

2.6 Öffentliches Recht

3516

Gesuch um Berufsausübung durch einen Rechtsagenten. Binnenmarktgesetz. Das Obergericht ist nur für Berufsausübungsbewilligungen von im kantonalen Register eingetragenen Anwälten und Anwältinnen resp. von solchen, die Freizügigkeit nach dem Bundesgesetz geniessen, zuständig, nicht jedoch für Gesuche um Berufsausübung durch Rechtsagenten. Voraussetzungen, unter denen das Binnenmarktgesetz in diesem Zusammenhang angerufen werden kann (Art. 8 und 11 ff. des kantonalen Anwaltsgesetzes; bGS 145.52; Art. Art. 2 und 4 Binnenmarktgesetz; SR 943.02).

Sachverhalt:

M. hat im Jahre 1996 im Kanton St. Gallen den Titel eines Rechtsagenten erlangt. Mit Gesuch vom 29. Mai 2007 stellte er folgende Anträge:

1. Es sei die Berufsausübungsbewilligung im Umfang der nach st. gallischem Recht eingeräumten Vertretungsbefugnis zu erteilen.
2. Über Beschränkungen, die nicht denjenigen für Rechtsagenten nach st. gallischem Recht entsprechen, sei in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden (Art. 3 Abs. 4 Binnenmarktgesetz; SR 943.02).

Gemäss Begründung stellt sich für den Gesuchsteller insbesondere die Frage, ob sich Rechtsagenten oder Rechtsagentinnen auf das Binnenmarktgesetz berufen können.

Aus den Erwägungen:

1. Zunächst ist zu prüfen, ob das Obergericht für das vorliegende Gesuch überhaupt zuständig ist.

1.1 Der Gesuchsteller hat das Gesuch an das Obergerichtspräsidium resp. die Anwaltsaufsichtskommission adressiert. Gemäss Art. 8 des kantonalen Gesetzes über die Ausübung des Anwaltsberufes (Anwaltsgesetz; bGS 145.52) führt die Aufsichtskommission das kantonale Anwaltsregister nach Art. 5 des

Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA; SR 935.61) und die öffentliche Liste nach Art. 28 BGFA. Sie ist zudem zuständig für das Aufsichts- und Disziplinarwesen (vgl. Art. 19 und 29 ff. des kantonalen Anwaltsgesetzes). Das Obergericht erteilt demgegenüber auf Antrag der Anwaltsprüfungskommission das appenzell-ausserrhodische Anwaltspatent resp. entzieht dieses auf Antrag der Aufsichtskommission, wenn eine der Voraussetzungen für die Erteilung nicht mehr erfüllt ist oder wenn sich nachträglich herausstellt, dass eine Voraussetzung im Zeitpunkt der Erteilung nicht erfüllt war (Art. 11 ff. des kantonalen Anwaltsgesetzes und Art. 63 Abs. 1 ZPO). Dem Präsidenten oder der Präsidentin des Obergerichtes obliegt es schliesslich, Bewerber und Bewerberinnen zur kantonalen Anwaltsprüfung zuzulassen (Art. 11 Abs. 1 Anwaltsgesetz).

Für die Behandlung des vorliegenden Gesuches ist somit nicht die Anwaltsaufsichtskommission oder das Obergerichtspräsidium, sondern eine Abteilung des Obergerichtes zuständig.

1.2 Das BGFA gilt für Personen, die über ein Anwaltspatent verfügen und in der Schweiz forensisch tätig sind. Auch wer nach kantonalem Recht zur Parteivertretung vor Gerichtsbehörden zugelassen ist, ohne in das Anwaltsregister eingetragen zu sein, untersteht dem BGFA. Faktisch ist jedoch der Eintrag in ein kantonales Anwaltsregister für die Unterstellung unter das BGFA entscheidend, weil nur in seltenen Fällen auch Personen zur Parteivertretung vor Gerichtsbehörden zugelassen werden, die nicht in einem Anwaltsregister eingetragen sind (*Hans Nater*, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N 3 zu Art. 2).

Die Regelung des Anwaltsmonopols und seines Umfangs verbleibt in der Kompetenz der Kantone bzw. beim Bund, soweit Gerichtsbehörden des Bundes betroffen sind (*Hans Nater*, a.a.O., N 6 zu Art. 3). Mithin steht es den Kantonen frei, auch andere als nach dem Anwaltsgesetz registrierte Anwälte zur Parteivertretung vor ihren Gerichtsbehörden zuzulassen. Diese erfüllen allerdings unter Umständen die Voraussetzungen für die Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister nicht, so dass sie nicht von der Freizügigkeit profitieren können (*Hans Nater*, a.a.O., N 3 und 5 zu Art. 3).

Das ausserrhodische Anwaltsgesetz behält nach Art. 2 das Recht zur berufsmässigen Vertretung von Parteien vor Gericht Personen

vor, die im kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind resp. Freizügigkeit nach dem Bundesgesetz geniessen. Dabei orientieren sich die Voraussetzungen zur Eintragung in das kantonale Anwaltsregister an den durch das BGFA in Art. 7 und 8 aufgestellten Voraussetzungen, welche unter anderem ein juristisches Studium und ein mindestens einjähriges Praktikum in der Schweiz, das mit einem Examen über die theoretischen und praktischen juristischen Kenntnisse abgeschlossen wurde, vorsehen (Art. 16 Anwaltsgesetz). Regelungen bezüglich Rechtsagenten oder Rechtsagentinnen kennt das kantonale Recht nicht. Insbesondere fallen diese auch nicht unter die Ausnahmebestimmung gemäss Art. 3 Anwaltsgesetz.

Dementsprechend erachtet das Obergericht sich lediglich für die im kantonalen Register eingetragenen Anwälte und Anwältinnen resp. solche, die Freizügigkeit nach dem Bundesgesetz geniessen, als zuständig, und auf das Gesuch ist nicht einzutreten.

1.3 Der Gesuchsteller stützt sich im Wesentlichen auf das Binnenmarktgesetz (BGBM; SR 943.02). Im Binnenmarktgesetz ist in verschiedenen Artikeln, so zum Beispiel in Art. 2 Abs. 4 und 6, Art. 3 Abs. 4 und Art. 9 Abs. 1, von einer kantonalen Vollzugsbehörde die Rede, welche in erster Instanz beurteilt, ob der Marktzugang für eine Ware, Dienst- oder Arbeitsleistung mit dem Bundesrecht übereinstimmt resp. diesen bewilligt. Allerdings enthält das kantonale Recht - abgesehen vom öffentlichen Beschaffungswesen - mit Bezug auf das Binnenmarktgesetz keine speziellen Zuständigkeitsnormen. Praxisgemäss ist somit für die Frage, welche Behörde gestützt auf das Binnenmarktgesetz über den Marktzugang für eine Ware, Dienst- oder Arbeitsleistung zu befinden hat, auf die Generalklausel gemäss Art. 89 Abs. 1 der Kantonsverfassung zurückzugreifen. Gemäss dieser Bestimmung nimmt der Regierungsrat alle Befugnisse wahr, die nicht ausdrücklich einer anderen Stelle zugewiesen sind. Zuständigkeitshalber ist das vorliegende Gesuch somit an den Regierungsrat zu überweisen (Art. 19 Abs. 1 Rechtspflegeverordnung, bGS 145.52).

2. Ohne dem Entscheid des Regierungsrates vorgreifen zu wollen, ist folgendes zu beachten:

2.1 Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die Kantone gestützt auf Art. 4 BGBM nicht verpflichtet, Berufe zuzulassen, die als solche in der kantonalen Gesetzgebung überhaupt nicht vorgesehen sind (BGE 125 I 276, E. 5, S. 283, BGE 125 I 322,

S. 333). Und selbst wenn der Gesuchsteller aus Art. 4 BGBM einen derartigen Anspruch ableiten könnte, stünde dieser unter dem Vorbehalt von Art. 3 BGBM. In einem Fall, der einen appenzell-ausserrhodischen Heilpraktiker betraf, der im Kanton Zürich zugelassen werden wollte, hat das Bundesgericht ausgeführt, dass es den Kantonen nicht verwehrt sei, höhere Schutzwirkungen anzustreben als andere Kantone. Was für Risiken in Kauf genommen werden sollten, sei eine politische Frage, die zulässigerweise in verschiedenen Gemeinwesen unterschiedlich beantwortet werden könne, sofern dadurch nicht ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen geschaffen werde (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Ausserkantonale Fähigkeitsausweise seien gemäss Art. 4 BGBM in der Regel anzuerkennen, wenn in beiden Kantonen die gleiche Schutzwirkung angestrebt werde, was in manchen Bereichen ohne Weiteres vermutet werden könne. Seien jedoch die angestrebten Schutzniveaus explizit unterschiedlich, dann bräuchten Ausweise, die nur das tiefere Niveau erfüllen würden, nicht anerkannt zu werden (BGE 125 I 322, S. 333).

2.2 Gemäss dem per 1. Juli 2006 in Kraft getretenen revidierten Art. 2 BGBM gilt der Grundsatz des freien Marktzugangs nach den Vorschriften des Herkunftsortes neu auch für die Niederlassung. Wer also zur Ausübung einer Tätigkeit an einem Ort eine gewerbliche Niederlassung begründet, kann sich auf die Vorschriften am Ort der Erstniederlassung berufen. Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort (Kanton Appenzell A.Rh.) eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung (Kanton St. Gallen) ohne Weiteres ausüben. In diesem Sinne wäre auf das Gesuch nicht einzutreten, weil die Erteilung einer Berufsbewilligung überhaupt nicht nötig ist. Fraglich ist indessen, ob der Gesuchsteller sich überhaupt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM berufen kann. Zumal diese Bestimmung davon ausgeht, dass eine Person, die eine Erwerbstätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht hat, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit unter Vorbehalt von Art. 3 nach den Vorschriften des Ortes der Erstniederlassung auszuüben, wobei dies auch gilt, wenn der Ort der Erstausübung aufgegeben wird.

Diese Voraussetzungen erfüllt der Gesuchsteller (zumindest zur Zeit) offensichtlich nicht, zumal er sich seit der Erteilung des Patentes als Rechtsagent im Jahre 1996 weder im Kanton St. Gallen niedergelassen hat noch dort je als Rechtsagent tätig war.

OGer 22.05.2007