. 2.2; vgl. auch BGer, 2P.113/2006, 29.8.2006, E. 5.1.

⁵⁹ Weisung des Regierungsrats zum AnwG/ZH, ABI 2002 1977, 2017.

⁶⁰ BGer, 2P.113/2006, 29.8.2006, E. 6.2.1; so auch die Vorinstanz in VGer ZH, VB.2005.00492, 22.12.2005, E. 3.

⁶¹ BGer, 2P.113/2006, 29.8.2006, E. 6.1; VGer ZH, VB.2005.00492, 22.12.2005, E. 3.5.

⁶² BRUNNER/HENN/KRIESI (FN 17), N 35.

⁶³ VGer ZH, VB.2005.00492, 22.12.2005, E. 3.5.2.

⁶⁴ Internet: www.gerichte-zh.ch/organisation/obergericht/kommissionen/aufsichtskommission-ueber-rechtsanwaelte.html (Abruf 8.9.2023).

im Anwaltsregister oder Anwaltsverzeichnis eingetragenen Arbeitgebers beraten, mangels Unabhängigkeit nicht die Voraussetzungen erfüllen, um ins Anwaltsverzeichnis eingetragen zu werden und sie auch nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen, kann hier offen bleiben.» Gleichzeitig hält es in einem obiter dictum fest, dass die in BGE 130 II 87 E. 4.3.3 verlangten Anforderungen an die Unabhängigkeit von angestellten Anwälten auch für die reine Rechtsberatung gelte.⁶⁵

59 Mit Blick auf das Gesagte wird deutlich, dass die kantonale Regelung offenlässt, ob Anwälte, die bei einem nicht im Anwaltsregister oder -verzeichnis eingetragenen Arbeitgeber tätig sind – etwa bei Banken, Versicherungen, Treuhändern, Beratungsgesellschaften oder YLEX – und Kunden ihres Arbeitgebers in rechtlichen Angelegenheiten beraten, überhaupt dem AnwG/ZH unterstehen oder nicht. In der Literatur wird u.a. die Meinung vertreten, dass das AnwG/ZH auf angestellte Anwälte gar keine Anwendung finde.⁶⁶ Demgegenüber scheint die Aufsichtskommission mit der Eröffnung des Disziplinarverfahrens gegen Mitarbeitende von YLEX von der Anwendbarkeit des AnwG/ZH auszugehen.

60 So oder anders ist an dieser Stelle zusammenfassend festzuhalten, dass §§ 1, 10, 14 und 16 AnwG/ZH i.V.m. Art. 12 lit. a und d BGFA eine unklare Rechtslage schaffen, die sich auch über die Auslegung und die bestehende Praxis nicht hinreichend klären lässt. Damit verstösst das AnwG/ZH gegen das Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 BV. Darüber hinaus wird in den Kapiteln III.B. und III.C. zu prüfen sein, inwiefern die kantonale Regelung überhaupt einem öffentlichen Interesse entspricht (Rz. 92–95) und mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar ist (Rz. 109–115).

3. Materieller Gehalt der Verweisnorm ist unzureichend bestimmt

61 Weiter stellt sich die Frage, ob die gemäss § 14 Abs. 1 AnwG/ZH für lediglich beratend tätige Anwälte als

«sinngemäss» anwendbar erklärten Berufsregeln von Art. 12 und 13 BGFA den Anforderungen an die von Art. 36 Abs. 1 BV verlangte Normdichte genügen. Der Bundesgesetzgeber hat diese Berufsregeln *spezifisch* mit Blick auf die Tätigkeit von prozessierenden Anwälten und die damit verbundenen Risiken konzipiert (vgl. Art. 2 Abs. 1 BGFA).⁶⁷ Für prozessierende Anwälte, die im Monopolbereich tätig sind, geht aus den Berufsregeln ausreichend klar hervor, welches Verhalten geboten bzw. verboten ist. Auch die Generalklausel zur «allgemeinen Sorgfaltspflicht» (vgl. Art. 12 lit. a BGFA) ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit Blick auf die Ständeregeln, die Disziplinarpraxis der Aufsichtsbehörden und die diesbezügliche Rechtsprechung ausreichend bestimmt.⁶⁸ Insofern ist die Normdichte der Berufsregeln im Geltungsbereich des BGFA nicht zu beanstanden.

62 Hingegen lässt sich für beratend tätige Anwälte ausserhalb des «Monopolbereichs» die Bedeutung und Tragweite der kantonale-rechtlichen Verweisnorm (§ 14 Abs. 1 AnwG/ZH) auf die bundesrechtlichen Berufsregeln gemäss Art. 12 f. BGFA kaum bestimmen. Bereits der kantonale Gesetzgeber bringt mit dem Begriff «sinngemäss» zum Ausdruck, dass es «keinen Sinn ergibt», die Berufsregeln des BGFA *tel quel* auch auf die reine Beratungstätigkeit der Anwälte anzuwenden. «Sinngemäss» kann bedeuten, dass eine bestimmte Berufsregel (a) gar keine Anwendung findet, (b) inhaltlich angepasst bzw. abgeschwächt Anwendung findet oder (c) genau gleich Anwendung findet.

63 Rein logisch ist klar, dass diejenigen Berufsregeln des BGFA, die sich explizit auf die prozessierende Tätigkeit im «Monopolbereich» beziehen, nicht «sinngemäss» auf die blosse Rechtsberatung ausserhalb des «Monopolbereichs» angewendet werden können. Beispielsweise dürfen beratende Anwälte keine Mandate als Pflichtverteidiger oder der unentgeltlichen Rechtspflege übernehmen (Art. 12 lit. i BGFA); sie können auch von vornherein keine vom Prozessergebnis abhängenden Honorare vereinbaren (Art. 12 lit. e BGFA). Darüber hinaus bleibt allerdings unklar, ob und ggf. in welchem Umfang die übrigen Berufsregeln mit Blick auf die reine Beratungstätigkeit anwendbar sein sollen. Im Bereich der prozessierenden Anwaltstätigkeit verwirklicht das BGFA verschiedene öffentliche Interessen, wie namentlich den Publikumschutz (d.h. Schutz der Klienten vor Rechtsverlusten aufgrund unqualifizierter Vertretung im Gerichtsverfahren)

⁶⁵ VGer ZH, VB.2005.00492, 22.12.2005, E. 3.5.2: «Der Beschwerdeführer hat in keiner Weise substantiiert dargetan, dass er im Rahmen der Klientenbetreuung, für die eine Eintragung ins Anwaltsregister denkbar ist, die vom Bundesgericht geforderte anwaltliche Unabhängigkeit auch seinem Arbeitgeber gegenüber zu gewährleisten vermag [...]»

⁶⁶ BEAT HESS, Umsetzung des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) durch die Kantone, SJZ 2002, 485 ff., 489: «Dieser Zweifel ist umso mehr gerechtfertigt, als die Unterstellung unter die Berufsregeln aus der Sicht des Kantons Zürich offenbar leicht umgangen werden kann, indem sich Patentträger bei Arbeitgebern anstellen lassen, die nicht den Berufsregeln und der Aufsicht unterstellt sind, und dann aus dieser abhängigen Stellung heraus Rechtsberatung anbieten.»

⁶⁷ SCHILLER (FN 14), N 354: «Die Berufsregeln des BGFA sind primär auf die *forensische* Tätigkeit zugeschnitten.»

⁶⁸ BGE 108 Ia 316 E. 2a/aa; vgl. auch BGE 144 II 473 E. 4.4; BGer, 2C_985/2020, 5.11.2021, E. 5.5.

oder Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (dazu Kap. III.B.1., Rz. 76). Die Berufsregeln des BGFA sind spezifisch auf die Verwirklichung dieser öffentlichen Interessen im Zusammenhang mit der prozessualen Tätigkeit ausgerichtet (Art. 2 Abs. 1 BGFA). Zwar unterstehen die nach BGFA registrierten Anwälte auch mit Bezug auf ihre Tätigkeit ausserhalb des «Monopols» den Berufsregeln (Rz. 17); dies jedoch nicht, weil das Publikum im Bereich der Rechtsberatung einem besonderen Risiko ausgesetzt wäre, sondern weil die unsorgfältige *Rechtsberatung* eines Anwalts auch berechtigte Zweifel an seiner Eignung für die *prozessführende Tätigkeit* begründen kann (eingehend Rz. 79).

64 Mit dem «sinngemässen» Verweis auf das BGFA schafft der kantonale Gesetzgeber im AnwG/ZH jedenfalls eine sehr offene und damit unbestimmte Verweisnorm, die nur auf dem Wege der Auslegung konkretisiert werden kann. Der kantonale Gesetzgeber war sich dieser damit verbundenen Rechtsunsicherheit durchaus bewusst. Gemäss den Ausführungen des Regierungsrats in der Weisung zum AnwG/ZH bedeutet die sinngemässe Anwendung des BGFA nicht, «dass sich die in einem Anstellungsverhältnis tätigen Anwältinnen und Anwälte bei ihrer beruflichen Tätigkeit genau gleich zu verhalten hätten wie selbstständig tätige Berufsangehörige». Die Berufsregeln und das Berufsgeheimnis seien vielmehr «entsprechend der konkreten Situation der Anwältin oder des Anwalts zu interpretieren». ⁶⁹ Inwieweit einzelne Berufsregeln auf die beratende Tätigkeit von Anwältinnen und Anwälten, die dem BGFA unterstehen, «allenfalls sinngemäss Anwendung finden», sei «eine Frage der Auslegung des Bundesrechts» (und damit offenbar gerade nicht des AnwG/ZH) und werde «sich letztlich in der Praxis zeigen». Darüber hinaus ergeben sich auch aus der regierungsrätlichen Weisung keine weiteren Anhaltspunkte zur Tragweite von § 14 AnwG/ZH.

65 Ob eine Berufsregel «sinngemäss» auch auf beratende Anwälte ausserhalb des «Monopols» anwendbar ist, muss mit Blick auf die Grundsätze des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit (Art. 5 und 36 BV) wie folgt geprüft werden:

- Welches spezifische Risiko wird durch die Berufsregel gemäss BGFA konkret abgedeckt und welches öffentliche Interesse wird damit geschützt?
- Besteht dieses vom BGFA abgedeckte Risiko und das entsprechende öffentliche Interesse auch im Zusam-

menhang mit der Tätigkeit von lediglich beratend tätigen Anwälten?

- Falls nein: Die Berufsregel findet keine Anwendung.
- Falls ja: Wie ist das Risiko bei der rein beratenden Tätigkeit im Vergleich zur prozessierenden Tätigkeit zu gewichten? Falls von der rein beratenden Tätigkeit nur eine geringe Gefährdung auf das fragliche öffentliche Interesse ausgeht, so findet die Berufsregel entweder keine oder – ggf. in Abweichung zum Wortlaut der Norm – nur in abgeschwächter Form Anwendung.

66 Es darf mit Blick auf das Legalitätsprinzip offenkundig den Normadressaten des AnwG/ZH nicht zugemutet werden, über die (verfassungskonforme) Auslegung einer Norm ermitteln zu müssen, welchen Verhaltensnormen sie im Rahmen ihrer Berufsausübung überhaupt unterstehen und ob diesen Normen eine – allenfalls gar vom Wortlaut oder zumindest der bundesrechtlichen Praxis – abweichende Tragweite zukommt als im BGFA. Dass die fehlende Bestimmtheit der Norm zu konkreten Anwendungsproblemen führt, wurde bereits im vorangehenden Kapitel III.A.2. am Beispiel der institutionellen Unabhängigkeit illustriert: Während der Regierungsrat in der Weisung zum AnwG/ZH davon ausging, dass lediglich beratend tätige Anwälte keinerlei Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit unterstünden,⁷⁰ fordern gewisse Stimmen in der Lehre mit Hinweis auf die Rechtsprechung genau das Gegenteil (Rz. 50–58),⁷¹ während wiederum andere Lehrmeinungen generell die Verfassungsmässigkeit von § 14 AnwG/ZH anzweifeln.⁷² Dieses Beispiel zeigt, dass für beratende Anwälte als Normadressaten kein ausreichender Grad an Gewissheit und Vorhersehbarkeit besteht, welchen Berufsregeln sie konkret unterstehen und wie sie sich konkret verhalten müssen, um nicht sanktioniert zu werden.

⁷⁰ Weisung des Regierungsrats zum AnwG/ZH, ABl 2002 1977, 2017.

⁷¹ BRUNNER/HENN/KRIESI (FN 17), N 35, m.H.a. BGer, 2P.113/2006, 29.8.2006, E. 6.2.1, und VGer ZH, VB.2005.00492, 22.12.2005, E. 3.

⁷² HESS (FN 66), 489; BEAT HESS, Das Anwaltsgesetz des Bundes (BGFA) und seine Umsetzung durch die Kantone am Beispiel des Kantons Bern, ZBJV 2004, 89 ff., 101; BOHNET/MARTENET (FN 15), N 1810, 3685 und 3687: «Les solutions zurichoise, lucernoise et genevoise ne sont pas compatibles avec le droit fédéral»; HANS NATER, Art. 3 BGFA, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, Art. 3 N 8b; FELLMANN (FN 8), N 798; WEKO, Stellungnahme zum AnwG/ZH, RPW 2002/2, 378, 380; vgl. auch WALTER FELLMANN, Beratungsmonopol in der Schweiz, Beitrag zum Titelthema Legal Tech unchained / Rechtsmarkt in Aufruhr, REthinking: Law, 6/2019, 61–63.

⁶⁹ Weisung des Regierungsrats zum AnwG/ZH, ABl 2002 1977, 2016 f.

4. Disziplinarsanktionen sind unzureichend bestimmt

67 Noch deutlicher zeigt sich der Verstoss gegen das Legalitätsprinzip im Zusammenhang mit den Disziplinarsanktionen. Verwaltungssanktionen – wie insbesondere der Entzug einer Bewilligung oder ein Berufsausübungsverbot – gelten als schwere Eingriffe in die Grundrechte,⁷³ weshalb je nach Art der generell-abstrakt angedrohten Sanktion auch hohe Anforderungen an die gesetzliche Grundlage bestehen.⁷⁴ Trotz oder gerade wegen des Verweises von § 14 Abs. 2 AnwG/ZH auf die Disziplinarsanktionen in Art. 17 BGFA bleibt indessen unklar, welche Tragweite beispielsweise dem «Berufsausübungsverbot» zukommen soll.

68 Da das AnwG/ZH den «Anwaltsberuf» im Sinne der Legaldefinition gemäss § 10 regelt, liegt in systematischer Hinsicht der Schluss nahe, dass der mit einem Berufsausübungsverbot sanktionierte Anwalt die in § 10 AnwG/ZH umschriebene Tätigkeit nicht mehr ausüben darf. Bedeutet dies nun, dass der sanktionierte Anwalt generell «keine Personen mehr in Rechtsfragen beraten» darf? Oder wäre die Rechtsfolge vielmehr, dass die sanktionierte Person zwar weiterhin Rechtsberatungen anbieten darf, aber nicht mehr unter dem Titel «Rechtsanwalt»? Letzteres wäre jedenfalls insofern wenig zielführend, als ein wegen schwerer Regelverstösse sanktionierter Anwalt weiterhin Rechtsberatung anbieten dürfte und deshalb das Berufsausübungsverbot gar nicht geeignet wäre, den angestrebten Publikumsschutz materiell zu verwirklichen. Ein anderes Verständnis bestünde darin, dass dem gemäss § 14 Abs. 2 AnwG/ZH i.V.m. Art. 17 Abs. 1 lit. d/e BGFA ausgesprochenen Berufsausübungsverbot nur die bundesrechtlich vorgesehene Wirkung zukommt. Dies würde bedeuten, dass dem sanktionierten Anwalt lediglich der Zugang zur Tätigkeit im «Anwaltsmonopol» verboten würde. Auch diese Rechtsfolge wäre widersinnig und wirkungslos, da die sanktionierte Tätigkeit des betroffenen Anwalts ja gar nicht dem «Monopolbereich» zuzuordnen ist.

⁷³ BGE 106 Ia 100 E. 6c: «Der Entzug der Bewilligung zur Ausübung des Anwaltberufes stellt einen besonders schweren Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit dar»; BGE 142 II 243 E. 3.4 – Berufsverbot als «empfindlicher» Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, aber ohne strafrechtlichen Charakter; ferner DIEBOLD/RÜTSCHÉ/KELLER (FN 9), 61 ff.

⁷⁴ LOCHER (FN 9), N 33; JAAG (FN 9), N 23.77: Bei schweren Sanktionen «ist auch den Anforderungen an die genügende Bestimmtheit der Rechtsgrundlage Rechnung zu tragen; sie entsprechen jenen für strafrechtliche Sanktionen»; für Disziplinarsanktionen im Sonderstatusverhältnis sind die Anforderungen des Legalitätsprinzips herabgesetzt, vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 2), N 1514.

69 Der kantonale Gesetzgeber war sich auch dieser Problematik durchaus bewusst. Die regierungsrätliche Weisung zum AnwG/ZH hält in diesem Zusammenhang lapidar fest, dass ein nach § 14 Abs. 2 AnwG/ZH ausgesprochenes Berufsausübungsverbot nur den Zugang zum «Anwaltsmonopol» betreffe und deshalb «bei ausschliesslich beratend tätigen Anwältinnen und Anwälten gar nicht greife». Eine Ausdehnung des Berufsausübungsverbots auf die beratende Tätigkeit hätte eine «Ungleichbehandlung gegenüber den Berufsangehörigen, die dem eidgenössischen Anwaltsgesetz unterstehen, zur Folge und käme letztlich einem Patententzug gleich».⁷⁵

70 Die regierungsrätliche Weisung räumt folglich ein, dass § 14 Abs. 2 AnwG/ZH i.V.m. Art. 17 BGFA eine wirkungslose Verwaltungssanktion normiert. Unabhängig davon, dass die nach diesem Auslegungsergebnis wirkungslose Norm wegen fehlender Eignung gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 36 Abs. 2 BV) und wohl auch das Willkürverbot (Art. 9 BV) verstösst, vermögen die Ausführungen in der Weisung auch nicht die ungenügende Bestimmtheit der Norm (Art. 36 Abs. 1 BV) zu heilen. Die Weisung des Regierungsrats bildet im Methodenpluralismus letztlich nur ein Element der Auslegung. Für die Normadressaten besteht keinerlei Gewähr, dass die rechtsanwendende Verwaltungsbehörde oder die Gerichte der in der Weisung skizzierten Auslegung auch tatsächlich folgen würden (vgl. etwa die von der Weisung abweichende Rechtsprechung betreffend die Bedeutung der Unabhängigkeit, Rz. 54). Die rechtsanwendenden Instanzen könnten gestützt auf andere Auslegungselemente durchaus auch zu einem anderen Schluss gelangen. Klar ist jedenfalls, dass die Weisung gerade im besonders sensiblen Bereich der Verwaltungssanktionen eine fehlende Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage nicht zu kompensieren vermag. Wenn gemäss Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Zürich der unzureichend normierte Geltungsbereich einer Berufsausübungsbewilligung gegen das Legalitätsprinzip verstösst (Rz. 47), dann muss dasselbe auch für den unzureichend normierten Geltungsbereich eines Berufsausübungsverbots gelten.

5. Zwischenfazit

71 Die Regelung in § 14 AnwG/ZH steht im Widerspruch zum Legalitätsprinzip gemäss Art. 36 Abs. 1 BV und Art. 5 Abs. 1 BV. Die mit der Androhung von Verwaltungssanktionen verbundenen Berufsregeln greifen schwer in die Wirtschaftsfreiheit ein und müssen entsprechend eine hohe

⁷⁵ Weisung des Regierungsrats zum AnwG/ZH, ABI 2002 1977, 2017.

Normdichte aufweisen. Bereits der Geltungsbereich ist unzureichend bestimmt, indem für angestellte Anwälte, welche die Kunden ihrer (nicht den Berufsregeln unterstellten) Arbeitgeber beraten, unklar ist, ob sie dem Gesetz unterstehen oder nicht. Ferner vermag der sinngemässe Verweis auf die Berufsregeln im BGFA den Anforderungen an die Normdichte nicht zu genügen, da die Normadressaten weder den Inhalt der Berufsregeln noch die Tragweite der Verwaltungssanktionen mit einem ausreichenden Grad an Gewissheit erkennen können.

72 Im Übrigen ist die in § 14 AnwG/ZH getroffene Regelung auch mit Blick auf die Gewaltenteilung problematisch.⁷⁶ Der «sinngemässe» Verweis des kantonalen Gesetzgebers auf das BGFA grenzt an eine Blankettnorm, die es der Aufsichtskommission über Anwältinnen und Anwälte als rechtsanwendende Verwaltungsbehörde überlässt, mittels Auslegung zu bestimmen, welche Berufsregeln aus dem Katalog des BGFA auf rein beratende Anwälte anwendbar sein sollen und welche nicht. Auch die Tragweite der Disziplinarsanktion lässt der Gesetzgeber offen, so dass die rechtsanwendende Behörde über Auslegung ermitteln muss, welche konkreten Tätigkeiten im Falle eines Berufsausübungsverbots überhaupt verboten werden sollen. Im Schutzbereich der Grundrechte obliegt es aber dem formellen Gesetzgeber und nicht der Verwaltung oder den Gerichten, diese Entscheidungen und Werteabwägungen zu treffen.

B. Grundsatz des öffentlichen Interesses

73 Staatliches Handeln muss generell im öffentlichen Interesse liegen (Art. 5 Abs. 2 BV). Bei Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit gilt der Massstab von Art. 36 Abs. 2 BV. Als zulässige öffentliche Interessen gelten insbesondere polizeiliche und sozialpolitische Interessen. Dazu zählen etwa Einschränkungen zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit, Sittlichkeit, von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr oder vor Spielsucht.⁷⁷ Hingegen sind gemäss Bundesgericht wirtschaftspolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen, grundsätzlich nicht zulässig, um eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit zu rechtfertigen.⁷⁸

74 Mit Blick auf Eingriffe in der Form von Bewilligungspflichten und Berufsregeln bedeutet dies konkret, dass

nicht nur die Bewilligungspflicht als System der vorgängigen Marktzutrittsprüfung selber, sondern jede materielle Bewilligungsvoraussetzung, das Bewilligungsverfahren als auch jede einzelne Berufsregel der Verwirklichung eines bestimmten öffentlichen Interesses dienen (und dann auch verhältnismässig sein) muss.

1. Regulierungsziel des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit von Anwältinnen und Anwälten: umfassender Publikumschutz

75 Historisch betrachtet wurden weitreichende Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit der Anwaltschaft mit dem Argument gerechtfertigt, dass der Anwalt als «Organ der Rechtspflege», «Diener des Rechts» oder als «Garant des Rechtsstaats»⁷⁹ der Verwirklichung und Weiterentwicklung des Rechtssystems beiträgt. Einzelne Lehrmeinungen wenden seit einigen Jahren zu Recht vermehrt ein, dass diese Betrachtungsweise dem heutigen Berufsbild des Anwalts immer weniger entspreche,⁸⁰ woraus folgt, dass diese Argumente keinem verfassungsrechtlichen öffentlichen Interesse (mehr) entsprechen, anhand dessen pauschal und ohne nähere *Konkretisierung der spezifischen Schutzbedürfnisse* des Publikums Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit gerechtfertigt werden können. Auch die «Wahrung des anwaltlichen Berufsbilds» und der «Erhalt der Standeswürde» gelten nach heutigem Verständnis kaum noch als öffentliche Interessen, die pauschal und ohne weitergehende Substantiierung geeignet sind, schwere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit der Anwaltschaft zu rechtfertigen.

76 Das BGFA verfolgt im Bereich des «Anwaltsmonopols» neben der Gewährleistung der interkantonalen Freizügigkeit der Anwälte⁸¹ vielmehr das konkrete wirtschaftspolizeiliche Ziel, die Interessen von Klienten im Zivil- und Strafprozess zu schützen. Auch einzelne kantonale Anwaltsgesetze beschränken den Begriff des Anwaltsberufs ausdrücklich auf die Vertretung von Parteien

⁷⁶ Zur demokratischen Funktion des Legalitätsprinzips z.B. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 2), N 333.

⁷⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 5), N 439 ff.

⁷⁸ BGE 131 I 223 E. 4.2; BGE 111 Ia 23 E. 4c; BGE 125 I 431 E. 4b/aa.

⁷⁹ So noch BGE 106 Ia 100 E. 6b – Disziplinarrecht; MATHIEU CHÂTELAIN, *L'indépendance de l'avocat et les modes d'exercice de la profession*, Lausanne 2017, N 178 ff.

⁸⁰ So etwa kritisch ANDREA SCHÜTZ, *Anwaltswerbung in der Schweiz – UWG als Alternative zu Art. 12 lit. d BGFA?*, Zürich/Basel/Genf 2010, 8 ff.; URS SAXER/ANNJA MANNHART, *Anwalt, Medien und Öffentlichkeit – Rechtliche Aspekte eines Spannungsverhältnisses*, in: Andreas Furrer (Hrsg.), *Aktuelle Anwaltspraxis – La pratique de l'avocat*, Bern 2011, 1577 ff., 1580 f.; vgl. auch PETER HETTICH, *Urteilsbesprechung 2C_259/2014*, ZBI 2015, 391 ff., 397; FELLMANN (FN 8), N 55.

⁸¹ BGE 130 II 270 E. 3.1.

in Zivil- und Strafprozessen.⁸² Das Führen von Prozessen ist durch eine hohe Komplexität gekennzeichnet.⁸³ Aus diesem Grund schafft das BGFA ein umfassendes Bewilligungs- und Aufsichtsregime, welches eine Mindestqualität der anwaltlichen Dienstleistung im Bereich der Rechtsvertretung in Zivil- und Strafverfahren gewährleisten soll. Das Bundesgericht umschreibt das Regulierungsziel des BGFA wie folgt: «Der Zugang zum Beruf des Anwalts *als Prozessvertreter* erfolgt auf Grund einer klassischen wirtschaftspolizeilichen Bewilligung, welche zum Schutz des rechtsuchenden Publikums die persönlichen und fachlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Berufsausübenden sicherstellen soll.»⁸⁴ Das mag im Gegensatz zum nostalgischen Berufsbild des Anwalts als Diener des Rechts und Garant des Rechtsstaats zwar als sehr nüchtern klingen, entspricht aber mit Blick auf die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen der letzten 30 Jahre der heutigen Realität, nach der auch die Verfassungsmässigkeit der Regulierung zu messen ist. Entsprechend ist es nicht zureichend, Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit der Anwälte mit einem pauschalen Verweis auf die «tradierte Auffassung» und tradierte Interessenbewertungen zu rechtfertigen.⁸⁵

77 Im Bereich der Prozessvertretung besteht seitens des Publikums – damals wie heute – ein konkretes Schutzbedürfnis. Eine unsorgfältige oder anderweitig mangelhafte Prozessführung eines Anwalts kann dazu führen, dass die Klientin in ihrer Rechtsstellung schlechter gestellt wird, indem sie einen begründeten Rechtsanspruch verliert oder mit einer Strafe sanktioniert wird. Die mit dem Verlust eines Rechtsanspruchs oder dem Erdulden einer Strafe verbundenen Nachteile lassen sich nicht wiedergutmachen. Die privatrechtlichen Schadenersatzansprüche, die gegen den fehlbaren Anwalt geltend gemacht werden können, vermögen den erlittenen Nachteil der Klientin nicht ohne weiteres auszugleichen. Zum Schutz des rechtsuchenden Publikums ist es deshalb angezeigt, über die verwaltungsrechtliche Regulierung gewisse Mindestan-

forderungen an die persönliche und fachliche Befähigung der Anwälte zu stellen und so eine Mindestqualität der anwaltlichen Dienstleistung zu gewährleisten. Es handelt sich dabei um ein klassisches Interesse des Polizeigüterschutzes.

78 Mit Blick auf dieses Schutzziel sind auch die Berufsregeln und das Berufsgeheimnis des BGFA explizit darauf ausgerichtet, das rechtsuchende Publikum vor Schäden aus unsorgfältig geführten Gerichtsverfahren zu bewahren. Dies lässt sich anhand folgender Beispiele kurz illustrieren:

- Die Generalklausel der allgemeinen Sorgfaltspflicht (Art. 12 lit. a BGFA) bezieht sich gemäss Rechtsprechung und Lehre auf die «Funktion der Anwaltschaft im System der *Rechtspflege*»,⁸⁶ wobei sich der Begriff der Rechtspflege auf die gerichtliche Tätigkeit der Anwaltschaft bezieht.⁸⁷ Die Sorgfaltspflicht soll «im Interesse des rechtsuchenden Publikums und des geordneten Ganges der Rechtspflege» das Vertrauen in die Anwaltschaft gewährleisten.⁸⁸ Die aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht abgeleiteten Pflichten wie Erreichbarkeit, keine Beeinflussung von Zeugen, Vertraulichkeit von Vergleichsverhandlungen, Aufklärung über Chancen und Risiken im Prozess u.a. sind ebenfalls insbesondere mit Bezug auf die gerichtliche Anwaltstätigkeit von Bedeutung. Bei der Rechtsvertretung in Zivil- und Strafverfahren handelt es sich um eine komplexe Tätigkeit, von der für das rechtsuchende Publikum bei unsorgfältiger Ausübung eine konkrete Gefahr eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils ausgeht, weshalb es mit Blick auf die Generalprävention gerechtfertigt ist, die Sorgfaltspflicht über das Obligationenrecht hinaus auch verwaltungsrechtlich und disziplinarisch abzusichern.⁸⁹
- Die Unabhängigkeit (Art. 12 lit. b BGFA) gehört «zum Kernbereich des Anwaltsberufs und konstituiert seine besondere Funktion im *Rechtspflegesystem*».⁹⁰ Gemäss Bundesgericht ist die Unabhängigkeit des Anwalts vom Gesetzgeber, unter Berufung auf die Lehre und insbesondere die Rechtsprechung, zu Recht zu einem zentralen Kriterium für die Zulassung von Anwälten

⁸² So z.B. Anwaltsgesetz des Kantons Zug, § 2 Abs. 1; ähnlich Anwaltsgesetz des Kantons Schwyz, § 2 Abs. 1.

⁸³ BEAT BRÄNDLI, Prozessökonomie im schweizerischen Recht, Bern 2013, N 384.

⁸⁴ BGE 130 II 87 E. 3 (Hervorhebung des Autors); SILVAN HAUSER, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Anwaltsrechts, Zürich 2011, N 30.

⁸⁵ So aber BGE 139 II 173 E. 4.4: «Art. 12 lit. d BGFA nimmt mit dem Grundsatz der Zulässigkeit der Anwaltswerbung den grund- und wettbewerbsrechtlichen Ansatz auf, ist aber zugleich Ausdruck davon, dass der Werbefreiheit bei der anwaltlichen Tätigkeit nach tradierter Auffassung aus öffentlichen Interessen *engere Grenzen* gezogen sind, als sie sich aus der allgemeinen Rechtsordnung ergeben.»

⁸⁶ FELLMANN (FN 8), N 213 (Hervorhebung des Autors); vgl. BGE 106 Ia 100 E. 6b.

⁸⁷ SCHÜTZ (FN 80), 109.

⁸⁸ BGE 106 Ia 100 E. 6b; FELLMANN (FN 8), N 213.

⁸⁹ Zur Bedeutung der Sorgfaltspflicht für die reine Rechtsberatung eingehend Rz. 87–100 und Rz. 116.

⁹⁰ FELLMANN (FN 8), N 310 (Hervorhebung des Autors); vgl. BGE 130 II 87 E. 4.1 in fine; BGer, 2A.109/2003, 29.1.2004, E. 4.1 in fine; Botschaft BGFA (FN 11), 6033 ff.

zur *forensischen Tätigkeit* gemacht worden.⁹¹ Die (historisch wichtige) Unabhängigkeit vor staatlicher Einflussnahme betrifft die Rolle des Anwalts im Strafverfahren. Anwälte vertreten die Interessen ihrer Klientin nicht nur gegenüber dem Staat, sondern vor allem im Konflikt gegen andere Personen; dies unterscheidet die Tätigkeit der Anwälte von anderen Dienstleistungen (wie Ärzte, Treuhänder usw.).⁹² Entsprechend ist zu gewährleisten, dass der Anwalt im Zivilprozess frei von Interessenkollisionen ausschliesslich die Interessen seiner Klienten vertritt (Art. 12 lit. c BGFA). Abgeleitet aus der Unabhängigkeit folgt deshalb etwa das Verbot der Doppelvertretung im Gerichtsverfahren. Die institutionelle Unabhängigkeit verlangt, dass registrierte Anwälte keine Anstellungsverhältnisse mit nicht registrierten Personen eingehen dürfen und dass Anwaltskörperschaften durch registrierte Anwälte beherrscht sein müssen.⁹³ Auf diese Weise ist der Klient davor geschützt, dass sein Anwalt im Prozess durch Weisungen eines nicht den Berufsregeln unterstehenden Arbeitgebers beeinflusst wird.

- Die Einschränkung der anwaltlichen Werbefreiheit (Art. 12 lit. d BGFA) wird in erster Linie mit dem «guten Funktionieren der *Rechtspflege*» gerechtfertigt.⁹⁴ Auch die Wahrung des anwaltlichen Berufsbilds und die Erhaltung der Vertrauenswürdigkeit, der Standeswürde und der Unabhängigkeit werden als Rechtfertigungsargumente anerkannt.⁹⁵ Die Lehre hält teilweise überzeugend dagegen, dass die Beschränkung der Werbefreiheit mit diesen auf das Berufsbild bezogenen Argumenten – nach dem heutigen Wirtschaftsverständnis – nicht (mehr) der Verwirklichung von anerkannten öffentlichen Interessen diene.⁹⁶ Der Gesetzgeber

hat gemäss Botschaft zum BGFA bewusst darauf verzichtet, die Berufswürde als Schutzobjekt der Werbebeschränkung zu statuieren.⁹⁷ Werbebeschränkungen entsprechen verfassungsrechtlich vielmehr dem öffentlichen Interesse, wenn sie darauf abzielen, den übermässigen oder missbräuchlichen Konsum von potentiell schädlichen Leistungen zu bekämpfen. So soll etwa mit dem Verbot von Publikumswerbung für Arzneimittel (Art. 32 HMG) verhindert werden, dass Patienten zu viele oder nicht die bestmöglichen Medikamente einnehmen.⁹⁸ Demselben öffentlichen Interesse dienen auch Beschränkungen der Werbung für Alkohol (Art. 42b AlkG), Tabak (Art. 17 ff. TabakV), Chemikalien (Art. 20 ChemG), Konsumkredite (Art. 36a KKG), Glücksspiele (Art. 74 BGS), Finanzdienstleistungen (Art. 68 FIDLEG) oder Leistungen im Gesundheitswesen (Art. 40 lit. d MedBG, Art. 27 lit. d PsyG, Art. 16 lit. e GesBG). Dieses Schutzziel lässt sich insofern auf die anwaltliche Tätigkeit übertragen, als das Publikum nicht durch Werbung aufgerufen werden soll, unnötige, hoffnungslose oder missbräuchliche Gerichtsverfahren zu führen.⁹⁹ Die Einschränkung der anwaltlichen Werbefreiheit lässt sich folglich aus verfassungsrechtlicher Sicht – wenn überhaupt – nur mit Blick auf die gerichtliche Tätigkeit rechtfertigen.

- 79 Die nach dem BGFA registrierten und zur Parteivertretung in Zivil- und Strafverfahren zugelassenen Anwälte unterstehen jedoch auch im Rahmen ihrer rechtsberatenden Tätigkeit den Berufsregeln gemäss BGFA.¹⁰⁰ Die Lehre rechtfertigt die Anwendung der Berufsregeln auf die rein beratende Tätigkeit der gemäss BGFA registrierten Anwälte u.a. mit der Sicherstellung des Zugangs zum Recht, wobei damit auch der Zugang zur Rechtsberatung gemeint wird: «Wer den Zugang zum Recht sucht, muss

⁹¹ BGE 130 II 87 E. 4.1 m.w.H. (Hervorhebung des Autors).

⁹² SCHILLER (FN 14), N 89.

⁹³ BGE 138 II 440 E. 17.

⁹⁴ SCHÜTZ (FN 80), 109 (Hervorhebung des Autors); HAUSER (FN 84), N 294; WALTER FELLMANN, Art. 12 BGFA, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, Art. 12 N 114a; BGE 139 II 173 E. 5.1: «Unter Einhaltung dieser Regeln dient Anwaltswerbung auch ideellen Interessen, indem sie der Klientschaft eine sachgerechte Anwaltswahl erlaubt und damit einen Beitrag zum guten Funktionieren der *Rechtspflege* leistet» (Hervorhebung des Autors); vgl. auch BGer, 2C_259/2014, 10.11.2014, E. 4.2.

⁹⁵ BGer, 2C_259/2014, 10.11.2014, E. 2.3.2; BGE 123 I 12 E. 2c/aa; BGE 125 I 417 E. 4b; BGE 139 II 173 E. 5 und 6.2; CHAPPUIS/GÜRTNER (FN 42), N 261; SCHÜTZ (FN 80), 104; HAUSER (FN 84), N 258.

⁹⁶ FELLMANN (FN 8), N 420 ff.; FELLMANN (FN 94), Art. 12 N 115; SCHÜTZ (FN 80), 8–47, 346; HAUSER (FN 84), N 307; ANDREA CARONI/Franco Strub, Die Schranken der Anwaltswerbung auf dem Prüfstand, Anwaltsrevue 2020, 414 ff., 419; MARKUS SCHOTT, Urteilsbesprechung 2C_714/2012, ZBl 2013, 277 ff., 281; HETTICH

(FN 80), 396 f.; LUKAS MÜLLER, Schadet Anwaltswerbung dem Image des Berufsstands?, AJP 2016, 1570 f.

⁹⁷ Botschaft BGFA (FN 11), 6057: «Das Anwaltsgesetz verzichtet auf den Bezug zur «Berufswürde», um die Grenzen der Werbung festzulegen, da dieser Begriff zu unklar ist.»

⁹⁸ BGE 123 I 201 E. 4; BVGer, B-843/2015, B-844/2015 und B-846/2015, 19.12.2017, E. 6; Werbebeschränkungen aus bau- und planungsrechtlichen Gründen (BGer, 1C_57/2010, 13.9.2010, E. 3.2) oder aus Gründen der Verkehrssicherheit (BGer, 1C_293/2008, 4.11.2008; BGer, 6P.62/2007, 27.10.2007, E. 3.4.1) sind vorliegend nicht relevant.

⁹⁹ In diese Richtung BGer, 2C_259/2014, 10.11.2014, E. 2.3.2: «Eine übermässige, missbräuchliche oder unzweckmässige Nachfrage nach Dienstleistungen des Rechtsanwalts soll verhindert werden, damit eine sachgerechte Inanspruchnahme des Rechtsstaats gewährleistet bleibt.»

¹⁰⁰ BGE 131 I 223 E. 3.4; BGE 130 II 270 E. 3.2; BGer, 2C_407/2008, 23.10.2008, E. 3.3; FELLMANN (FN 8), N 105, 200, 205.

die Möglichkeit haben, einen Anwalt beizuziehen, der an die Berufsregeln gebunden ist.»¹⁰¹ Diese Argumentation stösst in der Lehre auf Kritik.¹⁰² In der Tat ist fraglich, ob im Bereich der Rechtsberatung überhaupt ein Schutzbedürfnis des Publikums und damit ein den Grundrechtseingriff rechtfertigendes öffentliches Interesse besteht (eingehend Kap. III.B.3.). Überzeugender erscheint vielmehr die Überlegung, dass nicht ein Schutzbedürfnis des Publikums die Ausdehnung der Berufsregeln auf die Beratungstätigkeit rechtfertigt, sondern dass die unsorgfältige Rechtsberatung eines Anwalts berechtigte Zweifel an seiner Eignung für die prozessführende Tätigkeit begründen kann.¹⁰³ Für dieses Argument spricht auch, dass ein nach Art. 17 Abs. 1 lit. d/e BGFA wegen pflichtwidriger Rechtsberatung gegen einen Anwalt ausgesprochenes Berufsausübungsverbot nur dessen gerichtliche Tätigkeit im Monopolbereich beschlägt und nicht etwa die (der Sanktion eigentlich zugrundeliegende) Tätigkeit im Beratungsbereich.

80 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Regulierung des BGFA eine Mindestqualität der Dienstleistung im Bereich der Rechtsvertretung in Zivil- und Strafverfahren gewährleisten soll. Dabei handelt es sich um eine komplexe Tätigkeit, von der für das rechtsuchende Publikum bei unsorgfältiger Ausübung eine konkrete Gefahr eines nicht wiedergutmachenden Nachteils ausgeht. Entsprechend besteht in Bezug auf die gerichtliche Tätigkeit von Anwälten in der Tat ein öffentliches Interesse für den Erlass einer verwaltungsrechtlichen Berufsregulierung. Im Bereich der rein rechtsberatenden Tätigkeit ist dieses öffentliche Interesse nicht evident.

2. Regulierungsziel des Zürcher Anwaltsgesetzes: Treu und Glauben im Geschäftsverkehr

81 Mit Blick auf das Gesagte zur Regulierung des BGFA stellt sich nun die Frage, welchem öffentlichen Interesse die Regulierung des AnwG/ZH der beratenden Anwaltstätigkeit ausserhalb des «Monopolbereichs» entspricht. Aus der Weisung des Regierungsrats zum AnwG/ZH geht hervor, dass sich alle Personen, die unter dem Titel «Rechtsanwältin» oder «Rechtsanwalt» auftreten, «an Berufsregeln halten und andernfalls mit Disziplinar massnahmen rechnen müssen».¹⁰⁴ Die Unterstellung der rein beratend tätigen Anwälte knüpft direkt an die Führung des Anwaltstitels – und nicht etwa an die mit der Bera-

tungstätigkeit allenfalls verbundenen Risiken – an. Die Weisung zum AnwG/ZH hält dazu fest: «Insbesondere unter dem Aspekt des Publikumsschutzes wäre es unhaltbar, wenn ein Teil der praktizierenden Anwältinnen und Anwälte keinen Berufsregeln unterstehen würde, weshalb die staatliche Aufsicht auf die ausschliesslich beratend tätigen Anwältinnen und Anwälte auszudehnen ist.»

82 Auch das Verwaltungsgericht Zürich hat sich unter Bezugnahme auf die Materialien zur Frage geäussert, welchen Zweck der Gesetzgeber mit der Unterstellung der beratenden Anwälte unter die Berufsregeln verfolgte. Gemäss Verwaltungsgericht «besteht dem die anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmenden Publikum Gewähr, dass die von ihm aufgesuchten Anwältinnen und Anwälte der Aufsicht der Aufsichtskommission und den Berufsregeln des BGFA unterstehen».¹⁰⁵ Demnach stehe auch bei der Eintragung der ausschliesslich beratend tätigen Anwältinnen und Anwälte in das Anwaltsverzeichnis der Publikumsschutz im Vordergrund.

83 Der Begriff «Publikumsschutz» bezieht sich in diesem Kontext jedoch nicht etwa auf die im vorangehenden Kapitel III.B.1. ausgeführten Schutz des Publikums vor nicht wiedergutmachenden Nachteilen durch schlechte Mandatsführung, sondern vielmehr auf den Schutz des Publikums vor Täuschung. Das rechtsuchende Publikum soll nicht dem Glauben ausgesetzt sein, dass eine als «Rechtsanwalt» auftretende Person einem umfassenden Aufsichtsregime unterstünde, obschon dies gar nicht der Fall ist. Aus diesem Grund sollen gemäss AnwG/ZH auch alle mit diesem Titel auftretenden Personen tatsächlich der Aufsicht unterstellt sein. Auch aus den Beratungen im Kantonsrat geht klar hervor, dass dem rechtsuchenden Publikum nicht zugemutet werden sollte, zwischen dem Aufsichtsregime unterstellten Anwälten und nicht dem Aufsichtsregime unterstellten Anwälten unterscheiden zu müssen.¹⁰⁶

84 Dabei handelt es sich gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts um ein anerkanntes öffentliches Interesse: «Il existe donc un intérêt public certain à empêcher que les particuliers s'adressant à des conseillers qui font état de leur titre d'avocat, sans avoir besoin d'une autorisation pour pratiquer et sans être inscrits au tableau, croient à tort que leur mandataire est soumis à la surveillance du barreau et doit respecter les obligations générales

¹⁰¹ SCHILLER (FN 14), N 314, 330.

¹⁰² FELLMANN (FN 8), N 60 ff.

¹⁰³ Vgl. BRUNNER/HENN/KRIESI (FN 17), N 45.

¹⁰⁴ Weisung des Regierungsrats zum AnwG/ZH, ABI 2002 1977, 2005.

¹⁰⁵ VGer ZH, VB.2005.00492, 22.12.2005, E. 3.4.

¹⁰⁶ Vgl. Votum Regierungsrat Markus Notter, Prot. KR 2003, 981: «Sonst müssten wir auch zwei Begriffe einführen, also den «eingetragenen Rechtsanwalt» und den «nicht eingetragenen Rechtsanwalt». Aber dies wäre für den Bürger und die Bürgerin etwas undurchschaubar.»

d'un avocat.»¹⁰⁷ Auch der Bundesrat hält in der Botschaft zum BGFA fest: «Zur Vermeidung von unlauterem Wettbewerb ist es notwendig, erkennbar zu machen, ob eine Person, die den Anwaltstitel verwendet, einer Aufsichtsbehörde untersteht und gehalten ist, die Berufsregeln zu beachten.»¹⁰⁸

85 Diese Argumentation basiert auf der Annahme, dass die rechtssuchende Bevölkerung das anwaltsrechtliche Aufsichts- und Disziplinarregime kennt und dass ihr Vertrauen in die anwaltliche Tätigkeit insbesondere auf die öffentlich-rechtlichen Sorgfaltspflichten und die Androhung von Disziplinarsanktionen gründet. Ob dies in der Realität so zutrifft, darf zumindest bezweifelt werden. Denkbar wäre auch, dass die Rechtsuchenden in erster Linie in die Ausbildung, Qualifikationen, Erfahrung und Spezialisierung eines Anwalts vertrauen und darüber hinaus gar nicht wissen, ob die anwaltliche Tätigkeit generell einer Disziplinaraufsicht untersteht oder nicht. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang auch, dass «das anwaltsrechtliche Disziplinarverfahren dem allgemeinen öffentlichen Interesse an der korrekten Berufsausübung durch die Rechtsanwälte dient und nicht die Wahrung individueller privater Anliegen sichern soll».¹⁰⁹ Eine geschädigte Klientin kann ihre auftragsrechtlich geschützten Ansprüche einzig auf dem Zivilrechtsweg durchsetzen, unabhängig davon, ob der Anwalt einer Disziplinaraufsicht untersteht oder nicht.

86 Mit Blick auf das Gesagte ist festzuhalten, dass die Unterstellung der rein beratend tätigen Anwälte ausserhalb des Anwaltsmonopols in erster Linie dem Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr dient. Dem rechtssuchenden Publikum soll nicht zugemutet werden, zwischen dem Aufsichtsregime unterstellten Anwälten und nicht dem Aufsichtsregime unterstellten Anwälten unterscheiden zu müssen. Umgekehrt würden gemäss Weisung zum AnwG/ZH die lediglich beratend tätigen Anwälte von der «vermehrten Überwachung» profitieren, «da sie das Vertrauen des Publikums zu ihnen erhöht».¹¹⁰ Allerdings gilt zu bezweifeln, dass die umfassende Regulierung eines Berufs rein aus Gründen der Vertrauensbildung einem ausreichenden öffentlichen Interesse entspricht, sofern die Inanspruchnahme der Dienstleistung für die Kunden nicht mit konkreten Risiken verbunden ist.

3. Weitergehende wirtschaftspolizeiliche Regulierungsziele des Zürcher Anwalts-gesetzes?

87 Fraglich ist, ob die Unterstellung der beratenden Anwaltstätigkeit ausserhalb des Monopolbereichs über den Schutz von Treu und Glauben hinaus auch durch weitergehende öffentliche Interessen des Publikumsschutzes gerechtfertigt werden kann. Dies würde voraussetzen, dass von der rechtsberatenden Tätigkeit überhaupt eine Gefährdung bzw. ein Risiko für das rechtssuchende Publikum ausgeht. Ohne eigentliches Schutzbedürfnis des rechtssuchenden Publikums vor nicht wiedergutzumachenden Nachteilen besteht auch kein wirtschaftspolizeiliches Interesse, welches den Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit rechtfertigen könnte.

88 Soweit ersichtlich hat sich bis anhin weder der kantonale Gesetzgeber noch die Rechtsprechung¹¹¹ noch die Lehre eingehend mit der Frage auseinandergesetzt, ob von der rein rechtsberatenden Tätigkeit tatsächlich Risiken auf das Publikum ausgehen, die ein umfassendes Aufsichts- und Sanktionsregime rechtfertigen würden. Die Aufsichtskommission des Kantons Zürich hat sich in einem Beschluss aus dem Jahr 1996 wie folgt geäussert: «Es trifft wohl zu, dass ein verfassungsrechtlich abgestütztes öffentliches Interesse an einer besonderen Kontrolle der Berufstätigkeit der Anwälte in der Regel nur für deren rechtspflegerische Tätigkeit besteht»; dennoch sei es «schon im Hinblick auf das Standesansehen» angezeigt, alle unter der Bezeichnung «Rechtsanwalt» auftretenden Personen den Anwaltspflichten zu unterstellen.¹¹² Dabei gilt zu bedenken, dass allein das Standesansehen wohl kaum ein ausreichendes öffentliches Interesse darstellt, um die weitreichenden Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit zu rechtfertigen (oben Rz. 75, 78). Schliesslich hat sich die Anwaltskommission des Kantons Zürich auch im Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des AnwG/ZH von 2007 dafür ausgesprochen, langfristig auf das Führen eines Anwaltsverzeichnisses zu verzichten und nur noch Anwälte gemäss dem BGFA zu registrieren.¹¹³

89 Mit Blick auf das Gesagte ist nicht ersichtlich, inwiefern von der beratenden Anwaltstätigkeit überhaupt eine den Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit rechtfertigende

¹⁰⁷ BGE 112 Ia 318 E. 2b.

¹⁰⁸ Botschaft BGFA (FN 11), 6021; vgl. auch VINCENZO AMBERG, «Realitätsfremdes» Berufsbild des Anwalts im Entwurf des Schweizerischen Anwaltsgesetzes?, *Anwaltsrevue* 2013, 139 f.

¹⁰⁹ BGE 132 II 250 E. 4.4; FELLMANN (FN 8), N 709.

¹¹⁰ Weisung des Regierungsrats zum AnwG/ZH, ABI 2002 1977, 2016; vgl. auch VINCENZO AMBERG, *Das neue Anwaltsgesetz*, ZBJV 2015, 629 ff., 636.

¹¹¹ Die Weisung des Regierungsrats zum AnwG/ZH und VGer ZH, VB.2005.00492, 22.12.2005, enthalten keine Auseinandersetzung mit den tatsächlichen Risiken der beratenden Anwaltstätigkeit.

¹¹² Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, 2.5.1996, E. 2b, in: ZR 1996, Nr. 42.

¹¹³ Vgl. Weisung des Regierungsrats zur Änderung des AnwG/ZH, ABI 2008 1, 7.

Gefährdung des Publikums ausgeht.¹¹⁴ Verschiedene Kantone (wie z.B. Aargau, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Bern, Luzern, Nidwalden, Schwyz, Solothurn und Zug) unterstellen die beratende Anwaltstätigkeit ausserhalb des Monopolbereichs denn auch keinerlei Berufspflichten und Aufsicht (wie Zürich aber z.B. die Kantone Graubünden, St. Gallen und Thurgau).¹¹⁵ Soweit ersichtlich sind in diesen Kantonen keine Missstände erkennbar, die auf eine systematische Schädigung der Publikumsinteressen hindeuten würden. Dies kann immerhin als Indiz bewertet werden, dass die beratende Tätigkeit nicht mit besonderen Risiken verbunden ist, die einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit rechtfertigen würden.

90 Noch stärker ins Gewicht fällt überdies der Umstand, dass selbst im Kanton Zürich neben den Rechtsanwältinnen grundsätzlich jede Person – mit oder ohne juristische Ausbildung – befugt ist, Rechtsberatung anzubieten (oben Rz. 26). Wenn also von der anwaltlichen Beratungstätigkeit tatsächlich eine konkrete Gefahr ausginge, dann wäre es zwingend angezeigt, sämtliche Personen, die als Rechtsberater tätig sind, denselben Berufsregeln und derselben Aufsicht zu unterstellen. Offenbar besteht aber auch im Kanton Zürich kein Bedarf einer generellen Regulierung der Rechtsberatung, was wiederum darauf hindeutet, dass diese Tätigkeit allein nicht mit besonderen Risiken für das Publikum verbunden ist, die einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit in Form von Berufsregeln und staatlicher Aufsicht rechtfertigen würde. Desgleichen ist nicht ersichtlich, weshalb eine besondere Gefährdung für das Publikum nur dann bestehen soll, wenn die Rechtsberatung unter gleichzeitiger Verwendung der Berufsbezeichnung «Rechtsanwalt» erfolgt – dann stünde vielmehr der Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr im Vordergrund (oben Rz. 83).

91 Sodann zeigt auch eine nähere Auseinandersetzung mit den Berufspflichten gemäss Art. 12 BGFA, dass die Unterstellung der rein beratend tätigen Anwälte unter die Berufsregeln gemäss BGFA zu widersprüchlichen Resultaten führt:

92 Dies gilt etwa mit Blick auf die Anforderungen an die anwaltliche Unabhängigkeit gemäss Art. 12 lit. b BGFA. Wie in Kapitel III.A.2. ausgeführt, wendet die Zürcher Praxis das Erfordernis der Unabhängigkeit gestützt auf § 14 Abs. 1 AnwG/ZH uneingeschränkt auch auf die rein beratend tätigen Anwälte an, inklusive der Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit (Rz. 50–59). Diese Praxis hat zur Folge, dass etwa die bei Revisions-, Versi-

cherungs- und Beratungsfirmen sowie bei Banken – oder eben bei YLEX – tätigen Anwälte, die Kunden ihres (nicht im Register eingetragenen) Arbeitgebers in rechtlichen Angelegenheiten beraten, die Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit gemäss § 14 Abs. 1 AnwG/ZH i.V.m. Art. 12 lit. b BGFA per se nicht erfüllen und folglich nicht im Anwaltsverzeichnis gemäss § 16 AnwG/ZH eingetragen werden können.

93 Zu dieser Rechtslage ist *erstens anzumerken*, dass (abgesehen vom erwähnten Schutz vor Täuschung, vgl. Rz. 83, und zur Verhältnismässigkeit vgl. Rz. 109–115) nicht erkennbar ist, welches öffentliche Interesse mit dieser Regelung konkret verwirklicht werden soll. Während noch nachvollziehbar ist, dass die mögliche Einflussnahme eines nicht den anwaltlichen Berufsregeln unterstehenden Arbeitgebers auf die Prozessführung eines angestellten Anwalts zu unterbinden ist,¹¹⁶ so ist nicht ersichtlich, welchem Schutzbedürfnis gerecht werden soll, wenn Anwälten untersagt wird, die Kunden ihres nicht den Berufsregeln unterstehenden Arbeitgebers rechtlich zu beraten (vgl. Weisung des Regierungsrats, Rz. 52 f.). Dies gilt umso mehr, als angestellte Juristen (oder Nichtjuristen) ohne Anwaltspatent ohne weiteres die Kunden ihres Arbeitgebers in rechtlichen Angelegenheiten beraten dürfen.

94 *Zweitens* ist zu bemerken, dass sich die betroffenen Anwälte im Kanton Zürich gar nicht rechtskonform verhalten können: Ein Gesuch um Eintragung in das Anwaltsverzeichnis nach § 16 Abs. 1 AnwG/ZH müsste mit Blick auf das Gesagte wegen fehlender institutioneller Unabhängigkeit nach § 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 lit. b BGFA abgewiesen werden. Das Unterlassen des Gesuchs würde gestützt auf § 14 Abs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 1 AnwG/ZH mit einer Disziplinar massnahme sanktioniert werden. Insofern lässt sich die Rechtslage kaum mit dem Willkürverbot von Art. 9 BV vereinbaren. In der Literatur wird deshalb auch die Auffassung vertreten, dass angestellte Anwälte gar nicht dem AnwG/ZH unterstehen,¹¹⁷ wobei sich dann die Frage stellt, ob die betroffenen Personen im Rahmen der Rechtsberatung gegenüber Dritten berechtigt sind, die Berufsbezeichnung «Rechtsanwalt» zu verwenden.

95 Auch wenn das Verwaltungsgericht Zürich und das Bundesgericht das Gegenteil beteuern,¹¹⁸ ist *drittens* fest-

¹¹⁴ Vgl. auch HESS (FN 66), 489, sowie die in FN 72 zitierte Literatur.

¹¹⁵ SCHILLER (FN 14), N 312.

¹¹⁶ BGE 144 II 147 E. 5.3.2 und 5.3.3; eingehend Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, Beschluss KF180048, 3.5.2018, E. 3.1, in: ZR 2018, 101 ff.

¹¹⁷ HESS (FN 66), 489.

¹¹⁸ VGer ZH, VB.2005.00492, 22.12.2005, E. 3.5.2: In der Weisung zum AnwG/ZH «wird Folgendes festgehalten: «Für in Unternehmen angestellte Anwältinnen und Anwälte ist es jedoch ein zentrales Anliegen, dass durch diese Regelung nicht verhindert wird, dass

zustellen, dass sich die Rechtslage im Kanton Zürich für die betroffenen Anwälte faktisch als verfassungswidriges Verbot zur Führung des Anwaltstitels auswirkt. Nur wenn die betroffenen Anwälte nicht unter der Berufsbezeichnung «Rechtsanwalt» auftreten, liegt keine Ausübung des Anwaltsberufs vor (§ 10 AnwG/ZH e contrario), was bedeutet, dass sie auch nicht dem Geltungsbereich des Gesetzes und folglich auch nicht den Berufsregeln unterstehen (Rz. 26). Eine solche Regelung lässt sich gemäss Bundesgericht jedoch nicht mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbaren (Rz. 114 f.).¹¹⁹

96 Neben den Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit kann auch die Beschränkung der Werbefreiheit von beratend tätigen Anwälten durch kein öffentliches Interesse gerechtfertigt werden. Nach einhelliger Meinung wäre ein umfassendes Werbeverbot selbst für gerichtlich tätige Anwälte im Monopolbereich verfassungswidrig, weshalb auch Art. 12 lit. d BGFA Werbemassnahmen nicht generell verbietet.¹²⁰ Die Botschaft zum BGFA hält zu Recht fest, dass «kaum ein öffentliches Interesse an einem Werbeverbot» bestünde.¹²¹ Das Gesetz statuiert deshalb kein Werbeverbot, sondern verlangt, dass die Werbung der im «Monopolbereich» tätigen Anwälte generell objektiv bleiben und dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit entsprechen muss.

97 In der Lehre wird kontrovers diskutiert, wo die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Anwaltswerbung verläuft. Gemäss einem Teil der Lehre bedeutet die Pflicht zur Objektivität im Wesentlichen, dass die Anwaltswerbung an die Grundzüge des Lauterkeitsrechts gebunden ist.¹²² Dagegen verfolgt das Bundesgericht im Einklang

mit einem anderen Teil der Lehre¹²³ einen markant strengeren Ansatz, indem es festhält, dass Anwaltswerbung primär «informativer Art» sein solle «und – über die lauterkeitsrechtlichen Grenzen hinaus – auf reisserische, aufdringliche und marktschreierische Methoden verzichten» müsse.¹²⁴ Die gebotene Zurückhaltung beziehe sich nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Form der Anwaltswerbung.¹²⁵

98 Wie bereits in Rz. 78 dargelegt, besteht für die Einschränkung der Anwaltswerbung höchstens dahingehend ein öffentliches Interesse, dass das Publikum nicht durch Werbung aufgerufen werden soll, unnötige, hoffnungslose oder missbräuchliche Gerichtsverfahren zu führen. Auch das Bundesgericht rechtfertigt die Ungleichbehandlung zwischen der Werbebeschränkung unterstehenden Anwälten und den nicht regulierten Rechtsberatern explizit mit dem Argument, dass Letztere «im Unterschied zum (eingetragenen) Rechtsanwalt nicht vor Gericht prozessieren dürfen, was für die rechtsuchende Partei von grosser Bedeutung ist. Die unterschiedliche Behandlung ist daher grundsätzlich nicht zu beanstanden.»¹²⁶ Weitergehende Gründe wie Berufsbild, Vertrauenswürdigkeit und Standeswürde stellen nach heutigem Verständnis kaum hinreichende öffentliche Interessen dar, die schwere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit zu rechtfertigen vermögen; entsprechend stösst auch die geltende Beschränkung der Werbefreiheit für Anwälte in der Lehre auf immer grössere Kritik.¹²⁷

99 Vor diesem Hintergrund stellt sich umso mehr die Frage, inwiefern überhaupt ein öffentliches Interesse besteht, die anwaltliche Tätigkeit der Rechtsberatung ausserhalb des «Monopolbereichs» einer Werbebeschränkung zu unterstellen. Ein Schutzbedürfnis des Publikums ist jedenfalls keines erkennbar.

100 Nur am Rande ist in Erinnerung zu rufen, dass rein wirtschaftspolitisch motivierte Beschränkungen der Werbefreiheit, insb. zum Schutz der Anwaltschaft vor Konkurrenz oder generell zur Eindämmung des Wettbe-

sie weiterhin ihren Titel verwenden und unter der Berufsbezeichnung ‚Rechtsanwältin‘ oder ‚Rechtsanwalt‘ tätig sein dürfen) (ABI 2002, 1993; Hervorhebung beigegefügt). Diese soeben zitierte Formulierung belegt aber, dass der Gesetzgeber gerade nicht beabsichtigte, in Unternehmen angestellte Anwältinnen und Anwälte hinsichtlich der das Angestelltenverhältnis umfassenden Tätigkeiten unbesehen dem Anwaltsgesetz zu unterstellen. Gleichzeitig sollte dieser Umstand aber ohne Einfluss auf die Berechtigung zur Verwendung des Titels bzw. der Berufsbezeichnung «Rechtsanwalt/Rechtsanwältin» bleiben, was im Übrigen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht (BGE 112 Ia 318)»; dazu dann BGER, 2P.113/2006, 29.8.2006, E. 5.2: «Schliesslich stellt das Verwaltungsgericht klar, dass nach zürcherischem Recht die Befugnis zur Verwendung des Anwaltstitels weder vom Eintrag ins Anwaltsregister noch von jenem ins Anwaltsverzeichnis abhängt.»

¹¹⁹ BGE 112 Ia 318 E. 2; CHAPPUIS/GURTNER (FN 42), N 47: «L'avocat non inscrit peut faire état de son titre dans son activité professionnelle.»

¹²⁰ BGE 139 II 173 E. 4.3 m.w.H.

¹²¹ Botschaft BGFA (FN 11), 5056.

¹²² FELLMANN (FN 8), N 420 f.; FELLMANN (FN 94), Art. 12 N 115; SCHÜTZ (FN 80), 193 ff.; vgl. auch Aufsichtskommission über die

Anwältinnen und Anwälte, Beschluss, 27.8.2009, E. 2, in: ZR 2010, 103; generell kritisch gegenüber der Werbebeschränkung die in FN 96 zitierte Literatur; in diese Richtung auch WALTER FELLMANN, Suchmaschinenoptimierung als Werbemassnahme, Anwaltsrevue 2022, 89 ff., 93.

¹²³ THOMAS BÜCHLI/ANJA HASLER, Urteilsbesprechung 2C_259/2014, Anwaltsrevue 2015, 125 ff., 129 f.; wohl auch WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI/ANDREAS LIENHARD/PIERRE TSCHANNEN/AXEL TSCHENTSCHER/JUDITH WYTENBACH, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2012 und 2013, ZBJV 2013, 773 ff., 827.

¹²⁴ BGE 139 II 173 E. 6.2.2; vgl. die in FN 95 zitierten Urteile.

¹²⁵ BGE 139 II 173 E. 6.2.2.

¹²⁶ BGER, 2C_259/2014, 10.11.2014, E. 4.2.

¹²⁷ Vgl. die in FN 96 zitierte Literatur.

werbsdrucks in einem relevanten Markt, kein zulässiges Interesse darstellen, um Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit zu rechtfertigen (Rz. 73). Insofern eine Regulierung darauf abzielen sollte, die im Monopolbereich tätigen Anwälte vor Konkurrenz zu schützen, wäre die Regulierung bereits mit Blick auf das Motiv verfassungswidrig.

4. Fehlendes öffentliches Interesse für Disziplinarsanktionen

101 Neben den Berufsregeln müssen auch die im Falle eines Verstosses ausgesprochenen Disziplinarsanktionen einem öffentlichen Interesse dienen. Generell verfolgen Disziplinarsanktionen erstens das öffentliche Interesse der General- und Spezialprävention.¹²⁸ Mit der Androhung einer Sanktion sollen die Normadressaten angehalten werden, sich an die Berufsregeln zu halten, damit die durch die Berufsregeln geschützten materiellen öffentlichen Interessen nicht gefährdet oder verletzt werden. Die Sanktion verwirklicht folglich *indirekt* das mit den Berufsregeln geschützte öffentliche Interesse.

102 Disziplinarsanktionen können zweitens auch zur *direkten* Verwirklichung der über die Berufsregeln geschützten öffentlichen Interessen dienen. Dies ist dann der Fall, wenn einem Normadressaten, bei dem aufgrund seines pflichtwidrigen Verhaltens in der Vergangenheit davon auszugehen ist, dass er auch zukünftig wieder gegen die Berufsregeln verstossen wird, die Ausübung des Berufs für eine befristete oder unbefristete Zeit verboten wird. Mit der Beseitigung der Gefahr wird das über die Berufsregeln geschützte öffentliche Interesse direkt verwirklicht.

103 Wie oben ausgeführt, verfolgt das AnwG/ZH mit der Unterstellung der beratend tätigen Anwälte unter das Berufsrecht einzig das Ziel, dass das rechtsuchende Publikum nicht hinsichtlich einer fehlenden Berufsaufsicht getäuscht wird (Rz. 83). Gleichzeitig wurde auch gezeigt, dass von der rein rechtsberatenden Tätigkeit keine Risiken auf das Publikum ausgehen, die ein umfassendes Aufsichts- und Sanktionsregime rechtfertigen würden (Rz. 88). Wenn nun ein rein beratend tätiger Anwalt wegen Verstoss gegen eine Berufsregel, für welche gar kein

materielles öffentliches Interesse besteht, sanktioniert wird, stellt sich unweigerlich die Frage, welches öffentliche Interesse mit der Sanktion konkret verwirklicht werden soll. Geradezu grotesk wäre die Situation, wenn gegen einen beratend tätigen Anwalt wegen einer Pflichtwidrigkeit im Bereich der Rechtsberatung gestützt auf § 14 Abs. 2 AnwG/ZH i.V.m. Art. 17 BGFA ein Berufsverbot für die forensische Tätigkeit im «Monopolbereich» verhängt würde (Rz. 67–70). Für eine solche Sanktion fehlt es offenkundig an einem öffentlichen Interesse.

5. Zwischenfazit

104 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Regulierung des BGFA eine Mindestqualität der Dienstleistung im Bereich der Rechtsvertretung in Zivil- und Strafverfahren gewährleisten soll. Dabei handelt es sich um eine komplexe Tätigkeit, von der für das rechtsuchende Publikum bei unsorgfältiger Ausübung eine konkrete Gefahr eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils ausgeht. Entsprechend besteht ein öffentliches Interesse für den Erlass einer verwaltungsrechtlichen Berufsregulierung.

105 Ausserhalb des «Monopolbereichs» verfolgt das AnwG/ZH das Ziel, das rechtsuchende Publikum vor Täuschung zu schützen. Das rechtsuchende Publikum soll nicht dem Glauben ausgesetzt sein, dass eine als «Rechtsanwalt» auftretende Person einem umfassenden Aufsichtsregime untersteht, obschon dies gar nicht der Fall ist. Das Bundesgericht qualifiziert dieses Anliegen unkritisch als öffentliches Interesse. Darüber hinaus besteht indessen kein besonderes Schutzbedürfnis der Öffentlichkeit, um die Tätigkeit der reinen Rechtsberatung einer umfassenden verwaltungsrechtlichen Berufsregulierung zu unterstellen. Entsprechend ist auch kein öffentliches Interesse ersichtlich, welches es rechtfertigen würde, rein beratend tätige Anwälte wegen einer Pflichtverletzung disziplinarisch zu sanktionieren.

C. Verhältnismässigkeitsprinzip

106 Unter dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) ist zu prüfen, ob die getroffene Massnahme für den Betroffenen zumutbar sowie generell geeignet und erforderlich ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen.¹²⁹ Der angestrebte Zweck muss in einem vernünft-

¹²⁸ DIEBOLD/RÜTSCHÉ/KELLER (FN 9), 62; LOCHER (FN 9), N 352; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 2), N 1506; JAAG (FN 9), N 23.65; FELLMANN (FN 8), N 696; FELIX UHLMANN, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011, 437 ff., 438; vgl. VGer ZH, VB.2022.00061, 24.11.2022, E. 5.1: «Anders als im Strafrecht ist bei der Wahl der Disziplinar-massnahme nicht primär das Verschulden massgebend, vielmehr ist die Massnahme zu wählen, die zur Verhinderung weiterer Berufspflichtverletzungen am besten geeignet erscheint [...]»

¹²⁹ BERNHARD RÜTSCHÉ, Verhältnismässigkeitsprinzip, in: Olivier Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich/Basel/Genf 2020, 1049 ff., 1053 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 2), N 514; TSCHANNEN/ZIMMERMANN/MÜLLER (FN 5), N 453.

tigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln bzw. zu den zu seiner Verfolgung notwendigen Beschränkungen stehen. Im Geltungsbereich der Grundrechte gilt der strenge Massstab von Art. 36 Abs. 3 BV.

107 Das Element der *Eignung* verlangt, dass eine staatliche Handlung mit Blick auf deren Wirksamkeit, Effektivität, Zielkonformität, Zwecktauglichkeit und Präzision überhaupt geeignet ist, einen gewissen Beitrag zur Verwirklichung des öffentlichen Interesses zu leisten. Ein geeigneter Eingriff in die Grundrechte darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht einschneidender sein als *erforderlich*; der Staat muss mit Blick auf das angestrebte Schutzniveau stets das mildeste Mittel ergreifen. Schliesslich gilt es im Rahmen der *Zumutbarkeit*, eine Abwägung zu treffen zwischen den öffentlichen Interessen, die mit der fraglichen Regelung verwirklicht werden sollen, und den privaten Interessen, die durch die fragliche Regelung beeinträchtigt werden. Wo die Unbestimmtheit von Rechtssätzen zu einem Verlust an Rechtssicherheit führt, muss die Verhältnismässigkeit umso strenger geprüft werden.¹³⁰

108 Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung werden folglich Mittel und Zweck gegenübergestellt, weshalb es wichtig ist, sowohl das Mittel als auch den Zweck genau zu identifizieren, andernfalls die Verhältnismässigkeitsprüfung wenig aussagekräftig ist. Entsprechend reicht es nicht aus, die Verhältnismässigkeitsprüfung der Anwaltsregulierung pauschal mit Blick auf den «Publikumsschutz» oder «Polizeigüterschutz» durchzuführen. Es ist jeweils genau darauf einzugehen, mit welchem Mittel welche konkrete Gefahr abgewendet werden soll.

1. Verhältnismässiger Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr?

109 Wie im vorangehenden Kapitel III.B. ausgeführt, wird die Unterstellung der beratend tätigen Anwälte unter die Berufsregeln des BGFA gemäss § 14 AnwG/ZH in erster Linie mit dem Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr begründet. Die Kunden der Anwälte würden darauf vertrauen, dass der ratgebende Anwalt den Berufsregeln und der Aufsicht unterstünde, und würden in ihrem Vertrauen getäuscht, wenn dem nicht so wäre (Kap. III.B.2., Rz. 83 ff.). Das Ziel besteht folglich darin, die Kunden vor Täuschung zu schützen, indem ihnen gegenüber Klarheit geschaffen wird, ob ein Anwalt den Berufsregeln und der Aufsicht untersteht oder nicht.

110 Die mit § 14 AnwG/ZH getroffene Regelung, sämtliche Inhaber eines Anwaltspatents, die den Anwaltsberuf ausüben, den Berufsregeln zu unterstellen, ist grundsätzlich geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Auf diese Weise besteht für die Kunden Gewissheit, dass alle mit der Berufsbezeichnung «Rechtsanwalt» forensisch oder beratend auftretenden Anwälte dem Berufsrecht unterstehen. Die Einsicht in das Anwaltsverzeichnis richtet sich gemäss § 16 Abs. 2 Satz 2 AnwG/ZH nach denselben Grundsätzen wie die Einsicht in das Anwaltsregister (Art. 10 BGFA). Allerdings ist mit Blick auf den Täuschungsschutz erstaunlich, dass die Anwaltskommission des Kantons Zürich auf ihrer Webseite zwar das Anwaltsregister, nicht aber das Anwaltsverzeichnis publiziert. Insofern wird das gesetzgeberische Ziel der Transparenz und des Täuschungsschutzes durch die Verwaltungsbehörden nicht konsequent umgesetzt.

111 Fraglich ist hingegen, ob diese Regelung gemäss § 14 AnwG/ZH erforderlich ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Gegen die Erforderlichkeit der Unterstellung der Beratungstätigkeit von Anwälten unter das Berufsrecht spricht, dass bereits der Bundesgesetzgeber eine Regelung getroffen hat, um die Täuschungsgefahr abzuwenden. Gemäss der Botschaft zum BGFA sind die Unterstellung unter die Berufsregeln und die Aufsicht die unmittelbaren Folgen des Anwaltsmonopols. «Zur Vermeidung von unlauterem Wettbewerb ist es deshalb notwendig, erkennbar zu machen, ob eine Person, die den Anwaltstitel verwendet, einer Aufsichtsbehörde untersteht und gehalten ist, die Berufsregeln zu beachten.»¹³¹ Als Lösung sieht das BGFA vor, dass die in einem Register eingetragenen Anwälte ihren Eintrag im Geschäftsverkehr erwähnen (Art. 11 Abs. 2 BGFA) und so zeigen, dass sie sich von anderen Anwälten unterscheiden. Gemäss Botschaft schafft das Gesetz «auf diese Weise ein einfaches und wirksames System, mit dem Anwältinnen und Anwälte, die Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten (monopolisierte Tätigkeit), von den übrigen Anwältinnen und Anwälten unterschieden werden können».¹³² Auch gemäss der Lehre kann das rechtsuchende Publikum an-

¹³⁰ BGE 147 I 478 E. 3.1.2; BGE 147 I 450 E. 3.2.1; BGE 147 I 393 E. 5.1.1, je m.w.H. auf die Rechtsprechung.

¹³¹ Botschaft BGFA (FN 11), 6021.

¹³² Botschaft BGFA (FN 11), 6022 sowie auch 6043 f.: «Dieses Gesetz findet auch keine Anwendung für Anwältinnen und Anwälte, die keine Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, sondern nur rechtsberatend tätig sein wollen, und die sich nicht in einem kantonalen Anwaltsregister eintragen lassen. Diese können folglich in ihrem Titel auch nicht erwähnen, dass sie im Register eingetragen sind; dies wird sie in den Augen der Öffentlichkeit von den Anwältinnen und Anwälten unterscheiden, die im Register eingetragen sind.»

hand des Registereintrags «rasch und einfach erkennen, wer den Berufsregeln unterliegt».¹³³

- 112 Grundsätzlich wird das mit § 14 AnwG/ZH angestrebte Schutzziel somit bereits ausreichend durch Art. 11 Abs. 2 BGFA erreicht, so dass weitergehende kantonale Vorschriften nicht erforderlich und damit unverhältnismässig sind. Aber selbst wenn nach Auffassung des kantonalen Gesetzgebers die Regelung gemäss Art. 11 Abs. 2 BGFA zur Abwendung der Täuschungsgefahr nicht ausreichen sollte, könnte er immer noch mildere Massnahmen treffen, als die beratend tätigen Anwälte umfassend dem BGFA zu unterstellen. So wäre etwa denkbar, im kantonalen Recht noch weitergehende Transparenzvorschriften oder gar Hinweis- und Aufklärungspflichten für nicht registrierte Anwälte zu statuieren.¹³⁴ Auf diese Weise hätte der Kunde Gewissheit, ob der mandatierte Anwalt den Berufsregeln untersteht oder nicht, und es würde auch den Kunden überlassen, zu entscheiden, ob ihnen die Unterstellung des Anwalts unter die Berufsregeln und die Aufsicht überhaupt wichtig ist. Der Regierungsrat ging offenbar entgegen dem Bundesgesetzgeber, dem Bundesgericht und der Lehre davon aus, die Differenzierung zwischen dem Berufsrecht unterstellten und nicht unterstellten Anwälten sei für das Publikum «etwas undurchschaubar» (FN 107); diese reichlich allgemeine und im Übrigen auch wenig plausible Vermutung reicht indessen nicht aus, um schwere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit der rein beratend tätigen Anwälte zu rechtfertigen.

- 113 Schliesslich scheitert § 14 AnwG/ZH auch am Erfordernis der Zumutbarkeit. Der Schutz der Kunden vor Täuschung ist durchaus gewichtig, wiegt aber dennoch wesentlich weniger schwer als das den Berufsregeln von Art. 12 BGFA eigentlich zugrundeliegende Motiv, das darin besteht, die in Gerichtsverfahren eingebundenen Klienten vor nicht wiedergutzumachenden Schäden durch pflichtwidrige Prozessführung zu bewahren (Rz. 76). Ob allein der Täuschungsschutz ausreicht, um sämtliche nicht forensisch tätigen Anwälte der gleichen, umfassenden Berufsregulierung zu unterstellen, die für die prozess- und verfahrensführenden Anwälten gelten, muss bezweifelt werden.

- 114 In diesem Zusammenhang ist ferner zu bedenken, dass die in § 14 Abs. 1 AnwG/ZH i.V.m. Art. 12 lit. b BGFA gestellten Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit einem bestimmten Kreis von Anwälten faktisch verbietet, die Berufsbezeichnung «Rechtsanwalt» zu

führen (Rz. 92–95). Dies gilt insbesondere für Anwälte, die bei einem nicht im Anwaltsregister oder -verzeichnis eingetragenen Arbeitgeber tätig sind – etwa bei Banken, Versicherungen, Treuhändern, Beratungsgesellschaften oder YLEX – und Kunden ihres Arbeitgebers in rechtlichen Angelegenheiten beraten. Für diesen Personenkreis wiegt der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit besonders schwer. Immerhin haben diese Anwälte die gleiche (anspruchsvolle und mit viel Vorbereitungszeit verbundene) Anwaltsprüfung bestanden und verfügen damit über die gleiche berufliche Qualifikation wie ihre im Anwaltsregister eingetragenen Kollegen.

- 115 Entsprechend hat auch das Bundesgericht entschieden, dass den Anwälten ein Verbot, den Titel zu führen, nicht zugemutet werden kann. Ein Verbot ist im Verhältnis zum Interesse der Inhaber eines Anwaltspatents, ihr Fähigkeitszeugnis im Berufsleben zu erwähnen, übertrieben. Auch das Bundesgericht erwähnt als mildere Massnahme, den im Register eingetragenen Anwälten einen Titel zu verleihen, der sich von der allgemeinen Berufsbezeichnung unterscheidet: «Il aurait en effet suffi, pour éviter de tromper le public, d'attribuer aux avocats inscrits au tableau un titre différent de la désignation générale de la profession»; es sei jedoch nicht Aufgabe des Bundesgerichts, den kantonalen Behörden die Lösung vorzuschreiben, die dem angestrebten öffentlichen Interesse entspricht und gleichzeitig den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahr.¹³⁵ Ungeachtet dessen ist an dieser Stelle nochmals zu betonen, dass es angesichts der bundesrechtlichen Vorgabe, den Registereintrag im Geschäftsverkehr zu erwähnen (Art. 11 Abs. 2 BGFA, vgl. Rz. 111), für eine zusätzliche kantonal-rechtliche Regelung schlicht keinen Bedarf gibt, da rein beratend tätigen Anwälten ohne Registereintrag eine entsprechende Kommunikation im Geschäftsverkehr gerade nicht möglich ist. Eine Täuschungsgefahr ist damit von vornherein ausgeschlossen, weshalb es für zusätzliche kantonal-rechtliche Vorgaben betreffend die Verwendung der Berufsbezeichnung unter dem Titel der Erforderlichkeit keinen Raum geben kann.

2. Verhältnismässiger Schutz von weitergehenden Polizeigütern?

- 116 Nachdem die generelle Unterstellung sämtlicher beratender Anwälte unter das Berufsrecht gemäss § 14 AnwG/ZH einzig mit Blick auf den Schutz des Publikums vor Täuschung nicht gerechtfertigt werden kann, stellt sich die Frage, ob es sich mit Blick auf andere Schutzziele um

¹³³ SCHILLER (FN 14), N 322; vgl. auch STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER (FN 6), § 30 N 23; BOHNET/MARTENET (FN 15), N 3682; CR LLCA-SCHUPP/SARDET (FN 14), Art. 11 N 29 ff.

¹³⁴ Vgl. auch HESS (FN 72), 101.

¹³⁵ BGE 112 Ia 318 E. 2c.

eine verhältnismässige Vorschrift handelt. Wie in Kapitel III.B.3. hergeleitet, fehlt es im Bereich der Rechtsberatung mangels eines konkreten Schutzbedürfnisses des Publikums an einem klaren öffentlichen Interesse, um beratend tätige Anwälte einer umfassenden Berufsregulierung zu unterstellen (Rz. 87–100). Dies zeigt sich insbesondere auch darin, dass die – im Vergleich zu den Anwälten *nota bene* weniger umfassend ausgebildeten – Juristen ohne Anwaltspatent, sowie Personen ohne juristische Ausbildung, Rechtsberatung anbieten dürfen, ohne jegliche Berufsregeln beachten zu müssen. Insofern dennoch der Schutz des Publikums vor unqualifizierter Rechtsberatung als Grund für die Unterstellung der beratend tätigen Anwälte unter die Berufsregeln vorgebracht würde, müsste die gleichzeitige Ausnahme der Nichtanwälte vom Berufsrecht als *krass unverhältnismässig*, widersprüchlich und damit auch *willkürlich* (Art. 9 BV) qualifiziert werden (zum Grundsatz der Gleichbehandlung unten Rz. 126–134).

117 Selbstverständlich haben auch Kunden der Rechtsberatung ein berechtigtes Interesse daran, dass der Anwalt sorgfältig arbeitet und keine Interessenkollisionen eingeht. Allerdings sind diese privaten Interessen der Kunden – mangels eines effektiven Gefährdungsrisikos – bereits ausreichend durch die auftragsrechtliche Pflicht zur sorgfältigen Berufsausübung gemäss Art. 398 OR geschützt,¹³⁶ woraus sich u.a. auch die Pflicht des Auftragnehmers ergibt, keine Interessenkollisionen einzugehen. Entsprechend fehlt es an der Erforderlichkeit, um diese Pflichten auch über ein öffentlich-rechtliches Berufs- und Aufsichtsrecht abzusichern.

118 Gleiches gilt mit Blick auf die Werbung. Die Kunden der Rechtsberatung sind bereits durch das lauterkeitsrechtliche Verbot vor unrichtiger und irreführender Werbung geschützt (Art. 3 Abs. 1 UWG), so dass keine weitergehenden Anforderungen an die Werbung gestellt werden müssen.

119 Schliesslich bleibt auf das in der Lehre geäusserte Argument einzugehen, wonach die Anwälte dem Publikum den «Zugang zum Recht» gewährleisten und auch Personen, die eine Rechtsberatung suchen, die Möglichkeit haben müssen, einen Anwalt beizuziehen, der an die Berufsregeln gebunden ist.¹³⁷ Diesem Anliegen ist ohne weiteres Rechnung getragen, indem die nach Art. 6 BGFA im kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwälte auch mit Blick auf ihre Beratungstätigkeit den Berufsregeln unterstehen (Rz. 79). Es ist deshalb nicht erforderlich, die

Berufsregeln auch auf alle nicht forensisch tätigen Anwälte anzuwenden.

120 Im Übrigen zeigt in diesem Zusammenhang gerade das Beispiel von YLEX, dass letztlich nicht die Berufsregulierung, sondern der Wettbewerb den Zugang zum Recht erleichtert.¹³⁸ Kundenorientierte Beratungsangebote mit hoher Qualität und vorteilhaften Konditionen sind das Ergebnis von Wettbewerb. Dank diesen Angeboten erhalten auch Personen Zugang zum Recht, die aus Kostengründen, Berührungängsten oder anderen Gründen keine klassische Anwaltskanzlei aufsuchen würden.

3. Verhältnismässigkeit von Disziplinarsanktionen gegen angestellte Anwälte?

121 Neben den Berufsregeln müssen auch die im Fall eines Verstosses ausgesprochenen Disziplinarsanktionen dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechen. Je nachdem, ob die Art der Disziplinarsanktion in ein Grundrecht eingreift oder nicht, richtet sich der Prüfmasstab der Verhältnismässigkeit entweder nach Art. 5 Abs. 2 BV oder nach Art. 36 Abs. 3 BV (vgl. Rz. 67). In beiden Fällen muss die Sanktion geeignet und erforderlich sein, um das Ziel der General- und Spezialprävention zu erreichen. Ferner muss die Sanktion gestützt auf eine Abwägung der öffentlichen Interessen der Prävention und die Schwere der Beeinträchtigung der privaten Interessen für die betroffene Person zumutbar sein.

122 Eine Sanktion ist nur dann *geeignet*, das Verhalten des Normadressaten im Sinne der General- und Spezialprävention positiv zu beeinflussen, wenn der Normadressat überhaupt faktisch und rechtlich in der Lage ist, das der Pflichtwidrigkeit zugrundeliegende Verhalten zu kontrollieren. Entsprechend setzt eine Verwaltungssanktion immer zwingend ein Verschulden der sanktionierten Person voraus,¹³⁹ selbst wenn dies in der verwaltungsrechtlichen Sanktionsnorm (im Unterschied zu den Strafnormen des Nebenstrafrechts) nicht explizit als subjektives Tatbestandsmerkmal verankert ist. Bereits aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Erfordernis der Eignung ergibt sich, dass nur vorsätzlich oder fahrlässig begangene Rechtsverstösse sanktioniert werden dürfen. Eine Diszip-

¹³⁶ Vgl. FELLMANN (FN 8), N 344.

¹³⁷ SCHILLER (FN 14), N 314, 330.

¹³⁸ Vgl. auch zur Bedeutung der Rechtsschutzversicherer ARNET (FN 57), 4.

¹³⁹ DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER (FN 9), 64 f.; LOCHER (FN 9), N 190; JAAG (FN 9), N 23.79; BERNHARD WALDMANN/RENÉ WIEDERKEHR, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zürich 2019, 325: «schuldhaftes Pflichtverletzung»; FELLMANN (FN 8), N 722; STAEHELIN/GROLIMUND/BACHOFNER (FN 6), § 30 N 56; Bundesrat, *Pekuniäre Verwaltungssanktionen* (FN 9), 37 ff.; vgl. auch BGE 143 II 297 E. 9.6 hinsichtlich KG-Sanktionen; BGE 129 II 92 E. 2.1 hinsichtlich SVG-Sanktionen.

linarsanktion setzt folglich mindestens Fahrlässigkeit im Sinne einer pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit voraus.

123 Insofern angestellte Anwälte, die Kunden ihres (den Berufsregeln nicht unterstellten) Arbeitgebers rechtlich beraten und im Rahmen des Arbeitsrechts an die Weisungen des Arbeitgebers gebunden sind, ebenfalls dem AnwG/ZH unterstehen sollten (vgl. Rz. 47–60), ist zu prüfen, ob ihnen die Pflichtverletzung überhaupt persönlich vorgeworfen werden kann. Im vorliegenden Fall ist es so, dass die von der Aufsichtscommission untersuchte Werbung durch die Geschäftsleitung von YLEX am Hauptsitz in Aarau veranlasst worden ist; im Kanton Aargau untersteht die Werbung von rein beratend tätigen Anwälten auch keinerlei Einschränkungen (eingehend Rz. 145). Die in den «Stores» tätigen Mitarbeitenden, inklusive der Anwältinnen und Anwälte, gegen die ein Disziplinarverfahren eröffnet worden ist, hatten und haben keinerlei Mitspracherecht zu den Werbeaktionen von YLEX. Selbst wenn also das AnwG/ZH auf die betroffenen Anwälte anwendbar sein und die Werbeaktion gegen das Objektivitätsgebot von § 14 Abs. 1 AnwG/ZH i.V.m. Art. 12 lit. d BGFA verstossen sollte, wäre der Verstoss nicht auf eine vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtwidrigkeit der Mitarbeitenden zurückzuführen. Die Mitarbeitenden würden im Ergebnis nicht für ihr eigenes Fehlverhalten, sondern für das (vermeintliche) Fehlverhalten ihres Arbeitgebers sanktioniert.

124 Die Mitarbeitenden trifft folglich kein Verschulden, weshalb eine Sanktion keinerlei präventive Wirkung entfalten könnte und folglich auch nicht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar wäre. Insofern trifft die von der Wettbewerbskommission im Rahmen der Vernehmlassung zum AnwG/ZH geäusserte Kritik zu, dass sich die Berufsregeln gegenüber rein beratend tätigen Anwälten (im Anstellungsverhältnis) gar nicht durchsetzen lassen.¹⁴⁰

4. Zwischenfazit

125 Insofern das AnwG/ZH im Bereich der reinen Rechtsberatung das Ziel verfolgt, die Kunden vor Täuschung zu schützen, indem ihnen gegenüber Klarheit geschaffen wird, ob ein Anwalt den Berufsregeln und der Aufsicht untersteht oder nicht, handelt es sich bei der getroffenen Regelung, die beratend tätigen Anwälte umfassend den Regeln des BGFA zu unterstellen, um einen unverhältnismässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Soweit dieses Schutzziel nicht bereits durch Art. 11 Abs. 2

BGFA vollständig abgedeckt ist, könnte es beispielsweise mit weniger einschneidenden Transparenzvorschriften erreicht werden. Schliesslich wäre es nicht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar, angestellte und weisungsgebundene Anwälte, die Kunden ihres (nicht den Berufsregeln unterstellten) Arbeitgebers rechtlich beraten, wegen einer Pflichtverletzung zu sanktionieren, für die allein der Arbeitgeber verantwortlich zeichnet und für welche die Mitarbeitenden folglich keinerlei Verschulden trifft.

IV. Anwaltsgesetz Zürich als Ungleichbehandlung von Konkurrenten

126 Aus dem Grundrecht und dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit leitet die Rechtsprechung über das Freiheitsrecht hinaus auch die Grundsätze der Gleichbehandlung von Konkurrenten und der staatlichen Wettbewerbsneutralität ab (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV). Demnach ist der Staat verpflichtet, in einem Markt miteinander konkurrierende Unternehmen gleich zu behandeln. Der vom Bundesgericht entwickelte Anspruch auf Gleichbehandlung der Konkurrenten verbietet staatliche Massnahmen, «die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen».¹⁴¹

127 Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten beinhaltet einen strengeren Prüfmasstab als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 BV.¹⁴² Letzteres untersagt die unterschiedliche Behandlung von gleichgelagerten Sachverhalten nur insofern, als kein sachlicher Differenzierungsgrund besteht.¹⁴³ Als sachlich gelten auch wirtschafts- und regionalpolitische Gründe, weshalb Art. 8 BV wirtschafts- und regionalpolitisch begründete Ungleichbehandlungen und damit die Bevorteilung einzelner Konkurrentengruppen nicht ausschliesst.¹⁴⁴ Demgegenüber können unter dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 27 und Art. 94 BV wirtschafts-, regional- und standespolitisch begründete Differenzierungen, die darauf ausgerichtet sind, gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu bevorteilen, grundsätz-

¹⁴¹ BGE 131 II 271 E. 9.2.2.

¹⁴² VALLENDER/HETTICH/LEHNE (FN 28), § 5 N 70; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (FN 4), § 5 N 41.

¹⁴³ BGE 120 Ia 126 E. 6b; BGE 121 I 129 E. 3b; BGE 137 I 167 E. 3.5.

¹⁴⁴ BGE 121 I 279 E. 5c.

¹⁴⁰ WEKO, Stellungnahme zum AnwG/ZH, RPW 2002/2, 378, 380.

lich nicht gerechtfertigt werden.¹⁴⁵ Solche Massnahmen können nur gestützt auf eine explizite Verfassungsgrundlage aufrechterhalten werden (Art. 94 Abs. 4 BV).

128 Im vorliegenden Fall geht es um die Betrachtung der Konkurrenzverhältnisse im sachlich relevanten Markt der Rechtsberatung ausserhalb des «Anwaltsmonopols». In diesem Markt stehen sich folgende Personengruppen bzw. Marktteilnehmer als direkte Konkurrenten gegenüber:

- BGFA-Anwälte: Die gemäss BGFA in einem kantonalen Register verzeichneten Anwälte, die neben ihrer forensischen Tätigkeit im «Monopolbereich» auch rechtsberatend ausserhalb des «Monopols» tätig sind. Die BGFA-Anwälte unterstehen auch im Bereich der Rechtsberatung den Berufsregeln gemäss BGFA und sind namentlich durch die Anforderungen an die Organisationsform und die Werbemöglichkeiten in ihrer Konkurrenzfähigkeit beeinträchtigt.
- AnwG/ZH-Anwälte: Die ausschliesslich in der Rechtsberatung – und damit nicht dem BGFA unterstellten – tätigen und unter entsprechender Berufsbezeichnung auftretenden Anwälte unterstehen gestützt auf § 14 AnwG/ZH «sinngemäss» denselben Berufsregeln wie die BGFA-Anwälte. Nach einem strengen Verständnis des AnwG/ZH gelten dieselben Anforderungen an die Organisationsform und die Werbemöglichkeiten, weshalb sie in ihrer Konkurrenzfähigkeit gleichermassen eingeschränkt sind.
- Juristen ohne Anwaltspatent: Die an einer Universität oder einer Fachhochschule ausgebildeten Juristen (BLaw/MLaw), die über kein Anwaltspatent verfügen, unterstehen im Markt für Rechtsberatung keinerlei verwaltungsrechtlichen Berufsregeln. Sie sind gegenüber ihren Kunden obligationenrechtlich zur sorgfältigen Ausführung des Auftrags verpflichtet (Art. 398 OR). Es bestehen keinerlei berufsspezifische Einschränkungen hinsichtlich Organisationsform oder Werbemöglichkeiten.
- Anwälte, die auf eine Berufsbezeichnung als Anwälte verzichten: Für Anwälte, die auf das Führen der Berufsbezeichnung verzichten, gelten die gleichen verwaltungsrechtlichen Berufsregeln wie für Juristen ohne Anwaltspatent: nämlich keine.
- Nichtjuristen: Schliesslich sind auch Personen ohne spezifische juristische Ausbildung zum Markt für Rechtsberatung zugelassen. Sie unterstehen wie Juristen keinerlei verwaltungsrechtlichen Pflichten und können ihr Angebot innerhalb der lauterkeitsrechtlichen Schranken frei bewerben.

129 Die Gegenüberstellung der aufgeführten Personengruppen zeigt, dass BGFA/AnwG/ZH-Anwälte einen signifikanten Wettbewerbsnachteil erdulden müssen. Die Regulierung bewirkt eine klare Ungleichbehandlung von Konkurrenten, weshalb zu prüfen ist, ob die Ungleichbehandlung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden kann. Dabei gilt es, zwischen den BGFA-Anwälten und den AnwG/ZH-Anwälten zu differenzieren:

130 Die Benachteiligung der *BGFA-Anwälte* kann anhand von sachlichen Gründen gerechtfertigt werden.¹⁴⁶ Das Berufsrecht der BGFA-Anwälte dient im Bereich der forensischen Tätigkeit einem legitimen öffentlichen Interesse (Rz. 75–77). Die Einhaltung der Berufsregeln bildet für die Anwälte gewissermassen das «Eintrittsticket» für die Tätigkeit im Monopolbereich. So hält auch das Bundesgericht mit Blick auf die ungleichen Anforderungen an die Werbung explizit fest:

131 «In der Lehre wird sogar die Auffassung vertreten, die in Art. 12 lit. d BGFA statuierte Werbebeschränkung «diskriminiere» die Anwälte gegenüber der ausserberuflichen Konkurrenz auf dem immer wichtiger werdenden Rechtsberatungsmarkt (vgl. SCHÜTZ, S. 128). Dem ist entgegenzuhalten, dass die vom Beschwerdeführer genannten «Wirtschaftssubjekte» im Unterschied zum (eingetragenen) Rechtsanwalt nicht vor Gericht prozessieren dürfen, was für die rechtsuchende Partei von grosser Bedeutung ist. Die unterschiedliche Behandlung ist daher grundsätzlich nicht zu beanstanden, so dass eine verfassungskonforme Auslegung von Art. 12 lit. d BGFA im beantragten Sinn hier fehl am Platz wäre.»¹⁴⁷

132 Ferner ist es sowohl aus materiellen Gründen als auch aus Praktikabilitätsgründen nachvollziehbar, dass die BGFA-Anwälte auch ausserhalb der forensischen Tätigkeit an die Berufsregeln gebunden sind. In materieller Hinsicht kann die unsorgfältige Rechtsberatung eines Anwalts berechtigte Zweifel an seiner Eignung für die prozessführende Tätigkeit begründen (Rz. 78). Aus Gründen der Praktikabilität wäre es sodann kaum möglich, bei der Anwendung der Berufsregeln trennscharf zwischen der forensischen und der beratenden Tätigkeit zu differenzieren. So wäre es beispielsweise kaum praktikabel, wenn eine sowohl forensisch als auch beratend tätige Anwaltskanzlei zwar

¹⁴⁵ BGE 121 I 129 E. 3b; BGE 125 I 431 E. 4b/aa; differenziert RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (FN 4), § 5 N 108 f.

¹⁴⁶ So auch BOHNET/MARTENET (FN 15), N 3681 f.

¹⁴⁷ BGer, 2C_259/2014, 10.11.2014, E. 4.2.

ihre Rechtsberatung frei bewerben dürfte, gleichzeitig aber bei Werbung für die forensische Tätigkeit an das Objektivitätsgebot gebunden wäre.

- 133 Hingegen ist nicht ersichtlich, welcher sachliche Grund die Benachteiligung der *AnwG/ZH-Anwälte* gegenüber den Anwälten ohne Berufsbezeichnung, den Juristen ohne Anwaltspatent und Nichtjuristen rechtfertigt.¹⁴⁸ Wie bereits ausgeführt, entspricht der Schutz des Publikums vor unqualifizierter Rechtsberatung keinem legitimen öffentlichen Interesse (Rz. 87–100, 116) und auch keinem legitimen Differenzierungsgrund. Vielmehr müssten nach dieser Logik auch (und erst recht) alle Juristen und Nichtjuristen dem Berufsrecht unterstellt werden. Wie gezeigt liegt der Grund in der Unterstellung der rein beratend tätigen Anwälte im Schutz des Publikums vor Täuschung (Rz. 81–86). Allerdings kann dieses Ziel mit mildereren Massnahmen erreicht werden (Rz. 109–115), weshalb es auch mit Blick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten nicht gerechtfertigt ist, deshalb die beratend tätigen Anwälte gegenüber den beratend tätigen Juristen und Nichtjuristen einem signifikanten Wettbewerbsnachteil auszusetzen.

- 134 Mit Blick auf das Gesagte ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Unterstellung der ausschliesslich beratend tätigen Anwälte unter das Berufsrecht gemäss BGFA gegenüber anderen im Beratungsmarkt tätigen Juristen und Nichtjuristen zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Konkurrenten führt.

V. Anwaltsgesetz Zürich als Eingriff in die Binnenmarktfreiheit

- 135 Gemäss Zweckbestimmung soll das Binnenmarktgesetz gewährleisten, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Das Gesetz soll insbesondere die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz erleichtern, die Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der Marktzulassungsbedingungen unterstützen, die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft stärken und den wirtschaftlichen Zusammenhalt der Schweiz festigen (Art. 1 Abs. 2 BGBM).

- 136 Die Rechtsdienstleistungen unterstehen sowohl innerhalb als auch ausserhalb des BGFA umfassend dem sachlichen Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes

(Rz. 38). Gegenstand der Fragestellung von Kapitel 5 bildet der interkantonale Marktzugang von beratend tätigen Anwälten ausserhalb des «Anwaltsmonopols», d.h. ausserhalb des Geltungsbereichs des BGFA. Dieser Bereich ist ausschliesslich durch kantonales Recht geregelt, so dass keinerlei Abgrenzungsfragen zum BGFA¹⁴⁹ oder zu den bundesrechtlichen Prozessordnungen¹⁵⁰ zu prüfen sind. Der interkantonale Marktzugang ist ausschliesslich nach dem Binnenmarktgesetz zu beurteilen.¹⁵¹

- 137 Das BGBM ist als Rahmenerlass konzipiert und beschränkt sich auf die Festlegung der für einen funktionierenden Binnenmarkt elementaren Grundsätze.¹⁵² Das Gesetz sieht davon ab, die materiellen Vorschriften der Kantone zu harmonisieren,¹⁵³ sondern sieht zur Durchsetzung der Binnenmarktfreiheit verschiedene Marktzugangsansprüche vor:¹⁵⁴

- Anspruch auf diskriminierungsfreien Marktzugang (Diskriminierungsverbot, Art. 3 Abs. 1 lit. a und Art. 3 Abs. 3 BGBM wie auch Art. 2 Abs. 7 und Art. 5 BGBM);
- Anspruch auf beschränkungsfreien Marktzugang (Beschränkungsverbot, Art. 3 Abs. 1 BGBM);
- Anspruch auf Anerkennung von Fähigkeitsausweisen (Anerkennungsgrundsatz, Art. 4 BGBM);
- Anspruch auf Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften (Herkunftsprinzip, Art. 2 Abs. 1–4 BGBM);
- Anspruch auf Anerkennung von kantonalen Zulassungsentscheiden (Art. 2 Abs. 6 BGBM);
- Anspruch auf Ausschreibung von öffentlichen Aufträgen (Art. 5 BGBM) und Konzessionen (Art. 2 Abs. 7 BGBM) der Kantone.

- 138 Mit Blick auf die vorliegende Fragestellung ist zu prüfen, ob das Herkunftsprinzip gemäss Art. 2 Abs. 1–5 BGBM

¹⁴⁹ BGE 134 I 329 E. 5; BGE 144 II 147 E. 4 ff.

¹⁵⁰ BGE 141 II 280 E. 6 ff.

¹⁵¹ VINCENT MARTENET, L'indépendance et la publicité des avocats – perspectives fédérales et transcantoniales, AJP 2000, 667 ff., 672; vgl. auch BOHNET/OTHENIN-GIRARD (FN 14), Art. 1 N 41, 47, 50.

¹⁵² DAVID HERREN, Das Cassis de Dijon-Prinzip, Bern 2014, 207.

¹⁵³ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM), BBl 1995 I 1213 ff. (zit. Botschaft BGBM), 1214; Botschaft vom 24. November 2004 über die Änderung des Binnenmarktgesetzes, BBl 2005 465 ff. (zit. Botschaft revBGBM), 470; THOMAS COTTIER/MANFRED WAGNER, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), AJP 1995, 1582 ff., 1583; NICOLAS DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 2015, 209 ff., 210.

¹⁵⁴ NICOLAS DIEBOLD, Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, SBVR Bd. XI, 3. A., Basel 2020, 465 ff., 484 f.

¹⁴⁸ Vgl. auch BOHNET/MARTENET (FN 15), N 3684.

der Anwendung des AnwG/ZH auf ortsfremde Anbieter von Rechtsberatung entgegensteht.

A. Anspruch auf Marktzugang und Ausübung der Tätigkeit nach dem Herkunftsprinzip

139 Der Gesetzgeber orientierte sich bei der Schaffung des Binnenmarktgesetzes Mitte der 1990er Jahre stark an den handelsrechtlichen Grundsätzen, die im Rahmen des GATT 1947, der damaligen EG und des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und der EG von 1972 entwickelt worden waren. Kern des Binnenmarktgesetzes sollte ein auf die schweizerischen Rechtsverhältnisse angepasstes Herkunftsprinzip und das Diskriminierungsverbot sein.¹⁵⁵ Bei der Umsetzung des Herkunftsprinzips ging der Schweizer Gesetzgeber jedoch einen wesentlichen Schritt weiter als das Binnenmarktrecht der damaligen EG. Während in der EG bzw. der heutigen EU das Herkunftsprinzip grundsätzlich auf den Bereich des Warenverkehrs beschränkt war, dehnte der Schweizer Gesetzgeber dieses Prinzip auf Dienst- und Arbeitsleistungen aus (Art. 2 Abs. 3 BGBM).¹⁵⁶ Seit der Teilrevision des Binnenmarktgesetzes von 2005 findet das Herkunftsprinzip zudem auch auf die Niederlassungsfreiheit Anwendung (Art. 2 Abs. 4 BGBM).¹⁵⁷

140 Gemäss Art. 2 Abs. 4 BGBM hat jede Person, die eine Erwerbstätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, «sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit unter Vorbehalt von Artikel 3 nach den Vorschriften des Ortes der Erstniederlassung auszuüben. Dies gilt auch wenn die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgegeben wird. Die Aufsicht über die Einhaltung der Vorschriften der Erstniederlassung obliegt den Behörden des Bestimmungsortes.»

141 Das Herkunftsprinzip gilt sowohl für natürliche als auch für juristische Personen. Gestützt auf die in Art. 2 Abs. 4 BGBM verankerte und nach dem Herkunftsprinzip ausgestaltete Niederlassungsfreiheit haben Unternehmen

das Recht, ihre Tätigkeit schweizweit nach den am Ort ihrer Erstniederlassung geltenden Vorschriften auszuüben. Der Hauptsitz von YLEX befindet sich in Aarau, Kanton Aargau, am Geschäftssitz der Alleinaktionärin von YLEX (Rz. 1–4). In Aarau ist die Geschäftsleitung von YLEX tätig, welche neben der «Store»-Leitung auch zentrale Aufgaben in den Bereichen Finanzen, Marketing, Infrastruktur und Angebotsmanagement wahrnimmt. Neben den Führungs- und Managementaufgaben erteilen die in Aarau tätigen Mitglieder der Geschäftsleitung vereinzelt auch Rechtsberatung zuhanden der Kundinnen und Kunden von YLEX. Der für die Strategie zuständige Verwaltungsrat führt seine Sitzungen ebenfalls am Geschäftssitz in Aarau durch. Die Rechtsberatung erfolgt grossmehrheitlich durch die Mitarbeitenden in den «Walk-in-Stores», die sich in den Städten Bern, St. Gallen, Winterthur und Zürich befinden.

142 Gemäss Botschaft zum BGBM und Lehre ist die binnenmarktrechtliche Herkunft eines Unternehmens – analog zur Inkorporationstheorie zur Feststellung der Staatsangehörigkeit einer Unternehmung – nach dem im Handelsregister ausgewiesenen Sitz zu beurteilen.¹⁵⁸ Gleichzeitig wird in der Rechtsprechung und Lehre auch die Auffassung vertreten, dass eine Berufung auf Art. 2 Abs. 4 BGBM nicht möglich ist, wenn die betreffende Person über die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit verfügt, diese aber nicht ausübt; diesfalls liege kein interkantonalen Sachverhalt vor.¹⁵⁹ So hat das Bundesgericht einem in Deutschland diplomierten Arzt und im Kanton Schwyz zugelassenen Arzt den Anspruch auf Marktzugang gestützt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM verweigert, weil er im Kanton Schwyz gar nie als Arzt tätig war; diesem Urteil lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

143 «Der Beschwerdeführer stellte nach mehreren vergeblichen Anläufen in den Kantonen Zürich und Zug ein Gesuch um Bewilligung im Kanton Schwyz. Diese wurde ihm schliesslich ab 1. Juli 2009 dank eines Entscheids des Verwaltungsgerichts Schwyz vom 11. Dezember 2008 erteilt. Wie die Vorinstanzen richtig bemerken, geht es nicht an, dass durch einen «Instanzen- und Gerichtstourismus» die kurz zuvor in den Kantonen Zürich und Zug getroffenen Entscheide umgangen bzw. ausgehebelt werden. Offenbar will der Beschwerdeführer eine Zahnarztpraxis nicht im Kanton Schwyz,

¹⁵⁵ Botschaft BGBM (FN 153), 1257.

¹⁵⁶ Botschaft BGBM (FN 153), 1263: «Der Entwurf beschränkt die Anwendung des Prinzips [sic. Herkunftsprinzips] indessen nicht auf den Warenbereich, sondern bringt den Grundsatz der Anerkennung von Zulassungen am Herkunftsort für alle Formen der Erwerbstätigkeiten zur Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 3).»

¹⁵⁷ Botschaft revBGBM (FN 153), 484 f.; DIEBOLD (FN 10), N 1218–1226; OESCH/RENFER (FN 37), Art. 2 N 3; MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand – Droit de la concurrence*, 2. A., Basel 2013, Art. 2 I–VI LMI N 2.

¹⁵⁸ Botschaft BGBM (FN 153), 1261; HERREN (FN 152), 210; DIEBOLD (FN 154), N 15.

¹⁵⁹ BGer, 2C_848/2009, 11.5.2010, E. 4.2; OESCH/RENFER (FN 37), Art. 2 N 3; kritisch DIEBOLD (FN 10), N 1256 ff.

sondern nur im Kanton Zürich (oder Zug) führen. Obwohl er über eine Bewilligung für den Kanton Schwyz verfügt, hat er von ihr dort bisher keinen Gebrauch gemacht. Bereits eine frühere Bewilligung dieses Kantons liess er mangels Aufnahme der bewilligten Tätigkeit nach knapp zwei Jahren verfallen. Auch in seinen Eingaben an die Vorinstanz und an das Bundesgericht lässt er schliesslich antönen, für ihn komme nur eine selbständige Tätigkeit in den Kantonen Zürich oder Zug in Frage, nicht jedoch im Kanton Schwyz.»¹⁶⁰

144 Der Arzt hat sich im erwähnten Urteil offenkundig rechtsmissbräuchlich auf das Binnenmarktgesetz berufen, weshalb das Bundesgericht den Marktzugangsanspruch zu Recht verweigert hat. Allerdings lässt sich diese Rechtsprechung nicht auf die Situation von YLEX übertragen. YLEX entfaltet in Aarau mit der Geschäftsführung und der Leitung der «Stores» eine effektive unternehmerische Tätigkeit. Es liegt offenkundig ein interkantonaler Sachverhalt vor. Bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 4 BGBM kann – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – nicht entscheidend sein, ob am Ort der Niederlassung die Unternehmensführung oder die regulierte Tätigkeit selber ausgeführt wird. Die Entscheidungen über die Ausgestaltung der Angebote der Rechtsberatung, die Organisation der Unternehmung bis hin zum Marketing werden alle in Aarau getroffen. Die in den «Walk-in-Stores» tätigen Mitarbeitenden haben gar nicht die unternehmerische Kompetenz, diese strategischen Entscheidungen zu treffen. Entsprechend gilt nach hier vertretener Auffassung Aarau als Ort der Niederlassung, so dass sich die Tätigkeit von YLEX schweizweit nach den Vorschriften des Kantons Aargau richten. Ob im Kanton Aargau auch ein «Store» betrieben und Rechtsberatung angeboten wird, kann für die Bestimmung des Herkunftsorts nicht entscheidend sein.

145 Als Herkunftsvorschriften ist im Fall von YLEX folglich auf die Vorschriften des Kantons Aargau abzustützen. Das Einführungsgesetz des Kantons Aargau zum BGFA (EG BGFA/AG) gilt für «die Ausübung des Anwaltsberufs im Kanton Aargau» (§ 1), wobei aus der Systematik des Gesetzes deutlich hervorgeht, dass damit nur die Tätigkeit im «Anwaltsmonopol» des BGFA gemeint ist (vgl. § 2 zum «Anwaltsmonopol»). Die Zuständigkeit der Aufsichtskommission ist auf den Vollzug des BGFA beschränkt (§ 7 Abs. 1 lit. a), woraus deutlich wird, dass die Tätigkeit der Rechtsberatung ausserhalb des Geltungsbe-

reichs des BGFA keinerlei kantonalrechtlichen Voraussetzungen oder Anforderungen untersteht.

146 Wenn *arguendo* verlangt würde, dass nur dann ein binnenmarktrechtlicher Herkunftsort vorliegt, wenn an diesem Ort die regulierte Tätigkeit auch tatsächlich angeboten wird, so müsste vorliegend auf die Örtlichkeiten der «Walk-in-Stores» abgestützt werden. YLEX betreibt «Stores» in den Kantonen Bern, St. Gallen und Zürich, so dass sich die Frage stellen würde, welcher dieser Kantone als Herkunftsort gilt. Art. 2 Abs. 4 BGBM spricht vom «Ort der Erstniederlassung», was für das zeitliche Kriterium der Eröffnung der jeweiligen «Stores» sprechen würde. YLEX hat ihren ersten «Store» im September 2019 im Kanton Bern eröffnet, womit folglich auf die Vorschriften des Kantons Bern als Herkunftsvorschriften abzustützen wäre. Letztlich haftet aber am Kriterium der zeitlichen Abfolge bei schweizweit tätigen Unternehmen eine gewisse Beliebigkeit an, so dass konsequenterweise dem Unternehmen die Wahl überlassen werden müsste, nach welchem Ort es seine schweizweite Tätigkeit ausrichten möchte.

147 Sollte im vorliegenden Fall der Kanton Bern als Herkunftsort betrachtet werden, so würde sich die Tätigkeit von YLEX nach den Berner Vorschriften richten. Wie das Aargauer Recht regelt auch das Anwaltsgesetz des Kantons Bern (KAG/BE) ausschliesslich das «Anwaltsmonopol». Gemäss Art. 7 Abs. 1 KAG/BE wird die Parteivertretung vor Gerichten und Verwaltungsjustizbehörden erfasst, nicht aber die reine Rechtsberatung. Entsprechend sind auch nur die zur Parteivertretung zugelassenen Anwälte den Berufsregeln (Art. 9 KAG/BE) und der Disziplinaraufsicht (Art. 31 Abs. 1 KAG/BE) unterstellt.

148 Nachdem sowohl der Kanton Aargau als auch der Kanton Bern die rechtsberatende Tätigkeit von YLEX keinerlei berufsspezifischen Vorschriften unterstellt, verlangt das Herkunftsprinzip gemäss Art. 2 Abs. 4 BGBM, dass YLEX in der ganzen Schweiz unabhängig von kantonalrechtlichen Anforderungen – die allenfalls am Ort einer Niederlassung oder am Ort der Kunden gelten – freien Zugang zur Tätigkeit erhält und diese frei ausüben kann.¹⁶¹ Der Anspruch auf Marktzugang gilt indessen nicht absolut. Die allenfalls strengeren Vorschriften des Bestimmungsorts wirken sich als Marktzugangsbeschränkungen i.S.v. Art. 3 Abs. 1 BGBM aus. Die Behörden des Bestimmungsorts können ihre eigenen Vorschriften nur dann auf ausserkantonale Anbieter anwenden, wenn (a) die Gleichwertigkeitsvermutung von Art. 2 Abs. 5 BGBM widerlegt

¹⁶⁰ BGer, 2C_848/2009, 11.5.2010, E. 4.2.

¹⁶¹ BOHNET/MARTENET (FN 15), N 797 f. und N 3682.

werden kann und (b) die Marktzugangsbeschränkung die Rechtfertigungsvoraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllt.

B. Abweichungen von den Herkunftsvorschriften

149 Grundsätzlich gilt jede Vorschrift des AnwG/ZH, die auf ortsfremde Anwälte im Bereich der Rechtsberatung anwendbar ist, als Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM. Eine Besprechung und binnenmarktrechtliche Prüfung sämtlicher über § 14 AnwG/ZH anwendbaren Berufsregeln würde den Rahmen des vorliegenden Gutachtens sprengen, weshalb nachfolgend beispielhaft auf die Meldepflicht (Kap. V.B.1.), die Anforderung an die institutionelle Unabhängigkeit (Kap. V.B.2.) und die Beschränkung der Werbefreiheit (Kap. V.B.3.) eingegangen wird.

1. Meldepflicht und kantonales Anwaltsverzeichnis als Marktzugangsbeschränkung

150 Meldepflichten und Pflichten zur Eintragung in kantonale Register wirken sich als formale Marktzugangsbeschränkungen aus, die gegenüber ortsfremden Anbietern nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM durchgesetzt werden können.¹⁶² Dies gilt umso mehr, als die Eintragung in das Register an gewisse Voraussetzungen geknüpft ist, wie etwa das Vorliegen einer Berufshaftpflichtversicherung. Gemäss Art. 3 Abs. 3 BGBM haben ortsfremde Anbieter Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren.

151 Eine einfache Meldepflicht kann im interkantonalen Verhältnis insofern gerechtfertigt sein, als die Behörde des Bestimmungsorts gemäss Art. 2 Abs. 4 Satz 3 BGBM dafür zuständig ist, die Einhaltung der Vorschriften der Erstniederlassung zu überwachen. Die Aufsichtsbehörde des Bestimmungsorts kann ihre Aufsichtsfunktion nur wahrnehmen, wenn sie überhaupt Kenntnis davon hat, welche Anbieter in ihrem Hoheitsgebiet tätig sind.¹⁶³ Entsprechend wäre auch eine einfache Meldepflicht binnenmarktrechtlich unbedenklich. Dabei ist indessen zu beachten, dass die Behörde des Bestimmungsorts nur

dann über ein Aufsichtsinteresse verfügt, wenn die Anbieterin gemäss den am Herkunftsort geltenden Vorschriften überhaupt irgendwelche Berufsregeln zu beachten hat. Andernfalls handelt es sich bei der Meldepflicht und dem kantonalen Verzeichnis um eine unnötige und damit unverhältnismässige Marktzugangsbeschränkung.

152 Im vorliegenden Fall ist die Tätigkeit von YLEX gemäss dem Aargauischen Anwaltsrecht keinerlei Vorschriften unterstellt. Entsprechend kann die Zürcher Aufsichtskommission die Meldepflicht gemäss § 16 Abs. 1 AnwG/ZH nur dann auf ortsfremde Anbieter anwenden, wenn die Zürcher Berufsregeln gemäss § 14 AnwG/ZH nach Art. 3 BGBM gerechtfertigt werden können.

2. Anforderung an die institutionelle Unabhängigkeit als Marktzugangsbeschränkung

153 Der Anspruch auf Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften umfasst das Recht eines Unternehmens, sich nach den Vorschriften des Herkunftsorts zu organisieren und die gewählte Organisationsform auf Niederlassungen in anderen Kantonen anzuwenden. So ist es etwa einer im Kanton St. Gallen rechtmässig als Aktiengesellschaft konstituierten Zahnarztpraxis gestützt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM gestattet, auch in anderen Kantonen Niederlassungen in der Form einer AG zu gründen, selbst wenn das kantonale Recht am Bestimmungsort verlangt, dass die zahnärztliche Tätigkeit freiberuflich ausgeübt werden muss.¹⁶⁴ Umgekehrt darf einem im Kanton Luzern als Rettungssanitäter im selbständigen Erwerb zugelassenen Rettungssanitäter der Zugang als freiberuflicher Sanitäter im Kanton Graubünden nicht mit dem Argument verweigert werden, dass der Beruf gemäss dem Bündner Gesundheitsrecht nur im Anstellungsverhältnis möglich ist.¹⁶⁵

154 Mit Blick auf das Gesagte wird deutlich, dass YLEX ihre «Stores» in den Kantonen Bern, St. Gallen und Zürich gemäss den Aargauer Vorschriften gesellschaftsrechtlich frei organisieren und beratende Anwälte im Anstellungsverhältnis beschäftigen darf. Insofern das Zürcher Anwaltsgesetz verlangen sollte, dass rein beratend tätige Anwälte institutionell unabhängig sein müssen und entsprechend nicht die Kunden ihres (nicht an die Berufsregeln gebundenen) Arbeitgebers rechtlich beraten dürfen (vgl. Rz. 50–59), so handelt es sich bei dieser Vorschrift um eine rechtfertigungspflichtige Marktzugangsbe-

¹⁶² DIEBOLD/BERTHOUD (FN 23), 144; DIEBOLD (FN 10), N 1356 ff.; WEKO, Empfehlung betreffend die Verwaltungspraxis des Kantons Tessin bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen vom 19.12.2016, RPW 2017/1 (zit. WEKO, Empfehlung Tessin), 171, N 11 ff., 17 ff.; WEKO, Gutachten betreffend Zulassung von ortsfremden Anbieterinnen von Sicherheitsdienstleistungen im Gebiet der KÜPS-Kantone vom 5.12.2016, RPW 2017/1 (zit. WEKO, Gutachten KÜPS), 130, N 17.

¹⁶³ DIEBOLD (FN 10), N 1361.

¹⁶⁴ Kanton Zürich, Entscheid, 21.2.2012, RPW 2012/3, 528; Kanton Schaffhausen, Entscheid vom 7.8.2015, RPW 2015/3, 428.

¹⁶⁵ Vgl. die Übersicht über die kantonale Zulassung von selbstständigen Rettungssanitätern in: RPW 2012/3, 530 ff.

schränkung.¹⁶⁶ Eine Marktzugangsbeschränkung liegt auch dann vor, wenn die Zürcher Regelung dahingehend ausgelegt würde, dass es den angestellten Anwälten untersagt ist, den Anwaltstitel zu führen (Rz. 95). Auch diese Beschränkung müsste nach Art. 3 BGBM gerechtfertigt werden.

3. Anforderung an die Werbung als Marktzugangsbeschränkung

155 Das Herkunftsprinzip gemäss Art. 2 Abs. 4 BGBM umfasst Vorschriften, die nicht direkt den Marktzugang, sondern vielmehr die Art und Weise der Ausübung einer Tätigkeit regeln. Im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere zu klären, ob die gemäss § 14 Abs. 1 AnwG/ZH i.V.m. Art. 12 lit. d BGFA auferlegte Anforderung an die Werbung als rechtfertigungspflichtige Marktzugangsbeschränkung gilt.

156 Vorab ist festzuhalten, dass sich die Berufsregeln gemäss § 14 Abs. 1 AnwG/ZH i.V.m. Art. 12 BGFA in verschiedener Weise als eigentliche Marktzugangsvorschriften auswirken. Zum einen verweigert die Aufsichtskommission die Eintragung in das Anwaltsverzeichnis gemäss § 16 AnwG/ZH, wenn bereits zum Zeitpunkt des Eintragungsgesuchs erkennbar ist, dass die Anbieterin die Berufsregeln – etwa hinsichtlich der Unabhängigkeit oder der Berufshaftpflichtversicherung – nicht erfüllt. Zum anderen kann die Aufsichtskommission Verstösse gegen die Berufsregeln mit einem Berufsverbot sanktionieren (wobei die Tragweite des Berufsverbots unklar bleibt, Rz. 68), was im Ergebnis darauf hinausläuft, dass der Marktzugang verschlossen bleibt. Entsprechend stehen die Berufsregeln im direkten Zusammenhang mit dem Marktzugang und unterstehen ohne weiteres dem Herkunftsprinzip.

157 Kein anderer Schluss entstände, wenn die Berufsregeln als Vorschriften über die Ausübung einer Tätigkeit qualifiziert würden. Bereits der Wortlaut von Art. 2 Abs. 4 BGBM hält unmissverständlich fest, dass die ortsfremde Anbieterin das Recht hat, ihre Tätigkeit am Bestimmungsort nach den Vorschriften des Ortes der Ersteintragung auszuüben. Wie die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV (Rz. 30) schützt auch die Binnenmarktfreiheit nach Art. 2 Abs. 4 BGBM neben dem interkantonalen Zugang zur Erwerbstätigkeit auch deren interkantonal einheitliche Ausübung. Entsprechend können auch Berufsregeln als rechtfertigungspflichtige Marktzugangsbeschränkungen gelten.

158 Entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 2 Abs. 4 BGBM wird in der Lehre teilweise argumentiert, dass die in der EU entwickelte Keck-Praxis¹⁶⁷ – wonach das Herkunftsprinzip in seiner Ausprägung nach Massgabe der Warenverkehrsfreiheit nicht für vertriebsbezogene Vorschriften über die Verkaufsmodalitäten gilt – auch im Rahmen des Binnenmarktgesetzes Anwendung finden sollte.¹⁶⁸ Die Lehre nimmt Bezug auf ein Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2002, in dem das Gericht (N.B. vor Inkrafttreten der 2006 eingeführten Bestimmung zur Niederlassungsfreiheit in Art. 2 Abs. 4 BGBM) in Anlehnung an die Keck-Praxis der EU in Erwägung gezogen hat, ob eine Genfer Bestimmung, welche das Anbringen von Werbung für Tabak und für Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 15 Volumenprozenten auf öffentlichem Grund sowie auf privatem Grund verbietet, dem Herkunftsprinzip nach Art. 2 Abs. 1 BGBM untersteht; das Bundesgericht hat die Frage letztlich explizit offengelassen, da das Genfer Werbeverbot ohnehin nach Art. 3 BGBM gerechtfertigt werden konnte.¹⁶⁹

159 Gegen die Übernahme der Keck-Praxis spricht hingegen, dass der Gesetzgeber das Herkunftsprinzip im Rahmen des Binnenmarktgesetzes über die Warenverkehrsfreiheit hinaus – und entgegen der Rechtslage in der EU – auch auf die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit anwendbar erklärt.¹⁷⁰ Während im Bereich des Warenverkehrs einigermaßen klar zwischen Vorschriften über das Inverkehrbringen und Vorschriften über die Verkaufsmodalitäten von Produkten differenziert werden kann, verläuft die Grenze bei Dienstleistungen fließend. Vorschriften über die Ausübung einer Tätigkeit wirken sich – wie in Rz. 156 illustriert – regelmässig direkt oder indirekt auf den Marktzugang aus. Entsprechend besteht auch eine etablierte Praxis, wonach Vorschriften über die Ausübung einer Erwerbstätigkeit als binnenmarktrechtliche Marktzugangsbeschränkung zu qualifizieren sind und nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM auf ortsfremde Anbieter angewendet werden dürfen.¹⁷¹

¹⁶⁷ EuGH, Urteil Keck und Mithouard, C-267/91, EU:C:1993:905.

¹⁶⁸ MATTHIAS OESCH, Die Keck-Formel des EuGH im schweizerischen Binnenmarktrecht, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, 677 ff., 684; vgl. auch OESCH/RENER (FN 37), Art. 2 N 2.

¹⁶⁹ BGE 128 I 295 E. 4c.

¹⁷⁰ DIEBOLD (FN 10), N 1270 ff.; DIEBOLD (FN 154), N 33–35.

¹⁷¹ DIEBOLD (FN 154), N 32 ff.

¹⁶⁶ Vgl. auch MARTENET (FN 151), AJP 2000, 672.

- Herkunftsvorschriften über die Befugnis zur Durchführung von Injektionen und Blutentnahmen durch Heilpraktiker;¹⁷²
- Herkunftsvorschriften über die Räumlichkeiten und Ausstattung von Arztpraxen;¹⁷³
- Herkunftsvorschriften über die Bedingungen zur Anstellung und Ausbildung von Praktikanten durch Anwälte;¹⁷⁴
- Arbeitsvorschriften des Herkunftsorts bei der Entsendung von Arbeitnehmenden;¹⁷⁵
- Einsatz von Diensthunden durch private Sicherheitsdienste.¹⁷⁶

160 Mit Blick auf das Gesagte wird deutlich, dass auch kantonale Werbebeschränkungen nach Massgabe des Binnenmarktgesetzes zu beurteilen sind. In der Lehre wird diese Auffassung von MARTENET geteilt, der sich explizit hinsichtlich des Anwaltsberufs wie folgt äussert: L'avocat «peut surtout invoquer l'article 2 al. 1 LMI, lorsqu'il exerce son activité dans plusieurs cantons et qu'il est exposé, dans l'un d'entre eux, à des restrictions en matière de publicité qui n'existent pas dans au moins un autre canton. La publicité est, en effet, elle-même un service au sens de l'article 2 al. 1 LMI. Par ailleurs, elle est un élément sinon indispensable, du moins important de l'offre relative à un service couvert par la LMI, in casu les prestations proposées par un avocat.»¹⁷⁷

161 Die Lehre weist ferner zu Recht darauf hin, dass unterschiedliche kantonale Werbevorschriften wenig zielführend seien: «Au reste, il est illusoire de laisser subsister vingt-six régimes différents dans un domaine, celui de la publicité, qui se moque largement des frontières. En effet, l'insertion d'une annonce dans un quotidien national, la création d'un site internet, la diffusion de newsletters, etc.

¹⁷² VGer ZH, VB.2009.00260, 5.11.2009, E. 4.3.2 (Marktzugang wegen fehlender Vertrauenswürdigkeit verweigert); bestätigt in BGer, 2C_57/2010, 4.12.2010, E. 4.2 (Heilpraktiker Zürich II); vgl. PETER HANNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, N 688.

¹⁷³ Botschaft vom 3. Dezember 2004 zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG), BBl 2005 173 ff., 228; Botschaft vom 30. September 2009 zum Psychologengesetz, BBl 2009 6897 ff., 6939.

¹⁷⁴ BGE 134 II 329 E. 6.1.

¹⁷⁵ BGE 124 I 107 E. 2f; VGer GR, U 15 55, 9.7.2015, E. 3b, bestätigt in BGer, 2D_54/2015, 13.4.2016, in: BR 2017, 42; ferner BGer, 2C_111/2010, 7.10.2010, E. 2.5; WEKO, Gutachten vom betreffend Zulässigkeit des Leistungsortsprinzips für Arbeitsbedingungen im kantonalen Beschaffungsrecht vom 21.10.2019, RPW 2020/2, 843, N 23 ff.; WEKO, Empfehlung Tessin (FN 162), RPW 2017/1, 171, N 69.

¹⁷⁶ WEKO, Gutachten KÜPS (FN 162), RPW 2017/1, 130, N 100 ff.

¹⁷⁷ MARTENET (FN 151), AJP 2000, 676.

touchent un public nettement plus large que les seuls habitants d'un canton.»¹⁷⁸ Diese Problematik hat sich in den letzten Jahren mit der zunehmenden Digitalisierung der Werbung wie auch der Rechtsberatung noch verstärkt. Ein rein beratend tätiger und nicht gemäss BGFA registrierter Anwalt mit Sitz in Aarau oder Bern kann sein Angebot uneingeschränkt schweizweit über alle Kanäle (inkl. Internetwerbung) bewerben und über Online-Sitzungen schweizweit Kunden beraten. Kantonale Werbebeschränkungen lassen sich folglich auch unabhängig vom Binnenmarktgesetz nicht gegen ausserkantonale Anbieter durchsetzen.

162 Ferner gilt zu bedenken, dass selbst im Kanton Zürich Personen, die Rechtsberatung anbieten und nicht die Berufsbezeichnung «Anwalt» führen, keinerlei Werbebeschränkungen unterstellt sind. Auch dieser Umstand zeigt, dass Werbebeschränkungen im Bereich der reinen Rechtsberatung keinem Schutzbedürfnis der Bevölkerung und folglich auch keinem öffentlichen Interesse entsprechen.

C. Rechtfertigung von Beschränkungen des Marktzugangs

163 Die binnenmarktrechtlichen Marktzugangsansprüche gelten nicht absolut. Die Aufsichtskommission des Kantons Zürich kann die im AnwG/ZH gegenüber dem Aargauer Recht strengeren Vorschriften auf Aargauer Anbieter mit Niederlassung im Kanton Zürich anwenden, sofern die Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM widerlegt werden kann und die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllt sind. Die Beweislast obliegt der kantonalen Behörde, die den Anspruch auf Marktzugang mittels Auflagen oder Bedingungen beschränken möchte.¹⁷⁹ Konkret muss die Aufsichtskommission mit Bezug auf jede Berufsregel den Nachweis erbringen, dass diese gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gilt (Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM), zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich (Art. 3 Abs. 1 lit. b BGBM) und verhältnismässig (Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM) ist.

164 Eine umfassende Analyse sämtlicher Marktzugangsbeschränkungen des AnwG/ZH im Lichte von Art. 3 BGBM würde den Rahmen des vorliegenden Gutachtens sprengen, weshalb wiederum einzelne Aspekte des AnwG/ZH herausgegriffen und illustrativ nach der Systematik des Binnenmarktgesetzes auf ihre Bundesrechtskonformität hin geprüft werden.

¹⁷⁸ MARTENET (FN 151), AJP 2000, 677.

¹⁷⁹ BGer, 2C_57/2011, 3.5.2011, E. 3.3.

1. Gleichwertigkeitsvermutung

165 Die Prüfung der Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM basiert auf einem Vergleich der am Herkunfts- und Bestimmungsort geltenden generell-abstrakten Marktzugangsregeln sowie der darauf begründeten Praxis im Lichte der zu schützenden öffentlichen Interessen.¹⁸⁰ Rechtsprechung und Praxis setzen die Anforderungen an den Nachweis der fehlenden Gleichwertigkeit seit der Teilrevision des BGBM von 2005 hoch an. Unterschiedliche Anforderungen an die Ausbildung führen nicht automatisch zu einer Umstossung der Gleichwertigkeitsvermutung.¹⁸¹ Hingegen ist eine Widerlegung in der Regel möglich, wenn eine Tätigkeit am Herkunfts- oder Bestimmungsort keinerlei Vorschriften untersteht, der Bestimmungsort dieselbe Tätigkeit aber einer umfassenden Regulierung mit Bewilligungspflicht, Berufsregeln, Aufsicht und Disziplinarsanktionen unterstellt.¹⁸² Entsprechend ist davon auszugehen, dass die Vermutung der Gleichwertigkeit des AnwG/ZH und des Aargauer Anwaltsrechts mit Bezug auf die meisten Berufsregeln widerlegt werden kann. Damit ist die Rechtfertigungsebene gemäss Art. 3 BGBM eröffnet.

2. Nichtdiskriminierung

166 Das AnwG/ZH trifft keine herkunftsbezogene Unterscheidung zwischen ortsfremden und ortsansässigen Anbietern, so dass die Rechtfertigungsvoraussetzung der Nichtdiskriminierung gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a BGBM ohne weiteres erfüllt ist.

3. Überwiegendes öffentliches Interesse

167 Mit Bezug auf die binnenmarktrechtliche Voraussetzung des öffentlichen Interesses (Art. 3 Abs. 2 lit. b BGBM) kann im Wesentlichen auf die Ausführungen in Kap. III.B. zum verfassungsrechtlichen Grundsatz des öffentlichen Interesses verwiesen werden. Der Schutz der Kunden vor Täuschung und die Schaffung von Klarheit, ob ein Anwalt den Berufsregeln untersteht (Rz. 81–86), kann auch im binnenmarktrechtlichen Kontext als öffentliches Interesse herangezogen werden, um eine Beschränkung des Marktzugangs möglicherweise zu rechtfertigen (vgl.

jedoch kritisch Rz. 85). Darüber hinaus sind wie dargelegt keine weiteren öffentlichen Interessen erkennbar. Insbesondere besteht im Bereich der reinen Rechtsberatung kein effektives Schutzbedürfnis des Publikums, welches eine umfassende Qualitätsregulierung rechtfertigen würde (Rz. 87–100).

4. Verhältnismässigkeit

168 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM müssen Beschränkungen des Marktzugangs verhältnismässig sein. Zur Auslegung dieser Rechtfertigungsvoraussetzung ist die Praxis zum Verhältnismässigkeitsgebot nach Art. 36 Abs. 3 BV als Voraussetzung zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit heranzuziehen. Demnach muss eine Beschränkung des Marktzugangs *geeignet, erforderlich* und *zumutbar* sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen (Rz. 106–108).

169 Dieser Konnex zwischen den Verhältnismässigkeitsgeboten nach Art. 36 Abs. 3 BV und Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM bedeutet indessen nicht, dass ein verfassungskonformer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit automatisch auch als verhältnismässige Beschränkung der Binnenmarktfreiheit gilt. Die Wirtschafts- und Binnenmarktfreiheiten verfolgen unterschiedliche Ziele, so dass die Verhältnismässigkeitsprüfungen unterschiedliche Güterabwägungen verlangen. Unter der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM ist dem interkantonalen Wirtschaftsverkehr, dem einheitlichen Wirtschaftsraum Schweiz und dem individuellen Mobilitätsanspruch der Anbieterinnen (vgl. Art. 1 Abs. 2 BGBM) als Hauptanliegen des Binnenmarktes wesentlich mehr Gewicht beizumessen als bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit von Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit.¹⁸³ Die Prüfung der Verhältnismässigkeit von interkantonalen Marktzugangsbeschränkungen nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BGBM fällt deshalb strenger aus als von Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit. Das BGBM bringt die hohen Anforderungen an die Verhältnismässigkeitsprüfung auch in Art. 3 Abs. 1 lit. b BGBM zum Ausdruck, wonach die getroffene Massnahme geradezu «unerlässlich» sein muss, um das angestrebte Schutzziel zu erreichen.

170 Ferner enthält Art. 3 Abs. 2 BGBM eine nicht abschliessende Aufzählung von unverhältnismässigen – und damit absolut unzulässigen – Beschränkungen. Nicht verhältnismässig sind Beschränkungen insbesondere, wenn:

¹⁸⁰ BGE 135 II 12 E. 2.3 f.; OESCH/RENER (FN 37), Art. 2 N 4.

¹⁸¹ BGE 135 II 12 E. 2.5; vgl. die anschliessende Praxis: BGER, 2C_57/2011, 3.5.2011, E. 3.1; VGer ZH, VB.2009.00243, 17.9.2009, E. 3.3; VGer BE, 9.9.2013, E. 3.3, in: BVR 2014, 118, und RPW 2013/3, 449; CdJ GE, 27.3.2012, E. 7, in: RPW 2012/2, 449; Kanton Luzern, Entscheid, 24.3.2015, E. 3.1, in: RPW 2015/2, 160.

¹⁸² DIEBOLD (FN 10), N 1318; HERREN (FN 152), 222 ff.

¹⁸³ BGE 125 I 474 E. 3; BGE 128 I 295 E. 4c/cc.

- der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erreicht wird (lit. a). Dies bedeutet insbesondere auch, dass die Bestimmungen des Herkunftsortes mit denjenigen des Bestimmungsortes nicht identisch sein müssen. Es genügt deren Gleichwertigkeit, da der Schutz der auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen auf unterschiedliche Weise gewährleistet werden kann.¹⁸⁴
 - die Nachweise und Sicherheiten, welche die Anbieterin oder der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen (lit. b); Diese Bestimmung konkretisiert die Regel von Art. 3 Abs. 2 lit. a BGBM und hat in erster Linie prozedurale Bedeutung. Sie will die um Marktzugang nachsuchenden Personen vor unnötigem Verwaltungsaufwand schützen und verhindern, dass sie von den Behörden des Bestimmungsortes angehalten werden können, bereits am Herkunftsort erbrachte Nachweise und Sicherheiten noch einmal zu erbringen.¹⁸⁵
 - zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgängig die Niederlassung oder der Sitz am Bestimmungsort verlangt wird (lit. c).
 - der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin oder der Anbieter am Herkunftsort ausgeübt hat (lit. d). Nach Auffassung des Bundesrats kann eine während drei aufeinanderfolgenden Jahren einwandfrei ausgeübte Berufstätigkeit als hinreichend betrachtet werden.¹⁸⁶ Folglich kann der interkantonale Marktzugang für Anbieterinnen, die bereits seit drei Jahren an ihrem Herkunftsort rechtmässig tätig sind, kaum noch durch Auflagen beschränkt werden, die auf die fachliche oder persönliche Eignung abzielen.
- 171 Soweit das AnwG/ZH darauf abzielt, die Kunden vor Täuschung zu schützen, indem ihnen gegenüber Klarheit geschaffen wird, ob ein Anwalt den Berufsregeln und der Aufsicht untersteht oder nicht, kann das Schutzziel auch mit weniger einschneidenden Massnahmen erreicht werden (vgl. Ausführungen zum verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzip in Rz. 109–115).
- 172 Darüber hinaus sind keine weiteren öffentlichen Interessen erkennbar. Sollte dennoch geltend gemacht werden, dass ein öffentliches Interesse bestünde, die Qualität der Rechtsberatung durch eine verwaltungsrechtliche Berufsregulierung zu gewährleisten, so wäre die Regulierung im Verhältnis zu ortsfremden Anbietern, die bereits über mehrjährige Berufserfahrung verfügen, per se unverhältnismässig. Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. d BGBM sind Marktzugangsbeschränkungen unverhältnismässig, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin oder der Anbieter am Herkunftsort ausgeübt hat. Nach Auffassung des Bundesrats kann eine während drei aufeinanderfolgenden Jahren einwandfrei ausgeübte Berufstätigkeit als hinreichend betrachtet werden.¹⁸⁷ Folglich kann der interkantonale Marktzugang für Anbieterinnen, die bereits seit drei Jahren an ihrem Herkunftsort rechtmässig tätig sind, kaum noch durch Auflagen beschränkt werden, die auf die fachliche oder persönliche Eignung abzielen.¹⁸⁸
- 173 YLEX wurde im April 2018 mit Sitz in Aarau gegründet und hat ihre operative Tätigkeit mit der Eröffnung des ersten «Stores» in Bern im September 2019 aufgenommen. YLEX ist folglich seit über drei Jahren als Anbieterin von Rechtsdienstleistungen im Markt tätig, ohne dass irgendwelche Beanstandungen hinsichtlich der Qualität ihrer Beratung vorgebracht worden sind. Sofern also die Berufsregeln des AnwG/ZH zum Schutz des Publikums vor unzureichender Rechtsberatung gerechtfertigt werden sollten, wäre die Unterstellung von YLEX unter diese Berufsregeln per se unverhältnismässig.

D. Zwischenfazit

- 174 YLEX mit Sitz in Aarau verfügt gestützt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM über den Anspruch, die Tätigkeit der Rechtsberatung schweizweit nach den Aargauer Vorschriften auszuüben. Da die rein beratende Anwaltstätigkeit im Aargauer Anwaltsrecht nicht reguliert ist, gelten die in anderen Kantonen anwendbaren Vorschriften – wie u.a. des AnwG/ZH – gegenüber YLEX als rechtfertigungspflichtige Marktzugangsbeschränkungen. Rechtfertigungspflichtig sind nicht nur Vorschriften über den Zugang zur Tä-

¹⁸⁴ BGE 125 I 474 E. 4.2; Kanton Luzern, Entscheid, 24.3.2015, E. 4.2, in: RPW 2015/2, 160.

¹⁸⁵ In BGE 123 I 313 E. 4c erachtete es das Bundesgericht als unverhältnismässig, von einem Zürcher Anwalt für die Berufsausübung im Kanton Bern ein Leumundszeugnis zu verlangen, da ihm ein solches bereits von den Zürcher Behörden ausgestellt worden war; vgl. auch BIANCHI DELLA PORTA (FN 157), Art. 3 LMI N 43.

¹⁸⁶ Botschaft revBGBM (FN 153), 486; vgl. auch WEKO, Gutachten KÜPS (FN 162), RPW 2017/1, 130, N 85 ff.; BGer, 2C_844/2008, 15.5.2009, E. 4.3; BGer, 2C_57/2011, 3.5.2011, E. 3.5; VGer BE, 9.9.2013, E. 3.4, in: BVR 2014, 118, und RPW 2013/3, 449.

¹⁸⁷ Botschaft revBGBM (FN 153), 486; BGer, 2C_844/2008, 15.5.2009, E. 4.3; BGer, 2C_57/2011, 3.5.2011, E. 3.5; VGer BE, 9.9.2013, E. 3.4, in: BVR 2014, 118, und RPW 2013/3, 449; vgl. auch WEKO, Gutachten KÜPS (FN 162), RPW 2017/1, 130, N 85 ff.

¹⁸⁸ Vgl. auch BOHNET/MARTENET (FN 15), N 797 f. und N 3682.

tigkeit, sondern auch Vorschriften über die Art und Weise der Ausübung der Tätigkeit, wie insbesondere Berufsregeln und Werbebeschränkungen.

- 175 Der Schutz der Kunden vor Täuschung gilt auch im Kontext des Binnenmarktgesetzes als legitimes öffentliches Interesse. Es ist allerdings unverhältnismässig, zur Verwirklichung dieses Interesses die reine Rechtsberatung einer umfassenden Berufsregulierung zu unterstellen. Darüber hinaus besteht im Bereich der reinen Rechtsberatung kein effektives Schutzbedürfnis des Publikums, welches eine Qualitätsregulierung rechtfertigen würde. Selbst wenn ein solches Interesse geltend gemacht würde, wäre die Unterstellung von YLEX unter diese Berufsregeln aufgrund der praktischen Erfahrung der Unternehmung per se unverhältnismässig. Nachdem die Berufsregeln nicht auf ortsfremde Anbieter angewendet werden können, besteht auch kein öffentliches Interesse, von ortsfremden Anbietern eine Meldung zu verlangen.

VI. Zusammenfassung der Ergebnisse

- 176 Antwort zu Frage 1: (Sind die Regelungen des Anwaltsgesetzes Zürich [AnwG/ZH] betreffend die rein beratende Tätigkeit von Anwältinnen und Anwälten ausserhalb des Geltungsbereichs des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte [BGFA] mit der Bundesverfassung vereinbar?)

- 177 Die Regelung des AnwG/ZH, wonach rein beratend tätige Anwälte den Berufsregeln, der Aufsicht und den Verwaltungssanktionen des BGFA unterstellt werden, gilt als schwerer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 94 BV ist unberührt (Kap. III.B., Rz. 29–35).

- 178 Die Regelung in § 14 AnwG/ZH steht im Widerspruch zum Legalitätsprinzip gemäss Art. 36 Abs. 1 BV und Art. 5 Abs. 1 BV:

- Der *Geltungsbereich* des AnwG/ZH ist unzureichend bestimmt, indem für angestellte Anwälte, welche die Kunden ihrer (nicht den Berufsregeln unterstellten) Arbeitgeber beraten, unklar ist, ob sie dem Gesetz unterstehen oder nicht (Kap. III.A.2., Rz. 47–60).
- Der sinngemässe Verweis auf die *Berufsregeln* des BGFA vermag den Anforderungen an die Normdichte nicht zu genügen, da für die Normadressaten kein ausreichender Grad an Gewissheit und Vorhersehbarkeit besteht, welchen Berufsregeln sie unterstehen und wie sie sich konkret verhalten müssen, um nicht sanktioniert zu werden (Kap. III.A.3., Rz. 61–66).

- Die *Disziplinarsanktion* des Berufsausübungsverbots verstösst gegen das Legalitätsprinzip, da für die Normadressaten unklar ist, ob sich das Verbot auf die prozessierende Tätigkeit im Geltungsbereich des BGFA, auf die beratende Tätigkeit im Geltungsbereich des AnwG/ZH oder auf beide Bereiche bezieht (Kap. III.A.4., Rz. 67–70).

- 179 Die Vorschriften des AnwG/ZH zielen mit der Unterstellung der rein beratend tätigen Anwälte unter die Berufsregeln des BGFA gemäss Rechtsprechung auf die Verwirklichung eines öffentlichen Interesses (Art. 36 Abs. 2 BV) ab:

- Dem rechtsuchenden Publikum soll nicht zugemutet werden, zwischen dem Aufsichtsregime unterstellten Anwälten und nicht dem Aufsichtsregime unterstellten Anwälten unterscheiden zu müssen. Die Unterstellung der rein beratend tätigen Anwälte unter das Berufsrecht dient folglich dem *Schutz von Treu und Glauben* im Geschäftsverkehr (Kap. III.B.2., Rz. 81–86).
- Allerdings kann diesem Argument entgegnet werden, dass die rechtsuchende Bevölkerung möglicherweise gar nicht mit dem anwaltsrechtlichen Aufsichts- und Disziplinarregime vertraut ist und in diesem Fall die aufsichtsrechtliche Unterstellung von Anwälten keinen Einfluss auf die Vertrauensbildung oder die Wahl des Anwalts hat (Kap. III.B.2., Rz. 85).
- Darüber hinaus besteht im Bereich der reinen Rechtsberatung *kein Schutzbedürfnis* des Publikums, weshalb es sich dabei auch um eine nicht verwaltungsrechtlich regulierte Tätigkeit handelt. Insbesondere fehlt es an einem öffentlichen Interesse, angestellte Anwälte dem Erfordernis der institutionellen Unabhängigkeit zu unterstellen oder rein rechtsberatende Anwälte in ihrer Werbefreiheit einzuschränken. Die gegenüber Anwälten weniger umfassend ausgebildeten Juristen ohne Anwaltspatent, sowie Personen ohne juristische Ausbildung, dürfen inhaltlich exakt dieselbe Rechtsberatung anbieten, ohne jegliche Berufsregeln beachten zu müssen. (Kap. III.B.3., Rz. 87–100).
- Ohne Schutzbedürfnis des Publikums fehlt es an einem öffentlichen Interesse der General- und Spezialprävention, um *Disziplinarsanktionen* gegen rein beratend tätige Anwälte zu verhängen (Kap. III.B.4., Rz. 101–103).

- 180 Die Unterstellung der rein beratend tätigen Anwälte unter die Berufsregeln des BGFA ist kein verhältnismässiges Mittel (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV), um das Interesse des Schutzes von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zu verwirklichen:

- Als Lösung sieht das BGFA vor, dass die in einem Register eingetragenen Anwälte ihren *Eintrag im Geschäftsverkehr* erwähnen (Art. 11 Abs. 2 BGFA) und so zeigen, dass sie sich von anderen Anwälten unterscheiden. Gemäss Botschaft schafft das Gesetz «auf diese Weise ein einfaches und wirksames System, mit dem Anwältinnen und Anwälte, die Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten (monopolisierte Tätigkeit), von den übrigen Anwältinnen und Anwälten unterschieden werden können». Grundsätzlich wird das mit § 14 AnwG/ZH angestrebte Schutzziel somit bereits ausreichend durch Art. 11 Abs. 2 BGFA erreicht, so dass weitergehende kantonale Vorschriften nicht erforderlich und damit unverhältnismässig sind (Kap. III.C.1., Rz. 109–115).
 - Insofern die in § 14 Abs. 1 AnwG/ZH i.V.m. Art. 12 lit. b BGFA gestellten Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit darauf hinauslaufen, dass rein beratend tätige Anwälte, die Kunden ihres (nicht den Berufsregeln unterstellten) Arbeitgebers beraten, *nicht berechtigt* sind, ihren *Anwaltstitel* als Berufsbezeichnung zu führen, handelt es sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung um einen unverhältnismässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Kap. III.C.1., Rz. 113–115).
 - Die privaten Interessen der Kunden auf sorgfältige Ausführung des Mandats durch rein beratend tätige Anwälte ist bereits ausreichend durch die auftragsrechtliche Pflicht zur sorgfältigen Berufsausübung gemäss Art. 398 OR geschützt. Eine aufsichtsrechtliche Absicherung der Sorgfaltspflicht ist mangels einer Gefährdung eines öffentlichen Interesses nicht erforderlich (Kap. III.C.2., Rz. 116–120).
 - Es wäre mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht vereinbar, einen rein beratend und im Anstellungsverhältnis tätigen Anwalt disziplinarisch zu *sanktionieren*, wenn die dem Regelverstoss zugrundeliegenden Vorkommnisse vom Arbeitgeber veranlasst wurden, ohne dass der angestellte Anwalt einen Einfluss darauf hatte. Die Sanktion wäre in diesem Fall ungeeignet, überhaupt eine präventive Wirkung zu entfalten (Kap. III.C.3., Rz. 121–124).
- 181 Es ist mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten (Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV) nicht vereinbar, wenn rein beratend tätige Anwälte – die keinen Zugang zum Anwaltsmonopol haben – gegenüber anderen im Beratungsmarkt tätigen Juristen und Nichtjuristen in ihrer Konkurrenzfähigkeit beeinträchtigt werden, indem sie umfassende Berufsregeln, wie insb. Werbebeschränkungen, einhalten müssen (Kap. IV., Rz. 126–134).
- 182 Antwort zu Frage 2: (*Unterstehen die in den «Stores» in Winterthur und Zürich tätigen Mitarbeitenden von YLEX im Rahmen ihrer Tätigkeit als Rechtsberater mit Blick auf das Binnenmarktgesetz den Vorschriften des Kantons Zürich oder den Vorschriften eines anderen Kantons?*)
- 183 YLEX mit Sitz in Aarau verfügt gestützt auf das binnenmarktrechtliche Herkunftsprinzip gemäss Art. 2 Abs. 4 BGBM über den Anspruch, die Tätigkeit der Rechtsberatung schweizweit nach den Aargauer Vorschriften auszuüben.
- Da die rein beratende Anwaltstätigkeit im Aargauer Anwaltsrecht nicht reguliert ist, gelten die in anderen Kantonen anwendbaren Vorschriften – wie u.a. des AnwG/ZH – gegenüber YLEX als *rechtfertigungspflichtige Marktzugangsbeschränkungen* (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Rechtfertigungspflichtig sind nicht nur Vorschriften über den Zugang zur Tätigkeit, sondern auch Vorschriften über die Art und Weise der Ausübung der Tätigkeit, wie insbesondere Berufsregeln und Werbebeschränkungen (Kap. V.A./B., Rz. 139–162).
 - Der Schutz der Kunden vor Täuschung gilt möglicherweise auch im Kontext des Binnenmarktgesetzes als öffentliches Interesse. Es ist allerdings *unverhältnismässig*, zur Verwirklichung dieses Interesses die reine Rechtsberatung einer umfassenden Berufsregulierung zu unterstellen (Art. 3 Abs. 1 lit. c BGBM). Darüber hinaus besteht im Bereich der reinen Rechtsberatung kein effektives Schutzbedürfnis des Publikums, welches eine Qualitätsregulierung rechtfertigen würde (Kap. V.C., Rz. 163–171).
 - Selbst wenn ein solches Interesse geltend gemacht würde, wäre die Unterstellung von YLEX unter diese Berufsregeln aufgrund der *praktischen Erfahrung* der Unternehmung per se unverhältnismässig (Art. 3 Abs. 2 lit. d BGBM) (Kap. V.C., Rz. 172–173).
 - Nachdem die Berufsregeln nicht auf ortsfremde Anbieter angewendet werden können, besteht auch kein öffentliches Interesse, von ortsfremden Anbietern eine *Meldung* zu verlangen (Kap. V.B.1., Rz. 150–152).