Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-4032/2014; C-7520/2014

Teilurteil vom 3. November 2016

Besetzung

Richter David Weiss (Vorsitz),
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz,
Richter Beat Weber,
Richter Michael Peterli,
Richter Vito Valenti,
Gerichtsschreiber Roland Hochreutener.

Parteien

A._____,
vertreten durch Dr. Wolfram Kuss, Rechtsanwalt,
Rappeneckstrasse 2, DE-79183 Waldkirch,
Beschwerdeführer,

gegen

IV-Stelle für Versicherte im Ausland IVSTA,
Avenue Edmond-Vaucher 18, Postfach 3100, 1211 Genf 2,
Vorinstanz.

Gegenstand

Invalidenversicherung, Rentenanspruch, Verfügung vom 11. Juni 2014, Verfügung vom 4. Juli 2014, Verfügung vom 10. Dezember 2014,
unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

Sachverhalt:

A.

A.a Mit Verfügung vom 29. April 1999 sprach die Invalidenversicherungs-Stelle für Versicherte im Ausland (*nachfolgend:* IVSTA oder Vorinstanz) A._____ (*nachfolgend:* Beschwerdeführer) mit Wirkung ab 1. August 1997 eine halbe IV-Rente nebst einer halben Kinderrente und mit Verfügung vom 25. September 2001 ab 1. Juni 2000 eine ganze IV-Rente nebst einer ganzen Kinderrente zu (Vorakten der IV-Stelle Basel-Stadt [*nachfolgend:* IV-Stelle] gemäss Aktenverzeichnis vom 27. Oktober 2014, [*nachfolgend*: act.] 5 und 30, S. 2 - 5).

A.b Mit Verfügung vom 13. Dezember 2010 sistierte die IVSTA die Rentenleistungen des Beschwerdeführers mit sofortiger Wirkung und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (act. 51).

A.c Mit Urteil vom 8. September 2011 (B-860/2011) wies das Bundesverwaltungsgericht eine vom Beschwerdeführer gegen die sofortige (vorsorgliche) Renteneinstellung erhobene Beschwerde ab (Ziff. 1 des Dispositivs). Infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurden sodann keine Verfahrenskosten erhoben, und Rechtsanwalt Dr. Wolfram Kuss wurde für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht aus der Gerichtskasse mit Fr. 1'200.- entschädigt (Ziff. 2 des Dispositivs).

B.

Mit Verfügungen vom 11. Juni 2014 und vom 4. Juli 2014 hob die IVSTA – nach Durchführung eines Rentenrevisionsverfahrens mit polydisziplinärer Begutachtung des Beschwerdeführers – die ab 1. August 1997 zugesprochenen Invalidenrenten rückwirkend auf und entzog einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügungen die aufschiebende Wirkung (Akten im Beschwerdeverfahren C-4032/2014 [*nachfolgend:* BVGer act.] 1, Beilagen).

C.

C.a Mit Eingabe vom 18. Juli 2014 erhob der Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Wolfram Kuss, gegen die Verfügungen vom 11. Juni 2014 und 4. Juli 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit den Anträgen, die Verfügungen seien aufzuheben und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung wieder zu erteilen (BVGer act.1).

C.b Mit Zwischenverfügung vom 4. September 2014 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch des Beschwerdeführers um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab (BVGer act. 4).

C.c Mit Vernehmlassung vom 31. Oktober 2014 beantragte die Vorinstanz unter Verweis auf eine Stellungnahme der IV-Stelle vom 27. Oktober 2014 die Abweisung der Beschwerde (BVGer act. 6 samt Beilage).

C.d Nachdem der Beschwerdeführer mit Zwischenverfügung vom 5. November 2014 aufgefordert worden war, einen Kostenvorschuss von Fr. 600.- zu leisten (BVGer act. 7), liess er mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 20. November 2014 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung stellen (BVGer act. 10).

C.e Mit Zwischenverfügung vom 28. November 2014 forderte der Instruktionsrichter den Beschwerdeführer auf, das Formular "Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege" ausgefüllt und mit den nötigen Beweismitteln versehen bis zum 13. Januar 2015 beim Bundesverwaltungsgericht einzureichen (Ziff. 2); darüber hinaus forderte er den Rechtsvertreter bezüglich seines Gesuchs um Verbeiständung auf, den Originalnachweis des Eintrags in ein kantonales Anwaltsregister einzureichen (Ziff. 3; BVGer act. 11).

C.f Mit Eingabe vom 26. Dezember 2014 reichte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers beim Bundesverwaltungsgericht das vervollständigte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege einschliesslich entsprechender Beweismittel ein. Überdies wies er darauf hin, dass er nicht in "ein kantonales Handelsregister" (*recte:* kantonales Anwaltsregister) eingetragen sei; allerdings sei im früheren Verfahren (B-860/2011) eine Verbeiständung verfügt worden, ohne dass ein solcher Nachweis gefordert worden wäre (BVGer act. 15).

C.g Ebenfalls mit Eingabe vom 26. Dezember 2014 reichte der Beschwerdeführer, wiederum vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Wolfram Kuss, beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen eine Verfügung der IVSTA vom 10. Dezember 2014 ein, womit diese von ihm einen Betrag von Fr. 17'917.- unter dem Titel zu Unrecht bezogener Invalidenrenten zurückgefordert hatte. Darin beantragte der Beschwerdeführer einerseits die Aufhebung der angefochtenen Verfügung; andererseits stellte er auch für dieses Beschwerdeverfahren den Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen

Rechtspflege und Verbeiständung (BVGer act. 1 samt Beilage; C-7520/2014).

C.h Mit Zwischenverfügung vom 6. Januar 2015 nahm und gab der Instruktionsrichter den Beteiligten zur Kenntnis, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers in keinem kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist. Ferner teilte er ihnen mit, dass die Frage der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung durch einen in Deutschland zugelassenen Rechtsanwalt vom Bundesverwaltungsgericht als Grundsatzfrage in Fünferbesetzung geprüft werde (BVGer act. 16).

C.i Mit Eingabe vom 15. Januar 2015 teilte der Rechtsvertreter dem Bundesverwaltungsgericht mit, dass er den Beschwerdeführer seit dem 10. November 2010 in sämtlichen Verfahren, welche seine Rentenangelegenheit betreffen würden, vertrete. Seine bisherige Rechtsvertretung habe zum überwiegenden Teil das vorgerichtliche Stadium betroffen. Nachdem im vorliegenden Verfahren die wesentliche Arbeit bereits durch ihn erbracht worden sei, wäre die Inanspruchnahme eines weiteren kantonalen Rechtsanwaltes unwirtschaftlich. Zudem bedürfe der Beschwerdeführer eines Rechtsvertreters aus dessen Region, da er nicht ständig zu Besprechungen nach Basel fahren könne (BVGer act. 17).

C.j Mit Schreiben vom 21. Januar 2015 übermittelte das Sozialversicherungsgericht des Kantons Basel-Stadt dem Bundesverwaltungsgericht – unter Hinweis auf das Beschwerdeverfahren C-4032/2014 – die Akten betreffend eine bei ihm eingereichte Rechtsverweigerungsbeschwerde vom 29. April 2014. Die Streitsache wurde beim Bundesverwaltungsgericht unter der Verfahrensnummer C-7605/2014 registriert (BVGer act. 1 samt Beilage; C-7605/2014).

C.k Mit Verfügung vom 27. Januar 2015 sistierte der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts das Beschwerdeverfahren C-7520/2014 bis zum Entscheid im Beschwerdeverfahren C-4032/2014 (BVGer act. 5; C-7520/2014).

C.l Mit Zwischenverfügung vom 28. Januar 2015 nahm und gab der Instruktionsrichter den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis, dass die Eingabe des Rechtsvertreters vom 15. Januar 2015 zusammen mit den übrigen Akten dem Bundesverwaltungsgericht zur weiteren Behandlung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens C-4032/2014 überwiesen worden sei. Ferner

erhielt die Vorinstanz Gelegenheit, bis zum 27. Februar 2015 eine Stellungnahme zur Eingabe vom 15. Januar 2015 abzugeben. Überdies räumte der Instruktionsrichter den Beteiligten die Gelegenheit ein, sich bis zum 27. Februar 2015 zur Frage der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Behandlung der beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Basel-Stadt eingereichten Beschwerde vom 29. April 2014 vernehmen zu lassen. Schliesslich wurde dem Rechtsvertreter Gelegenheit gegeben, innert gleicher Frist seine ursprüngliche Wahl des Gerichtsstandes in Basel-Stadt zu erläutern (BVGer act. 19).

C.m Mit Zwischenverfügung vom 19. Februar 2015 orientierte der Instruktionsrichter die Beteiligten über das weitere Vorgehen, indem er sie namentlich darauf hinwies, dass über die Gesuche um unentgeltliche Prozessführung in einem separaten Teilentscheid entschieden werde. Überdies gab er den Beteiligten Gelegenheit, bis zum 19. März 2015 zur vorgesehenen Einsichtnahme in die Strafakten der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt Stellung zu nehmen (BVGer act. 23).

C.n Mit Zwischenverfügung vom 18. Dezember 2015 sistierte das Bundesverwaltungsgericht das vorliegende Beschwerdeverfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens in der Strafsache der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt gegen den Beschwerdeführer (BVGer act. 46).

C.o Mit Urteil 9C_12/2016 vom 29. Januar 2016 hiess das Bundesgericht die vom Beschwerdeführer gegen die verfügte Sistierung erhobene Beschwerde gut, hob die Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2015 betreffend Verfahrenssistierung auf und wies die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurück, damit es das gegen die Rentenaufhebungsverfügung vom 11. Juni/4. Juli 2014 eingeleitete Beschwerdeverfahren fortsetze (BVGer act. 50).

C.p Mit Eingabe vom 3. Juli 2016 ersuchte der Rechtsvertreter das Bundesverwaltungsgericht um beförderliche Erledigung hinsichtlich der gerichtlichen Beurteilung der unentgeltlichen Verbeiständung und des Verfahrens in der Hauptsache (BVGer act. 52).

C.q Mit Eingabe vom 14. Juli 2016 liess der Rechtsvertreter dem Bundesverwaltungsgericht ein Urteilsdispositiv des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 23. Juni 2016 zukommen. Hinsichtlich der beantragten unentgeltlichen Verbeiständung machte er überdies geltend, dass EU-

Anwälte gestützt auf die Dienstleistungsfreiheit zur unentgeltlichen Verbeiständung zugelassen werden müssten. Im vorliegenden Fall sei zusätzlich in Betracht zu ziehen, dass er bereits im Verfahren betreffend den vorläufigen Entzug der Rente als Rechtsvertreter bestellt worden sei (BVGer act. 54 samt Beilage).

D.
Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird – soweit erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die Beschwerdeinstanz, ihr Vorsitzender oder der Instruktionsrichter befreit nach Einreichung der Beschwerde eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten, sofern ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 65 Abs.1 VwVG). Wenn es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, bestellt die Beschwerdeinstanz, ihr Vorsitzender oder der Instruktionsrichter der Partei einen Anwalt (Art. 65 Abs. 2 VwVG).

1.2 Nach Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt. Indes findet das VwVG aufgrund von Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das ATSG (SR 830.1) anwendbar ist.

Für das sozialversicherungsrechtliche Beschwerdeverfahren findet der Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand in Art. 61 Bst. f ATSG seine gesetzliche Grundlage. Danach muss das Recht, sich verbeiständen zu lassen, gewährleistet sein (Satz 1). Wo es die Verhältnisse rechtfertigen, wird der Beschwerde führenden Person ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (Satz 2).

1.3 Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint; soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 29

Abs. 3 BV; SR 101). Die unentgeltliche Prozessführung umfasst somit einerseits die unentgeltliche Rechtspflege und bezieht sich insoweit auf die Einforderung von Kostenvorschüssen und die Überbindung von Verfahrenskosten. Andererseits zielt sie auf die unentgeltliche Verbeiständung, das heisst die Bestellung und Entschädigung eines Rechtsvertreters durch den Staat ab (GEROLD STEINMANN, in: Ehrenzeller et al., Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 29 BV N. 63 und N. 72). Die unentgeltliche Rechtspflege bezweckt, auch der bedürftigen Partei den Zugang zum Gericht und die Wahrung ihrer Parteirechte zu ermöglichen. Sie soll sicherstellen, dass jedermann unabhängig von seinen finanziellen Verhältnissen nicht aussichtslose Streitsachen zur gerichtlichen Entscheidung bringen und sich überdies im Prozess, sofern es sachlich geboten ist, durch einen Anwalt vertreten lassen kann (BGE 135 I 1 E. 7.1 S. 2; 131 I 350 E. 3.1 S. 355; 120 Ia 14 E. 3d S. 16; STEFAN MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], 2008, S. 5). Der Anspruch gilt sowohl in der Straf- und Zivil- als auch in der öffentlichen Rechtspflege als anerkannt (MEICHSSNER, a.a.O., S. 52 ff.; WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, Bern 2010, S. 282 Rz. 763; BGE 128 I 225 E. 2.3). Als Ausdruck des Prinzips der "Waffengleichheit" haben grundsätzlich alle natürlichen Personen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit und ihres Wohnsitzes Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, zumal sich eine unterschiedliche Behandlung des Gesuchstellers je nach Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz sachlich nicht rechtfertigen lässt (BGE 120 Ia 217 E. 1; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 894).

2.

Der Beschwerdeführer wird vorliegend durch einen in Deutschland zugelassenen Rechtsanwalt, Dr. Wolfram Kuss mit Geschäftssitz in Waldkirch (D), vertreten. Er beantragt die unentgeltliche Rechtspflege mit Befreiung von der Bezahlung der Verfahrenskosten und unentgeltlicher Verbeiständung. Dabei steht in tatsächlicher Hinsicht fest, dass der Rechtsvertreter nicht in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist (BVGer act. 15). Zu prüfen ist demnach im Folgenden, ob auch Angehörige eines EU- oder EFTA-Mitgliedstaates, die den Anwaltsberuf in ihrem Herkunftsstaat auszuüben berechtigt sind, im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit in einem sozialversicherungsrechtlichen Beschwerdeverfahren als unentgeltliche Rechtsbeistände eingesetzt werden können, wenn sie – wie hier – in keinem kantonalen Anwaltsregister der Schweiz eingetragen sind.

Bevor auf diese Frage näher eingegangen werden kann, sind nachfolgend in einem ersten Schritt zunächst die staatsvertraglichen und bundesrechtlichen Rechtsgrundlagen und die hierzu ergangene Rechtsprechung darzulegen (nachstehende E. 2.1 - 2.14). Alsdann werden in einem zweiten Schritt unter diesem Aspekt die Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung geprüft (nachstehende E. 3). Ungeachtet der Beurteilung des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung sind schliesslich die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (Bedürftigkeit und fehlende Aussichtslosigkeit) zu klären (nachstehende E. 4), zumal der Beschwerdeführer zusätzlich die Befreiung von den Gerichtskosten beantragt. Die sachliche Notwendigkeit der Rechtsvertretung ist demgegenüber nur zu prüfen, sofern der Anspruch auf Zulassung zur unentgeltlichen Verbeiständung grundsätzlich bejaht werden kann.

2.1 Die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007, ABl. C 306 vom 17. Dezember 2007, 1 [AEUV]; früher: Art. 43 ff. des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 [EGV]) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV; früher: Art. 49 ff. EGV) bilden wesentliche Pfeiler des europäischen Binnenmarktkonzeptes (vgl. dazu HANS NATER/MICHAEL TUCHSCHMID, Die internationale Freizügigkeit nach dem BGFA, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals, Bilaterale Verträge I & II Schweiz EU, 2007, S. 310). Mit dem am 1. Juni 2002 in Kraft getretenen Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (*nachfolgend:* FZA oder Freizügigkeitsabkommen; SR 0.142.112.681) hat sich die Schweiz unter anderem verpflichtet, die folgenden drei Richtlinien der EU in das schweizerische Recht zu überführen: die Richtlinie 77/249/EWG vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte (ABl L 78 vom 26. März 1977, 17), die Richtlinie 89/48/EWG vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen (ABl L 19 vom 24. Januar 1989, 16), sowie die Richtlinie 98/5/EG vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde (ABl L 77 vom 14. März 1998, 36; vgl. dazu Anhang III Abschnitt A zum FZA [BBl 1999, 7081 f.]).

2.2 Art. 2 des Freizügigkeitsabkommens postuliert den Grundsatz des generellen Diskriminierungsverbotes. Danach werden die Staatsangehörigen einer Vertragspartei bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert (vgl. dazu auch Art. 7 Bst. a FZA; vgl. zum Gebot der Inländergleichbehandlung für Arbeitnehmer und Selbstständige auch Art. 9 und Art. 15 Anhang I FZA).

Das Diskriminierungsverbot von Art. 2 FZA ist unmittelbar anwendbar und verbietet sowohl die direkte Diskriminierung gestützt auf die Staatsangehörigkeit als auch alle anderen versteckten Formen, die durch Anwendung anderer Unterscheidungskriterien zum selben Ergebnis führen (indirekte Diskriminierung; vgl. dazu BGE 136 II 241 E. 15.2). Die verschiedenen Bestimmungen des FZA zum Grundsatz der Nichtdiskriminierung verbieten demnach sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Ungleichbehandlung von Personen aus Gründen der Staatsangehörigkeit (THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD/ISABELLE KÖLLIKER/RACHEL LIECHTI-MCKEE/MATTHIAS OESCH/TETYANA PAYOSOVA/DANIEL WÜRGER, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, 2014, S. 285 ff.).

Gemäss Art. 5 Abs. 1 FZA wird einem Dienstleistungserbringer – unbeschadet besonderer Abkommen über die Erbringung von Dienstleistungen zwischen den Vertragsparteien – das Recht eingeräumt, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei zu erbringen, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet. Die Dienstleistungsfreiheit im Sinne von Art. 17 - 23 Anhang I FZA schützt das grenzüberschreitende Erbringen einer Dienstleistung, wobei sich der Dienstleistungserbringer nicht dauerhaft im Empfängerstaat aufhält. Hinsichtlich der Erbringung von Dienstleistungen gemäss Art. 5 FZA ist insbesondere die Beschränkung grenzüberschreitender Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei, deren Dauer 90 tatsächliche Arbeitstage nicht überschreitet, untersagt (Art. 17 Bst. a FZA).

Gemäss Art. 19 Anhang I zum FZA kann der Dienstleistungserbringer, der zur Erbringung von Dienstleistungen berechtigt ist oder dem eine entsprechende Erlaubnis erteilt wurde, seine Tätigkeit vorübergehend im Staat der Erbringung der Dienstleistung nach Massgabe dieses Anhangs und der Anhänge II und III unter den gleichen Bedingungen ausüben, wie dieser Staat sie für seine eigenen Staatsangehörigen vorschreibt. Diese Bestimmung

postuliert demnach – hinsichtlich der Dienstleistungserbringung – ein Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Verhältnis zu eigenen Staatsangehörigen.

2.3 Gemäss Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA sind von der Anwendung der Artikel 17 und 19 dieses Anhangs ausgenommen die Tätigkeiten, die auch nur gelegentlich die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Gebiet der betroffenen Vertragspartei umfassen (vgl. die entsprechenden Bereichsausnahmen zur Personenfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit in Art. 10 Anhang I FZA und Art. 16 Anhang I FZA). Art. 16 Anhang I FZA sieht – unter dem Titel der "Ausübung hoheitlicher Befugnisse" – vor, dass dem Selbstständigen das Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit verweigert werden kann, wenn diese dauernd oder zeitweilig mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Die Begriffe der "Ausübung hoheitlicher Befugnisse" und der "öffentlichen Gewalt" werden im FZA nicht erläutert. Gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA ist demnach für die Anwendung die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (21. Juni 1999) massgebend. Im Hinblick auf die Verwirklichung einer möglichst parallelen Rechtslage weicht das Bundesgericht praxisgemäss von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nach dem Unterzeichnungsdatum nicht leichthin, sondern nur bei Vorliegen triftiger Gründe ab (BGE 139 II 393 E. 4.1.1 S. 397 f.).

Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA zur Ausübung hoheitlicher Befugnisse ist auf die Parallelbestimmung in Art. 62 AEUV ausgerichtet. Diese Bestimmung verweist auf die Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit (Art. 51 Abs. 1 AEUV) und setzt damit eine Tätigkeit mit öffentlicher Gewalt voraus. Nach der Praxis des EuGH ist der Begriff der "öffentlichen Gewalt" eng auszulegen. Die Ausnahmeregelung ist auf Tätigkeiten beschränkt, die "unmittelbar und spezifisch" mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden sind. Der EuGH hat in diesem Zusammenhang mit Entscheid vom 24. Mai 2011 festgehalten, dass die öffentliche Beurkundungstätigkeit eines Notars keine (hoheitliche) Tätigkeit im Sinne von Art. 51 AEUV sei (EuGH Rs. C-54/08, Kommission/Deutschland, Slg. 2011 I-04355, Rz. 93; vgl. hierzu RICCARDO BRAZEROL, Das schweizerische Notariat im Fokus der Freizügigkeit, in: Jusletter vom 28. Oktober 2013, S. 6 f.).

Demgegenüber hat das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt (SR 943.02; Binnenmarktgesetz, BGBM) den Begriff der Hoheitlichkeit extensiv interpretiert und in diesem

Zusammenhang wiederholt festgestellt, dass die Tätigkeit von Notaren (Urkundspersonen) nicht unter das Binnenmarktgesetz falle, da die Befugnis, öffentliche Beurkundungen vorzunehmen, "den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion" habe (Art. 1 Abs. 3 BGBM; BGE 131 II 639 E. 6.1; 128 II 280 E. 3; Urteil des BGer 5A_175/2008 vom 8. Juli 2008 E. 5.2). Als hoheitliche Tätigkeit gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Tätigkeit als Gerichtsgutachter (Urteil des BGer 2C_121/2011 vom 9. August 2011 E. 3.3.1). Diese von der Rechtsprechung des EuGH abweichende bundesgerichtliche Rechtsprechung ist in der Lehre teilweise auf Kritik gestossen. So wird in diesem Zusammenhang namentlich vorgebracht, die Revision des Binnenmarktgesetzes habe explizit bezweckt, den sachlichen Geltungsbereich an denjenigen des Freizügigkeitsabkommens anzupassen. Im Vordergrund stehe sodann bei der Auslegung des FZA der Grundsatz der europakompatiblen Auslegung (vgl. dazu MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten, in: ZbJV 2012 S. 400 ff.; STEPHAN BREITENMOSER/ROBERT WEYENETH, Europäische Bezüge und bilaterale Verträge, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 1325). In einem jüngst ergangenen Entscheid hat das Bundesgericht in diesem Zusammenhang festgehalten, dass die Dolmetschertätigkeit für ein Gericht keine "unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt" darstelle. Dabei hat das Bundesgericht auf die Massgeblichkeit der Praxis des EuGH auch im Anwendungsbereich des FZA hingewiesen (BGE 140 II 112 E. 3.2.4 und E. 3.6.1 und 3.6.2).

2.4 Das FZA regelt die Möglichkeit der Einschränkung der Freizügigkeitsrechte einerseits in den allgemeinen Bestimmungen des Anhangs I. Gemäss Art. 5 Anhang I FZA dürfen die im Abkommen gewährten Rechte einerseits durch Massnahmen eingeschränkt werden, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind (Ordre public-Vorbehalt; vgl. dazu auch Art. 52 AEUV). Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA nimmt in Anwendung von Art. 16 Abs. 1 FZA Bezug auf die Richtlinien 64/221/EWG (ABl. Nr. 56, 1964, S. 850), 72/194/EWG (ABl. Nr. L 121, 1972, S. 32) und 75/35/EWG (ABl. Nr. L 14, 1975, S. 10). Die Schweiz hat sich dementsprechend verpflichtet, alle erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit gleichwertige Rechte und Pflichten der genannten EU-Rechtsakte in der Schweiz Anwendung finden (COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-MCKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜRGER, a.a.O., S. 297 Rz. 503). Nach den massgeblichen Richtlinien, auf welche in Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA Bezug genommen wird, sowie der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH, darf bei Massnahmen der öffentlichen Ordnung oder Si-

cherheit ausschliesslich das persönliche Verhalten der betreffenden Person ausschlaggebend sein (STEPHAN BREITENMOSER/ROBERT WEYENETH, Europarecht unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz – EU, 2. Aufl. 2014, S. 197 f. Rz. 674; HANSJÖRG SEILER, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, in: ZbJV 150/2014, S. 265 ff., S. 289). Für die Rechtfertigung offener Diskriminierungen bedarf es dabei geschriebener (ausdrücklicher) Schranken, währenddem bei mittelbaren Diskriminierungen auch immanente Schranken berücksichtigt werden dürfen (vgl. dazu TOBIAS JAAG/JULIA HÄNNI, Europarecht, Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 4. Aufl. 2015, Rz. 3145 f. und 3149a).

Andererseits können Beschränkungen, die formal zwar unterschiedslos auf eigene Staatsangehörige und auf Staatsangehörige einer anderen Vertragspartei anwendbar sind, in ihrer praktischen Wirkung aber versteckte Diskriminierungen darstellen, unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt werden. Auch im Bereich der Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH das Gebot der Inländerbehandlung zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot weiterentwickelt. Danach kann die Dienstleistungsfreiheit eingeschränkt werden, wenn die folgenden vier Voraussetzungen erfüllt sind: Die Einschränkungen und Verbotsregelungen müssen erstens nicht in diskriminierender Weise ausgestaltet sein; sie müssen zweitens zwingende Gründe des Allgemeininteresses verfolgen; sie müssen drittens geeignet sein, das angestrebte Ziel zu verfolgen und viertens dürfen sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist (BREITENMOSER/WEYENETH, a.a.O., S. 264 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH; vgl. dazu auch Art. 22 Abs. 4 Anhang I FZA). Für den Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs hat der EuGH insbesondere den Schutz der Verbraucher, die Einhaltung von Berufs- und Standesregeln zum Schutz der Dienstleistungsempfänger und die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anerkannt (WIENFRIED KLUTH, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 56, 57 AEUV NN. 84 f. mit Hinweisen sowie DOMINIK EISENHUT/DANIEL-ERASMUS KHAN, in: Vedder/Heintschel von Egg, Europäisches Unionsrecht, Baden-Baden 2012, Art. 57 AEUV N 35).

2.5 Mit dem Erlass des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61; in Kraft getreten am 1. Juli 2002; AS 2002 685) hat der Bundesgesetzgeber die Anwaltsfreizügigkeitsregelung der EU in der Schweiz implementiert. Art. 4 BGFA regelt

den Grundsatz der *interkantonalen* Freizügigkeit. Danach können Anwältinnen und Anwälte, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, in der Schweiz ohne weitere Bewilligung Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, ohne dass sie neben der Registrierung am Geschäftsort weitere Voraussetzungen erfüllen müssen. Das Prinzip der Freizügigkeit gilt nicht allgemein, sondern nur für Anwälte, die ihr Patent in der Schweiz erworben haben und die in einem kantonalen Register eingetragen sind (ERNST STAEHELIN/CHRISTIAN OETIKER, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2011, Art. 4 BGFA N. 1 f.).

2.6 Nach Art. 5 Abs. 1 BGFA führt jeder Kanton ein Anwaltsregister, in das sich Anwältinnen und Anwälte, welche über ein kantonales Anwaltspatent verfügen, eintragen lassen können. Neben einer Geschäftsadresse im Registerkanton erfordert der Eintrag in fachlicher Hinsicht ein Anwaltspatent im Sinne der Voraussetzungen nach Art. 7 BGFA. In persönlicher Hinsicht verlangt die Eintragung zudem die Erfüllung der persönlichen Voraussetzungen im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. a – d (Handlungsfähigkeit, keine mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbarende strafrechtliche Verurteilung, keine Verlustscheine sowie Unabhängigkeit; vgl. dazu im Einzelnen FELLMANN, a.a.O., S. 29 ff.).

Art. 12 Bst. g BGFA verpflichtet die Anwälte, im Kanton, in dessen Register sie eingetragen sind, amtliche Verteidigungen und unentgeltliche Rechtsvertretungen zu übernehmen, und zwar sowohl in zivil- wie auch in straf- und verwaltungsrechtlichen Prozessen (WALTER FELLMANN, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], a.a.O., Art. 12 BGFA N. 142).

2.7 Während der freie Dienstleistungsverkehr in der Schweiz durch Art. 4 BGFA eingeführt wurde, regeln die Abschnitte 4, 5 und 6 des BGFA, basierend auf der Dienstleistungsrichtlinie der EU, die Berufsausübung von Anwältinnen und Anwälten der EU und der EFTA in der Schweiz. Dabei werden drei verschiedene Formen der Ausübung unterschieden (vgl. hierzu auch Urteil des BGer 2A.536/2003 vom 9. August 2004 E. 3.2.1 - 3.2.3).

2.7.1 Sie können erstens im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs nur vorübergehend, das heisst bis zu 90 Tagen, in der Schweiz tätig werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 FZA). Die Zulassung und Modalitäten zur Ausübung des Anwaltsberufs im freien Dienstleistungsbereich unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung werden in Art. 21 - 26 BGFA geregelt (vgl. hierzu nachstehende E. 2.8 und 2.9).

2.7.2 Ebenfalls unter Verwendung ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung (vgl. Art. 27 Abs. 2 i.V.m. Art. 24 BGFA) können sie zweitens statt nur vorübergehend, auch "ständig" Parteien vor Gerichtsbehörden in der Schweiz vertreten (Art. 27 - 29 BGFA). Hierzu müssen sie sich in eine von der kantonalen Aufsichtsbehörde geführte öffentliche Liste eintragen lassen (Art. 27 Abs. 1 BGFA). Diese ist eine Voraussetzung zur ständigen Ausübung des Anwaltsberufs unter ursprünglicher Berufsbezeichnung, die nicht nur vorübergehend im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 21 ff. BGFA) erfolgt. Die Eintragung setzt ihrerseits eine Aufenthaltserlaubnis voraus (Art. 4 FZA in Verbindung mit Art. 12 ff. Anhang I zum FZA; Urteil 2A.536/2003 E. 3.2.2). Wie die Anwälte, die den Anwaltsberuf in der Schweiz im Dienstleistungsverkehr ausüben, müssen sie in Verfahren mit Anwaltszwang im Einvernehmen mit einem Anwalt handeln, der in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist (Art. 27 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 23 BGFA).

Auch diese Anwälte unterstehen ebenso wie die im kantonalen Register eingetragenen Anwälte den Berufsregeln des Art. 12 BGFA. Die Artikel 23 - 25 gelten BGFA für diese Anwältinnen und Anwälte ebenfalls (Art. 27 Abs. 2 BGFA); dementsprechend entfällt die Verpflichtung zur amtlichen Pflichtverteidigung und zur unentgeltlichen Vertretung (Art. 12 Bst. g BGFA) auch für diese Gruppe von Anwälten. Keine Anwendung findet für sie auch die Bestimmung über den Registereintrag (Art. 12 Bst. j BGFA), da im Hinblick auf die in Art. 28 BGFA vorgesehene Eintragung in eine öffentliche Liste eine Sonderregelung besteht (vgl. dazu ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], a.a.O., Art. 27 BGFA N. 8).

2.7.3 Schliesslich regeln Art. 30 - 33 BGFA die ständige Anwaltstätigkeit in der Schweiz unter einer schweizerischen Berufsbezeichnung (vgl. dazu Art. 33 BGFA). Anwältinnen und Anwälte der EU und der EFTA können sich hierbei nur in einem kantonalen Register eintragen lassen, selbst wenn sie oder er in mehreren Kantonen tätig sein möchten (BGE 131 II 639 E. 3.3 - 3.5). Mit der Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister erfolgt eine vollständige Integration in den Berufsstand der schweizerischen Anwälte; für die Berufsangehörigen aus der EU oder der EFTA gelten folglich dieselben Rechte und Pflichten wie für die Inhaber eines schweizerischen Anwaltspatentes, welche in einem kantonalen Register eingetragen sind (Art. 12 BGFA; NATER/TUCHSCHMID, a.a.O., S. 321). Sie dürfen die Berufsbezeichnung des Kantons verwenden, in dessen Register sie eingetragen sind; zusätzlich dürfen sie auch weiterhin die ursprüngliche Berufsbezeichnung des Herkunftsstaates führen (Art. 33 BGFA; KELLERHALS/BAUMGARTNER,

a.a.O., Art. 30 N. 1 f. BGFA). Die Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister erfordert dabei entweder das Bestehen einer Eignungsprüfung (Art. 30 Abs. 1 Bst. a BGFA) oder den Nachweis einer hinreichenden Berufspraxis im schweizerischen Recht (Art. 30 Abs. 1 Bst. b BGFA). Anders als im Falle von Anwälten, welche unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung in der Schweiz tätig werden (Art. 27 BGFA), sieht das BGFA für die in einem kantonalen Register eingetragenen zugewanderten Anwälte keine Befreiung von der amtlichen Pflichtverteidigung und der unentgeltlichen Vertretung vor (KELLERHALS/BAUMGARTNER, a.a.O., Art. 30 N. 13 BGFA).

2.8 Nach Art. 21 Abs. 1 BGFA können Angehörige von Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA, die berechtigt sind, den Anwaltsberuf in ihrem Herkunftsstaat unter einer der im Anhang aufgeführten Berufsbezeichnungen auszuüben, im freien Dienstleistungsverkehr in der Schweiz Parteien vor Gericht vertreten. Die Zulassung zur Ausübung des Anwaltsberufs im freien Dienstleistungsverkehr im Rahmen von Art. 21 - 26 BGFA erfolgt nur punktuell, wobei die ursprüngliche Berufsbezeichnung beibehalten wird (KARL SPÜHLER, Bedeutung, Anwendbarkeit und Anwendungsprobleme des BGFA, in: Bernhard Ehrenzeller [Hrsg], Das Anwaltsrecht nach dem BGFA, 2003, S. 37; Botschaft zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 28. April 1999, BBl 1999 6013, Ziff. 234.21 S. 6063). Die Dienstleistungsrichtlinie regelt wie erwähnt die vorübergehende Ausübung des Anwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat der EU. Sie bildet die Grundlage für die Regelung der Ausübung des Anwaltsberufs im freien Dienstleistungsverkehr durch Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU oder EFTA gemäss Art. 21 - 26 BGFA. Diese vorübergehende Ausübung des Anwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat hat unter der Berufsbezeichnung zu erfolgen, die der Anwalt im Herkunftsland trägt (FELLMANN, a.a.O., S. 46 Rz. 138).

2.9 Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat im Urteil *"Gebhard"* festgehalten, dass für die Unterscheidung zwischen der vorübergehenden Dienstleistungserbringung und der Niederlassung insbesondere die Aspekte der Zeitdauer, der Häufigkeit und der Kontinuität massgebend seien (EuGH, Urteil vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94, Gebhard, Slg. 1995 I 4165 ff.; vgl. dazu auch Urteil 2A.536/2003 E. 3.2.2). Art. 5 Abs. 1 FZA konkretisiert das Kriterium der Zeitdauer dahingehend, dass die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung auf 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr begrenzt wird.

Die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte werden dabei nicht im kantonalen Anwaltsregister eingetragen (Art. 21 Abs. 2 BGFA; vgl. dazu auch NATER/TUCHSCHMID, a.a.O., S. 316). Eine Eintragung in einem öffentlichen Register wäre für die Aufsichtsbehörde mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden, zumal die Eintragung nur für eine beschränkte Zeit gelten würde (DOMINIK DREYER, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], a.a.O., Art. 21 BGFA N. 28). Die eidgenössischen und kantonalen Gerichtsbehörden, vor denen die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte auftreten, können verlangen, dass diese ihre Anwaltsqualifikation nachweisen (Art. 22 BGFA). Besteht für ein Verfahren Anwaltszwang, sind die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte verpflichtet, im Einvernehmen mit einer Anwältin oder einem Anwalt zu handeln, die oder der im kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist (Art. 23 BGFA).

Nach Art. 25 BGFA gelten für dienstleistungserbringende Anwältinnen und Anwälte die Berufsregeln nach Art. 12 BGFA mit Ausnahme der Bestimmungen betreffend die amtliche Pflichtverteidigung und die unentgeltliche Rechtsvertretung (Bst. g) sowie den Registereintrag (Bst. j). Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, gilt für sie zudem das Berufsgeheimnis nach Art. 13 BGFA (FELLMANN, a.a.O., S. 48 f. Rz. 147).

2.10 Die Aufsichtsbehörde informiert die zuständige Stelle des Herkunftsstaates über die Disziplinarmassnahmen, die sie gegenüber den dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälten anordnet (Art. 26 BGFA). Letztere unterstehen damit der Aufsicht der Aufsichtsbehörde des Kantons, auf dessen Gebiet sie Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten (FELLMANN, a.a.O., S. 49 Rz. 148; DREYER, a.a.O., Art. 25 N. 3 und Art. 26 N. 3 BGFA).

2.11 Die Bestellung eines Rechtsanwaltes zum unentgeltlichen Rechtsbeistand begründet zwischen dem Anwalt und dem Staat ein besonderes öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis (BGE 139 IV 261 E. 2.2.1; 138 IV 161 E. 2.4 f.; FELLMANN, a.a.O., S. 291 f. Rz. 800 und Rz. 803 ff.). Daraus folgt die Pflicht des Anwaltes, sich der Partei zur Verfügung zu halten und mit ihr ein Auftragsverhältnis einzugehen. In der Funktion als unentgeltlicher Rechtsbeistand nimmt der Anwalt eine öffentliche Aufgabe wahr und er steht nicht unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit. Der unentgeltliche Rechtsbeistand hat die öffentlich-rechtlichen Berufspflichten uneingeschränkt zu befolgen und untersteht der staatlichen Disziplinaraufsicht (MEICHSSNER, a.a.O., S. 192). Das Mandat kann verbindlich nur durch den Staat selbst erteilt werden und stellt die Übernahme einer staatlichen Auf-

gabe dar. Der Anwalt tritt zum Staat in ein Verhältnis ein, das vom öffentlichen Recht bestimmt wird (dazu BGE 133 IV 335 E. 2 S. 337; 132 I 201 E. 7.1 S. 205; 113 Ia 69 E. 6 S. 71, mit Hinweisen; vgl. STEINMANN, a.a.O., Art. 29 BV N. 75). Die Verpflichtung der in der Schweiz registrierten Rechtsanwälte, in dem Kanton, in dessen Register sie eingetragen sind, Vertretungen im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege zu übernehmen, ist – wie dargelegt – bundesrechtlich geregelt (Art. 12 Bst. g BGFA). Die nähere Regelung der Pflichtmandate, einschliesslich deren Entschädigung, bleibt indessen nach wie vor Sache der Kantone (BGE 132 I 201 E. 7.2 S. 205 f.).

2.12 Für das sozialversicherungsrechtliche Verwaltungsverfahren regelt Art. 37 Abs. 4 ATSG die unentgeltliche Verbeiständung. Danach wird der gesuchstellenden Person ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt, "wo die Verhältnisse es erfordern." Als unentgeltlicher Rechtsbeistand im Sinne der genannten Bestimmung werden dabei allerdings nur patentierte Anwältinnen und Anwälte zugelassen, welche sinngemäss die persönlichen Voraussetzungen für einen Registereintrag im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BGFA erfüllen (BGE 135 V 1 E. 7.4.1; BGE 132 V 200 E. 5.1.4, bestätigt in den Urteilen des BGer 9C_396/2013, 9C_397/2013, 9C_398/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 12.1; 8C_246/2012 vom 17. August 2012 E. 2.1, E. 2.2.2 sowie E. 2.2.4.1). Unter Hinweis auf diese bundesgerichtliche Praxis wird in der Lehre darauf hingewiesen, dass auch ausserhalb des Anwaltsmonopols die unentgeltliche Rechtsverbeiständung praxisgemäss nur von im Anwaltsregister eingetragenen Anwälten wahrgenommen werden kann. Dies mit der Begründung, dass ein unentgeltlicher Rechtsbeistand erst zu bestellen ist, wenn es aufgrund der komplizierten Verhältnisse notwendig ist, und diesfalls nur der ausgebildete, eingetragene Anwalt Gewähr für eine gehörige Interessenwahrnehmung bildet (MEICHSSNER, a.a.O., S. 188; vgl. dazu auch THOMAS GEISER, in: Niggli, Übersax, Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 64 N. 33 ZPO; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 61 N. 110 ATSG).

Diese bundesgerichtliche Praxis führt im Bereich der unentgeltlichen Verbeiständung – im Interesse der vertretenen Klientschaft und nicht im Interesse der Anwaltschaft – ein eigentliches Monopol zugunsten der letzteren ein. Die Behörde, welche den Rechtsvertreter einsetzt, darf sich dabei nicht damit begnügen, regelmässig Praktikanten oder Rechtsanwälte ohne Berufs- und/oder Gerichtserfahrung einzusetzen (YVES DONZALLLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Berne 2008, S. 712 f.).

Art. 61 Bst. f ATSG umschreibt die Voraussetzungen der unentgeltlichen Verbeiständung für das Beschwerdeverfahren dahingehend, dass die Verhältnisse diese rechtfertigen müssen. Damit hat der Gesetzgeber gemäss KIESER andere, weniger strenge Voraussetzungen aufgestellt, als sie für die unentgeltliche Verbeiständung im Verwaltungsverfahren gelten (KIESER, a.a.O., Art. 61 ATSG N. 176).

2.13 In der bisherigen (älteren) Rechtsprechung hat das Bundesgericht Bestimmungen, wonach nur im eigenen Kanton domizilierte Anwälte mit amtlichen Mandaten betraut werden können, wiederholt unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit geprüft. Als sachliche Gründe für eine solche Regelung wurden die bessere Kenntnis des kantonalen Prozessrechts, die Unterwerfung unter die kantonale Disziplinarhoheit, der Zwang zur Übernahme unentgeltlicher Mandate und der finanzielle Aspekt (Einarbeitung in fremdes Prozessrecht, Reisekosten) anerkannt (vgl. BGE 60 I 12 E. 2 S. 17 f.; 67 I 1 E. 2 S. 5; 95 I 409 E. 5 S. 411; 113 Ia 69 E. 5c S. 70 f.).

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Einschränkung der unentgeltlichen Verbeiständung auf im Zuständigkeitsbereich des urteilenden Gerichts registrierte Anwälte sind die beiden Argumente der Verpflichtung zur Übernahme amtlicher Mandate sowie der Überwachungs- und Disziplinargewalt des Kantons nach wie vor massgeblich: Mit Urteil 5A_175/2008 vom 8. Juli 2008 hat das Bundesgericht § 81 Abs. 2 des thurgauischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRP; RB 170.1) auf seine Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht überprüft. Nach dieser Bestimmung kann einem Beteiligten, sofern es die Umstände erfordern, namentlich im Verfahren vor Verwaltungsgericht, ein für ihn unentgeltlicher, im Anwaltsregister des Kantons Thurgau eingetragener Anwalt bewilligt werden. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht ausgeführt, der Beschränkung auf Armenrechtsanwälte, die im eigenen Kanton registriert seien, und der ausschliesslich diesen obliegenden Pflicht zur Übernahme amtlicher Mandate wohne ein enger Zusammenhang inne; denn einem innerkantonalen Anwalt sei es im Gegensatz zum ausserkantonalen verwehrt, nur die ihm genehmen Mandate herauszupicken und die restlichen einem der Verpflichtung unterliegenden anderen Anwalt zu überlassen (E. 5.1).

Was die Überwachungs- und Disziplinarfunktion betreffe, so sei diese bei Offizialanwälten insofern akzentuierter, als nicht nur ein privatrechtliches Verhältnis mit dem Mandanten, sondern parallel auch ein öffentlich-rechtli-

ches mit dem finanzierenden Staat bestehe und dieses verschiedene Konfliktpunkte aufweisen könne. Auch wenn das disziplinarische Tätigwerden der Aufsichtsbehörde nicht davon abhänge, dass der Anwalt im Register des eigenen Kantons eingetragen sei (vgl. Art. 16 BGFA), so seien doch die betreffenden Behörden am besten in der Lage, über die Eignung von Anwälten zur Übernahme amtlicher Mandate zu entscheiden, weil allein bei ihnen alle Informationen gebündelt zur Verfügung stünden. So verfüge der Registerkanton über eine verfahrensunabhängige allgemeine Aufsichtskompetenz, bestehe diesem gegenüber eine Meldepflicht (Art. 15 BGFA), werde dieser über die Eröffnung ausserkantonaler Disziplinarverfahren informiert, zur Stellungnahme eingeladen und über das Ergebnis orientiert (Art. 16 BGFA) und enthalte das jeweilige Register alle nicht gelöschten Disziplinarmassnahmen (Art. 5 Abs. 2 Bst. e BGFA). Insoweit bestehe an der Aufrechterhaltung ein öffentliches Interesse und würden sachliche Gründe für die angefochtene kantonale Regelung sprechen (Urteil 5A_175/2008 E. 5.1; vgl. dazu auch FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, S. 700 ff. Rz. 1701 - 1704, mit kritischer Würdigung der laut Bundesgericht weiterhin für eine Beschränkung auf innerkantonale Anwälte sprechenden Argumente). Nach dieser Rechtsprechung bleibt es weiterhin Sache der Kantone, die Voraussetzungen für die Ernennung eines unentgeltlichen Prozessbeistandes zu umschreiben und eine solche auf im Register ihres Kantons registrierte Anwälte zu beschränken.

Nach der geltenden Praxis des Bundesgerichts zur interkantonalen Freizügigkeit rechtfertigt sich die Beschränkung auf im Registerkanton registrierte Anwältinnen und Anwälte dementsprechend einerseits durch die bessere Gewährleistung der Überwachungs- und Disziplinarfunktion. Andererseits legitimiert nach dieser Praxis auch die gesetzlich verankerte Verpflichtung zur Übernahme von Pflichtverteidigungen und unentgeltlichen Verbeiständungen (Art. 12 Bst. g BGFA) – im Sinne einer Reflexwirkung – eine Beschränkung dieser Mandate auf im Kanton registrierte Anwälte.

2.14 Art. 29 Abs. 3 BV gewährt dem (unentgeltlich) Verbeiständeten grundsätzlich nicht ein Recht auf freie Wahl des Rechtsvertreters (BGE 139 IV 113 E. 1.1 S. 116; 135 I 261 E. 1.2 S. 263; 126 I 207 E. 2b S. 211). Die Rechtsprechung anerkennt indessen gestützt auf den Anspruch auf ein gerechtes Verfahren in besonderen Fällen ein Wahlrecht des Verbeiständeten auf seinen Rechtsvertreter (Art. 29 Abs. 1 BV; vgl. auch Art. 29a BV; Art. 8 in Verbindung mit Art. 13 EMRK). Dies ist namentlich der Fall, wenn ein

besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt besteht oder der Anwalt sich bereits in einem vorangegangenen Verfahren mit der Sache befasst hat, und ferner, wenn der Mandant die Sprache des Gerichts und des ihm bestellten Anwalts nicht versteht, sodass er sich in der Wahrung seiner Rechte beeinträchtigt vorkommen müsste (BGE 113 Ia 69 E. 5c S. 71; 95 I 409 E. 5 S. 412; Urteile 5A_623/2010 vom 26. November 2010 E. 2; 5A_175/2008 vom 8. Juli 2008 E. 5.1). Eine kantonale Bestimmung, wonach grundsätzlich ausschliesslich im Anwaltsregister des betreffenden Kantons eingetragene Anwältinnen und Anwälte für die unentgeltliche Verbeiständung bestellt werden, kann der Einsetzung eines ausserkantonalen unentgeltlichen Rechtsbeistands, zu dem bereits ein besonderes Vertrauensverhältnis im Sinne der Rechtsprechung besteht, nicht entgegen stehen (BGE 113 Ia 69 E. 5c S. 71; Urteile des BGer 2C_835/2014 vom 22. Januar 2015 E. 6.2; 2C_79/2013 vom 26. August 2013 E. 2.2.2; 5A_623/2010 vom 26. November 2010 E. 2; 5A_175/2008 vom 8. Juli 2008 E. 5.1). Entsprechend dieser Praxis wird auch in der Lehre die Berücksichtigung des Wahlrechts des Verbeiständeten unterstützt (vgl. dazu z.B. MARTIN KAYSER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Art. 65 N. 35). So befürwortet MEICHSSNER (a.a.O., S. 194 f. und S. 197 f.) gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV ein grundsätzliches Wahlrecht des Mittellosen unter sämtlichen in der Schweiz zur Parteivertretung legitimierten Anwälten, welches allerdings unter Umständen durch die staatliche Überwachungspflicht beschränkt werde.

3.

Mit Blick auf die vorstehend dargelegten Rechtsgrundlagen und die entsprechende Gerichtspraxis ist nachfolgend zu prüfen, ob den im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs tätigen Angehörigen von Mitgliedstaaten der EU oder EFTA, welche den Anwaltsberuf im Herkunftsstaat unter einer der im Anhang zum BGFA aufgeführten Berufsbezeichnungen ausüben dürfen, auf Bundesebene zur Rechtsvertretung im Rahmen der unentgeltlichen Prozessführung im sozialversicherungsrechtlichen Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht zuzulassen sind.

3.1 Wie vorstehend dargelegt, wird die unentgeltliche Verbeiständung im sozialversicherungsrechtlichen Beschwerdeverfahren nach Art. 61 Bst. f ATSG gewährt, wenn die Verhältnisse dies rechtfertigen. Diese Bestimmung regelt allerdings die Frage nicht, wer zur unentgeltlichen Vertretung zugelassen ist (KIESER, a.a.O., Art. 61 N. 188). Nach der geltenden Praxis kann die unentgeltliche Rechtsvertretung in diesem Bereich ausschliesslich durch im Anwaltsregister eingetragene Rechtsanwälte übernommen

werden (vgl. E. 2.12 hievor). Damit im Einklang steht die Praxis zu Art. 65 Abs. 2 VwVG, wonach ausschliesslich im Anwaltsregister eingetragene Anwälte oder solche, welche die Voraussetzungen zur Eintragung erfüllen (BGE 135 I 1 E. 7.4.1), zur unentgeltlichen Rechtsverbeiständung zugelassen werden (KAISER, a.a.O., Art. 65 N. 36). Im Zusammenhang mit den dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälten sieht Art. 25 BGFA sodann vor, dass für sie die Berufsregeln nach Art. 12 BGFA mit Ausnahme der Bestimmungen betreffend der amtlichen Pflichtverteidigung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung (Bst. g) sowie den Registereintrag (Bst. j) gelten. Art. 12 Bst. g BGFA regelt dabei ausschliesslich die Pflicht der im Registerkanton eingetragenen Rechtsanwälte, amtliche Verteidigungen und unentgeltliche Verbeiständungen zu übernehmen, ohne sich explizit zum Recht auf Ernennung zum unentgeltlichen Beistand zu äussern. Es stellt sich deshalb vorab die Frage, ob es sich diesbezüglich um eine durch Richterrecht zu füllende Gesetzeslücke oder um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt.

3.2 Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber demgegenüber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 234). Eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann (vgl. BGE 139 II 404 E. 4.2 S. 416 f.). Ist ein lückenhaftes Gesetz zu ergänzen, gelten als Massstab die dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte (BGE 129 II 401 E. 2.3 S. 403).

3.2.1 Ob eine Gesetzeslücke oder ein qualifiziertes Schweigen vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis*. Dabei

befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 141 V 355 E. 3.2; 139 II 173 E. 2.1 S. 175; 139 V 95 E. 2.2 S. 98; 139 V 358 E. 3.1 S. 361). Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen (BGE 139 II 404 E. 4.2 S. 416; 138 II 217 E. 4.1 S. 224). Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen (BGE 139 III 98 E. 3.1 S. 100; 138 II 440 E. 13 S. 453).

3.2.2 In der Botschaft wird ausgeführt, dass die Berufsregeln des BGFA grundsätzlich auch für die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte gelten. Die Ausnahme bezüglich der Pflicht zur Übernahme von amtlichen Pflichtverteidigungen und unentgeltlichen Rechtsvertretungen wird damit begründet, dass es unzweckmässig wäre, von Anwältinnen und Anwälten, die nur gelegentlich in der Schweiz Parteien vertreten, zu verlangen, dass sie unentgeltliche Vertretungen übernehmen, da sie wahrscheinlich auf gewisse Rechtsgebiete spezialisiert seien und in der Schweiz im Wesentlichen ausländische Klientinnen und Klienten vertreten würden (BBl 1999 6013, Ziff. 234.25 S. 6064 f.). In den nachfolgenden parlamentarischen Beratungen waren die Besonderheiten hinsichtlich der Einhaltung der Berufsregeln durch die im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte nicht mehr umstritten (vgl. dazu AB 1999 N 1569 und AB 1999 S 1173). Der Hinweis in der Botschaft, wonach die ausländischen Rechtsvertreter aufgrund ihrer Konzentration respektive Spezialisierung nicht zur unentgeltlichen Verbeiständung verpflichtet werden sollen, lässt tendenziell darauf schliessen, dass der Gesetzgeber von der entsprechenden Verpflichtung abgesehen hat, weil er Zweifel an der Gewährleistung einer hinreichenden Kenntnis der für die Vertretung infrage stehenden Rechtsgebiete hatte. Eine zweifelsfreie, klare Interpretation lässt für die Beantwortung der hier zur Diskussion stehende Frage indes aus den Materialien nicht herleiten.

Mit Blick auf die Gesetzessystematik ist darauf hinzuweisen, dass Art. 25 BGFA unmittelbar Bezug nimmt auf den in Art. 12 BGFA aufgeführten Katalog von anwaltlichen Berufsregeln (Bst. a - j), welche im Wesentlichen Pflichten des Anwaltes regeln und keinen Bezug nehmen auf dessen Rechte. Dementsprechend vermag auch die Auslegung mit Rücksicht auf die Systematik der Norm keine klaren Aufschlüsse zu geben.

Die telelogische Auslegung hat schliesslich den Sinn und Zweck und die der Norm zugrunde liegenden Wertungen zu berücksichtigen. Unter diesem Gesichtspunkt ist zu beachten, dass die Regelung der internationalen Freizügigkeit zwischen der Schweiz und den Angehörigen von Mitgliedstaaten der EU und der EFTA zu den mit dem BGFA verfolgten Zielen gehört (vgl. dazu BBl 1999 6013 S. 6014 und S. 6022 ff.; Art. 21 Abs. 1 BGFA). Dieser Grundsatz spricht zwar tendenziell dafür, dass die im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit tätigen Rechtsvertreter in jeder Hinsicht – und damit auch im Bereich der unentgeltlichen Verbeiständung – gleichgestellt werden sollen. Nachdem der Gesetzgeber mit dem Erlass von Art. 25 BGFA in erster Linie die vom dienstleistungserbringenden Rechtsanwalt zu beachtenden Berufspflichten festzulegen beabsichtigte, und keinen Anlass hatte, eine Differenzierung hinsichtlich der Rechte vorzunehmen, kann aus dem Schweigen des Gesetzgebers zu dieser Frage nicht zwingend der Schluss gezogen werden, er habe die im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit tätig werdenden Rechtsvertreter aus dem EU-/EFTA-Raum auch im spezifischen Bereich der unentgeltlichen Verbeiständung zulassen und gleichstellen wollen. Von einem qualifizierten Schweigen ist folglich vorliegend nicht auszugehen.

3.3

3.3.1 Dass Angehörige von Mitgliedstaaten der EU und EFTA, welche den Anwaltsberuf in ihrem Herkunftsstaat unter einer der im Anhang zum BGFA aufgeführten Berufsbezeichnungen auszuüben berechtigt sind, im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs in der Schweiz Parteien vor Gericht vertreten dürfen und dabei grundsätzlich (mit Ausnahme von Art. 12 Bst. g und Bst. j) – ungeachtet des fehlenden Eintrages in ein kantonales Register – den gleichen Berufsregeln wie der in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragene Anwalt unterstehen, geht aus dem Anwaltsgesetz klar hervor (Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 25 BGFA). Umstritten und zu prüfen ist demgegenüber, ob auch ein Recht auf Ernennung dieser Rechtsvertreter zum unentgeltlichen Beistand besteht.

3.3.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung bereits abgewiesen mit der Begründung, der Anwalt oder die Anwältin sei nicht im kantonalen Anwaltsregister eingetragen und erfülle damit die persönlichen Voraussetzungen im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG in Verbindung mit Art. 6 BGFA nicht. Gelegentlich, so im Zusammenhang mit der vom Beschwerdeführer gegen die sofortige Renteneinstellung erhobenen

Beschwerde, wurden Anwältinnen und Anwälte aus der EU oder EFTA auch ohne Prüfung des Auslandsbezugs und ohne Begründung als unentgeltliche Vertreter eingesetzt (Urteile des BVGer B-860/2011 vom 8. September 2011 und C-4506/2009 vom 28. Juli 2011 E. 7.2).

3.3.3 Für die dienstleistungserbringenden Rechtsvertreter aus dem EU-/EFTA-Raum gelten grundsätzlich dieselben Verhaltenspflichten wie für die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwältinnen und Anwälte. Wie dargelegt, unterstehen die im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 21 ff. BGFA tätigen ausländischen Anwältinnen und Anwälte auch der Disziplinaraufsicht der Aufsichtsbehörde des Kantons, auf dessen Gebiet sie Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten.

3.3.3.1 Es stellt sich vorab die Frage, ob die Erwägungen des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der zulässigen Beschränkung der interkantonalen Freizügigkeit auch im grenzüberschreitenden Bereich zwischen der Schweiz und der EU/EFTA sinngemäss gelten sollen. Vorab ist folglich zu prüfen, ob Gründe wie die Vereinfachung der Disziplinaraufsicht bei den im Zuständigkeitsbereich des Gerichts eingetragenen Anwälten auch aus einem internationalrechtlichen Blickwinkel einen hinreichenden sachlichen Grund für die Verweigerung der unentgeltlichen Vertretung eines im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit in der Schweiz auftretenden EU- oder EFTA-Rechtsvertreters bilden.

3.3.3.2 Die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte unterstehen nach Art. 26 BGFA der Aufsicht der Aufsichtsbehörde des Kantons, auf dessen Gebiet sie Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten. Sie verwenden dabei ihre ursprüngliche Berufsbezeichnung in der Amtssprache ihres Herkunftsstaates unter Angabe der Berufsorganisation, deren Zuständigkeit sie unterliegen, oder des Gerichts, beim dem sie nach den Vorschriften dieses Staates zugelassen sind. Die Einhaltung dieser Vorschrift erleichtert der Aufsichtsbehörde des zuständigen Kantons, ihrer Pflicht zur Information des Herkunftsstaates über die Disziplinarmassnahmen nachzukommen (DREYER, a.a.O., Art. 26 N. 5 BGFA).

Allerdings gilt es zu beachten, dass auch im internationalen Verhältnis das Argument der Bündelung aller für die Wahrung der Aufsichtsfunktion massgeblicher Informationen relevant ist. Auch hier ist entscheidend, dass bezüglich im Registerkanton eingetragener Rechtsvertreter eine verfahrensunabhängige allgemeine Aufsichtskompetenz vorliegt, diesem gegenüber

eine Meldepflicht (Art. 15 BGFA) besteht, die Aufsichtsbehörde des Registerkantons auch über die Eröffnung ausserkantonaler Disziplinarverfahren informiert, zur Stellungnahme eingeladen und über das Ergebnis orientiert (Art. 16 BGFA) wird und das jeweilige Register alle nicht gelöschten Disziplinarmassnahmen enthält (Art. 5 Abs. 2 Bst. e BGFA). Das Argument, wonach die Aufsichtsbehörde des Registerkantons – aufgrund der gebündelten Erfassung aller relevanten Informationen der in diesem Kanton registrierten und damit regelmässig auch tätigen Rechtsanwälte – am besten in der Lage sei, über die Eignung des zu bestellenden Rechtsvertreters zu entscheiden, greift grundsätzlich auch im internationalen Verhältnis. Überdies fehlt im internationalen Verhältnis eine (im interkantonalen Verhältnis in Art. 16 BGFA vorgesehene) Ermächtigung der Aufsichtsbehörde des Herkunftsstaates, vor der Aussprechung einer Massnahme eine Stellungnahme abzugeben. Vielmehr sind hier die ausgesprochenen Disziplinarmassnahmen direkt nach Erlass der Aufsichtsbehörde des Herkunftsstaates zu melden (DREYER, a.a.O., Art. 26 N. 4 BGFA). Die in Art. 26 BGFA geregelte Pflicht der kantonalen Aufsichtsbehörde, den Herkunftsstaat über Disziplinarmassnahmen zu orientieren, stellt dabei kein gleichwertiges Korrelat dar. Der Entscheid über die persönliche und fachliche Eignung des vom Beschwerdeführer gewünschten unentgeltlichen Beistandes wird hiermit ebenfalls entsprechend erschwert.

Daraus folgt, dass das (für die interkantonale Freizügigkeit geltende) Argument der besseren Gewährleistung der Überwachungs- und Disziplinarfunktion auch im internationalen Verhältnis relevant und zu beachten ist. Es besteht mithin – analog der vorstehend zitierten Rechtsprechung zur interkantonalen Freizügigkeit (E. 2.13) – grundsätzlich ein sachlicher Grund für ein Festhalten am Erfordernis der Eintragung in einem kantonalen Anwaltsregister.

3.3.4 Wie vorstehend ausgeführt, haben sich auch die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte, mit Ausnahme der Bestimmungen hinsichtlich der amtlichen Pflichtverteidigung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung (Bst. g) sowie des Registereintrags (Bst. j), vorbehaltlos an die Berufsregeln im Sinne von Art. 12 BGFA zu halten.

3.3.4.1 Treten Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU und EFTA im freien Dienstleistungsverkehr auf, gelten für sie die Berufsregeln nach Art. 12 BGFA mit Ausnahme der Bestimmungen betreffend der amtlichen Verteidigung und der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung (Bst. g) und den Registereintrag (Bst. h). Damit trifft die ausländischen Anwälte im Rahmen der

Dienstleistungsfreiheit keine Verpflichtung, amtliche Pflichtverteidigungen oder unentgeltliche Rechtsvertretungen zu übernehmen (Art. 12 Bst. g BGFA). Nach der vorstehend dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil 5A_175/2008 E. 5.1) rechtfertigt die Verpflichtung der Anwältinnen und Anwälte, in dem Kanton, in dessen Register sie eingetragen sind, amtliche Pflichtverteidigungen und im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege Rechtsvertretungen zu übernehmen (Art. 12 Bst. g BGFA), im Sinne einer Reflexwirkung eine Beschränkung der Mandate im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege respektive der Pflichtverteidigungen auf im Kanton registrierte Anwälte. In diesem Sinn argumentiert auch KAYSER (a.a.O., Art. 65 N. 36), wenn er ausführt, es erschiene unbefriedigend, wenn zwar alle Patentinhaber zur unentgeltlichen Verbeiständung berechtigt, aber aufgrund von Art. 12 Bst. g BGFA nur eingetragene dazu verpflichtet wären.

3.3.4.2 Ein Teil der Lehre vertritt demgegenüber die Auffassung, dass auch ein nicht in einem kantonalen Anwaltsregister (im Sinne von Art. 30 ff. BGFA) eingetragener Anwalt aus der EU und EFTA als unentgeltlicher Rechtsbeistand zuzulassen sei, wenn ein entsprechendes Gesuch vorliege und die übrigen Voraussetzungen erfüllt seien. Nach MEICHSSNER (a.a.O., S. 190) steht der Umstand, dass der im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit in der Schweiz tätig werdende Anwalt nicht zur Übernahme von amtlichen Mandaten verpflichtet ist, einer bundesweiten Einsetzung als unentgeltlicher Rechtsbeistand nicht entgegen. Sind die Voraussetzungen der Bedürftigkeit und Nicht-Aussichtslosigkeit sowie der Notwendigkeit der Rechtsvertretung gegeben, so ist nach DREYER (a.a.O., Art. 25 BGFA N. 7) nicht ersichtlich, weshalb ein ausländischer Anwalt von der unentgeltlichen Rechtsvertretung ausgeschlossen sein soll.

BOHNET/MARTENET (a.a.O., S. 702 Rz. 1703) führen im Zuge ihrer kritischen Bemerkungen zum Urteil 5A_175/2008 aus, dass Art. 12 Bst. g BGFA nicht bezwecke, die lokalen Anwälte zu schützen, sondern sich vielmehr darauf beschränke, den Umfang der ihnen obliegenden Verpflichtungen zu umschreiben. Ferner diene ein Konkurrenzdruck auch der Vermeidung von Monopolrenten und verhindere damit im Ergebnis auch Einbussen in der Qualität der Rechtsvertretung.

ALFRED BÜHLER (Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, Art. 119 ZPO N 52) vertritt die Auffassung, dass die Verweigerung der Ernennung eines ausserkantonalen Anwaltes als unentgeltli-

cher Rechtsbeistand nicht mehr einem zeitgemässen Verständnis der unentgeltlichen Rechtspflege entspreche. FRANK EMMEL (in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 2010, Art. 119 N. 10 ZPO) vertritt unter Hinweis auf die Lehrmeinung von MEICHSSNER die Auffassung, dass die im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 21 ff. BGFA in der Schweiz auftretenden ausländischen Anwälte auf Gesuch hin als unentgeltlicher Rechtsbeistand eingesetzt werden könnten (in diesem Sinne auch VIKTOR RÜEGG, in: Bühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur ZPO, Art. 118 N. 13 ZPO).

3.3.4.3 Die bisherige Gerichtspraxis zur Ernennung von Rechtsvertretern mit Zulassung und Sitz im Raum der EU/EFTA zum unentgeltlichen Rechtsbeistand zeigt kein einheitliches Bild.

So hat beispielsweise das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen in einem Entscheid vom 6. Juni 2012 (UV 2011/54) dem durch einen nicht in einem kantonalen Anwaltsregister erfassten Rechtsanwalt aus Österreich vertretenen Beschwerdeführer die unentgeltliche Verbeiständung unter Hinweis auf BGE 132 V 200 E. 5.1.4 verweigert mit der Begründung, dass Art. 21 BGFA zwar ohne Weiteres die Prozessführung von Rechtsvertretern mit Zulassung und Domizil in einem EU- oder EFTA-Staat erlaube. Erst mit einem Eintrag der ausländischen Anwältinnen oder Anwälte im kantonalen Anwaltsregister (nach Art. 30 BGFA) hätten diese indes die gleichen Rechte und Pflichten wie die Anwältinnen und Anwälte, die über ein kantonales Anwaltspatent verfügen würden. Zwar würde die nur für die im kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwälte vorgesehene Pflicht zur Übernahme unentgeltlicher Verbeiständungen (Art. 12 Bst. g BGFA) nicht zwingend ausschliessen, ausserhalb des Monopolbereichs auch nicht eingetragene Anwälte zur unentgeltlichen Verbeiständung zuzulassen. Allerdings entstünde dadurch ein Unterschied zwischen unentgeltlichen Rechtsbeiständen, die zur Übernahme verpflichtet seien, und solchen, die diese Aufgabe freiwillig übernehmen würden (E. 4.3; in diesem Sinne auch Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. September 2011, PF110030O/U, E. II/2).

In einem Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht wurde demgegenüber einem durch einen Rechtsanwalt des Fürstentums Liechtensteins vertretenen Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsverbeiständung (in Anwendung von Art. 64 Abs. 2 BGG) – allerdings ohne Begründung – bewilligt

(Urteil des BGer 9C_681/2011 vom 9. Juli 2012 E. 5 [Beschwerde gegen vorstehend zitiertes Urteil C-4506/2009]).

Die Anklagekammer des Kantons St. Gallen ist ferner in einem jüngst gefällten Entscheid vom 3. Februar 2015 (AK.2014.361; abrufbar unter www.gerichte.sg.ch) zum Schluss gekommen, dass Rechtsanwälte aus dem EU-/EFTA Raum grundsätzlich auch amtliche Verteidigungen in der Schweiz übernehmen könnten. Zur Begründung führte die Anklagekammer insbesondere aus, es sei heute unbestritten, dass auch ausserkantonale Rechtsanwälte zur amtlichen Verteidigung zugelassen würden. Hinsichtlich der Bestellung des amtlichen Verteidigers sollten nach Möglichkeit die Wünsche der beschuldigten Person berücksichtigt werden. Der Wunsch einer beschuldigten Person nach einem bestimmten Verteidiger dürfe nicht willkürlich, das heisst nicht ohne sachliche Gründe unberücksichtigt bleiben. Als sachliche Gründe könnten etwa Interessenkollisionen, Überlastung, fehlende fachliche Qualifikation oder fehlende Berufsausübungsberechtigung anerkannt werden (E. 3b/aa).

3.4

3.4.1 Das Binnenmarktgesetz richtet sich gegen öffentlich-rechtliche Marktzugangsbeschränkungen der Kantone und Gemeinden. Es soll die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz erleichtern und die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft stärken (vgl. dazu Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465 Ziff. 1.1.1, S. 470). Es gewährleistet, 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). Als Erwerbstätigkeit gilt dabei jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit (Art. 1 Abs. 3 BGBM). Art. 6 Abs. 1 BGBM sieht überdies vor, dass jede Person mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz in Bezug auf den Zugang zum Markt mindestens die gleichen Rechte hat, die der Bund in völkerrechtlichen Vereinbarungen ausländischen Personen gewährt.

3.4.2 Nach der derzeit geltenden Praxis des Bundesgerichts zum Begriff der Hoheitlichkeit (vgl. dazu E. 2.3 hievor) ist davon auszugehen, dass die Frage der Zulassung ausserkantonaler Rechtsanwälte für den Bereich der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung nicht unter den Geltungsbereich des BGBM fällt und der nicht zugelassene ausserkantonale Rechtsanwalt

– mit Blick auf den hoheitlichen Charakter seiner Tätigkeit – nicht unter Hinweis auf die Grundsätze des Binnenmarktgesetzes einen Anspruch auf Ernennung ableiten kann.

Würde der Begriff der Hoheitlichkeit demgegenüber – mit Blick auf die Berücksichtigung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen und die europäische Rechtsprechung (BGE 139 II 393 E. 4.1.1 S. 397 f.) – im Einklang mit der Praxis des EuGH ausgelegt, so wäre ein hoheitlicher Charakter zu verneinen (vgl. dazu E. 2.3 hievor). Diesfalls könnte sich der in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragene Anwalt, welcher wie ausgeführt keinen vorbehaltlosen Anspruch auf Ernennung zum unentgeltlichen Beistand in einem anderen als dem Registerkanton hat, bei einer vorbehaltlosen Zulassung des EU-/EFTA-Anwaltes zur unentgeltlichen Verbeiständung auf die Verletzung des Verbots der Inländerdiskriminierung (Art. 6 Abs. 1 BGBM) berufen; denn im Ergebnis dürfen an den interkantonalen Marktzugang keine strengeren Bedingungen geknüpft werden, als an jenen des im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit in der Schweiz tätigen EU-/EFTA-Anwaltes (in diesem Sinn auch OESCH, a.a.O., S. 402).

3.4.3 Ungeachtet der Beantwortung der vorstehend erwähnten Qualifikationsfrage, gilt es unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit zu beachten, dass mit dem Eintrag in ein kantonales Anwaltsregister für die darin eingetragenen schweizerischen und ausländischen Anwälte (vgl. dazu Art. 6 und Art. 30 Abs. 1 BGFA) die Verpflichtung zur Mandatsführung im Rahmen der unentgeltlichen Verbeiständung besteht (Art. 30 Abs. 2 i.V.m. Art. 12 Bst. g BGFA), wobei sie sich nicht einfach auf die ihnen genehmen Mandate beschränken können. Würde einem im EU/EFTA-Raum zugelassenen Rechtsanwalt das vorbehaltlose Recht zur unentgeltlichen Verbeiständung zugestanden, ohne dieses gleichzeitig mit der konnexen Verpflichtung zur Übernahme entsprechender Mandate zu verbinden, würde hieraus eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung und damit eine Verletzung des verfassungsrechtlich geschützten Anspruchs auf Gleichbehandlung der im Register eingetragenen Anwälte resultieren, da die geltende Rechtsprechung diesen im interkantonalen Verhältnis keinen vorbehaltlosen Rechtsanspruch auf Ernennung zum unentgeltlichen Rechtsvertreter zugesteht (vgl. dazu E. 2.13 hiervor).

3.5 Insgesamt erweisen sich die von einem Teil der Lehre für die generelle Zulassung der Berufsangehörigen der EU und EFTA vorgebrachten

Gründe – insbesondere mit Rücksicht auf die nach wie vor geltende bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zulassung ausserkantonaler Rechtsanwälte – als nicht stichhaltig.

Zwar ist zutreffend, dass mit dem Freizügigkeitsabkommen und dem Erlass des Anwaltsgesetzes der Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit eingeführt wurde. Allerdings kann diese Freiheit beschränkt werden, sofern die entsprechenden Voraussetzungen (vgl. dazu E. 2.4 hievor sowie nachstehende E. 3.8) gegeben sind. Im Einklang mit der Argumentation des Bundesgerichts zur weiterhin geltenden kantonalen Autonomie, die unentgeltliche Rechtsverbeiständung auf im eigenen Kanton registrierte Anwälte und Anwältinnen zu beschränken, gilt es auch im Anwendungsbereich des FZA den engen Zusammenhang zwischen Verpflichtung zur Rechtsvertretung im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege auf der einen und zur entsprechenden Berechtigung auf der anderen Seite zu beachten. Im Sinne einer Reflexwirkung ist es deshalb sachlich gerechtfertigt, den vorbehaltlosen Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Beistandes davon abhängig zu machen, ob der Anwalt oder die Anwältin aus einem Mitgliedstaat der EU oder EFTA im Sinne von Art. 30 BGFA in einem kantonalen Register eingetragen ist. Überdies gilt der Grundsatz, dass die Aufsichtsbehörde des Registerkantons – aufgrund der gebündelten Erfassung aller relevanten Informationen der in diesem Kanton registrierten und damit regelmässig auch tätigen Rechtsanwälte – am besten in der Lage ist, über die Eignung des zu bestellenden Rechtsvertreters zu entscheiden, auch im eurointernationalen Verhältnis.

3.6 Hinzu kommt, dass das Erfordernis der Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister ein wichtiges objektives Kriterium in Bezug auf die Beachtung einer fachlichen Mindestqualität des Rechtsanwaltes in einem Bereich gewährleistet, wo der Staat Schuldner des Anwaltshonorars ist.

3.6.1 Durch das alternative Eintragungserfordernis des erfolgreichen Bestehens einer Eignungsprüfung (Art. 30 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 31 BGFA) oder des Nachweises der hinreichenden Berufserfahrung im Zusammenhang mit dem schweizerischen Recht (Art. 30 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 und 2 BGFA) wird eine hinreichende Vertrautheit mit dem schweizerischen Recht sichergestellt. In dieselbe Richtung zielt auch die Praxis zu Art. 65 Abs. 2 VwVG. Danach wird im Beschwerdeverfahren generell nicht nur das Erfordernis eines Anwaltspatents postuliert, sondern darüber hinaus verlangt, dass der Anwalt oder die Anwältin auch tatsächlich im Register eingetragen ist. Damit soll eine minimale Qualität der Mandatsführung sichergestellt

werden (vgl. dazu KAISER, a.a.O., Art. 65 N. 36 mit Hinweis auf BGE 125 I 161 E. 3c [FN 164]).

Der Eintrag in ein kantonales Anwaltsregister steht dem ausländischen Anwalt ebenfalls offen, sofern er unter anderem bereit ist, den Nachweis der genügenden fachlichen Anforderungen mittels bestandener Eignungsprüfung oder entsprechender Praxiserfahrung zu erbringen. Dies setzt aber auch die Bereitschaft voraus, die mit der Eintragung verbundenen Verpflichtungen ebenfalls zu übernehmen.

Im Vergleich zur Frage der Zulassung von ausserkantonalen, das heisst von zwar nicht im Kanton des zuständigen Gerichts, aber in einem anderen Kanton registrierten Rechtsanwälten, spielt im internationalen Bereich die Sicherstellung einer hinreichenden Qualität der gerichtlichen Rechtsvertretung eine noch weitaus bedeutendere Rolle. Bei den ausserkantonalen Anwälten darf von der Kenntnis der formell- und materiell-rechtlichen Vorschriften des Bundesrechts und der einschlägigen Praxis ausgegangen werden; diese sind bei einer gerichtlichen Vertretung in einem von ihrem Registerkanton verschiedenen Kanton allenfalls (nur) mit den Besonderheiten des ausserkantonalen Gerichts weniger vertraut. Demgegenüber ist bei Anwälten aus Mitgliedstaaten der EU und EFTA, welche nur vorübergehend in der Schweiz gerichtliche Vertretungen übernehmen, eine Vertrautheit mit dem schweizerischen Verfahrensrecht, den materiell-rechtlichen Bestimmungen und der einschlägigen Rechtsprechung nicht ohne Weiteres gewährleistet. Dies gilt insbesondere in komplexen und verzweigten Rechtsmaterien wie dem hier zur Diskussionen stehenden Sozialversicherungsrecht, in welchem die jeweiligen Bestimmungen häufig anspruchsvoll und kasuistisch formuliert sind und regelmässig mehrere Erlasse auf unterschiedlichen Normierungsstufen konsultiert werden müssen, um eine konkrete Rechtsfrage korrekt beantworten zu können (THOMAS GÄCHTER/STEPHANIE BURCH, Nationale und internationale Rechtsquellen, in: Sabine Steiger-Sackmann/Hans-Jakob Mosimann, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. XI, 2014, S. 5 Rz. 1.6).

3.6.2 Die Qualität der Mandatsführung steht in einem engen Zusammenhang mit dem Grundsatz der Chancengleichheit ("Waffengleichheit") und ist Ausdruck des Fairnessgebots. Er betrifft den Anspruch der versicherten Person, nicht in eine prozessuale Lage versetzt zu werden, aus der heraus sie keine vernünftige Chance hat, ihre Sache dem Gericht zu unterbreiten, ohne gegenüber der anderen Partei klar benachteiligt zu sein (BGE 135 V 465 E. 4.3.1 S. 469 mit Hinweisen). Dieses Prinzip ist bereits dann verletzt,

wenn eine Partei bevorteilt wird; nicht notwendig ist, dass die Gegenpartei tatsächlich einen Nachteil erleidet (BGE 137 V 210 E. 2.1.2.1 mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat zum Prinzip der prozessualen Chancengleichheit ausgeführt, im Verfahren um Sozialversicherungsleistungen bestehe ein relativ hohes Mass an Ungleichheit der Beteiligten (zu Gunsten der Verwaltung), indem einer versicherten Person mit oftmals nur geringen finanziellen Mitteln eine spezialisierte Fachverwaltung mit erheblichen Ressourcen, besonders ausgebildeten Sachbearbeitern und juristischen und medizinischen Fachpersonen gegenüberstehe (BGE 137 V 210 E. 2.1.2.2 mit Hinweisen).

Mit Blick auf das vorerwähnte Faktum hat das Gericht im Rahmen seiner Fürsorgepflicht die prozessuale Waffengleichheit zu beachten und einen Rechtsvertreter zu bestellen, der einer oder mehreren spezialisierten Fachverwaltungen auf Augenhöhe gegenübertreten kann (vgl. hierzu auch Urteil des BGer 6B_482/2012 vom 3. April 2013 E. 2.2).

Unter den gegebenen Umständen kann Waffengleichheit nur (aber immerhin) insoweit hergestellt werden, als die im Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte – im Sinne eines Minimalstandards – wenigstens Gewähr dafür bieten, dass sie mit den materiellen und verfahrensrechtlichen Normen des schweizerischen Rechts ausreichend vertraut sind.

3.7 Im Einklang mit der Rechtsprechung zur interkantonalen Freizügigkeit gilt es allerdings auch im eurointernationalen Verhältnis zu beachten, dass dem Bedürftigen gestützt auf den Anspruch auf ein gerechtes Verfahren in besonderen Fällen ein Wahlrecht auf seinen Rechtsvertreter (Art. 29 Abs. 1 BV; vgl. auch Art. 29*a* BV; Art. 8 in Verbindung mit Art. 13 EMRK) einzuräumen ist. Dies trifft – wie ausgeführt – insbesondere dann zu, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt besteht oder der Anwalt sich bereits in einem vorangegangenen Verfahren mit der Sache befasst hat, und ferner, wenn der Mandant die Sprache des Gerichts und des ihm bestellten Anwalts nicht versteht, sodass er sich in der Wahrung seiner Rechte beeinträchtigt vorkommen müsste.

Das von der Rechtsprechung aus dem Grundsatz des gerechten Verfahrens abgeleitete Wahlrecht hat – bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen – auch im eurointernationalen Verhältnis Platz zu greifen. Würde gegenteilig entschieden, so würde der EU-/EFTA-Anwalt im Ergebnis schlechter gestellt als der ausserkantonale Rechtsanwalt. Dies liesse sich mit dem Diskriminierungsverbot nicht vereinbaren.

3.8 Zu prüfen bleibt schliesslich, ob das Festhalten am Erfordernis der Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister mit dem Freizügigkeitsabkommen und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EuGH (vgl. hierzu Art. 16 Abs. 2 FZA) vereinbar ist.

3.8.1 Vorab ist in diesem Zusammenhang zu klären, ob die Tätigkeit als unentgeltlicher Rechtsbeistand unter die Bereichsausnahme der Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Sinne von Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA fällt (vgl. E. 2.4 hiervor).

Nachdem der unionsrechtliche Begriff der öffentlichen Gewalt – in Übereinstimmung mit der Praxis des EuGH – restriktiv auszulegen ist und der unentgeltliche Rechtsbeistand zwar eine öffentlich-rechtliche Aufgabe wahrnimmt, ihm allerdings keine hoheitlichen Befugnisse zukommen (vgl. hierzu E. 2.11 und E. 3.4.2 hievor), begründet die Ausübung eines Mandates im Rahmen der unentgeltlichen Verbeiständung keine hoheitlichen Befugnisse im Sinne der geltenden Praxis. Dementsprechend kann sich auch der unentgeltliche Rechtsbeistand im Grundsatz auf die Dienstleistungsfreiheit berufen (vgl. dazu auch BRAZEROL, a.a.O., S. 7).

In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass eine Beschränkung der Zulassung von Rechtsanwälten aus dem Raum der EU/EFTA von vornherein unbedenklich wäre, wenn die unentgeltliche Verbeiständung unter dem Blickwinkel der extensiven Praxis des Bundesgerichts zum BGBM als hoheitliche Tätigkeit im Sinne der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe betrachtet würde; diesfalls wäre eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (gemäss Art. 17 Bst. a und 19 FZA) mit Blick auf die Bereichsausnahme von Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA ohne Weiteres zulässig. Die Frage braucht vorliegend allerdings nicht abschliessend entschieden zu werden, da ein Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung im Grundsatz gegeben ist (vgl. dazu nachstehende E. 3.8.3).

3.8.2 Wie vorstehend dargelegt (E. 2.4 und 2.5 hiervor), gelten die Freizügigkeitsrechte nicht uneingeschränkt; sie unterliegen vielmehr unter den genannten Voraussetzungen der Beschränkung. Eine Einschränkung unter dem Aspekt des "Ordre-public"-Vorbehalts fällt vorliegend von vornherein ausser Betracht, weil hier nicht ein persönliches Verhalten im Hinblick auf die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zur Diskussion steht.

3.8.3 Der nur vorübergehend im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit in der Schweiz tätige Anwalt aus einem Mitgliedstaat der EU oder EFTA kann sich

nicht in einem Register eintragen lassen (Art. 21 Abs. 2 BGFA). Wird die gerichtliche Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes von der Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister abhängig gemacht, werden damit gleichzeitig alle nur sporadisch im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit vor schweizerischen Gerichten auftretenden ausländischen EU- und EFTA-Anwälte von der unentgeltlichen Verbeiständung ausgeschlossen. Insoweit könnte hierin eine (indirekte) Diskriminierung erblickt werden, es sei denn, es lägen hinreichende Rechtfertigungsgründe für eine solche Beschränkung vor.

Nach dem Gesagten (vgl. E. 2.4 hiervor) ist eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtsprechungsgemäss zulässig, wenn sie erstens nicht in diskriminierender Weise ausgestaltet ist, zweitens zwingende Gründe des Allgemeininteresses verfolgt, drittens geeignet ist, das angestrebte Ziel zu verfolgen und viertens darf sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist.

3.8.3.1 Die vorstehend dargelegten Gründe, das heisst die bessere Gewährleistung der Überwachungs- und Disziplinarfunktion (E. 3.3.3 hiervor), die Reflexwirkung der Verpflichtung zur Übernahme von Mandaten im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege (E. 3.3.4 hiervor) sowie die im Rahmen der richterlichen Fürsorgepflicht gebotene Sicherstellung einer Mindestqualität in Bezug auf die Kenntnisse des schweizerischen Rechts (E. 3.6 hiervor) stellen genügende Gründe für eine Beschränkung der hier zur Diskussion stehenden Dienstleistungsfreiheit dar, zumal die Gewährleistung von Interessen des Verbraucherschutzes auch im eurointernationalen Verhältnis als Rechtfertigungsgrund anerkannt wird. Die Verknüpfung der Bestellung eines unentgeltlichen Beistandes mit dem Erfordernis der Eintragung in einem kantonalen Anwaltsregister ist demnach durch sachliche Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt.

3.8.3.2 Nachdem das Erfordernis des Eintrags im kantonalen Anwaltsregister des zuständigen Gerichts auch im binnenrechtlichen Verhältnis gilt und es rechtsprechungsgemäss auch im interkantonalen Bereich weiterhin in der Kompetenz der Kantone liegt, die Voraussetzungen für die Ernennung eines unentgeltlichen Prozessbeistandes zu umschreiben und diese gegebenenfalls auf die im Register ihres Kantons registrierten Anwältinnen und Anwälte zu beschränken (vgl. E. 2.13 hiervor), kann nicht von einer diskriminierenden Ausgestaltung der Zulassungsbeschränkung gesprochen werden. Dies gilt jedenfalls insoweit, als für den im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit tätig werdenden Rechtsanwalt aus dem Raum der

EU/EFTA dieselben Ausnahmen für die Zulassung zur unentgeltlichen Verbeiständung für den Fall des Vorliegens der entsprechenden Voraussetzungen (im Sinne von E. 2.14 hievor) eingeräumt werden.

Würde demgegenüber der im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit vor einem schweizerischen Gericht auftretende Rechtsvertreter aus dem Raum der EU oder EFTA ungeachtet seines fehlenden Eintrags in einem kantonalen Anwaltsregister (nach Art. 30 Abs. 1 BGFA) vorbehaltlos zugelassen, wäre dieser gegenüber einem (in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen) ausserkantonal forensisch tätig werdenden Rechtsanwalt bevorteilt, weil dieser nach der – jedenfalls im Bereich des sozialversicherungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens – weiterhin geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. dazu E. 2.13 hievor) von der unentgeltlichen Verbeiständung ausgeschlossen werden darf. Eine – im Vergleich zur Zulassung im interkantonalen Bereich – unterschiedliche, respektive grosszügigere Handhabung der Dienstleistungsfreiheit hätte demnach eine Inländerdiskriminierung zur Folge. Letztere fällt zwar nicht in den Anwendungsbereich des FZA; sie kann jedoch unter Umständen das – in Verbindung mit einer materiell-rechtlichen EMRK-Garantie geltend zu machende – Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK verletzen (vgl. dazu STEPHAN BREITENMOSER/ROBERT WEYENETH, Europäische Bezüge und Bilaterale Verträge, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 1324 Rz. 31.53).

3.8.3.3 Sodann ist das Erfordernis eines Eintrags in ein kantonales Anwaltsregister (im Sinn von Art. 30 Abs. 1 BGFA) auch geeignet und erforderlich, um die angestrebten Ziele erreichen. Es ist namentlich nicht ersichtlich, wie die genannten Interessen mit weniger einschneidenden Mitteln in gleicher oder ähnlicher Weise gewahrt werden könnten. Dementsprechend sind die Voraussetzungen für eine zulässige Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs erfüllt.

3.8.4 Aus dem Gesagten folgt, dass das an die Bestellung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes geknüpfte Erfordernis der Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister mit dem Freizügigkeitsabkommen und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EuGH (vgl. hierzu Art. 16 Abs. 2 FZA) vereinbar ist.

3.9 Mit Rücksicht auf die vorstehenden Ausführungen bleibt zu prüfen, ob im konkreten Fall besondere Verhältnisse bestehen, welche die Ernennung

des in der EU zugelassenen Rechtsvertreters im Sinne einer Ausnahme rechtfertigen (vgl. dazu E. 2.14 hievor).

Vorliegend ist aktenkundig, dass Rechtsanwalt Dr. W. Kuss den Beschwerdeführer bereits seit Anfang 2011 im hier zur Diskussion stehenden Verfahren vertritt, da er die Interessen des Beschwerdeführers auch im Beschwerdeverfahren betreffend die am 13. Dezember 2010 von der IVSTA verfügte sofortige Renteneinstellung wahrgenommen hatte (vgl. Sachverhalt, Bst. A.c hievor). Es steht mithin ein mehrjähriges Mandatsverhältnis zur Diskussion, während welchem zwischen dem Rechtsvertreter und dem Beschwerdeführer ein Vertrauensverhältnis entstanden ist und letzterer sich auch Kenntnis über das umfassende Dossier und den einschlägigen Sachverhalt hat erwerben müssen. Darüber hinaus hat sich der Rechtsvertreter in dieser Zeit auch spezifische Kenntnisse des schweizerischen Sozialversicherungsrechts erworben. Unter diesen Umständen gehen das Vorschlagsrecht der versicherten Person und der damit verbundene Aspekt der prozessualen Fairness den für eine Beschränkung der Zulassung generell geltenden Gründen des Allgemeininteresses vor. Demnach ist der in Deutschland zugelassene Rechtsanwalt im vorliegenden Beschwerdeverfahren als unentgeltlicher Rechtsbeistand einzusetzen, sofern die allgemeinen Voraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung gegeben sind (vgl. dazu nachstehende E. 4).

4.
Zu prüfen sind im Folgenden noch die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen für die Befreiung von den Verfahrenskosten und die unentgeltliche Verbeiständung. Die unentgeltliche Prozessführung kann nur gewährt werden, sofern der Beschwerdeführer bedürftig ist und die Beschwerde nicht als aussichtslos einzustufen ist.

4.1

4.1.1 Die prozessuale Bedürftigkeit ist dann anzunehmen, wenn die vorhandenen Mittel den Grundbedarf eines Gesuchstellers nicht übersteigen, wenn er also ohne Eingriff in die für den notwendigen Lebensunterhalt erforderlichen Mittel nicht in der Lage ist, im Falle des Unterliegens die Kosten des Verfahrens zu begleichen (vgl. etwa ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 656 ff.; GEISER, a.a.O., Art. 64 N. 13 BGG).

4.1.2 Bei der Bestimmung der verfügbaren Mittel ist auf die gesamte wirtschaftliche Situation abzustellen und neben dem Einkommen insbesondere auch das Vermögen angemessen zu berücksichtigen (vgl. BGE 124 I 1 E. 2a, 120 Ia 179 E. 3a, 118 Ia 369 E. 4a), wobei es Sache des Gesuchstellers ist, seine finanzielle Situation zu belegen (vgl. BGE 125 IV 161 E. 4a). Allerdings sind nur jene Vermögensbestandteile beachtlich, über die innert nützlicher Frist frei verfügt werden kann (vgl. Pra 2003 Nr. 1 E. 4.2) und deren Verwendung für die Finanzierung des Prozesses nach den individuellen Verhältnissen nicht als unzumutbar erscheint ("Notgroschen"; vgl. Urteil des BGer I 362/05 vom 9. August 2005). Der einem Gesuchsteller zugestandene "Notgroschen" bewegt sich etwa zwischen Fr. 10'000.- und Fr. 20'000.- (vgl. HANSJÖRG SEILER/ NICOLAS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2007, Art. 64 N. 13 BGG).

4.1.3 Für Nahrung, Kleider und Wäsche einschliesslich deren Instandhaltung, Körper- und Gesundheitspflege, Unterhalt der Wohnungseinrichtung, Privatversicherungen, Kulturelles sowie Auslagen für Beleuchtung, Kochstrom und/oder Gas etc. ist in der Regel vom monatlichen Einkommen des Gesuchstellers pauschal ein bestimmter Grundbetrag als unumgänglich notwendig zu erachten. In Übereinstimmung mit der Richtlinie für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1) der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz vom 1. Juli 2009 (abrufbar unter: < http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/schkg/gl/03-gl-ks-d.pdf >; abgerufen am 18.08.2016) beläuft sich der Grundbetrag für eine alleinstehende Person auf Fr. 1'200.-. Bei der Prüfung der prozessualen Bedürftigkeit in einem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht wird der auf dieser Grundlage ermittelte betreibungsrechtliche Grundbedarf praxisgemäss um 20 % erhöht (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 279 Rz. 4.105).

4.1.4 Aus dem vom Beschwerdeführer eingereichten Beschluss des Amtsgerichts (…) vom 24. Juni 2008 (Beilage 9 zu BVGer act. 15) geht hervor, dass er Unterhaltszahlungen für die geschiedene Ehefrau und die Tochter B._____ (vgl. Beilage 5 zu BVGer act. 15) zu leisten hat. Demnach ist davon auszugehen, dass die Tochter nicht im Haushalt des Beschwerdeführers lebt. Der massgebliche Grundbetrag beläuft sich somit auf Fr. 1'200.-. Dieser ist allerdings praxisgemäss an die Lebenshaltungskosten

am Wohnort des Beschwerdeführers anzupassen. Das Bundesverwaltungsgericht greift für die Anpassung regelmässig auf den Index der OECD (Preis und Kaufkraftvergleich des Eidgenössischen Departements für Auswärtige Angelegenheiten zurück (www.swissemigration.ch > Dienstleistungen > Leben im Ausland > Auswandern > Lebenshaltungskosten, zuletzt abgerufen am 18.08.2016), welcher für Deutschland 62 (Schweiz = 100) entspricht. Somit ergibt sich ein (um die Lebenshaltungskosten bereinigter) betreibungsrechtlicher Grundbedarf von Fr. 744.-. Unter Berücksichtigung des prozessualen Bedürftigkeitszuschlages von 20 % resultiert ein prozessualer Grundbedarf von Fr. 893.-.

Nebst diesem Grundbedarf sind die weiteren Auslagen zu berücksichtigen. Laut Angaben des Beschwerdeführers belaufen sich die monatlichen Ausgaben auf insgesamt EUR 2'438.-. Dieses Total setzt sich aus folgenden Positionen zusammen: Mietzins von EUR 300.- (Beilage 2 zu BVGer act. 15), Wohnnebenkosten von EUR 195.-, Krankenkassenprämien von EUR 65.-, weitere Prämien für obligatorische Versicherungen von EUR 235.-, Berufsauslagen von EUR 100.-, rechtlich geschuldete Unterhaltszahlungen von EUR 1'268.- (Beilage 9, S. 3 zu BVGer act. 15), Schuldamortisationsraten von EUR 215.- und sonstige Auslagen von EUR 60.-. Umgerechnet in Schweizer Franken resultieren – basierend auf dem monatlichen Durchschnittskurs für Oktober 2016 von 1.1044 (vgl. dazu www.estv.admin.ch > Mehrwertsteuer > Dienstleistungen > Fremdwährungskurse > Monatsmittelkurse, abgerufen am 03.11.2016) – zusätzliche Ausgaben von monatlich rund Fr. 2'693.- (= EUR 2'438.- x 1.1044). Zusammen mit dem genannten erweiterten Grundbedarf von Fr. 893.- ergeben sich monatliche Ausgaben von insgesamt Fr. 3'586.-.

Gemäss den im Formular "Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege" (nicht nummerierte Beilage zu BVGer act. 15) dargelegten finanziellen Verhältnissen verfügt der Beschwerdeführer über ein monatliches Einkommen von Fr. 2'049.- (*recte:* Fr. 2'041.-: = Fr. 725.- + Fr. 548.- + Fr. 549.- + Fr. 219.-). Laut Selbstdeklaration des Beschwerdeführers setzt sich dieses Einkommen zusammen aus Einkünften aus selbstständiger Nebenerwerbstätigkeit von monatlich Fr. 725.- (Beilage 7 zu BVGer act. 15), einer schweizerischen AHV-Rente von Fr. 548.- und einer Kinderrente von Fr. 219.- pro Monat (vgl. Beilage 5 zu BVGer act. 15) sowie einer deutschen Rente von monatlich EUR 497.- respektive Fr. 549.- (= 497 x 1.1044; Monatsmittelkurs für Oktober 2016). Unter Berücksichtigung der in Schweizer Franken umgerechneten deutschen Rente von Fr. 549.- sowie unter der

Annahme, dass es sich beim Einkommen aus selbstständigem Nebenerwerb effektiv um Angaben in Schweizer Franken handelt, resultiert demnach ein monatliches Einkommen von Fr. 2'041.-.

4.1.5 Demnach stehen den monatlichen Einnahmen von Fr. 2'041.- glaubhafte monatliche Ausgaben von insgesamt Fr. 3'566.- gegenüber. Daraus resultiert ein monatlicher Ausgabenüberschuss von Fr. 1'525.-. Nachdem der Beschwerdeführer nicht über Vermögenswerte verfügt, ist er nicht in der Lage die Prozesskosten zu decken. Die prozessuale Bedürftigkeit ist demnach ausgewiesen.

4.2

4.2.1 Als aussichtslos sind rechtsprechungsgemäss Begehren anzusehen, bei welchen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und erstere deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (BGE 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218 mit Hinweisen).

4.2.2 Nach einer summarischen Prüfung der Akten kann die vorliegende Beschwerde mit Blick auf die geltende bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht als aussichtslos bewertet werden. Damit sind die Voraussetzungen für die Befreiung von den Verfahrenskosten gegeben.

4.3 Die Notwendigkeit der Verbeiständung ist rechtsprechungsgemäss zu bejahen ist, wenn die Interessen der bedürftigen Person in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters oder eine Rechtsvertreterin erforderlich machen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 231 Rz. 4.120). Aufgrund der hohen Komplexität der sich mit der Anfechtung einer IV-Rentenaufhebung ergebenden Rechtsfragen ist die Notwendigkeit der Rechtsverbeiständung vorliegend gegeben.

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. So wird durch das Erfordernis des Eintrags in ein kantonales Anwaltsregister zunächst die Überwachungs- und Disziplinarfunktion besser gewährleistet. Hinzu kommt, dass das Recht zur unentgeltlichen Verbeiständung in einem engen Konnex zur Verpflichtung zur Übernahme entsprechender Mandate steht; die Zulassung von im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit und damit nur vorübergehend in der Schweiz gerichtlich tätigen Rechtsvertretern aus der EU und der EFTA zur unentgeltlichen Verbeiständung hätte eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung und damit eine Verletzung des verfassungsrechtlich geschützten Anspruchs auf Gleichbehandlung der in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Anwälte zur Folge, da erstere zwar berechtigt, aber – anders als letztere – nicht zur Mandatsübernahme verpflichtet wären. Sodann ist im Rahmen der richterlichen Fürsorgepflicht die prozessuale Waffengleichheit zu beachten. Diese gebietet, dass der Richter bei der Ernennung eines unentgeltlichen Beistands eine minimale Qualität der Rechtsvertretung bezüglich der notwendigen Kenntnisse des schweizerischen Rechts sicherstellt. Das an die Ernennung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes geknüpfte Erfordernis der Eintragung in einem kantonalen Anwaltsregister (nach Art. 30 Abs. 1 BGFA) ist demnach durch sachliche Gründe gerechtfertigt und überdies geeignet und erforderlich, um die Wahrung der genannten Interessen hinreichend sicherzustellen. Daraus folgt, dass weder das Anwaltsgesetz noch das Freizügigkeitsabkommen einen vorbehaltlosen Anspruch eines in der EU oder der EFTA zur Berufsausübung zugelassenen, nicht in einem kantonalen Anwaltsregister erfassten Anwaltes verleihen, im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt zu werden. Besteht allerdings – wie hier – ein mehrjähriges Mandats- und Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und dem beantragten Rechtsbeistand und ist im konkreten Fall eine hinreichende Kenntnis des schweizerischen Sozialversicherungsrechts gegeben, so haben die genannten allgemeinen Interessen dem Gebot der Rücksichtnahme auf das Vorschlagsrecht des Antragstellers und dem damit verbundenen Aspekt der prozessualen Fairness zu weichen.

Nachdem vorliegend auch die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen für die Befreiung von den Verfahrenskosten gegeben sind und die Notwendigkeit der unentgeltlichen Verbeiständung ebenfalls zu bejahen ist, sind die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gutzuheissen. Der Beschwerdeführer wird dementsprechend von der Bezahlung der

Verfahrenskosten befreit, und es wird ihm Rechtsanwalt Dr. W. Kuss als amtlich bestellter Anwalt beigeordnet.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung werden gutgeheissen.

2.
Dem Beschwerdeführer wird Rechtsanwalt Dr. Wolfram Kuss, Rappeneckstrasse 2, DE-79183 Waldkirch, als amtlich bestellter Anwalt beigeordnet.

3.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Einschreiben mit Rückschein)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; Einschreiben)
– das Bundesamt für Sozialversicherung (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
David Weiss	Roland Hochreutener

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: