

Jörg Schwarz*

Anwalts-AG und Anwalts-GmbH – Einige Überlegungen zu gesellschaftsrechtlichen Fragen

Stichworte: Anwalts-AG, Anwalts-GmbH, Gründung, Organisation, Wahl der Rechtsform

I. Einleitung – Landesrechtliche Zulässigkeit von Anwalts-Kapitalgesellschaften

Der Bundesgesetzgeber unterliess es – obwohl das Problem in den Räten diskutiert worden war¹ – im BGFA eine Antwort auf die Frage zu geben, ob sich Anwaltskanzleien als Kapitalgesellschaften organisieren können. Nach Inkrafttreten des BGFA verlagerte sich die Diskussion auf die kantonale Ebene. Es ging um die Frage, ob ein Anwalt,² der Arbeitnehmer einer Anwalts-AG oder einer Anwalts-GmbH ist, die persönlichen Voraussetzungen für den Eintrag im kantonalen Anwaltsregister³ erfüllt.

Die Anwaltsaufsichtskommission Basel-Landschaft hielt in einer «Auskunft» vom 30. August 2005 fest, dass Anwaltskanzleien nicht als Kapitalgesellschaften organisiert werden dürfen.⁴ Die Aufsichtsbehörde in Liestal war der Meinung, es seien im Anwaltsbereich nach geltendem Recht nur «Betriebs-Kapitalgesellschaften» zulässig.⁵

Mit Verfügung vom 29. Mai 2006⁶ liess demgegenüber die Anwaltskommission des Kantons Obwalden erstmals die Führung einer Anwaltskanzlei in der Rechtsform einer AG zu.⁷

Den endgültigen Durchbruch für Anwalts-Kapitalgesellschaften bildete der Entscheid der zürcherischen Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte vom 5. Oktober 2006.⁸ In diesem Entscheid wurde festgestellt, dass die bei der neu zu

gründenden AG tätigen Anwälte ihre Eintragungen im Anwaltsregister ungeachtet der Umwandlung der Kanzlei in eine AG behalten. Die Aufsichtsbehörde hielt fest, dass Statuten und Organisationsreglement einer solchen AG so auszugestalten seien, dass allfällige Nebenzwecke dem Hauptzweck, nämlich dem Erbringen von Rechtsdienstleistungen, dienen, dass Beschlüsse betreffend Sachgeschäfte und Wahlen sowohl in der Generalversammlung als auch im Verwaltungsrat nur zustande kommen, wenn jeweils mehr im Anwaltsregister eingetragene als nicht eingetragene Aktionäre bzw. Verwaltungsratsmitglieder zustimmen, und dass die Wahl zum Präsidenten des Verwaltungsrates oder zum Vertreter des Präsidenten die Eintragung im Anwaltsregister voraussetzt.⁹ In der Folge wurden etliche Anwalts-Kapitalgesellschaften gegründet. Diese Gesellschaften richten sich – nicht nur im Kanton Zürich – nach dem Entscheid der Zürcher Aufsichtscommission. In der Tat verweisen Aufsichtsbehörden anderer Kantone bei Anfragen von Anwälten in der Regel auf den Zürcher Entscheid und legen – meistens informell – dar, dass sie eine Anwalts-Kapitalgesellschaft, die den Zürcher Vorgaben entspricht, als zulässig erachten. So hat etwa die Anwaltskammer des Kantons Bern in einem «Vorbescheid» vom 27. Februar 2007 erklärt, dass Anwälte, die bei einer AG tätig sind, ins kantonale Anwaltsregister eingetragen werden, sofern die Auflagen der Zürcher Aufsichtscommission gemäss Entscheid vom 5. Oktober 2006 erfüllt sind.¹⁰

Bezweifelt wurde die Zulässigkeit von Anwalts-Kapitalgesellschaften bisher im Kanton Genf. Die Commission du barreau hatte in einem Entscheid vom 18. Juni 2007 – insbesondere gestützt auf Art. 10 Abs. 2 der Genfer «Loi sur la profession d'avocat» (LPAV)¹¹ – festgehalten, dass ein Anwalt, der bei einer Kapitalgesellschaft angestellt ist, nicht im kantonalen Anwaltsregister eingetragen werden kann. Mit Urteil vom 11. März 2008¹² hat das Tribunal administratif des Kantons Genf eine Beschwerde gegen den Entscheid der Commission du barreau gutgeheissen und festgestellt, dass die Beschwerdeführer «sont autorisés à demeurer inscrits au registre cantonal des avocats aux conditions fixées dans le présent arrêt et selon les statuts de la société... SA... le règlement d'organisation, la convention

* Dr. iur. Jörg Schwarz, Rechtsanwalt und Notar; Partner der Anwalts- und Notariatskanzlei Fellmann Tschümperlin Lötscher in Luzern; Lehrbeauftragter an der Universität Luzern.

1 WALTER FELLMANN, in Kommentar zum Anwaltsgesetz (Hrsg.: Walter Fellmann, Gaudenz G. Zindel), Zürich 2005, N 62 zu Art. 12.

2 Der besseren Lesbarkeit wegen wird in der Folge – ausser bei offiziellen Bezeichnungen – immer nur die männliche Form verwendet; selbstverständlich sind jeweils auch die Anwältinnen gemeint.

3 Art. 8 BGFA.

4 Auskunft der Anwaltsaufsichtskommission Basel-Landschaft vom 30. August 2005; zu finden unter www.bgfa.ch/scripts/getfile?id=949 (besucht am 5. April 2008).

5 Unter Betriebs-Gesellschaften sind mit Anwaltskanzleien verbundene, von den Anwälten der Kanzlei beherrschte Gesellschaften zu verstehen, die die logistische Infrastruktur und die gemeinsame Führung einer Anwaltskanzlei sicherstellen. Sie erbringen keine Rechtsberatungsdienstleistungen. Die Anwälte kaufen bei der Gesellschaft Infrastrukturdienstleistungen ein. Vgl. zu diesem schon seit längerem bekannten Konzept etwa PETER NOBEL, Rechtsformen der Zusammenarbeit von Anwälten, in Schweizerisches Anwaltsrecht (Hrsg.: Walter Fellmann, Claire Huguenin, Tomas Poledna, Jörg Schwarz), Bern 1998, S. 351.

6 Entscheid AKO 06/001.

7 Der vollständige, anonymisierte Entscheid ist zu finden bei www.bgfa.ch/scripts/getfile?id=1092 (besucht am 5. April 2008).

8 Geschäftsnummer KF060026/U.

9 Der anonymisierte vollständige Entscheid ist verfügbar unter www.bgfa.ch/scripts/getfile?id=1114 (besucht am 5. April 2008).

10 Vgl. www.bgfa.ch/de/02_rechtsprechung/03_kantone.htm (besucht am 5. April 2008).

11 Art. 10 Abs. 2 LPAV lautet: *L'association d'avocats ne peut revêtir la forme d'une société de capitaux.*

12 Dossier Nr. A/2814/2007-BARR.

d'actionnaires et le contrat de travail d'associés¹³ Das Tribunal administratif hält fest, Art. 10 Abs. 2 LPAv widerspreche den Art. 8 Abs. 1 lit. d und Art. 12 lit. b BGFA, die als abschliessende Regelung der Voraussetzungen für die Eintragung in einem kantonalen Anwaltsregister und der Berufsregeln zu verstehen seien, und verletze somit die derogatorische Kraft des Bundesrechts. Auch das Tribunal administratif verweist auf den Entscheid der Zürcher Aufsichtscommission vom 5. Oktober 2007 und hält sich an die dort festgelegten Bedingungen.

II. Zulässigkeit der Anwalts-GmbH

Alle bisher einer weiteren Öffentlichkeit bekannt gewordenen Entscheide kantonalen Aufsichtsbehörden, in denen die Zulässigkeit von Anwalts-Kapitalgesellschaften bestätigt wurde, betrafen eine AG. Nur die von der Anwaltskommission Basel-Landschaft im Jahre 2005 abschlägig beantwortete Anfrage betraf eine Anwalts-GmbH.

Ein kurzer Blick in das Handelsregister zeigt, dass in den letzten zwei Jahren mehrheitlich Anwalts-AGs gegründet wurden; Anwaltskanzleien in GmbH-Form sind selten, wurden allerdings auch gegründet. Es unterliegt keinem Zweifel, dass sowohl die Anwalts-AG als auch die Anwalts-GmbH standesrechtlich zulässig sind.¹⁴

III. Die Gründung einer Anwalts-AG/-GmbH

1. Bargründung

Es stellt sich vorerst die Frage, wie die Gründung einer Anwalts-Kapitalgesellschaft – sei es in der Form der AG oder der GmbH – vorgenommen werden soll.

Den Handelsregisterauszügen von bisher gegründeten Anwalts-Kapitalgesellschaften ist zu entnehmen, dass in einigen Fällen Bargründungen erfolgten. Dies ist dann unproblematisch, wenn eine neue Kanzlei gegründet wird und deren Aktionäre/Gesellschafter keine Vermögenswerte (z.B. aus ihrer alten Kanzlei) in die Gesellschaft einbringen. Bringen die Partner allerdings – wie wohl meistens der Fall – Vermögenswerte ein, kommt es zu einer qualifizierten Gründung, indem Aktien oder Stammanteile mit Sacheinlagen liberiert werden¹⁵ und/oder die Gesellschaft von zukünftigen Aktionären/Gesellschaftern bzw. diesen nahe stehenden Personen Vermögenswerte übernimmt.¹⁶

2. Die «Überführung» einer bestehenden Kanzlei in eine AG/GmbH

Heute steht primär die «Überführung» bestehender Kanzleien in Kapitalgesellschaften zur Diskussion.

Führt ein Anwalt eine Einzelkanzlei, so ist es ihm aufgrund des neuen Rechts, das die Gründung einer AG bzw. einer GmbH durch eine Person zulässt, möglich, seine Kanzlei in eine Kapitalgesellschaft, an der nur er beteiligt ist, einzubringen.¹⁷ Je nach dem Wert der in die neue Gesellschaft einzubringenden Vermögenswerte der bisherigen Kanzlei wird der Inhaber der Kanzlei mit der zu gründenden neuen Gesellschaft einen Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag oder nur einen Sacheinlagevertrag abschliessen. Ersteres ist der Fall, wenn die einzubringenden Vermögenswerte einen grösseren Wert darstellen als die bei der Gründung vorgesehene Einlage.¹⁸ Bis zum Betrag, für den Aktien oder Stammanteile zu liberieren sind, werden die Vermögenswerte in die Gesellschaft eingelegt; der darüber hinausgehende Betrag der in die Gesellschaft eingebrachten Vermögenswerte geht auf dem Wege der Sachübernahme an die Gesellschaft und der übergebende Aktionär/Gesellschafter erhält eine entsprechende Forderung gegen die Gesellschaft. Reicht die Sacheinlage hingegen für die Liberierung der zu zeichnenden Aktien/Stammanteile nicht aus, ist der Restbetrag bar zu liberieren.

Hat ein Anwalt, obwohl er als Mitglied eines freien Berufes hierzu grundsätzlich nicht verpflichtet ist, seine Einzelkanzlei als Einzelunternehmen im Handelsregister eintragen lassen, steht ihm bei der Umstrukturierung seiner Kanzlei in eine AG oder GmbH neben der normalen Sacheinlage im Sinne der aktienrechtlichen Vorschriften auch noch die Möglichkeit offen, die Vermögenswerte seines Einzelunternehmens mittels Vermögensübertragung im Sinne der Art. 69 ff. FusG in die neue Gesellschaft einzubringen. Bei der normalen Sacheinlage gehen die Aktiven durch Singularsukzession und die Passiven entweder durch Singularsukzession oder – soweit die Voraussetzungen von Art. 181 OR erfüllt sind – durch Universalsukzession über. Bei einer Sacheinlage durch Vermögensübertragung gehen grundsätzlich alle von der Vermögensübertragung erfassten Aktiven und Passiven von Gesetzes wegen über.¹⁹ In einzelnen Fällen kann die mit der Vermögensübertragung verbundene Universalsukzession von Vorteil sein; in der Praxis führen allerdings die detaillierten Vorschriften des FusG zur Vermögensübertragung

13 Im Zeitpunkt der Redaktion dieses Beitrages ist das Urteil noch nicht rechtskräftig. Der vollständige Entscheid ist verfügbar unter www.bgfa.ch/scripts/getfile?id=1519 (besucht am 5. April 2008).

14 ERNST STAEHELIN, Die Anwalts-Gesellschaft: Einzelheiten, in *Anwaltsrevue* 2007, S. 67; WALTER FELLMANN, Zulässigkeit der Aktiengesellschaft als Organisationsform für Anwaltskanzleien – Die Beschlüsse der Aufsichtsbehörden der Kantone Obwalden und Zürich, in *Anwaltsrevue* 2007, S. 26.

15 Vgl. Art. 628 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 634 OR für die AG und Art. 777 c Abs. 2 OR i.V.m. Art. 628 Abs. 1 OR und Art. 634 OR für die GmbH.

16 Vgl. Art. 628 Abs. 2 OR für die AG und Art. 777 c Abs. 2 OR i.V.m. Art. 628 Abs. 2 OR für die GmbH.

17 Vgl. Art. 625 Abs. 1 für die AG und Art. 775 OR für die GmbH.

18 Bei der AG beträgt das Mindestkapital CHF 100 000.– (Art. 621 OR), wovon bei der Gründung mindestens 20 %, keinesfalls aber weniger als CHF 50 000.–, geleistet werden müssen (Art. 632 OR); bei der GmbH beträgt das Mindeststammkapital CHF 20 000.–, es muss nach neuem Recht voll liberiert sein (Art. 773 OR).

19 Allerdings ist bis heute umstritten, ob bei der Vermögensübertragung Vertragsverhältnisse *uno actu*, d.h. ohne Zustimmung des Vertragspartners, übergehen; vgl. MARTIN WEBER, in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Hrsg: Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Alexandra Rumo-Jungo, Anton K. Schnyder), Zürich 2007, N 11 zu FusG 69.

häufig dazu, dass man von einer Vermögensübertragung absieht und die normale Sacheinlage wählt.²⁰

Besteht die bisherige Kanzlei aus mehreren Anwälten und sind diese als einfache Gesellschaft organisiert, so werden die Gesellschafter die Vermögenswerte der Kanzlei ebenfalls – je nach Konstellation – mittels Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag oder Sacheinlagevertrag in die neue Gesellschaft einbringen. Vom Grundsatz her läuft die Gründung der AG oder der GmbH gleich ab wie bei der Überführung einer nicht im Handelsregister eingetragenen Einzelkanzlei in eine Kapitalgesellschaft. Eine andere Möglichkeit der Überführung der einfachen Gesellschaft in eine Kapitalgesellschaft gibt es nicht. Insbesondere sind die Umwandlung der einfachen Gesellschaft in eine Kapitalgesellschaft (Art. 54 ff. FusG) oder eine Vermögensübertragung (Art. 69 ff. FusG) nicht möglich.²¹

Anwaltskanzleien, die über reine Unkosten- und Bürogemeinschaften hinausgehen, indem sie einen gemeinsamen Marktauftritt pflegen, stellen, auch wenn sie nicht im Handelsregister eingetragen sind, in aller Regel Kollektivgesellschaften dar.²² Einer Kollektivgesellschaft steht für ihre Überführung in eine AG oder GmbH wie einer einfachen Gesellschaft die normale Sacheinlagegründung zur Verfügung. Wenn die Kollektivgesellschaft im Handelsregister eingetragen ist,²³ kann – wie bei einem im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmen – neben der normalen Sacheinlage auch eine Sacheinlage auf dem Weg der Vermögensübertragung (Art. 69 FusG) vorgenommen werden. Schliesslich kann die Kollektivgesellschaft auch in eine AG oder GmbH umgewandelt werden, indem gemäss Art. 53 ff. FusG vorgegangen wird. Möglich ist diese Umwandlung dann, wenn die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der bisherigen Gesellschafter bei der Umwandlung gewahrt und diese entsprechend ihren bisherigen Anteilen Aktien bzw. Stammanteile erhalten. Damit eine Umwandlung ohne Zuführung neuen Kapitals vorgenommen werden kann, muss der Buchwert des Nettovermögens der umzuwandelnden Kollektivgesellschaft dem nach der Umwandlung vorgesehenen Nennwert der Aktien bzw. Stammanteile entsprechen.^{24, 25} Die Umwandlung dürfte in aller Regel der sinnvollste und vor allem auch zivilrechtlich sicherste Weg der Überführung einer bestehenden (grösseren) Kanzlei in eine Kapitalgesellschaft sein. Der Vorteil der Umwandlung liegt insbesondere darin, dass eine eigentliche Übertragung von Verträgen oder Verbindlichkeiten nicht nötig ist. Die alte Gesellschaft wird mit allen ihren Rechten und Pflichten in einem neuen

«Kleid» weitergeführt. Die bisherigen Gesellschafter müssen sich allerdings bewusst sein, dass sie für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die ihren Grund vor der Umwandlung haben, während drei Jahren weiterhin persönlich haften.²⁶

3. Spezialfall einer bestehenden Betriebsgesellschaft

Besteht für eine Anwaltskanzlei bereits eine Betriebsgesellschaft, ist auch denkbar, dass diese ihre Statuten den neuen Umständen anpasst. Soweit die einzelnen Anwälte, die bisher Dienstleistungen von der Betriebsgesellschaft bezogen haben, dieser Aktiven und Passiven aus ihrer Anwaltstätigkeit übertragen wollen, kann dies mittels Sacheinlage zur Kapitalerhöhung geschehen; die Betriebsgesellschaft kann den einzelnen Anwälten, soweit sie über entsprechende Mittel verfügt, diese Aktiven und Passiven aber auch einfach abkaufen.

Sofern die mit einer solchen Betriebsgesellschaft verbundenen Anwälte ihrerseits unter sich eine Kollektivgesellschaft bilden, ist es möglich, dass die bisherige Betriebsgesellschaft, die ihre Statuten anpasst, die bisherige Kollektivgesellschaft auf dem Wege der Absorptionsfusion übernimmt,²⁷ womit sowohl der betriebliche Teil, der bisher schon in einer Kapitalgesellschaft war, als auch die eigentliche Anwaltstätigkeit, die im Rahmen einer Kollektivgesellschaft ausgeübt wurde, in der neuen fusionierten Gesellschaft aufgehen.²⁸ Theoretisch wäre es auch möglich, zuerst die bestehende Kollektivgesellschaft in eine AG oder GmbH umzuwandeln und dann die beiden Kapitalgesellschaften zu fusionieren, wobei dann allenfalls die Anwalts-Gesellschaft die bisherige Betriebsgesellschaft übernehmen könnte. In praktischer Hinsicht dürfte dieser Weg mit Umwandlung der Kollektivgesellschaft und anschliessender Fusion zwischen zwei Kapitalgesellschaften allerdings aus Kostengründen kaum je beschritten werden.

IV. Interne Organisation

1. Vorbemerkung

Anwälte werden nur dann ins Anwaltsregister eingetragen, wenn sie in der Lage sind, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie dürfen insbesondere nur Angestellte von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind.²⁹ Dies bedeutet nicht, dass der Arbeitgeber eines angestellten Anwaltes zwingend eine natürliche Person, nämlich ein selber im Anwaltsregister eingetragener Anwalt, sein muss. Entscheidend ist, dass keine Gefahr fremder, d.h. nicht durch einen ebenfalls registrierten Anwalt ausgeübter, Einflussnahme auf die Arbeit besteht. Daraus schliesst die Zürcher Aufsichtskommission, dass die Gefahr fremder Einflussnahme bei der Anwalts-Kapitalgesellschaft ausgeschlossen sein muss. Dies ist der Fall,

20 Vgl. hierzu etwa auch URS P. GNOS, Umwandlung einer Anwaltskanzlei in eine Anwalts-AG, in REPRAX 2 (2007), S. 8 f.

21 Vgl. Art. 54 FusG, Art. 69 Abs. 1 FusG.

22 Vgl. zur Frage, wann eine einfache Gesellschaft und wann eine Kollektivgesellschaft vorliegt, WALTER FELLMANN, Rechtsformen der Zusammenarbeit von Rechtsanwältinnen, in Anwaltsrevue 2003, S. 342 f.

23 Eine Kollektivgesellschaft muss sich im Handelsregister eintragen lassen (vgl. Art. 552 Abs. 2 OR). Ist die Kapitalgesellschaft nicht eingetragen, so muss sie, bevor eine Vermögensübertragung oder eine Umwandlung ins Auge gefasst wird, im Handelsregister eingetragen werden; vgl. GNOS (Fn. 20), S. 4.

24 Vgl. WEBER, (Fn. 19), N 2 zu Art. 57 FusG.

25 Zum konkreten Vorgehen vgl. GNOS (Fn. 20), S. 17 ff.

26 Vgl. Art. 68 Abs. 1 FusG i.V.m. Art. 26 FusG.

27 Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. c und Art. 4 Abs. 2 lit. b FusG.

28 Vgl. hierzu auch etwa GNOS (Fn. 20), S. 6 ff.

29 Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA.

wenn die Gesellschaft auf allen Entscheidungsebenen von eingetragenen Anwälten beherrscht wird und diese Beherrschung so angelegt ist, dass sie auf Dauer erhalten bleibt.³⁰

2. Gesellschaftszweck

Gemäss den Vorgaben der Zürcher Aufsichtsbehörde ist die Ausdehnung der geschäftlichen Tätigkeit einer Anwalts-Gesellschaft über den Hauptzweck, nämlich die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Rechtsberatung und Vertretung in gerichtlichen und verwaltungsrechtlichen Verfahren sowie bei Vertragsverhandlungen, hinaus nur zulässig, soweit Nebenzwecke dem Hauptzweck dienen.³¹ Betrachtet man die Zweckumschreibung von bisher gegründeten Anwalts-Kapitalgesellschaften, so hat der Zweck in etwa wie folgt zu lauten: «*Erbringung von Rechtsdienstleistungen im In- und Ausland durch in der Schweiz registrierte Anwältinnen und Anwälte und andere qualifizierte Beraterinnen und Berater sowie damit verbundene Tätigkeiten.*»³² Der Entscheid der Obwaldner Anwaltskommission verlangt, dass der Zweckartikel der Statuten ausdrücklich festhält, dass die Dienstleistungen unter Beachtung des BGFA erbracht werden.³³ Der Zürcher Entscheid fordert dies nicht. Der ausdrückliche Hinweis auf das BGFA erscheint überflüssig, haben sich registrierte Anwälte doch unabhängig von Gesellschaftsstatuten in jedem Fall an das BGFA zu halten.³⁴ Je nach den vom kantonalen Beurkundungsrecht aufgestellten Rahmenbedingungen kann die Zweckumschreibung durch das Erbringen notarieller Dienstleistungen ergänzt werden.

3. Beherrschung der Gesellschaft durch Anwälte

Die Aufsichtsbehörden verlangen, dass die Beherrschung einer Anwalts-Gesellschaft durch eingetragene Anwälte garantiert wird. Dies ist sicher dann gegeben, wenn nur eingetragene Anwälte Aktionäre/Gesellschafter von Anwalts-Gesellschaften sind. Soweit gehen die Aufsichtsbehörden allerdings nicht. Es können sich somit auch andere Personen an der Anwalts-Gesellschaft beteiligen.³⁵ Gemäss dem Zürcher Entscheid genügt es nicht, dass eingetragene Anwälte sowohl in der Generalversammlung als auch im Verwaltungsrat über eine Mehrheit der Stimmen verfügen. Bei einer solchen Konstellation wäre «*die Gefahr, dass überwiegend nicht eingetragene Aktionäre oder Verwaltungsratsmitglieder einen massgebenden Einfluss ausüben könnten*» nicht gebannt. Es gelte, Beschlüsse zu verhindern, «*die überwiegend von nicht eingetragenen Personen unterstützt werden*».³⁶

Was bedeutet dies nun konkret? Klar ist, dass sowohl die stimmen- als auch die kapitalmässige Mehrheit in der Generalversammlung den eingetragenen Anwälten zukommen muss. Dies kann, wenn die Anwalts-Gesellschaft eine AG ist, nur sichergestellt werden, wenn die Gesellschaft Namenaktien ausgibt; Inhaberaktien kommen nicht in Frage. Es braucht zudem eine Vinkulierungsvorschrift. Sinnvoll ist die Regel, dass der Verwaltungsrat die Zustimmung zur Übertragung von Aktien aus wichtigem Grunde ablehnen kann.³⁷ Zudem sollten die Statuten den Erwerb von Aktien durch eine Person, die nicht über ein schweizerisches Anwaltspatent oder ein gleichwertiges ausländisches Fähigkeitszeugnis verfügt, als wichtigen Grund nennen.³⁸

Im Zürcher Entscheid wird auch empfohlen, dafür zu sorgen, dass nicht im Anwaltsregister eingetragene Aktionäre maximal einen Viertel sämtlicher Stimmen halten können.³⁹ Verfügen Nicht-Anwälte über maximal einen Viertel der Stimmen, kann es zwar sein, dass die Mehrheit der eingetragenen Anwälte einem Beschluss nicht zustimmt, doch besteht die Mehrheit der einem Beschluss zustimmenden Aktionäre immer aus eingetragenen Anwälten.

Die Statuten sehen sinnvollerweise nicht nur vor, dass der Verwaltungsrat den Erwerb von Aktien durch einen Nicht-Anwalt verweigern kann, sondern dass er, wenn infolge des Erwerbs die registrierten Anwälte nicht mehr über mindestens drei Viertel der Stimmen verfügen, den Eintrag verweigern muss.⁴⁰

Die Beherrschung der Gesellschaft durch eingetragene Anwälte auf der Ebene Gesellschafterversammlung ist bei einer GmbH statutarisch einfach durchzusetzen. Gemäss Art. 786 Abs. 1 OR bedarf die Abtretung von Stammanteilen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Art. 786 Abs. 2 Ziff. 2 OR hält fest, dass die Statuten die Gründe festlegen können, die die Verweigerung der Zustimmung zur Abtretung rechtfertigen. Hier dürfte es sich bei einer Anwalts-GmbH als sinnvoll erweisen, dass einerseits festgehalten wird, dass die Gesellschafterversammlung die Zustimmung ohne Angabe von Gründen verweigern kann, andererseits aber auch vorzusehen, dass insbesondere der Erwerb von Stammanteilen durch eine Person, die nicht im Anwaltsregister eingetragen ist, die Verweigerung der Zustimmung rechtfertigt. Wie es bei der AG zulässig sein muss, den Verwaltungsrat anzuweisen, bei bestimmten Situationen, Eintragungsgesuche generell abzuweisen, dürfte es auch bei der GmbH statthaft sein, statutarisch festzulegen, dass die Gesellschafterversammlung die Zustimmung zur Abtretung von Stammanteilen zu verweigern hat, wenn nicht im Anwaltsregister eingetragene Personen nach dem Erwerb mehr als einen Viertel des Stammkapitals der GmbH halten.

In Bezug auf den Verwaltungsrat einer AG wird im Zürcher Entscheid gefordert, dass den im Anwaltsregister eingetragenen

30 Vgl. Erw. III.8.2.2. des Beschlusses der Aufsichtskommission ZH vom 5. Oktober 2006 (Fn. 9).

31 Vgl. Erw. IV.2.3. des Beschlusses der Aufsichtskommission ZH vom 5. Oktober 2006 (Fn. 9).

32 Vgl. etwa den Vorschlag in GNOS (Fn. 20), S. 23.

33 Vgl. Erw. 3.6.3 der Verfügung der Aufsichtskommission OW vom 29. Mai 2006 (Fn. 7).

34 Vgl. auch STAHELIN (Fn. 14), S. 68.

35 Vgl. Erw. IV.3.1. des Beschlusses der Aufsichtskommission ZH vom 5. Oktober 2006 (Fn. 9).

36 Erw. IV.3.2. des Beschlusses der Aufsichtskommission ZH vom 5. Oktober 2006 (Fn. 9).

37 Vgl. Art. 685b Abs. 1 OR.

38 Vgl. die Vorschläge für Statutenbestimmungen bei GNOS (Fn. 20), S. 24.

39 Vgl. Erw. IV.3.3.2. des Beschlusses der Aufsichtskommission ZH vom 5. Oktober 2006 (Fn. 9).

40 Vgl. GNOS (Fn. 20), S. 24.

Verwaltungsratsmitgliedern ein bestimmender Einfluss zukommen muss, was so zu bewerkstelligen sei, dass dem Verwaltungsrat einer Anwalts-AG mehrheitlich im Anwaltsregister eingetragene Mitglieder angehören. Zudem soll der Einfluss der eingetragenen Anwälte im Verwaltungsrat dadurch gestärkt werden, dass statutarisch festgelegt wird, dass im Verwaltungsrat der Anwalts-AG Beschlüsse nur zustande kommen, wenn ihnen mehr im Anwaltsregister eingetragene als nicht eingetragene Mitglieder zustimmen.⁴¹ Während statutarische Wählbarkeitsvoraussetzungen unproblematisch sind, erscheint die Bedingung, dass Beschlüsse des Verwaltungsrates nur zustande kommen, wenn ihnen mehr im Anwaltsregister eingetragene als nicht eingetragene Mitglieder zustimmen, aus aktienrechtlicher Sicht nicht unproblematisch. Verlangt wird eine Art qualifizierter Mehrheit. Die sonst von Gesetzes wegen bestimmende einfache Mehrheit innerhalb des Verwaltungsrates reicht nicht aus; Beschlüsse sollen nur dann als angenommen gelten, wenn ihnen mehr im Anwaltsregister eingetragene als nicht eingetragene Verwaltungsratsmitglieder zustimmen. Böckli weist darauf hin, dass weder die Statuten noch das Organisationsreglement einer AG dem Verwaltungsrat das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit für sämtliche Verwaltungsratsbeschlüsse auferlegen können.⁴² Wenn dem so ist, sind derartige Statutenbestimmungen heikel. Will man sich nicht auf eine derartige allenfalls problematische Festlegung abstützen, bleibt aufgrund der Vorgaben nichts anderes übrig, als statutarisch vorzusehen, dass nur eingetragene Anwälte dem Verwaltungsrat angehören können.

Statutarische Wählbarkeitsvoraussetzungen stellen auch bei der GmbH kein Problem dar. Gemäss Art. 809 Abs. 4 OR gilt, dass Beschlüsse der Geschäftsführung mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefällt werden, soweit die Statuten keine andere Regelung vorsehen. Um den Vorgaben der Aufsichtsbehörden, wonach Beschlüssen in jedem Fall mehr im Anwaltsregister eingetragene als nicht eingetragene Geschäftsführer zustimmen müssen, nachzukommen, müsste eine entsprechende Vorschrift in die Statuten der GmbH aufgenommen werden, es sei denn, man wolle in den Statuten generell festlegen, dass nur eingetragene Anwälte als Geschäftsführer amten dürfen.

4. Präsident des VR/Vorsitzender der Geschäftsführung

Der Entscheid der Zürcher Aufsichtscommission hält bezüglich des Präsidenten des Verwaltungsrates einer AG fest, dass das Präsidium mit einem eingetragenen Anwalt zu besetzen sei.⁴³ Dies kann statutarisch so bewerkstelligt werden, dass die Statuten festhalten, dass das Präsidium des Verwaltungsrates durch eine Person wahrgenommen werden muss, die im Anwaltsregister eingetragen ist. Es dürfte sich auch aufdrängen, dass die Wahl des Präsidenten der Generalversammlung übertragen

wird.^{44, 45} Diese Regelung hat den Vorteil, dass eine die Wählbarkeitsvoraussetzung nicht beachtende Wahl von jedem Aktionär gestützt auf Art. 706 OR angefochten werden kann. Bleibt die Wahl des Präsidenten dem Verwaltungsrat überlassen, könnte es – mangels einer Anfechtungsklage gegen Verwaltungsratsbeschlüsse – in praktischer Hinsicht schwierig sein, die Annullation einer nicht den Statuten entsprechenden Wahl zu bewirken.⁴⁶

Bei der GmbH ist das Problem so zu lösen, dass bezüglich des Vorsitzenden der Geschäftsführung vorzusehen ist, dass es sich bei diesem um einen eingetragenen Anwalt handeln muss. Die Wahl des Vorsitzenden geschieht von Gesetzes wegen durch die Gesellschafterversammlung.⁴⁷

V. Schlussfolgerungen/Ausblick – AG oder GmbH?

Gestützt auf die bisherigen Überlegungen ergibt sich, dass weder die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften bezüglich der Gründung einer Anwalts-AG oder Anwalts-GmbH noch die von den Aufsichtsbehörden für eine Anwalts-Kapitalgesellschaft vorgeschriebenen organisatorischen Regelungen dazu führen, dass eine der beiden möglichen Rechtsformen (AG oder GmbH) der anderen vorzuziehen wäre. Nur wenn sich das für eine AG vorgesehene Mindestkapital von CHF 100 000.–, wovon bei der Gründung mindestens CHF 50 000.– durch Einlagen gedeckt sein müssen, als praktisches Problem erweist, bleibt keine Wahl.

Das neue, am 1. Januar 2008 in Kraft getretene GmbH-Recht hat die Vorschriften zur Gründung der GmbH an die Vorschriften des Aktienrechts angeglichen. Neu verweist das GmbH-Recht bezüglich Sacheinlagen und Sachübernahmen vollumfänglich auf das Aktienrecht,⁴⁸ was dazu führt, dass heute auch bei der Gründung einer GmbH mit Sacheinlage ein Gründungsbericht⁴⁹ und eine entsprechende Prüfungsbestätigung eines zugelassenen Revisors⁵⁰ vorliegen müssen.

Kleinere Anwaltskanzleien, die die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft suchen, könnten sich überlegen, ob sie eine Revisionsstelle brauchen. Seit dem 1. Januar 2008 gelten für die Revisionsstelle – und insbesondere für den Verzicht auf eine Revisionsstelle – bei AG und GmbH die gleichen Vorschriften.⁵¹ Sowohl eine AG als auch eine GmbH können unter bestimmten Bedingungen⁵² auf eine Revisionsstelle verzichten.

44 So wird es z.B. auch von Gnos (Fn. 20), S. 26, vorgeschlagen.

45 Vgl. Art. 712 Abs. 2 OR.

46 Vgl. hierzu etwa Böckli (Fn. 42), S. 1519 ff.

47 Vgl. Art. 809 Abs. 3 OR.

48 Vgl. Art. 777 c Abs. 2 OR.

49 Vgl. Art. 635 OR.

50 Vgl. Art. 635 a OR.

51 Die aktienrechtlichen Vorschriften finden sich in den Art. 727 ff. OR; im GmbH-Recht wird bezüglich Revisionsstelle in Art. 818 Abs. 1 OR vollumfänglich auf das Aktienrecht verwiesen.

52 Die Gesellschaft unterliegt nicht der ordentlichen Revision, d.h. dass sie eine Bilanzsumme von weniger als CHF 10 Mio. und einen Umsatzerlös von weniger als CHF 20 Mio. ausweist (vgl. Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR), und hat im Jahresdurchschnitt nicht mehr als zehn Vollzeitstellen (Art. 727 a Abs. 2 OR).

41 Vgl. Erw. IV.3.4. des Beschlusses der Aufsichtscommission ZH vom 5. Oktober 2006 (Fn. 9).

42 Vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich 2004, S. 1474.

43 Erw. IV.3.6 des Beschlusses der Aufsichtscommission ZH vom 5. Oktober 2006 (Fn. 9).

Im Vergleich zum alten Recht hat das neue GmbH-Recht etliche Erleichterungen gebracht, die insbesondere auch Anwalts-Gesellschaften für sich nutzen können. So bedarf die Abtretung von Stammanteilen nur noch der einfachen Schriftlichkeit.⁵³ Anders als im alten Recht ist es heute auch möglich, dass ein Gesellschafter mehr als einen Stammanteil hält. Damit entfällt das altrechtliche Problem, dass ein Gesellschafter nur einen Stammanteil halten konnte und die Aufteilung von Stammanteilen jeweils zu Statutenänderungen führte.

Insbesondere für kleinere Anwalts-Gesellschaften dürfte die Rechtsform der GmbH eine echte Alternative zur AG darstellen. Es ist denkbar, dass nur im GmbH-Recht zu findende «Spezialitäten» Bedeutung erlangen. Je nach Konstellation einer Anwaltskanzlei (ein oder mehrere Senior Partner, die zusammen mit jüngeren Kollegen eine Gesellschaft gründen) könnte das bei einer GmbH mögliche Vetorecht einzelner Gesellschafter gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung attraktiv sein;⁵⁴ allerdings wäre ein Vetorecht eines nicht (mehr) im Anwaltsregister eingetragenen Gesellschafters standesrechtlich heikel, würde es doch bedeuten, dass ein nicht eingetragener Gesellschafter die eingetragenen Gesellschafter zumindest negativ überstimmen kann. Für kleinere Gesellschaften könnte auch die Möglichkeit, in den Statuten vorzusehen, dass ein Gesellschafter aus der

Gesellschaft austreten kann,⁵⁵ interessant sein. Schliesslich erlaubt es das GmbH-Recht auch, dass die Gesellschaft bei Vorliegen eines wichtigen Grundes beim zuständigen Gericht auf Ausschluss eines Gesellschafters klagt⁵⁶ oder dass – bei entsprechender Statutenbestimmung – sogar die Gesellschafterversammlung einen Gesellschafter bei Vorliegen bestimmter Gründe ausschliesst.⁵⁷ Sowohl die Möglichkeit des Austritts als auch die Möglichkeit des Ausschlusses bilden insbesondere bei einer kleinen Anzahl von Gesellschaftern unter Umständen recht wichtige Instrumente, die bei der AG nicht bestehen.

Nach Inkrafttreten des neuen Rechts stellt die GmbH für kleinere Anwaltssozietäten wohl die flexiblere und besser geeignete Rechtsform dar.⁵⁸ Ob sich aber tatsächlich viele Kanzleien in der Form der GmbH organisieren werden, erscheint fraglich, weil – vielleicht zu Recht – die Meinung besteht, dass das Publikum eine Anwaltskanzlei in der Rechtsform der AG ohne weiteres akzeptiert, aufgrund der Firma, die den Hinweis auf die Rechtsform zwingend enthalten muss,⁵⁹ demgegenüber aber mit einer Anwaltskanzlei die nur eine «beschränkte Haftung» übernimmt, Probleme haben könnte.

55 Vgl. Art. 822 Abs. 2 OR.

56 Vgl. Art. 823 Abs. 1 OR.

57 Vgl. Art. 823 Abs. 2 OR.

58 So auch FELLMANN (Fn. 14), S. 26.

59 Vgl. Art. 950 OR.

53 Art. 785 Abs. 1 OR.

54 Vgl. Art. 807 OR.