

Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA)

Erläuternder Bericht

1 Allgemeiner Teil

11 Ausgangslage

111 Die interkantonale Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte

Nach Artikel 33 Absatz 1 BV können die Kantone die Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten von einem Fähigkeitsausweis abhängig machen. Der Anwaltsberuf ist ein wissenschaftlicher Beruf¹. Mit Ausnahme des Kantons Solothurn behalten alle Kantone die Vertretung von Parteien vor allen oder gewissen Gerichtsbehörden Personen mit einem Anwaltspatent vor². Artikel 33 Absatz 2 BV beauftragt den Bundesgesetzgeber, dafür zu sorgen, dass Fähigkeitsausweise für die wissenschaftlichen Berufsarten für die ganze Schweiz gültig erworben werden können. Der Bundesgesetzgeber ist seinem Auftrag in Bezug auf den Anwaltsberuf bislang nicht nachgekommen. Für die medizinischen Berufe hingegen hat er eidgenössische Fähigkeitsausweise geschaffen.

Die interkantonale Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte wird heute nach Artikel 5 UeB BV garantiert. Aufgrund dieser Bestimmung gilt der von einem Kanton nach Artikel 33 Absatz 1 BV ausgestellte Fähigkeitsausweis auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, wie wenn es sich um einen schweizerischen Fähigkeitsausweis im Sinne von Artikel 33 Absatz 2 BV handeln würde. Die Kantone können die Ausübung eines wissenschaftlichen Berufs aber einer Bewilligung unterstellen, deren Erteilung von der Erfüllung zusätzlicher polizeilicher Voraussetzungen abhängig ist³.

Da es für den Anwaltsberuf keinen schweizerischen Fähigkeitsausweis im Sinne von Artikel 33 Absatz 2 BV gibt, hat das Bundesgericht in seiner Praxis die Mindestanforderungen festgelegt, denen ein kantonaler Fähigkeitsausweis genügen muss, um in einem anderen Kanton anerkannt zu werden⁴.

¹ BGE 112 Ia 318; René Rhinow, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 31^{bis}, Rz. 40.

² Zu diesem Thema vgl. Felix Wolfers, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Zürich 1986, S. 79 ff.

³ Vgl. Philippe Bois, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 5 UeB, Rz. 2.

⁴ BGE 111 Ia 108 E. 2.

112 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte

Das Bundesgericht hat schon vor längerer Zeit entschieden, dass Artikel 5 UeB BV die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte generell gewährleistet. Es verlangt, dass die Gesetzgebungen der Kantone alle Anwältinnen und Anwälte, die in der Schweiz niedergelassen sind und einen kantonalen Fähigkeitsausweis besitzen, gleich behandeln. Für kantonsfremde Anwältinnen und Anwälte kann - je nach Ersuchen der Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller generell oder für einen bestimmten Rechtsstreit - ein Bewilligungsverfahren vorgesehen werden⁵. Artikel 5 UeB BV untersagt aber jede diskriminierende Bedingung oder Auflage, welche den Zugang der Anwältinnen und Anwälte zu den Gerichten des Zulassungskantons verhindern oder wesentlich erschweren könnte⁶. So ist es unzulässig, von kantonsfremden Anwältinnen oder Anwälten zu verlangen, dass sie im Zulassungskanton eine Geschäftsadresse haben⁷. Ausserdem können kantonsfremde Anwältinnen und Anwälte, die nur in einem bestimmten Rechtsstreit Parteien vertreten wollen, nicht gezwungen werden, grössere Sicherheiten zu leisten⁸ oder Pflichtmandate zu übernehmen⁹.

Das Bundesgericht hat Freizügigkeitsbeschränkungen in Bezug auf die beruflichen Fähigkeiten (theoretische und praktische Ausbildung) als zulässig betrachtet. Angesichts der Bedeutung der Anwaltstätigkeit für die Rechtsuchenden und die Gerichte dürfen die Kantone Mindestvoraussetzungen sowohl für die wissenschaftliche Ausbildung als auch für die praktischen Kenntnisse und Erfahrungen der Anwältinnen und Anwälte aufstellen¹⁰. Das Bundesgericht ist der Auffassung, dass die Kantone dann verpflichtet sind, ein in einem anderen Kanton erworbenes Anwaltspatent als genügend anzuerkennen, wenn dieser Ausweis bestätigt, dass die Anwältin oder der Anwalt ein Examen sowohl über die wissenschaftlichen Kenntnisse als auch über die praktischen Fähigkeiten bestanden hat. Die Kantone können es demzufolge ablehnen, ein Anwaltspatent für ihr Gebiet als genügend anzuerkennen, das ausschliesslich aufgrund eines Hochschulabschlusses erteilt worden ist¹¹. Im Laufe der Zeit hat das Bundesgericht seine Anforderungen erhöht. Im Entscheid BGE 111 Ia 108 hat es festgehalten, dass *"die ausserordentliche Grosszügigkeit der alten Praxis des Bundesgerichts sich wohl aus der Erwartung des baldigen Erlasses eines Bundesgesetzes im Sinne von Art. 33 Abs. 2 BV erklären lässt. Nach dieser Bestimmung hätte der Bundesgesetzgeber für den Erwerb des Fähigkeitsausweises einheitliche Vorschriften zu erlassen, die entweder in einer eidgenössischen Prüfung oder in einheitlichen gesetzlichen Anforderungen an kantonale Prüfungen bestehen könnten [...]. Nachdem sich diese Erwartung bis heute nicht erfüllt hat und in absehbarer Zeit kaum erfüllen wird, obliegt es der Praxis, einstweilen nach der Übergangsbestimmung der Bundesverfassung die Mindestanforderungen festzulegen, denen der*

⁵ BGE **89** I 366 E. 2.

⁶ BGE vom 10. April 1996 in Sachen L. W., M. und D. gegen den Kanton Waadt.

⁷ BGE **39** I 48, 65 I 4, 80 I 146.

⁸ BGE **42** I 277.

⁹ BGE **67** I 332.

¹⁰ BGE **84** I 24.

¹¹ BGE **69** I 1.

Fähigkeitsausweis eines Kantons genügen muss, um in einem anderen Kanton anerkannt zu werden. [...] In Änderung der bisherigen Praxis ist somit die Abnahme einer Prüfung als Standard im Sinne von Art. 5 UebBest. BV festzulegen." Das Bundesgericht hat allerdings nicht präzisiert, welches die Mindestdauer der Ausbildung und des Praktikums sein soll¹².

Die Kantone können die Ausübungsbewilligung für den Anwaltsberuf auch vom Nachweis abhängig machen, dass gewisse persönliche Voraussetzungen (guter Leumund, Zahlungsfähigkeit usw.) erfüllt sind, die aus polizeilichen Gründen gerechtfertigt und im überwiegenden öffentlichen Interesse geboten sind. Die Prüfung dieser persönlichen Voraussetzungen bindet die anderen Kantone aber nicht. Sie können diesbezüglich selbständig entscheiden. Sie müssen allerdings das Verhalten der Anwältin oder des Anwalts in den Kantonen, in denen bereits eine solche Bewilligung ausgestellt worden ist, mitberücksichtigen¹³. Diese persönlichen Voraussetzungen dürfen aber nicht zu einem versteckten Protektionismus führen¹⁴. Ausserdem dürfen die Kantone nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht verlangen, dass die Anwaltstätigkeit die Haupttätigkeit der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers darstellt¹⁵. Auch das schweizerische Bürgerrecht kann nicht mehr als Voraussetzung für die Berufsausübungsbewilligung gefordert werden¹⁶.

113 Die Notwendigkeit einer Bundesgesetzgebung für die Anwältinnen und Anwälte

Die Zahl der Anwältinnen und Anwälte nimmt kontinuierlich zu. Im Jahre 1977 zählte der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) 2'497 eingetragene Anwältinnen und Anwälte. Im Jahre 1997 waren es 5'541, was einer Zunahme um 121,9% entspricht¹⁷. Die Mobilität der Anwältinnen und Anwälte wächst ebenfalls; heutzutage kommt es eher selten vor, dass eine Anwältin oder ein Anwalt nur in einem einzigen Kanton Parteien vor Gericht vertritt. Die relativ geringe Ausdehnung der Kantonsgebiete - im Vergleich mit beispielsweise den deutschen Ländern, die für deutsche Anwältinnen und Anwälte das Gebiet darstellen, in dem sie gerichtlich tätig sein dürfen (vgl. Ziff. 151.1) - führt fast zwangsläufig dazu, dass die Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf auf dem Gebiet mehrerer Kantone ausüben.

Zur Zeit müssen Anwältinnen und Anwälte, die in einem anderen Kanton als demjenigen, in dem sie ihr Anwaltsbüro haben, Parteien vertreten wollen, eine Berufsausübungsbewilligung beantragen. Dafür müssen sie Dokumente vorweisen, die belegen, dass sie neben der theoretischen und praktischen Ausbildung eine Reihe von persönlichen Voraussetzungen erfüllen (guter Leumund, Ehrenhaftigkeit usw.). Diese Voraussetzungen sind in formeller Hinsicht von Kanton zu Kanton verschieden. Sie sind in der Regel in den kantonalen Anwaltsgesetzen festgehalten. Die Bewilligungen

¹² Vgl. auch Fritz Rothenbühler, Freizügigkeit für Anwälte, Bern 1995, S. 222.

¹³ BGE 119 Ia 374.

¹⁴ Vgl. Bois, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 5 UeB, Rz. 2.

¹⁵ BGE 112 Ia 318.

¹⁶ BGE 119 Ia 35.

¹⁷ Vgl. Michael Pfeifer, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, ZSR 115/1996, S. 282; Der Schweizer Anwalt 167/1997, S. 20.

werden gegen Entrichtung einer Kanzleigebühr erteilt, die dem Grundsatz der Kostendeckung entsprechen muss¹⁸. Anwältinnen und Anwälte, die auf dem ganzen Gebiet der Schweiz tätig sein wollen, müssen in praktisch allen Kantonen ein Gesuch einreichen und Gebühren bezahlen. Einzig der Kanton Solothurn verlangt für die Zulassung zum Anwaltsberuf keine Bewilligung. Die Gebühr variiert im allgemeinen zwischen 50 und 250 Franken. Eine Gebühr von 500 Franken wurde vom Bundesgericht als übermässig beurteilt¹⁹. Eine Aufhebung dieser bürokratischen Berufsausübungsbewilligungsverfahren, die zur Konkretisierung von Artikel 5 UeB BV jedoch notwendig sind, ist sicher wünschenswert.

Die durch das System der Berufsausübungsbewilligungen ausgeübte Kontrolle muss durch eine Reihe von Massnahmen ersetzt werden, welche es erlauben, die erforderlichen Auskünfte über Anwältinnen und Anwälte schnell und einfach einzuholen. Dafür ist eine Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden und die Harmonisierung der Inhalte der kantonalen Anwaltsregister nötig. Oftmals üben Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf nicht unmittelbar nach Erwerb des Anwaltspatentes aus, sondern arbeiten als Angestellte in der Verwaltung oder in einem Unternehmen oder absolvieren beispielsweise ein Nachdiplomstudium. Eröffnen sie einige Jahre später dann tatsächlich ein Anwaltsbüro, ist nicht gewährleistet, dass sie die persönlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Anwaltsberufs in diesem Zeitpunkt noch erfüllen. Die Kantone können nicht dazu verpflichtet werden, Anwältinnen und Anwälte, die das Anwaltspatent mehrere Jahre zuvor in einem anderen Kanton erworben haben und die bis anhin in keinem Anwaltsregister eingetragen sind, ohne vorgängige Prüfung der persönlichen Voraussetzungen zuzulassen. Mit dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) sollen nur diejenigen Anwältinnen und Anwälte ohne weitere Formalitäten in der ganzen Schweiz Parteien vertreten oder ein Anwaltsbüro eröffnen können, die tatsächlich in einem kantonalen Register eingetragen sind.

Ein Bundesgesetz sollte auch die zwischen den Kantonen bestehenden Unterschiede bei der Aufsicht und den Berufsregeln aufheben. Auch wenn diese Disparitäten nicht überbewertet werden dürfen, werden sie von den Anwältinnen und Anwälten gleichwohl als störend empfunden und von der Lehre kritisiert²⁰. Bei den Berufsregeln und den Disziplinar massnahmen ist eine Harmonisierung auch erwünscht, um gewisse kantonale Besonderheiten zu beseitigen, die heute kaum mehr gerechtfertigt sind. Die Kantone haben eine Harmonisierung in diesen Bereichen selbst gewünscht (vgl. Ziff. 16). Obwohl sich die kantonalen Gesetze voneinander unterscheiden, ist es möglich, einen "gemeinsamen Nenner" zu bestimmen, eine Art schweizerisches Anwaltsrecht²¹. Dies ist das Ziel des vorliegenden Gesetzesentwurfs, der die kantonalen Kompetenzen respektiert und nur in dem Umfang vereinheitlicht, in dem eine Harmonisierung im Interesse der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte erwünscht ist.

¹⁸ BGE 75 I 116.

¹⁹ Unveröffentlichter BGE vom 22. November 1988 in Sachen W. gegen den Kanton Neuenburg.

²⁰ Vgl. Rothenbühler, S. 221 ff.

²¹ Vgl. Wolffers, S. 17 f.

Schliesslich erfüllt der Bund mit diesem Gesetz seinen in Artikel 33 Absatz 2 BV festgehaltenen verfassungsmässigen Auftrag. Dieser sieht vor, dass auf dem Weg der Bundesgesetzgebung dafür zu sorgen ist, dass Personen, die einen wissenschaftlichen Beruf ausüben, Fähigkeitsausweise erwerben können, die in der ganzen Schweiz gültig sind.

114 Bisherige Bestrebungen für eine Bundesgesetzgebung über die Anwältinnen und Anwälte

Bereits im Jahre 1901 reichte der SAV dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement einen Gesetzesentwurf ein, der die Schaffung eines eidgenössischen Anwaltspatentes vorsah. Im Jahre 1942 setzte der SAV eine Kommission ein mit dem Auftrag, einen Vorentwurf für ein eidgenössisches Anwaltsgesetz auszuarbeiten. Dieses Gesetz hätte sich auf einen neuen Artikel 33 Absatz 3 BV abgestützt, der eine Befugnis des Bundes vorgesehen hätte, "einheitliche Bestimmungen über die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes aufzustellen". Es handelte sich diesmal nicht mehr um die Einführung eines eidgenössischen Anwaltspatentes, sondern darum, Mindestanforderungen festzulegen, nach denen weiterhin die Kantone die Anwaltspatente ausstellen sollten²². Dieses Vorhaben ist jedoch gescheitert.

Im Hinblick auf einen Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum belebte sich die Diskussion wieder. Am 16. Juli 1993 reichte der SAV den zuständigen Behörden des Bundes und der Kantone zwei Gesetzesentwürfe ein: einen Entwurf "Eurolex", der den in diesem Bereich zu übernehmenden Bestimmungen des Acquis communautaire Rechnung trug und, als Folge der Ablehnung des EWR am 6. Dezember 1992, eine Gesetzesentwurf "Swisslex".

Die im Rahmen der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren konsultierten Vorsteher der kantonalen Justizdepartemente sprachen sich am 15. April 1994 einstimmig bei drei Enthaltungen zugunsten eines Bundesrahmengesetzes anstelle eines Konkordats aus. Mit Schreiben vom 17. Juni 1994 haben sie den Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements um Ausarbeitung eines Gesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte ersucht. Hinsichtlich der Anwaltsfreizügigkeit in Europa drückten sie den Wunsch aus, dass der Bund dieses Thema in den bilateralen Verhandlungen mit der Europäischen Union zur Sprache bringe. Die Konferenz der Kantonsregierungen und das Kontaktgremium Bund-Kantone schlossen sich in dieser Sache am 24. Juni 1994 der Meinung der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren an.

Auf parlamentarischer Ebene reichte Nationalrat Luzi Stamm am 17. Juni 1994 eine Motion ein, mit der er die Schaffung eines öffentlichen Bundesregisters verlangte, in welchem alle Personen aufgeführt werden sollten, die ein Anwaltspatent in einem Kanton erworben haben (vgl. Ziff. 16). Diese Motion ist vom Nationalrat am 20. Dezember 1995 angenommen²³ und vom Ständerat am 3. Juni 1996 in ein Postulat umgewandelt worden²⁴.

²² Vgl. Bois, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 33, Rz. 24 ff.

²³ AB 1995 N 2658 f.

²⁴ AB 1996 S 292.

12 Komplementarität zu den Massnahmen zur Liberalisierung der Wirtschaft

121 Allgemeines

Im Rahmen der Massnahmen, die ins Auge gefasst worden sind, um eine optimale Umsetzung des EWR-Abkommens zu ermöglichen, das interne System zu vereinfachen und einen angemessenen Rahmen für die Übernahme des Gemeinschaftsrechts auf Bundesebene zu bieten, wurde eine Skizze für ein Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte ausgearbeitet. Für die anderen Berufe, für welche die Zulassung ebenfalls kantonal geregelt war - namentlich für die paramedizinischen und die Lehrerberufe -, zogen die Kantone Konkordatslösungen vor²⁵.

In seiner Botschaft vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens²⁶ äusserte der Bundesrat die Absicht, die rechtlichen Bestimmungen, welche den Wettbewerb beeinträchtigen, aufzuheben und einen eurokompatiblen schweizerischen Binnenmarkt zu schaffen. Dieser Binnenmarkt sollte durch die Anwendung des "Cassis-de-Dijon"-Prinzips²⁷ innerhalb der Schweiz verwirklicht werden. Die Durchsetzung dieses Prinzips sollte namentlich dazu führen, dass kantonale Fähigkeitsausweise für wissenschaftliche Berufe künftig in sämtlichen Kantonen ohne weiteres anerkannt würden. Die Anwendung dieses Prinzips auf dem ganzen Gebiet der Schweiz sollte durch den Erlass eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt verwirklicht werden. Die Kantone ihrerseits beabsichtigten, diese Ziele hauptsächlich mit zwei interkantonalen Vereinbarungen zu erreichen: mit der interkantonalen Vereinbarung vom 18. Februar 1993 über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen und der interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen²⁸. Sowohl das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM)²⁹ als auch die beiden interkantonalen Vereinbarungen sind heute in Kraft. Im Bereich der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen sieht Artikel 4 Absatz 4 des Binnenmarktgesetzes vor, dass die Vorschriften der interkantonalen Vereinbarung dem Bundesgesetz vorgehen. Die Vereinbarung über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen ist für den

²⁵ Vgl. Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, BBI **1992** IV 259, Ziff. 7.37.

²⁶ BBI **1993** I 805.

²⁷ Im Cassis-de-Dijon-Urteil von 1979 (EuGH, Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Slg. 1979, S. 649 ff.) hat der Europäische Gerichtshof festgestellt, dass es in Ermangelung einer Gemeinschaftsregelung bezüglich der Herstellung und Vermarktung eines Erzeugnisses in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, für ihr Hoheitsgebiet die entsprechenden Vorschriften zu erlassen. Die sich daraus ergebenden Handelshemmnisse müssen aber nur soweit hingenommen werden, als die Bestimmungen "notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes". Der Europäische Gerichtshof stellte deshalb den Grundsatz auf, dass die in einem Mitgliedstaat rechtmässig hergestellten und in Verkauf gebrachten Erzeugnisse grundsätzlich gemeinschaftsweit zugelassen werden sollen.

²⁸ SR **172.056.4**; AS **1996** 1438 und 2552.

²⁹ AS **1996** 1738.

Anwaltsberuf jedoch nicht anwendbar. Da ein spezielles Bundesgesetz oder eine interkantonale Vereinbarung über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte fehlt, gilt für den Anwaltsberuf grundsätzlich das Binnenmarktgesetz. Dieses vermag jedoch die spezifischen Probleme (z.B. Disziplinaufsicht, Berufsregeln, Berufsbezeichnung, Honorare) nicht zu lösen. Das vorliegende Anwaltsgesetz schliesst folglich eine Lücke in der Bundesgesetzgebung und ergänzt die Massnahmen, welche vom Bund und den Kantonen bereits getroffen worden sind.

122 Ergänzung zum Binnenmarktgesetz

Das Binnenmarktgesetz ist am 1. Juli 1996 in Kraft getreten. In Artikel 3 sieht es vor, dass der freie Zugang zum Markt anderer Kantone nur dann nach Massgabe der Vorschriften des Bestimmungsortes eingeschränkt werden kann, wenn diese Beschränkungen gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind und wenn sie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten. Damit fördert das neue Gesetz die tatsächliche Verwirklichung der Handels- und Gewerbefreiheit nach Artikel 31 BV. Es schliesst allerdings nicht aus, dass die Kantone für Zweifelsfälle ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren zur Prüfung der Gleichwertigkeit der **Ausbildungen** vorsehen (Art. 4 BGBM).

Die Eigentümlichkeit der Anwaltstätigkeit und die besondere Rolle der Anwältinnen und Anwälte im Justizverfahren haben zur Folge, dass die Kantone aufgrund ihrer Kompetenz im Bereich der Gerichtsorganisation ein Verfahren vorsehen könnten, das gewährleistet, dass die Anwältinnen und Anwälte aus anderen Kantonen dieselben Voraussetzungen erfüllen wie die "einheimischen" Anwältinnen und Anwälte. Eine Überprüfung der Ausbildungsanforderungen wäre aufgrund von Artikel 4 Absatz 3 BGBM möglich; diese würde gegenüber der heutigen Situation allerdings einen Rückschritt bedeuten. Das Problem der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte stellt sich jedoch ohnehin vor allem hinsichtlich der Prüfung der persönlichen Voraussetzungen³⁰. Artikel 4 Absatz 3 BGBM sieht aber vor, dass das einfache, rasche und kostenlose Verfahren zur Prüfung der Frage des freien Zugangs sich auf die **erforderlichen Kenntnisse** bezieht und nicht auf die persönlichen Voraussetzungen. Die Prüfung dieser persönlichen Voraussetzungen könnte folglich Gegenstand eines Verfahrens sein, welches die Erhebung einer Gebühr rechtfertigt. Nach Artikel 3 Absatz 1 BGBM darf der freie Zugang zum Markt für ortsfremde Anbieterinnen und Anbieter jedoch nur dann nach Massgabe der Vorschriften des Bestimmungsortes eingeschränkt werden, wenn diese Beschränkungen gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind und verhältnismässig sind. Diese Beschränkungen dürfen darüber hinaus in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

Als Ergänzung zum Binnenmarktgesetz und für eine bessere Verwirklichung der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte muss deshalb festgelegt werden, welche fachlichen und persönlichen Voraussetzungen verlangt werden können, in welchem Zeitpunkt sie durch wen geprüft werden und wie die Gerichtsbehörden die notwendi-

³⁰ Vgl. Wolfers, S. 77 und dort zitierte Literatur; P. Chaulmontet, Contribution à l'étude de la profession d'avocat, Lausanne 1970, S. 54.

gen Informationen über die vor ihnen auftretenden Anwältinnen und Anwälte einholen können. Die Bestimmungen des vorliegenden Anwaltsgesetzes ergänzen und konkretisieren somit für den Anwaltsberuf die vom Binnenmarktgesetz verfolgten Ziele.

13 Anwaltstätigkeit und Anwaltsmonopol

Alle Kantone mit Ausnahme des Kantons Solothurn behalten die Vertretung von Parteien vor Gericht ganz oder teilweise den Anwältinnen und Anwälten vor³¹. Der vorliegende Gesetzesentwurf enthält jedoch keine Regelung zu diesem Monopol, das die kantonalen Besonderheiten in der Gerichtsorganisation widerspiegelt. Die Kompetenz der Kantone in diesem Bereich würde dies nicht zulassen.

Bei der Anwaltstätigkeit können drei Kategorien unterschieden werden³²: die monopolisierte Anwaltstätigkeit, die nicht monopolisierte Anwaltstätigkeit und schliesslich die Tätigkeit ausserhalb des eigentlichen Anwaltsberufs. Der monopolisierte Anwaltsbereich lässt sich aufgrund des kantonalen Rechts relativ einfach abgrenzen. Schwieriger ist die Unterscheidung zwischen der nicht monopolisierten Anwaltstätigkeit und der Tätigkeit ausserhalb des Anwaltsberufs. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zum Umfang des Berufsgeheimnisses hierzu einige Grundsätze entwickelt, die weiter unten (Ziffer 233.22) dargestellt werden.

Noch vor wenigen Jahrzehnten betraf der grösste Teil der Anwaltstätigkeit die Vertretung von Parteien vor Gericht und somit das Anwaltsmonopol. Heutzutage gewinnt die aussergerichtliche Tätigkeit der Anwältinnen und Anwälte ständig an Bedeutung. Im Bereich der Rechtsberatung können die Anwältinnen und Anwälte vom Monopol, das ihnen im allgemeinen für ihre gerichtliche Tätigkeit zugute kommt, nicht profitieren, obwohl sie auch hier den Aufsichtsbehörden unterstellt sind und die Berufsregeln in ihrer gesamten Berufstätigkeit, einschliesslich der Rechtsberatung, beachten müssen. Die unabhängigen Anwältinnen und Anwälte stehen somit im Bereich der Rechtsberatung in Konkurrenz mit juristisch gebildeten Personen, die oft selbst ein Anwaltspatent erworben haben, aber in Rechtsberatungsunternehmen, Treuhandgesellschaften, Banken usw. tätig sind und nicht den Berufs- und Standesregeln (namentlich hinsichtlich des Werbeverbots) und der Kontrolle der Aufsichtsbehörden unterworfen sind. Ob für die Rechtsberatung die Berufsregeln und die disziplinarische Aufsicht zur Anwendung kommen, hängt demnach davon ab, ob die betreffenden Anwältinnen und Anwälte unabhängig tätig sind (zum Begriff der Unabhängigkeit vgl. Ziff. 233.21).

Die Unterstellung unter die Berufsregeln und die disziplinarische Aufsicht sind die unmittelbaren Folgen des Anwaltsmonopols. Zur Vermeidung von unlauterem Wettbewerb ist es notwendig, erkennbar zu machen, ob eine Person, die den Anwaltstitel verwendet, einer Aufsichtsbehörde untersteht und gehalten ist, die Berufsregeln zu beachten. Das Bundesgericht hat entschieden, dass der alte Artikel 5 des Genfer Anwaltsgesetzes, der das Führen des Anwaltstitels Anwältinnen und Anwälten verbot, die nicht im Verzeichnis der praktizierenden Anwältinnen und Anwälte aufgeführt

³¹ Vgl. Wolffers, S. 79 ff.; Rothenbühler, S. 66 ff.

³² Albert-Louis Dupont-Willemin, Le secret professionnel et l'indépendance de l'avocat, in: L'avocat suisse 101/1986, S. 9.

waren, gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip verstie³³. Eine Lösung könnte darin bestehen, das Führen des Anwaltstitels den unabhängigen Anwältinnen und Anwälten, die den kantonalen Aufsichtsbehörden unterstellt sind, vorzubehalten. Die in einem Unternehmen oder in der Verwaltung angestellten Anwältinnen und Anwälte könnten nur darauf hinweisen, dass sie ein Anwaltspatent erworben haben. Nun ist es aber üblich, dass Anwältinnen und Anwälte, die in der Verwaltung oder als Angestellte im privaten Sektor arbeiten, von ihrem Titel Gebrauch machen. Das gleiche gilt auch für Anwältinnen und Anwälte, die altershalber verlangen, dass ihr Name im Verzeichnis der praktizierenden Anwältinnen und Anwälte gestrichen wird. Mit dem vorliegenden Anwaltsgesetz wird folgende Lösung vorgeschlagen: Die unabhängigen Anwältinnen und Anwälte können ihren Eintrag in einem Anwaltsregister erwähnen. Mit dieser Erwähnung wird ersichtlich, dass sie den Berufsregeln und den Aufsichtsbehörden unterstehen. Die in einem Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte zeigen folglich mit der Erwähnung ihres Registereintrags, dass sie sich von anderen Anwältinnen und Anwälten unterscheiden.

Nach den Artikeln 3 und 5 des Anwaltsgesetzes müssen alle Anwältinnen und Anwälte, die im Rahmen des kantonalen Monopols zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zugelassen sind und die Voraussetzungen nach den Artikeln 6 und 7 erfüllen, in einem kantonalen Register eingetragen sein. Zudem schützt Artikel 22 des Anwaltsgesetzes die Abgabe des Eintrags in einem kantonalen Anwaltsregister. Das Anwaltsgesetz schafft auf diese Weise ein einfaches und wirksames System, mit dem Anwältinnen und Anwälte, die Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten (monopolisierte Tätigkeit), von den übrigen Anwältinnen und Anwälten unterschieden werden können. Anwältinnen und Anwälte, die nicht in einem kantonalen Register eingetragen sind, können e contrario aufgrund des Anwaltsgesetzes in anderen Kantonen von der monopolisierten Anwaltstätigkeit ausgeschlossen werden.

14 Die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte aus der Sicht des GATS und in der Europäischen Union

141 Das GATS

Das Allgemeine Abkommen über den Dienstleistungsverkehr (General Agreement on Trade in Services, GATS) schliesst zum ersten Mal die Gesamtheit der Dienstleistungen in das multilaterale System ein, das den Welthandel regelt. Das GATS ist integraler Bestandteil des Abkommens über die Welthandelsorganisation (WTO). Mit dem Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (GATT) und dem Übereinkommen über das geistige Eigentum (TRIPS) stellt das GATS eine der drei tragenden Säulen der WTO dar. Die Schweiz wurde mit der Unterzeichnung der Abkommen der Uruguay-Runde in Marrakesch am 15. April 1994 und der anschliessenden Ratifizierung Mitglied der WTO und damit des GATS. Diese Abkommen sind für die Schweiz seit dem 1. Juli 1995 in Kraft.

Das GATS ist grundsätzlich auf alle Dienstleistungssektoren und auf alle Erscheinungsformen des internationalen Dienstleistungsgeschäfts anwendbar (grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung, Errichtung einer Geschäftsniederlassung im Ausland, Grenzüberschreitung von Anbietern und Konsumenten von Dienstleistun-

³³ BGE 112 Ia 318.

gen). Der Einschluss der freien Berufe ("professional services") in die Verhandlungen der Uruguay-Runde, die zur Genehmigung des GATS geführt haben, stellt eine radikale Neuerung dar für diesen Sektor, der bis zu diesem Zeitpunkt durch keinen multilateralen Vertrag geregelt war.

Das GATS besteht aus einem Rahmenabkommen, mehreren Anhängen sowie aus den Verpflichtungs- und den Ausnahmelisten der Mitgliedstaaten³⁴. Das Rahmenabkommen enthält Bestimmungen und Verpflichtungen allgemeiner Art für die Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs, die von allen Mitgliedern der WTO ab Inkrafttreten des Abkommens beachtet werden müssen. Dies gilt sowohl für die Gesamtheit der Dienstleistungen - hier gilt beispielsweise der Grundsatz der Meistbegünstigung - als auch für diejenigen Bereiche, in denen die Mitglieder der WTO spezielle Verpflichtungen in Bezug auf den Marktzutritt oder die Inländerbehandlung eingegangen sind. Die Anhänge regeln die Möglichkeiten nationaler Ausnahmen vom Grundsatz der Meistbegünstigung. Sie präzisieren den Geltungsbereich des GATS für natürliche Personen, die Dienstleistungen erbringen, und legen besondere Bestimmungen für einzelne Dienstleistungsbereiche fest. Die nationalen Ausnahmelisten betreffen die Gewährung der Meistbegünstigung. Die speziellen Verpflichtungslisten der Mitgliedstaaten bestimmen die konkreten Rechte der ausländischen Erbringer von Dienstleistungen in Bezug auf den Marktzugang.

Für die Dienstleistungserbringung im rechtlichen Sektor sind die Artikel II, V und VII des **Rahmenabkommens** von besonderem Interesse.

Artikel II Absatz 1 GATS³⁵ stellt den Grundsatz der Meistbegünstigung auf. Lässt ein Mitgliedstaat ausländische Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer auf seinem Gebiet zu, muss er aufgrund des Grundsatzes der Meistbegünstigung eine Behandlung gewähren, die nicht weniger günstig ist als diejenige, die er den gleichen Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringern eines anderen Mitgliedstaats der WTO gewährt. Die Gleichbehandlung muss unverzüglich gewährt werden und darf nicht an Bedingungen geknüpft werden (wie zum Beispiel an ein Gegenrecht). Von der Pflicht zur Anwendung des Grundsatzes der Meistbegünstigung sind zwei Ausnahmen möglich. Erstens müssen besondere Regelungen für unmittelbare Grenzgebiete nicht für Drittstaaten angewendet werden, sofern sie Dienstleistungen betreffen, welche nicht nur lokal produziert, sondern auch lokal konsumiert werden (Art. II Abs. 3 GATS). Zweitens können Mitglieder des GATS für einzelne Massnahmen vom Grundsatz der Meistbegünstigung befreit werden, allerdings nur im Zeitpunkt des Inkrafttretens des GATS. Diese nationalen Befreiungen ermöglichen es, bestimmte Handelspartner auch nach Inkrafttreten des GATS weiter zu bevorzugen. Die Befreiungen müssen sich auf konkrete Einzelmassnahmen beziehen, die bei Verhandlungsabschluss bereits in Kraft gewesen sind. Sie sind grundsätzlich zeitlich begrenzt und werden Gegenstand zukünftiger Verhandlungen sein³⁶.

Auch **Artikel V GATS** enthält eine besondere Ausnahme vom Grundsatz der Meistbegünstigung. Er erlaubt die Bildung von wirtschaftlichen Integrationsräumen und

³⁴ Vgl. Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen, BBl 1994 IV 242 und SR 0.632.20, S. 327 ff.

³⁵ SR 0.632.20, S. 306.

³⁶ Vgl. Anhang zu den Ausnahmen von den Pflichten nach Artikel II, BBl 1994 IV 762.

den Abschluss von präferenziellen Abkommen innerhalb dieser Wirtschaftsräume, welche vom fundamentalen Grundsatz der Meistbegünstigung abweichen können. Die Anwendung von Artikel V GATS ist an verschiedene Voraussetzungen gebunden: Ein Integrationsabkommen muss einen wesentlichen Teil des Dienstleistungshandels abdecken und alle wesentlichen Diskriminierungen innerhalb des Integrationsraums beseitigen. Sowohl der EWG-Vertrag als auch das EWR-Abkommen erfüllen diese Voraussetzungen. Bereits heute steht jedoch fest, dass ein allfälliger bilateraler sektorieller Vertrag zwischen der Schweiz und der EG im Bereich des Personenverkehrs diesen Anforderungen nicht genügen wird³⁷.

In der **Liste der nationalen Befreiungen zu Artikel II GATS**³⁸ hat die Schweiz für Personen, die nicht in ihrer Verpflichtungsliste aufgeführt sind, eine Ausnahme vom Grundsatz der Meistbegünstigung ausgehandelt. Diese gilt zugunsten von EU- und EFTA-Staatsangehörigen bezüglich Einreise, Aufenthalt und Zugang zum Arbeitsmarkt. Eine autonome oder eine auf einem bilateralen Vertrag mit der EG oder den EFTA-Staaten beruhende Vorzugsbehandlung von EU- und EFTA-Staatsangehörigen bleibt in Bezug auf die Bestimmungen über den Aufenthalt und die Niederlassung ausländischer Personen weiterhin möglich³⁹. Für die Anerkennung von Qualifikationen sind jedoch keine Ausnahmen ausgehandelt worden. Für diese bleibt der Grundsatz der Meistbegünstigung anwendbar.

Artikel VII GATS betrifft die Anerkennung von Qualifikationen der Dienstleistungserbringer. Diese Anerkennung kann durch Harmonisierung geschehen, sich auf einen Vertrag abstützen oder autonom erfolgen. Gewährt ein Mitgliedstaat die Anerkennung autonom, räumt er jedem Mitgliedstaat der WTO eine angemessene Möglichkeit ein nachzuweisen, dass die in seinem Land erworbene Ausbildung oder Berufserfahrung, von ihm ausgestellte Lizenzen oder Bescheinigungen, oder eingehaltene Vorschriften anerkannt werden müssen. Ist die Anerkennung Gegenstand eines Vertrages, müssen die am Vertrag beteiligten Mitgliedstaaten der WTO den anderen interessierten Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumen, dem Vertrag beizutreten oder einen vergleichbaren Vertrag auszuhandeln. Diese Bestimmung ist insofern wichtig, als sie auf einen künftigen bilateralen Vertrag zwischen der Schweiz und der EG über eine gegenseitige Liberalisierung des Personenverkehrs, der auch die Anerkennung von Diplomen einschliesst, Anwendung finden wird (vgl. Ziff. 5). Bei der Anerkennung von Qualifikationen gilt folglich eine bedingte Pflicht zur Meistbegünstigung: Diejenigen Mitgliedstaaten, die in den Genuss der Meistbegünstigung kommen möchten, müssen nachweisen, dass ihre Qualifikationen gleichwertig sind mit denjenigen, die bereits anerkannt worden sind. In Bezug auf die Möglichkeit der Einräumung von Gegenrecht - ein Vorteil, der im Prinzip mit dem Grundsatz der Meistbegünstigung unvereinbar ist - ist die vertragliche Anerkennung von Qualifikationen einem autonomen Vorgehen vorzuziehen, da es in der Praxis die Anerkennung der eigenen Qualifikationen durch diejenigen Staaten ermöglicht, die gestützt auf den Grundsatz der Meistbegünstigung Verhandlungen über ihren Beitritt zum bereits abgeschlossenen Vertrag oder Verhandlungen über den Abschluss eines vergleichbaren Vertrages verlangen.

³⁷ BBI 1994 IV 252.

³⁸ SR 0.632.20, S. 326.

³⁹ Vgl. Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen, BBI 1994 IV 280.

In der **Liste der spezifischen Verpflichtung**⁴⁰ hat sich die Schweiz verpflichtet, die Rechtsberatung auf dem Gebiet des Heimatrechts und des internationalen Rechts zu liberalisieren. Die EG ihrerseits hat eine analoge Verpflichtung übernommen, da für sie das Gemeinschaftsrecht nicht zum Völkerrecht gehört.

142 Das Gemeinschaftsrecht

Zur Zeit enthält der Entwurf des Anwaltsgesetzes noch keine Vorschriften für Anwältinnen und Anwälte aus EU- und EFTA-Staaten. Der allfällige Abschluss eines Vertrages zwischen der Schweiz und der EG über die Liberalisierung des Personenverkehrs müsste jedoch eine Regelung über die Modalitäten des Zugangs zum Anwaltsberuf nachsichziehen.

Die Anerkennung von Berufsdiplomen, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU erworben worden sind, ist eine wesentliche Stützungsmaßnahme, die für die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr unerlässlich ist. Für die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte gelten zur Zeit zwei Richtlinien, die in Anwendung der Artikel 49, 57 und 66 des EWG-Vertrags erlassen worden sind:

- Richtlinie 77/249/EWG vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte⁴¹;
- Richtlinie 89/48/EWG vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen⁴².

Die Europäische Kommission hat zudem im Dezember 1994 einen Entwurf des Europäischen Parlamentes und des Rates für eine Richtlinie zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, verabschiedet⁴³.

Die **Richtlinie 77/249/EWG**, welche die vorübergehende Ausübung der Anwaltstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat regelt, legt keine Voraussetzungen für die Anerkennung von Diplomen fest. Sie verlangt bloss, dass jede im Herkunftsstaat unter einer der Bezeichnungen nach Artikel 1 Absatz 2 zur Ausübung des Anwaltsberufs befähigte Person zur Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat ermächtigt ist (Rechtsberatung und gerichtliche Tätigkeit). Die Anwältinnen und Anwälte können nur dazu verpflichtet werden, ihre Eigenschaft als Rechtsanwältin oder Rechtsanwalt nachzuweisen. Für die Ausübung der Tätigkeiten, die mit der Vertretung und Verteidigung von Parteien im Bereich der Rechtspflege verbunden sind, kann der Aufnahmestaat ausserdem verlangen, dass die auswärtigen Anwältinnen und Anwälte zusammen mit einer Anwältin oder einem Anwalt handelt, die oder der beim angerufenen Gericht zugelassen ist. Die dienstleistungserbringenden Anwältinnen und Anwälte verwenden die Berufsbezeichnung des Staates, in

⁴⁰ SR 0.632.20, S. 317.

⁴¹ ABl. Nr. L 78 vom 26.3.1977, S. 17.

⁴² ABl. Nr. L 19 vom 24.1.1989, S. 16.

⁴³ KOM(94)572 endg., von der Kommission vorgelegt am 30. März 1995; ABl. Nr. C 128 vom 24.5.1995, S. 6.

dem sie niedergelassen sind. Neben den im Herkunftsstaat obliegenden Verpflichtungen unterstehen sie zudem für die vorübergehend ausgeübten Tätigkeiten den Berufsregeln des Aufnahmestaates.

Die Anwendung dieser Richtlinie löste eine umfangreiche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aus. Unter den neueren Entscheiden ist vor allem das wichtige Urteil vom 30. November 1995 in Sachen Reinhard Gebhard gegen Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano hervorzuheben⁴⁴. Zur Abgrenzung der Dienstleistungserbringung von der Niederlassung präziserte der EuGH, dass der vorübergehende Charakter der Dienstleistungen unter Berücksichtigung ihrer Dauer, ihrer Häufigkeit, ihrer regelmässigen Wiederkehr oder ihrer Dauerhaftigkeit zu beurteilen sei. Der vorübergehende Charakter der Leistung schliesst die Möglichkeit für Dienstleistungserbringer nicht aus, sich im Aufnahmestaat mit einer bestimmten Infrastruktur (Büro, Anwaltspraxis oder Anwaltskanzlei) auszustatten, soweit diese Infrastruktur für die Erbringung der Leistungen erforderlich ist. Übt ein Angehöriger eines Mitgliedstaates in stabiler und kontinuierlicher Weise eine Berufstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat aus, indem er sich von einem Berufsdomizil aus u.a. an die Angehörigen dieses Staates wendet, fällt er unter das Niederlassungsrecht und nicht unter das Recht über die Dienstleistungen.

Die **Richtlinie 89/84/EWG** enthält ein allgemeines System zur Anerkennung der Hochschuldiplome. Sie regelt momentan als einziger Erlass die Voraussetzungen, die Anwältinnen und Anwälte erfüllen müssen, wenn sie sich dauernd in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen wollen, um dort ihren Beruf auszuüben. Sie stellt den allgemeinen Grundsatz auf, wonach jede Inhaberin und jeder Inhaber eines nach drei Jahren Studium erteilten Diploms den Beruf in den anderen Mitgliedstaaten der EU ausüben darf, soweit diese Ausbildung im Herkunftsstaat für die Zulassung zum betreffenden Beruf ausreicht. Unterscheidet sich die Ausbildung oder der Beruf im Staat, der das Diplom ausgestellt hat, wesentlich von den Anforderungen des Aufnahmestaates, kann dieser von der Antragstellerin oder dem Antragsteller zusätzliche Ausbildungsmassnahmen verlangen, die je nach Wunsch der Antragstellerin oder des Antragstellers in der Form einer Eignungsprüfung oder eines Anpassungslehrgangs absolviert werden können. Bei den Rechtsberufen kann der Aufnahmestaat einen Anpassungslehrgang oder eine Eignungsprüfung vorschreiben. In Bezug auf die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte haben sich alle Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme von Dänemark dazu entschlossen, von den Antragstellerinnen und Antragsteller, die sich niederlassen wollen, eine Eignungsprüfung im Landesrecht des Aufnahmestaates zu verlangen. Haben die auswärtigen Anwältinnen und Anwälte die Eignungsprüfung bestanden und nachgewiesen, dass sie die anderen allfällig geforderten persönlichen Voraussetzungen erfüllen, sind sie ihren Kolleginnen und Kollegen im Aufnahmestaat vollständig gleichgestellt, namentlich hinsichtlich der Zulassung zur Parteienvertretung vor Gericht, der Unterstellung unter die Berufsregeln und der Berufsbezeichnung.

Die Anwendung der Richtlinie 89/48/EWG auf Anwältinnen und Anwälte hat in der EU gewisse Probleme verursacht. Die Einführung der Eignungsprüfung liess grosse Unterschiede zwischen den Staaten sichtbar werden. Eine Eignungsprüfung kann sich zudem auch als protektionistische Massnahme erweisen. Für Anwältinnen und Anwälte mit Berufserfahrung ist die Prüfungspflicht häufig abschreckend, zumal nicht

⁴⁴ Rs. C-55/94, Slg. 1996, S. I - 4165.

alle primär Parteien vor Gericht vertreten wollen oder Rechtsberatung im Recht des Aufnahmestaates erteilen wollen. Weil das allgemeine System zur Anerkennung der Hochschuldiplome die Situation der Anwältinnen und Anwälte nicht in befriedigender Weise regelt, sahen sich der Rat der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft (Conseil des barreaux de la Communauté Européenne, CCBE) und schliesslich die Europäische Kommission veranlasst, einen Entwurf für eine spezielle Richtlinie über die Niederlassung der Anwältinnen und Anwälte auszuarbeiten. Wird diese neue Richtlinie vom Parlament und vom Rat angenommen, wird sie das System ergänzen, das die beiden für die Anwältinnen und Anwälte bereits geltenden Richtlinien bilden.

Die vorgeschlagene **Richtlinie zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde**⁴⁵, soll die Niederlassungsmöglichkeiten erweitern und die Modalitäten der Ausübung des Anwaltsberufs in einer Gruppe regeln. Die weltweite Ausdehnung des wirtschaftlichen Austausches und der Dienstleistungen hat einen neuen Kontext geschaffen, in dem Handel getrieben und Verträge abgeschlossen werden und Personen sich gegebenenfalls verteidigen müssen - eine Entwicklung, die nicht unterschätzt werden darf. Die Veränderungen des wirtschaftlichen und finanziellen Umfeldes hatten bereits eine Vermehrung der grossen Anwaltskanzleien nach angelsächsischem Vorbild zur Folge, was in zahlreichen Ländern der EU zu einer grundlegenden Umwälzung der traditionellen Voraussetzungen für die Berufsausübung geführt hat. Der Richtlinienentwurf trägt diesen Veränderungen Rechnung und versucht, einen Rahmen für die neuen Formen der Berufsausübung zu schaffen.

Im einzelnen ermöglicht der von der Europäischen Kommission vorgelegte Richtlinienentwurf allen Anwältinnen und Anwälten, während fünf Jahren unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung in jedem anderen Mitgliedstaat die gleichen beruflichen Tätigkeiten auszuüben wie die Anwältinnen und Anwälte, die mit der Berufsbezeichnung des Aufnahmestaates praktizieren. Voraussetzung für die Berufsausübung unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung ist, dass die zuwandernden Anwältinnen und Anwälte sich bei der zuständigen Stelle des Aufnahmestaates registrieren lassen. Neben den Berufs- und Standesregeln des Herkunftsstaates haben die zuwandernden Anwältinnen und Anwälte für die dort ausgeübten Tätigkeiten auch die Berufs- und Standesregeln des Aufnahmestaates zu beachten. Nach fünf Jahren haben die Anwältinnen und Anwälte entweder ihre Tätigkeit im Aufnahmestaat einzustellen oder ihre Eingliederung in den Berufsstand im Aufnahmestaat zu beantragen, indem sie die in der Richtlinie 89/48/EWG vorgesehene Eignungsprüfung absolvieren oder den Nachweis erbringen, dass sie während mindestens drei Jahren effektiv und ständig im Recht des Aufnahmestaates tätig gewesen sind. Schliesslich würde die Richtlinie die Ausübung des Anwaltsberufs in einer Gruppe ermöglichen. Sie sieht verschiedene Formen der gemeinsamen Berufsausübung vor und gewährleistet den Grundsatz der Unabhängigkeit der im Rahmen einer Gruppe tätigen Anwältinnen und Anwälte.

Das Europäische Parlament hat den Richtlinienentwurf im Rahmen des Mitentscheidungsverfahrens in einer ersten Lesung geprüft und am 19. Juni 1996 einen gesetzgeberischen Beschluss gefasst: Es sprach sich zugunsten des Richtlinienentwurfs aus, behielt sich aber eine Reihe von Änderungen vor, wie beispielsweise den Ver-

⁴⁵ KOM(94)572 endg., ABl. Nr. C 128 vom 24.5.1995, S. 6; ABl. Nr. C 198 vom 8.7.1996, S. 85.

zucht auf die Eignungsprüfung zugunsten einer objektiven Beurteilung und die Aufhebung der zeitlichen Beschränkung von fünf Jahren für die Berufsausübung unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung unter Anwendung des oben erwähnten Urteils Gebhard, das bestätigt, dass die Berufsausübung unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung dem EWG-Vertrag nicht widerspricht. Die Europäische Kommission hat die wichtigsten Verbesserungswünsche des Europäischen Parlaments (ständige Berufsausübung unter der Herkunftsbezeichnung, Ersatz der Eignungsprüfung durch ein Verfahren zur Nachprüfung der Berufserfahrung) akzeptiert und dem Europäischen Parlament am 24. September 1996 einen geänderten Richtlinienentwurf vorgelegt⁴⁶. Die definitive Annahme dieser Richtlinie wird nicht vor Mitte 1997 erfolgen.

Wenn diese Richtlinie von der EG beschlossen wird, besteht die Möglichkeit, dass die EG und die Schweiz über ihren Einbezug in das bilaterale Abkommen über eine gegenseitige Liberalisierung des Personenverkehrs diskutieren. Über dieses Abkommen wird zur Zeit noch verhandelt.

15 Rechtsvergleich

151 Deutschland

151.1 Freizügigkeit der deutschen Anwältinnen und Anwälte

Der Rechtsanwaltsberuf wird in Deutschland von der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) vom 1. August 1959 und dem Deutschen Richtergesetz (DRiG) vom 19. April 1972 geregelt. Diese beiden Erlasse enthalten auch Bestimmungen über die Freizügigkeit. § 5 BRAO sieht vor, dass die Anwältinnen und Anwälte, die in einem deutschen Land die Befähigung zum Richteramt nach dem DRiG erlangt haben, auch in den anderen Ländern die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft beantragen können. Das DRiG legt die fachlichen Voraussetzungen zur Erlangung der Befähigung zum Richteramt fest. Es bestimmt insbesondere die Dauer und den Inhalt des Studiums, den Ablauf des Vorbereitungsdienstes (obligatorisches Praktikum) und den Verlauf der Prüfungen. Mit dem Nachweis der fachlichen Voraussetzungen kann Antrag auf Zulassung zur Rechtsanwaltschaft gestellt werden. Die Zulassung darf nur verweigert werden, wenn ein Versagungsgrund nach § 7 BRAO besteht. Die Versagungsgründe sind persönliche Eigenschaften, die für eine Zulassung nicht vorliegen dürfen. Sie entsprechen grundsätzlich den persönlichen Voraussetzungen im Anwaltsgesetz.

Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte müssen bei einem bestimmten Gericht zugelassen sein. Sie dürfen nur vor demjenigen Gericht auftreten, bei dem sie örtlich zugelassen sind. Dieses sogenannte Lokalisationsprinzip gilt noch bis zum Jahre 2000. Das Verfahren für die Zulassung bei einem Gericht wird in den §§ 18-36 BRAO geregelt. Jedes Gericht führt eine Liste mit den bei ihm zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten (§ 31 BRAO).

⁴⁶ ABl. Nr. C 355 vom 25.11.1996, S. 19.

151.2 Erbringung von Dienstleistungen durch Anwältinnen und Anwälte aus den EU- und EWR-Staaten

Das Rechtsanwaltsdienstleistungsgesetz (RADG)⁴⁷ regelt die Stellung der Anwältinnen und Anwälte, die Staatsangehörige eines EU- oder EWR-Staates sind. Sie können grundsätzlich sämtliche Anwaltstätigkeiten auf allen Rechtsgebieten, einschliesslich des deutschen Rechts, ausüben.

151.3 Niederlassung der Anwältinnen und Anwälte aus den EU- und EWR-Staaten

Anwältinnen und Anwälte, die Staatsangehörige eines EU- oder EWR-Staates sind, können unter einer der anwaltlichen Berufsbezeichnungen der EU-/EWR-Staaten (§ 1 RADG) Rechtsberatung und Parteivertretung auf dem Gebiet des ausländischen und des internationalen Rechts vornehmen, wenn sie in die für den Ort ihrer Niederlassung zuständige Rechtsanwaltskammer aufgenommen worden sind und binnen dreier Monate nach ihrer Aufnahme eine Anwaltskanzlei eingerichtet haben (§§ 206 Absatz 1 und 207 BRAO).

Das Gesetz vom 6. Juli 1990 und die Verordnung vom 18. Dezember 1990 über die Eignungsprüfung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft regeln die Anforderungen für die Eignungsprüfung für Staatsangehörige eines EU- oder EWR-Staates, die bereits über ein Diplom im Sinne der Richtlinie 89/48/EWG verfügen. Bestehen diese die Eignungsprüfung, sind sie den deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gleichgestellt und können auch in deutschem Recht tätig sein. Sie müssen sich aber nicht notwendigerweise in Deutschland niederlassen. Sie können sich darauf beschränken, in ihrem Herkunftsstaat den Titel "Rechtsanwalt" zu tragen.

151.4 Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der Welthandelsorganisation (WTO)

Üben Anwältinnen und Anwälte aus einem Mitgliedstaat der WTO einen dem Rechtsanwalt nach BRAO entsprechenden Beruf aus, haben sie in Deutschland die Befugnis zur Rechtsberatung im Recht des Herkunftsstaates und des Völkerrechts (unter Ausschluss des EG-Rechts). Sie müssen jedoch in die örtliche Rechtsanwaltskammer aufgenommen werden und binnen dreier Monate nach ihrer Aufnahme eine Anwaltskanzlei einrichten (§§ 206 Absatz 2 und 207 BRAO).

151.5 Andere Anwältinnen und Anwälte

Anwältinnen und Anwälten, die Angehörige anderer Staaten sind, können nur im Recht ihres Herkunftsstaates tätig sein, vorausgesetzt, sie üben einen dem Rechtsanwalt nach BRAO entsprechenden Beruf aus und die Gegenseitigkeit mit dem Herkunftsstaat ist gewährleistet. Eine Verordnung wird die Staaten und Berufe festlegen,

⁴⁷ Gesetz vom 16. August 1980 zur Durchführung der Richtlinie 77/249/EWG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte.

die das Gegenseitigkeitserfordernis erfüllen. Die Anwältinnen und Anwälte müssen in die örtliche Rechtsanwaltskammer aufgenommen werden und binnen dreier Monate nach Aufnahme eine Anwaltskanzlei einrichten (§§ 206 III und 207 BRAO).

152 Frankreich

152.1 Freizügigkeit der französischen Anwältinnen und Anwälte

Der wichtigste Erlass unter den zahlreichen Gesetzen, Verordnungen und Dekreten über den Anwaltsberuf ist das Gesetz Nr. 71-1130 vom 31. Dezember 1971⁴⁸, welches durch das Gesetz Nr. 90-1259 vom 31. Dezember 1990⁴⁹ geändert worden ist und eine Reform gewisser Gerichts- und Rechtsberufe mit sich gebracht hat.

Artikel 3^{bis} des Gesetzes Nr. 71-1130 erlaubt Anwältinnen und Anwälten, sich für die Ausübung ihres Berufs frei niederzulassen. Anwältinnen und Anwälte, welche die gesetzlichen Vorschriften erfüllen, können grundsätzlich auf dem gesamten Gebiet Frankreichs tätig sein. Das französische Gesetz unterscheidet zwischen persönlichen und fachlichen Voraussetzungen, auch wenn es dies nicht ausdrücklich festhält. Die Artikel 8-1 und 8-2 des Gesetzes Nr. 71-1130 und die Artikel 165-169 des Dekrets Nr. 91-1197 vom 27. November 1991 über die Organisation des Anwaltsberufs⁵⁰ legen die zusätzlichen Voraussetzungen für die Berufsausübung fest. Die Anwältinnen und Anwälte sind verpflichtet, ihr Geschäftsdomizil im Bereich des Obergerichts zu errichten, bei dem sie zugelassen sind. Sie können ausserhalb des Bereichs ihrer Anwaltskammer ein zweites Büro einrichten. Treten sie vor einem Gericht ausserhalb des Bereichs ihrer Anwaltskammer auf, sind sie verpflichtet, sich dem Präsidenten oder der Präsidentin, der Magistratsperson von der Staatsanwaltschaft und der Gegenanwältin oder dem Gegenanwalt vorzustellen.

152.2 Dienstleistungserbringung durch Anwältinnen und Anwälte aus den EU- und EWR-Staaten

Die Artikel 200-204 des Dekrets Nr. 91-1197 gelten für Anwältinnen und Anwälte aus einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR, die dauernd in einem dieser Staaten ausserhalb Frankreichs niedergelassen sind und die ihren Beruf gelegentlich in Frankreich ausüben. Sie können unter den gleichen Bedingungen wie die bei einer französischen Anwaltskammer eingetragenen Anwältinnen und Anwälte Parteien vor Gericht oder öffentlichen Behörden vertreten oder verteidigen. Ist die Vertretung vor einem Obergericht in Zivilsachen obligatorisch, müssen die Anwältinnen und Anwälte ein Domizil bei einer Anwältin oder einem Anwalt wählen, die oder der beim zuständigen Gericht zugelassen ist und der oder dem die Verfahrensakten rechtsgültig eröffnet werden können. Vor dem Appellationsgericht müssen sie zusammen mit einer Anwältin oder einem Anwalt dieses Appellationsgerichts oder einer zur Vertretung von Parteien vor diesem Appellationsgericht befähigten Person handeln.

⁴⁸ Journal officiel vom 5. Januar 1972.

⁴⁹ Journal officiel vom 5. Januar 1991.

⁵⁰ Journal officiel vom 28. November 1991.

Die Anwältinnen und Anwälte aus den EU- und EWR-Staaten haben die französischen Berufsregeln zu beachten. Für die Ausübung von Tätigkeiten ausserhalb des oben erwähnten Bereichs gelten für sie die Berufsregeln desjenigen Staates, in dem sie niedergelassen sind.

152.3 Eintragung der Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU und des EWR bei der Anwaltskammer

Artikel 11 des Gesetzes Nr. 71-1130 über die Reform gewisser Gerichts- und Rechtsberufe umschreibt die Voraussetzungen für die Zulassung zum Anwaltsberuf. Artikel 99 des Dekrets Nr. 91-1197 über die Organisation des Anwaltsberufs präzisiert die besonderen Voraussetzungen für die Eintragung der Anwältinnen und Anwälte aus EU-Staaten bei einer Anwaltskammer. Die Kandidatinnen und Kandidaten müssen eine Fähigkeitsprüfung bestehen, deren Umfang entsprechend ihrer Ausbildung und praktischen Erfahrung variiert. Der nationale Rat der Anwaltskammern bestimmt die Gegenstände, zu denen die Kandidatinnen und Kandidaten befragt werden sollen, von Fall zu Fall. Diese Vorschriften gelten aufgrund des EWR-Abkommens auch für Anwältinnen und Anwälte aus den EWR-Staaten.

152.4 Anwältinnen und Anwälten aus Staaten, die nicht Mitglied der EU oder des EWR sind

Personen, die einen Anwaltstitel in einem Staat erworben haben, welcher nicht zur EU oder zum EWR gehört, können - neben den Möglichkeiten, die ihnen im Rahmen des GATS offenstehen - unter bestimmten Voraussetzungen eine Prüfung vor einer Jury ablegen, um das Recht auf Eintragung bei einer französischen Anwaltskammer zu erwerben. Artikel 11 des Gesetzes Nr. 71-1130 verlangt als Voraussetzung die Gegenseitigkeit. Artikel 93 desselben Gesetzes fordert den Erwerb eines Fähigkeitsausweises oder das Bestehen einer Prüfung über die Fachkenntnisse. Eine Verordnung vom 7. Januar 1993⁵¹ regelt das Programm und die Modalitäten der Prüfung.

153 Italien

153.1 Allgemeines

In Italien wird zwischen "procuratore legale" und "avvocato" unterschieden. Diese Berufe sind im regio decreto-legge vom 27. November 1933, Nr. 1578 (legge professionale forense) und im regio decreto vom 22. Januar 1934, Nr. 37 geregelt.

Ein procuratore legale muss gewisse Anforderungen in Bezug auf seine theoretischen und praktischen Kenntnisse erfüllen (Lizentiat, Praktikum, Staatsexamen). Zudem hat er sich in einem Berufsregister (albo professionale) eintragen zu lassen. Der procuratore legale ist für die Vertretung von Parteien vor Gericht und für die aussergerichtliche Rechtsberatung zuständig.

⁵¹ Journal officiel vom 29. Januar 1993.

Wer den Beruf des avvocato ausüben will, muss die Ausbildung eines procuratore legale absolvieren. Nach zweijähriger Berufsausübung kann der procuratore legale das Staatsexamen für avvocati ablegen. Nach sechsjähriger Tätigkeit wird er auch ohne Staatsexamen direkt ins Register der avvocati eingetragen. Der avvocato übernimmt in einem Prozess nicht die Parteivertretung, sondern besorgt die "difesa tecnica", die eigentliche Planung des Prozesses. In der Praxis wird diese Unterscheidung dadurch abgeschwächt, dass jeder avvocato auch im Register der procuratori legali eingetragen sein muss und deshalb auch Parteivertretungen übernehmen kann.

Vor höheren Gerichtsinstanzen (Corte di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti usw.) sind nur avvocati zugelassen, die in einem Spezialregister (albo speciale delle giurisdizioni superiori) eingetragen sind. Dieser Eintrag ist ohne Prüfung nach achtjähriger Berufsausübung oder mit Prüfung nach mindestens zweijähriger Berufsausübung möglich.

153.2 Freizügigkeit der italienischen Anwältinnen und Anwälte

Der procuratore legale darf seinen Beruf nur in dem Appellationsgerichtsbezirk ausüben, in dem er eingetragen ist. Er ist verpflichtet, Wohnsitz in diesem Bezirk und zwar am Hauptort dieses Bezirks zu nehmen. Der avvocato hingegen kann seinen Beruf in ganz Italien ausüben. Handelt er jedoch als procuratore legale, vertritt er also Parteien vor Gericht, ist er denselben Beschränkungen unterworfen wie der procuratore legale und muss folglich einen procuratore legale des betreffenden Bezirks beiziehen.

153.3 Dienstleistungserbringung durch Anwältinnen und Anwälte aus den EU- und EWR-Staaten

Das Gesetz Nr. 31 vom 9. Februar 1982 regelt die Stellung der Anwältinnen und Anwälte aus den EU-Staaten. Haben diese ihr Diplom in einem EU-Staat erworben, dürfen sie ohne weitere Bewilligung in Italien arbeiten, vorausgesetzt, sie arbeiten dort nur vorübergehend. Artikel 2 des Gesetzes Nr. 31 verbietet Anwältinnen und Anwälten aus anderen EU-Staaten - und aufgrund des EWR-Abkommens auch denjenigen aus den EWR-Staaten - ausdrücklich, in Italien ein Anwaltsbüro oder auch nur eine zweite Kanzlei einzurichten. Diese Bestimmung muss jedoch in Zusammenhang mit dem EuGH-Urteil vom 30. November 1995 in Sachen Reinhard Gebhard gegen Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (vgl. Ziff. 142) relativiert werden. Im Rahmen von Dienstleistungen dürfen diese Anwältinnen und Anwälte gerichtlich und aussergerichtlich wie ein avvocato tätig sein. Für eine gerichtliche Tätigkeit müssen sie allerdings einen avvocato oder einen procuratore legale beiziehen. Zusätzlich müssen sie der Präsidentin oder dem Präsidenten der Anwaltskammer des Bezirks, in dem sie gerichtlich tätig sein wollen, den Sitz ihrer Anwaltskanzlei und den Namen ihrer italienischen Anwaltskollegin oder ihres italienischen Anwaltskollegen mitteilen.

153.4 Niederlassung der Anwältinnen und Anwälte aus den EU- und EWR-Staaten

Das Gesetz Nr. 115 vom 27. Januar 1992 regelt die Voraussetzungen für Anwältinnen und Anwälte aus EU-Staaten, die ins Register der avvocati und procuratori legali eingetragen werden wollen. Sie haben ein Diplom vorzuweisen, das gewissen Anforderungen zu genügen hat. Zudem haben sie eine Fähigkeitsprüfung zu bestehen. Mit der Registereintragung sind sie den avvocati und procuratori legali gleichgestellt. Auch wenn das Gesetz vom 27. Januar 1992 Anwältinnen und Anwälte aus den EWR-Staaten nicht ausdrücklich erwähnt, können sich diese aufgrund des EWR-Abkommens ebenfalls auf dieses Gesetz berufen.

153.5 Anwältinnen und Anwälte aus anderen Staaten

Unter Vorbehalt des GATS gibt es in Italien keine Regelung über die Anwaltstätigkeit von Angehörigen aus Staaten, die nicht zur EU oder zum EWR gehören. Aufgrund des bestehenden Rechts sind sie grundsätzlich von der Vertretung von Parteien vor Gericht ausgeschlossen. Sie dürfen aber Rechtsberatung vornehmen, soweit diese nicht den italienischen avvocati und procuratori legali vorbehalten ist. Anwältinnen und Anwälte aus Staaten, die nicht zur EU oder zum EWR gehören, dürfen in Italien keine Anwaltskanzlei (weder Hauptsitz noch Zweitsitz) einrichten.

16 Vorarbeiten für das Anwaltsgesetz

Am 7. November 1994 verschickte das Bundesamt für Justiz einen Fragebogen an die Justizdepartemente der Kantone, an die kantonalen Gerichte und an die juristischen Fakultäten der Universitäten. Mit diesem Fragebogen wurde erstens bezweckt, einen Überblick über die kantonalen Regelungen für die Erlangung des Anwaltspatentes und die Berufsausübung zu erhalten; zweitens sollte in Erfahrung gebracht werden, wie sich die Adressaten des Fragebogens zu den Vorschlägen des SAV für ein Anwaltsgesetz im einzelnen stellen.

Der Fragebogen war in zwei Hauptteile gegliedert. Im ersten Teil ging es um die Beurteilung der vom SAV in seiner Swisslex-Skizze vorgeschlagenen Massnahmen. Der zweite Teil des Fragebogens betraf die Voraussetzungen für die Zulassung zum Anwaltsberuf von Ausländerinnen und Ausländern und von Inhaberinnen und Inhabern ausländischer Anwaltspatente. Ein weiterer Teil befasste sich mit den Auswirkungen des GATS.

Der Fragebogen wurde von den Justizdepartementen von dreiundzwanzig Kantonen beantwortet (AG, BE, BL, BS, FR, GE, GL, GR, JU, LU, NE, NW, OW, SH, SO, SG, SZ, TG, TI, UR, VD, VS, ZH). Im allgemeinen sprachen sie sich für ein Bundesrahmengesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte aus und anerkannten den Harmonisierungsbedarf in diesem Bereich. Insbesondere die Aufhebung des Berufsausübungsbewilligungsverfahrens für Anwältinnen und Anwälte aus anderen Kantonen wurde von sämtlichen Justizdepartementen begrüsst. Die einzelnen Regelungsvorschläge wurden jedoch unterschiedlich beurteilt.

Die neunzehn kantonalen Gerichte, von denen der Fragebogen beantwortet wurde (AR, BE, BL, BS, FR, GR, LU, NE, NW, OW, SH, SO, SG, TG, TI, UR, VD, ZH, ZG), stimmten einer bundesrechtlichen Harmonisierung im Bereich des Anwaltsberufs

grundsätzlich ebenfalls zu. Auch sie sprachen sich, mit Ausnahme des Kantonsgerichts von Freiburg, für die Aufhebung des Bewilligungsverfahrens aus.

Schliesslich wurde der Vorschlag, die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte zu verwirklichen, auch von den Universitäten Bern, Neuenburg, Genf, Lausanne und Zürich begrüsst. Die Universität von Lausanne zog jedoch die Verfassungsmässigkeit der vorgeschlagenen Massnahmen in Zweifel, da diese über Artikel 33 Absatz 2 BV, die einzige Grundlage für die Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufe, hinausgehen würde. Die Universität von Bern warf die Frage auf, ob ein Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte mit der Annahme des Binnenmarktgesetzes (vgl. Ziff. 122) überhaupt noch nötig sei.

Das Bundesamt für Justiz hat daraufhin zwei Varianten für ein Bundesgesetz geprüft. Die erste Variante sah die Schaffung eines zentralen Anwaltsregisters auf Bundesebene vor, während die zweite sich darauf beschränkte, die kantonalen Register auszubauen und zu harmonisieren. Es wurde schliesslich aus verschiedenen Gründen an der zweiten Variante festgehalten. Ein Bundesregister würde sich allenfalls rechtfertigen, wenn der Anwaltsberuf umfassend auf Bundesebene geregelt würde. Solange die Kantone für die Erteilung der Anwaltspatente zuständig sind und die Disziplinaraufsicht ausüben, müssen die kantonalen Register unabhängig von einem zentralen Register weitergeführt werden. Ein Bundesregister wäre demnach nur ein Doppel der kantonalen Register. Zudem kann die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte auch ohne die Schaffung eines Bundesregisters garantiert werden. Der Informationsaustausch unter den Kantonen kann ebenso wirksam mit der Harmonisierung und dem Ausbau der kantonalen Register gewährleistet werden. Schliesslich hat der Rückgriff auf bestehende Register weniger Kosten und administrativen Aufwand zur Folge als die Schaffung eines zusätzlichen Instruments. Die doppelte Führung von Registern auf verschiedenen Ebenen wäre darüber hinaus einmalig in Europa. Das Modell eines Ausbaus der kantonalen Register trägt auch dem Grundsatz der Subsidiarität mehr Rechnung und führt zu einer weniger weitgehenden Intervention des Bundes.

Der SAV hat mit einer Ad hoc-Kommission an der Ausarbeitung des Gesetzesentwurfs mitgewirkt. Diese hat die Redaktionsarbeiten am Vorentwurf intensiv begleitet. Es war unerlässlich, die mit dem Gesetz direkt Angesprochenen frühzeitig in die Vorarbeiten einzubeziehen, umso mehr, als der SAV die beiden Gesetzesentwürfe "Eurolex" und "Swisslex" erarbeitet hatte. Die Konferenz der kantonalen Anwaltsverbände hat sich ebenfalls zweimal mit dem Projekt befasst.

Schliesslich sind auch Vertreter der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren vor der Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens angehört worden.

2 Besonderer Teil

21 Das Konzept des Gesetzes

Das Anwaltsgesetz soll die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte in der Schweiz gewährleisten und gewisse Grundsätze und Mindestanforderungen für die Ausübung des Anwaltsberufs festlegen. Das allgemeine Konzept des Gesetzes geht von den Umstrukturierungen aus, die für die Verwirklichung des Grundsatzes der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte und die Aufhebung der kantonalen Bewilligungsverfahren für die Berufsausübung notwendig sind. Damit die in einem kantonalen Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte ohne vorgängige Kontrolle durch die andern kantonalen Behörden ihren Beruf auf dem ganzen Gebiet der Schweiz frei ausüben können, müssen gewisse Punkte auf Bundesebene harmonisiert werden:

- die Mindestanforderungen für die Anerkennung von Anwaltspatenten im Zusammenhang mit der Freizügigkeit;
- die kantonalen Anwaltsregister;
- die Berufsregeln;
- die Disziplinaraufsicht;
- die Honorare;
- der Schutz der Berufsbezeichnung.

Da kein eidgenössisches Anwaltspatent vorgesehen ist, müssen die kantonalen Strukturen für die Disziplinaraufsicht beibehalten und harmonisiert werden. Das Anwaltsgesetz geht von kantonalen Aufsichtsbehörden aus. Anstelle des Systems mit den Berufsausübungsbewilligungen sieht das Anwaltsgesetz einen Ausbau der kantonalen Anwaltsregister vor sowie den Austausch von Informationen über die im Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte. Diese Register werden von den Behörden geführt, die mit der Disziplinaraufsicht betraut sind.

Das Anwaltsgesetz bietet ausserdem, im Falle eines Abschlusses der Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EG über die Liberalisierung des Personenverkehrs, den geeigneten Rahmen für die Verwirklichung der europaweiten Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte.

22 Bemerkungen zur Terminologie

Die Begriffe "Fähigkeitsausweis", "Patent" und "Berufsausübungsbewilligung" können in den kantonalen Gesetzgebungen verschiedene Bedeutungen haben. Es muss deshalb präzisiert werden, welchen Sinn sie im vorliegenden Gesetz haben. Die folgenden Definitionen sind von der Lehre⁵² und der grossen Mehrheit der Kantone entwickelt worden.

Unter "Fähigkeitsausweis", dem in Artikel 33 BV verwendeten Begriff, wird der Ausweis verstanden, mit dem das theoretische und praktische Fachwissen (Ausbildungsanforderungen im Sinne des BGBM) bestätigt wird. Das "Patent" dagegen wird nach Prüfung der fachlichen Kenntnisse und gewisser persönlicher Voraussetzungen

⁵² Vgl. Wolffers, S. 63; vgl. auch Rothenbühler, S. 59.

(Zahlungsfähigkeit usw.) erteilt. Der Begriff "Berufsausübungsbewilligung" schliesslich bezeichnet die Ermächtigung einer Anwältin oder eines Anwalts, in einem anderen Kanton als dem, in welchem sie oder er das Anwaltspatent erhalten hat, Parteien vor Gericht vertreten zu dürfen⁵³.

23 Kommentar zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen

231 Gegenstand und Geltungsbereich

231.1 Gegenstand (Art. 1)

Die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte wird heute in Artikel 5 UeB BV und, im Grundsatz, im Binnenmarktgesetz gewährleistet. Nun soll das Anwaltsgesetz diese Freizügigkeit für Anwältinnen und Anwälte, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, in der ganzen Schweiz garantieren (Art. 1 in Verbindung mit Art. 3). Es legt zudem einige Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz fest.

Das Anwaltsgesetz will die kantonalen Anwaltsgesetzgebungen nicht ersetzen. Diese bleiben weiterhin notwendig. Mit dem neuen Gesetz sollen gewisse Punkte harmonisiert werden, weil die bis heute im Zeitpunkt der Ausstellung der Berufsausübungsbewilligungen durch die Kantone ausgeübte Kontrolle der Anwältinnen und Anwälte wegfällt.

231.2 Persönlicher Geltungsbereich (Art. 2)

Das Anwaltsgesetz gilt nur für Personen, die über ein Anwaltspatent verfügen und im Rahmen des vom kantonalen Recht definierten Monopols tatsächlich Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten⁵⁴. Es handelt sich um Anwältinnen und Anwälte, die unabhängig arbeiten (zum Begriff der Unabhängigkeit vgl. Ziff. 233.21). Der persönliche Geltungsbereich des Gesetzes umfasst folglich nicht alle Personen mit einem Anwaltspatent. In zahlreichen Fällen üben Anwältinnen und Anwälte eine Tätigkeit als Richter oder Gerichtsschreiber aus, arbeiten in Verwaltungen oder sind Angestellte von Banken, Treuhandgesellschaften usw.; diese werden sich demnach nicht ins Register eintragen lassen und nicht der Kontrolle der Aufsichtsbehörde unterstehen. Dieses Gesetz findet auch keine Anwendung für Anwältinnen und Anwälte, die keine Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, sondern nur rechtsberatend tätig sein wollen, und die sich nicht in einem kantonalen Anwaltsregister eintragen lassen.

Die Kompetenz zur Festlegung des Tätigkeitsbereichs vor den kantonalen Gerichtsbehörden, der zum "Anwaltsmonopol" gehört, liegt nach wie vor bei den Kantonen.

⁵³ Einige Kantone erteilen diese Berufsausübungsbewilligung in Form des eigentlichen kantonalen Patents (vgl. beispielsweise Art. 36 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 24. September 1978 des Kantons Graubünden).

⁵⁴ Der Kanton Solothurn kennt kein Monopol für die Parteienvertretung vor Gericht. Personen, die über ein Anwaltspatent verfügen und im Kanton Solothurn Parteien vertreten, werden sich ebenfalls im kantonalen Register eintragen müssen, wenn sie von der interkantonalen Freizügigkeit profitieren wollen.

Ermächtigen gewisse Kantone Anwältinnen und Anwälte, die beispielsweise von Banken, Treuhandgesellschaften oder Rechtsschutzversicherungen angestellt sind, zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden, sind diese Anwältinnen und Anwälte dem vorliegenden Gesetz unterstellt und müssen sich in ein kantonales Register eintragen lassen⁵⁵. In diesem Fall unterstehen sie den Berufsregeln und der Kontrolle durch die kantonalen Aufsichtsbehörden.

Das Gesetz kann auch für Personen gelten, die kein schweizerisches Bürgerrecht besitzen, da ein kantonales Anwaltspatent auch Ausländerinnen und Ausländern erteilt werden kann. Vor einigen Jahren hielt das Bundesgericht kantonale Gesetzgebungen, die das Recht zur Ausübung des Anwaltsberufs nur Schweizer Bürgerinnen und Bürger vorbehielten, noch für verfassungsmässig. Im Jahre 1993 fand jedoch eine Umkehr der Rechtsprechung statt⁵⁶. Nach der neuen Auffassung des Bundesgerichts liegt es zwar im öffentlichen Interesse, dass Anwältinnen und Anwälte mit den politischen und gesellschaftlichen Verhältnissen des Landes vertraut sind. Es geht aber davon aus, Ausländerinnen und Ausländer müssten zum Nachweis zugelassen werden, dass sie die Schweiz wie Schweizer Bürgerinnen und Bürger kennen und ihnen die politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse des Landes ebenso vertraut sind. Das Festhalten am Erfordernis des Schweizerbürgerrechts sei mit der in Artikel 31 BV garantierten Handels- und Gewerbefreiheit nicht vereinbar. Im Rahmen dieser Rechtsprechung bleiben die Kantone frei, die übrigen Voraussetzungen zu bestimmen, die für die Erteilung des Anwaltspatents erfüllt sein müssen.

Anwältinnen und Anwälte, die ihr Anwaltspatent im Ausland erworben haben und die in einem Kanton von der zuständigen Behörde zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zugelassen worden sind, können sich nicht in ein kantonales Register eintragen lassen - auch wenn sie das Schweizer Bürgerrecht besitzen (Art. 6 BGFA). Bereits heute können sich Personen, die ihr Anwaltspatent von einer ausländischen Behörde erhalten haben, nicht auf Artikel 5 UeB BV berufen⁵⁷. Sie unterstehen jedoch den Vorschriften des Anwaltsgesetzes über die Berufsregeln, die Disziplinaufsicht und die Honorare, da sie in einem Schweizer Kanton Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten. Dasselbe gilt für Anwältinnen und Anwälte, die ihr Patent in einem Kanton erhalten haben, der nach der Anpassungsfrist in Artikel 23 weiterhin Anwaltspatente erteilt, die den Anforderungen in Artikel 6 Absatz 1 BGFA nicht genügen.

232 Freizügigkeit und kantonales Anwaltsregister

232.1 Grundsatz der Freizügigkeit (Art. 3)

⁵⁵ Vgl. beispielsweise im Kanton Zürich: Die Zürcher Aufsichtsbehörde verlangt, dass angestellte Anwältinnen und Anwälte einem Arbeitsvertrag unterstellt sind, der eine Reihe von Anforderungen zur Wahrung ihrer Unabhängigkeit enthält (die Standesregeln der Anwaltskammer müssen respektiert werden; die Treuepflicht gegenüber der Klientschaft hat Vorrang vor der Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber; der Arbeitgeber hat kein Recht, Abrechnungen von den Angestellten zu verlangen oder ihre Unterlagen zu prüfen usw.); vgl. auch Dreyer, S. 417.

⁵⁶ BGE 119 Ia 35 und Urteil des Bundesgerichts vom 27. April 1993 in der Rechtssache Tim Brockmann gegen den Staatsrat des Kantons Genf.

⁵⁷ Vgl. Bois, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 5 UeB, Rz. 5.

Artikel 3 garantiert Anwältinnen und Anwälten, die in einem kantonalen Register eingetragen sind, die Möglichkeit, in der Schweiz ohne Bewilligung Parteien vor Gerichtsbehörden zu vertreten. Die Kantone können von Anwältinnen und Anwälten, die bereits in einem kantonalen Register eingetragen sind, nicht mehr verlangen, dass sie andere fachliche oder persönliche Voraussetzungen erfüllen als diejenigen, die im Anwaltsgesetz vorgesehen sind. Diese Voraussetzungen werden bei der Eintragung ins kantonale Register geprüft. Sind Anwältinnen und Anwälte einmal eingetragen, können sie ohne weitere Formalitäten in der ganzen Schweiz Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten. Will eine Behörde im Zweifelsfall überprüfen, ob eine Person zur Ausübung des Anwaltsberufs zugelassen ist, kann sie sich darüber informieren, indem sie das Register des Kantons konsultiert, in welchem diese Person eingetragen ist (Art. 8 BGFA). Erhalten beispielsweise die Gerichtsbehörden des Kantons X eine Rechtsschrift eines Anwalts, der im Register des Kantons Y eingetragen ist, können sie sich bei der Aufsichtsbehörde des Kantons Y erkundigen, ob der Anwalt dort eingetragen ist und die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind. Die Gerichtsbehörden können sich auch vergewissern, ob der Anwalt nicht disziplinarisch bestraft worden ist. Die Kantone sind berechtigt, Anwältinnen und Anwälten, die nicht in einem kantonalen Register eingetragen sind, die Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zu verweigern.

232.2 Kantonales Anwaltsregister (Art. 4)

Aus den oben dargelegten Gründen (vgl. Ziff. 16) soll auf die Schaffung eines eidgenössischen Anwaltsregisters verzichtet werden; vielmehr sollen die kantonalen Register gesamtschweizerisch ausgebaut werden. Wegen der Aufhebung der Bewilligungsverfahren für die Berufsausübung werden die Kantone in Zukunft nicht mehr über Unterlagen verfügen, die nachweisen, dass Anwältinnen und Anwälte aus anderen Kantonen die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllen. Es ist jedoch unerlässlich, dass die in Artikel 8 festgelegten kantonalen Behörden nötigenfalls schnell überprüfen können, ob eine Anwältin oder ein Anwalt diese Voraussetzungen erfüllt. Der Aufbau des Anwaltsregisters soll deshalb in allen Kantonen identisch sein.

Jeder Kanton hat ein Register mit denjenigen Anwältinnen und Anwälten zu führen, die Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten, auf dem Kantonsgebiet eine Geschäftsadresse haben und die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen nach den Artikeln 6 und 7 erfüllen. Anwältinnen und Anwälte, die gelegentlich oder regelmässig in einem Kanton gerichtlich tätig sind, dort aber kein Anwaltsbüro haben, müssen nicht im Register eingetragen sein. Personen mit einem Anwaltspatent, die beruflich nicht unabhängig tätig sind - und die deshalb nicht zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zugelassen sind - werden ebenfalls nicht im Register aufgeführt und auch nicht der kantonalen Aufsichtsbehörde unterstellt. Lassen hingegen gewisse Kantone unter bestimmten Voraussetzungen angestellte Anwältinnen und Anwälte zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zu⁵⁸, müssen sich diese im Register eintragen lassen und unterstehen dann auch der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde.

⁵⁸ Vgl. oben, Fussnote 55.

Artikel 4 Absatz 2 BGFA präzisiert den Inhalt des Registers. Es handelt sich um gewisse persönliche Daten im Sinne von Artikel 3 Buchstabe a des Datenschutzgesetzes (DSG)⁵⁹: den Namen, den Vornamen, das Geburtsdatum, den Heimatort für Schweizer Anwältinnen und Anwälte oder die Staatsangehörigkeit für Anwältinnen und Anwälte, die das Schweizer Bürgerrecht nicht besitzen, eine Kopie des Anwaltspatentes, die Bescheinigungen, welche belegen, dass die Voraussetzungen nach Artikel 7 erfüllt sind, die Geschäftsadressen (verfügen die Anwältinnen und Anwälte auch in einem anderen Kanton über ein Anwaltsbüro, muss dieses ebenfalls angegeben werden) und schliesslich die nicht gelöschten Disziplinar massnahmen.

Nach Artikel 14 Absatz 3 wird die Aufsichtsbehörde des Kantons, in dessen Register eine Anwältin oder ein Anwalt eingetragen ist, über die in einem anderen Kanton ausgesprochenen Disziplinar massnahmen informiert und trägt diese, sobald sie in Kraft getreten sind, ins Register ein.

Schliesslich bestimmt Artikel 4 Absatz 3 BGFA, dass das Anwaltsregister von der Aufsichtsbehörde geführt wird. Damit sowohl die Aufsicht über die Anwältinnen und Anwälte als auch die Mitteilung von Informationen über sie möglichst einfach durchgeführt werden können, ist es wünschbar, dass eine einzige kantonale Behörde mit der Aufsicht und der Führung des Registers beauftragt ist.

232.3 Eintragung ins Register (Art. 5)

Anwältinnen und Anwälte, die Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten wollen, müssen sich ins Register eintragen lassen, sobald sie über eine Geschäftsadresse (Anwaltsbüro) in einem Kanton verfügen. Das Kriterium für die Eintragung in ein kantonales Register ist demnach die geographische Lage des Anwaltsbüros und nicht der Herkunftsort des Anwaltspatents. Eine Person, die im Kanton X ihr Anwaltspatent erworben hat und ein Anwaltsbüro im Kanton Y einrichtet, wird nur im Kanton Y eingetragen. Es wäre auch der Kanton Y, der ein allfälliges dauerndes Berufsausübungsverbot für die ganze Schweiz aussprechen könnte (Art. 16). Ist eine Anwältin oder ein Anwalt Mitglied einer grossen Anwaltskanzlei mit mehreren Büros, muss sie oder er sich nur in denjenigen Kantonen eintragen lassen, in denen sie oder er tatsächlich über ein Büro verfügt und nicht in allen Kantonen, in denen die Anwaltskanzlei eine Geschäftsadresse hat.

Das Gesetz sieht keine ausdrückliche Strafe vor für Anwältinnen und Anwälte, die sich in keinem Register eintragen lassen: Diese Anwältinnen und Anwälte würden sich selbst bestrafen, da ihnen die Möglichkeit verweigert würde, Parteien vor Gerichtsbehörden anderer Kantone zu vertreten. Es ist denkbar, wenn auch unwahrscheinlich, dass ein Kanton weiterhin Anwaltspatente erteilt, die den Anforderungen in den Artikeln 6 und 7 BGFA nicht genügen. Ein Kanton könnte Anwältinnen und Anwälte mit einem solchen Anwaltspatent zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zulassen, ohne dass diese das Recht auf Eintragung in ein Anwaltsregister hätten.

Nach Artikel 11 Buchstabe h haben die in einem Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte der registerführenden Behörde - der Aufsichtsbehörde - jede Änderung

⁵⁹ SR 235.1.

der sie betreffenden Daten im Register mitzuteilen (Adressänderung, Eröffnung oder Schliessung eines Anwaltsbüros in einem anderen Kanton usw.). Unterlassen sie diese Mitteilung, haben sie mit einer Disziplinar massnahme, die von der Aufsichtsbehörde ausgesprochen wird, zu rechnen.

Die Aufsichtsbehörde prüft, ob die Anwältinnen und Anwälte die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen (Art. 6 und 7 BGFA) erfüllen. Artikel 5 Absatz 3 präzisiert, dass die Verweigerung des Eintrags einer Anwältin oder eines Anwalts mit einer Verfügung mitgeteilt wird. Diese Verfügung kann Gegenstand einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht sein, da sie in Anwendung von Bundesrecht ergeht.

Schliesslich können Kantone, die bereits über Register oder Verzeichnisse mit den notwendigen Angaben über die Anwältinnen und Anwälte mit Geschäftsadresse auf ihrem Gebiet verfügen, darauf verzichten, von den bereits eingetragenen Anwältinnen und Anwälte nochmals Bescheinigungen im Sinne von Artikel 4 zu verlangen.

232.4 Fachliche Voraussetzungen (Art. 6)

Für die Freizügigkeit müssen zwei Arten von Voraussetzungen erfüllt sein: fachliche Voraussetzungen und persönliche Voraussetzungen. Das Anwaltsgesetz legt nur diejenigen Anforderungen fest, welche die Kantone für die Anerkennung der Anwaltspatente anderer Kantone höchstens verlangen können. Für den Erwerb ihres eigenen Anwaltspatents steht es den Kantonen hingegen frei, strengere Anforderungen aufzustellen, da die Ausbildung der Anwältinnen und Anwälte weiterhin in der Zuständigkeit der Kantone bleibt. Damit ein kantonales Anwaltspatent in anderen Kantonen anerkannt wird, muss es jedoch den Voraussetzungen nach Artikel 6 genügen: ein mindestens dreijähriges juristisches Studium, das an einer schweizerischen Hochschule mit einem Lizentiat oder einem gleichwertigen Diplom abgeschlossen wurde und ein mindestens einjähriges Praktikum in der Schweiz, das mit einem Examen über die theoretischen und praktischen juristischen Kenntnisse abgeschlossen wurde.

232.41 Juristisches Hochschulstudium (Art. 6 Abs. 1 Bst. a)

Heute schreiben die meisten Kantone keine Mindestdauer des Studiums vor, sondern verlangen einen Hochschulabschluss (Lizentiat der Rechte), um das für den Erhalt eines Anwaltspatents erforderliche Praktikum antreten zu können⁶⁰. Die Dauer der Ausbildung ist somit diejenige, die für die Erwerbung eines Lizentiats der Rechte an einer schweizerischen Hochschule erforderlich ist; sie ist in keinem Fall kürzer als drei Jahre und dauert oft sogar vier Jahre. Der Kanton Graubünden⁶¹ verlangt eine Studiendauer von mindestens drei Jahren, während der Kanton Schwyz eine ausreichende juristische Ausbildung verlangt, "wovon wenigstens vier Semester an

⁶⁰ AR, OW, SZ und TG verlangen hingegen kein Hochschuldiplom im formellen Sinn.

⁶¹ Art. 3 Ziff. 3 der Verordnung vom 1. Dezember 1955 über den Fähigkeitsausweis und die Berufsausübung der Anwälte.

schweizerischen Universitäten⁶². Der Kanton Waadt fordert neben dem Lizentiat der Rechte, dass die Anwältkandidatin oder der Anwältkandidat eine der drei folgenden Voraussetzungen erfüllt: Ermächtigung zur Verfassung einer Dissertation an einer schweizerischen oder ausländischen Rechtsfakultät, ein nach mindestens zwei Semestern abgeschlossenes juristisches Nachdiplomstudium an einer schweizerischen oder ausländischen Hochschule oder eine mindestens zweijährige anerkannte juristische Praxis⁶³. Die Voraussetzung einer juristischen Ausbildung von mindestens drei Jahren, die mit einem Hochschuldiplom abgeschlossen wird, sollte folglich in den meisten Kantonen keine praktischen Probleme bieten. Sie entspricht den Anforderungen der Richtlinie 89/48/EWG über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen (vgl. Ziff. 142).

232.42 Praktikum (Art. 6 Abs. 1 Bst. b)

In den deutschschweizerischen Kantonen beträgt die Mindestdauer des Praktikums in der Regel ein Jahr. Die Kantone Bern und Thurgau schreiben eine Dauer von 18 Monaten vor. Die welschen Kantone und der Kanton Tessin fordern hingegen eine Dauer von zwei Jahren. Ein einziger Kanton, nämlich Obwalden, begnügt sich mit einem sechsmonatigen Praktikum, auch wenn die Kandidatinnen und Kandidaten in der Praxis oft ein einjähriges Praktikum absolvieren. Das Anwaltsgesetz sieht deshalb ein mindestens einjähriges Praktikum vor. Folglich muss nur der Kanton Obwalden seine Gesetzgebung in diesem Punkt anpassen, damit sein Anwaltspatent den Anforderungen des Anwaltsgesetzes entspricht.

Die welschen Kantone und der Kanton Tessin sind der Auffassung, dass diese Praktikumsdauer zu kurz ist, während die deutschschweizerischen Kantone eine länger dauernde Hochschulausbildung vorziehen würden (vgl. Ziff. 16). In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass das Anwaltsgesetz nur die Anforderungen festlegt, die ein Kanton von den Anwältinnen und Anwälten, die ihr Patent in einem anderen Kanton erworben haben, höchstens verlangen kann. Bereits heute erteilen die welschen Kantone Anwältinnen und Anwälten aus Kantonen, in denen die Dauer des Praktikums nur ein Jahr beträgt, die Bewilligung zur Berufsausübung. Da die welschen Kantone und der Kanton Tessin zudem frei bleiben, für den Erwerb ihres eigenen Anwaltspatents eine längere Praktikumsdauer vorzuschreiben, brauchen die Anforderungen an das Praktikum für die interkantonale Anerkennung des Anwaltspatents nicht erhöht zu werden. Dies hätte zudem zur Folge, dass die Praktikumsdauer für die Mehrheit der Kantone verlängert würde. Dieselben Überlegungen können den deutschschweizerischen Kantonen, die eine längere Studiendauer als drei Jahre bevorzugen würden, entgegengehalten werden.

Das Praktikum, das in der Schweiz zu absolvieren ist, muss mit einem Examen über die theoretischen und praktischen Rechtskenntnisse abgeschlossen werden.

⁶² § 4 Bst. d des Reglements vom 28. Oktober 1952 für die Erteilung und den Entzug des Rechtsanwaltspatentes (GS des Kantons Schwyz 238).

⁶³ Art. 20 des waadtländischen Anwaltsgesetzes vom 22. November 1944.

232.43 Anerkennung eines Diploms einer italienischen Hochschule (Art. 6 Abs. 2)

Artikel 6 Absatz 2 BGFA bestimmt, dass Kantone, in denen Italienisch Amtssprache ist (Tessin und Graubünden), ausnahmsweise ein dem Lizentiat gleichwertiges Diplom einer italienischen Hochschule anerkennen können. Es ist in der Tat wünschbar, dass Personen mit italienischer Muttersprache ihre Ausbildung in ihrer Sprache absolvieren können. Dies ist in der Schweiz zur Zeit nicht möglich. Der Kanton Tessin lässt zum Anwaltspraktikum bereits heute Personen zu, die ihr juristisches Diplom in Italien erworben haben.

232.5 Persönliche Voraussetzungen (Art. 7)

Wie bei den fachlichen Voraussetzungen bleiben die Kantone grundsätzlich frei, eine Reihe von persönlichen Voraussetzungen für die Erteilung des Anwaltpatents zu verlangen. Im Zusammenhang mit der Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte und im Zeitpunkt der Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister sind jedoch einzig die persönlichen Voraussetzungen nach Artikel 7 des Anwaltsgesetzes massgebend. Diese entsprechen jedoch praktisch weitgehend den persönlichen Voraussetzungen, die von den Kantonen heute schon verlangt werden⁶⁴.

232.51 Handlungsfähigkeit (Art. 7 Bst. a)

Mehrere kantonale Gesetze schreiben ausdrücklich vor, dass die Anwältinnen und Anwälte handlungsfähig sein müssen. Die einhellige Lehre ist der Auffassung, dass das Erfordernis der Handlungsfähigkeit selbst dann gefordert werden kann, wenn es in der kantonalen Gesetzgebung nicht ausdrücklich erwähnt wird⁶⁵. Es wäre in der Tat unverständlich, dass eine Person eine andere vertreten könnte, wenn sie nicht einmal in der Lage wäre, ihre eigenen Angelegenheiten selbst zu besorgen. Da es theoretisch möglich ist, dass eine Anwältin oder ein Anwalt die übrigen persönlichen Voraussetzungen erfüllt, aber für handlungsunfähig erklärt worden ist, muss die Voraussetzung der Handlungsfähigkeit in das Gesetz aufgenommen werden. Die Handlungsfähigkeit muss jedoch nicht bewiesen werden, da sie vielmehr zu vermuten ist.

232.52 Keine strafrechtliche Verurteilung, wegen Handlungen, die das Ansehen des Berufsstandes beeinträchtigen, deren Eintrag im Strafregister nicht gelöscht ist (Art. 7 Bst. b)

Das Vertrauensverhältnis, das zwischen einer Anwältin oder einem Anwalt und der Klientschaft bestehen muss, kann gestört sein, wenn die Anwältin oder der Anwalt nicht vollumfänglich für Seriosität und Ehrenhaftigkeit bürgt. Nicht jede strafrechtliche Verurteilung ist hingegen geeignet, dieses Vertrauensverhältnis zu beeinträchtigen. Anwältinnen und Anwälte, die wegen Geschwindigkeitsüberschreitungen gebüsst

⁶⁴ Vgl. Rothenbühler, S. 60 f.

⁶⁵ Vgl. Wolffers, S. 67 und die dort zitierten Hinweise.

worden sind, kann das Recht zur Berufsausübung in einem Kanton nicht aus diesem Grund verweigert werden. Es können nur solche Verurteilungen Auswirkungen auf die Ausübung des Anwaltsberufs haben, die mit der Würde dieses Berufs nicht vereinbar sind (zum Beispiel Vermögensdelikte). Das Gesetz bestimmt zudem, dass ein gelöschter Strafregistereintrag einer Anwältin oder einem Anwalt nicht entgegeng gehalten werden kann.

232.53 Guter Leumund (Art. 7 Bst. c)

Es gibt keinen bundesrechtlichen Begriff des "guten Leumunds". Ein guter Leumund ist allerdings eine Bedingung, welche die meisten Kantone für die Ausübung des Anwaltsberufs verlangen⁶⁶. Das Bundesgericht erklärte, dass bei der Frage, ob eine Person mit Rücksicht auf ihren Leumund zu einem bestimmten Beruf zuzulassen ist, geprüft werden muss, ob die Lebensführung dieser Person mit einem Makel behaftet ist, der sie für die Ausübung des betreffenden Berufs ungeeignet erscheinen lässt. Diese Prüfung habe aufgrund des aus Artikel 4 BV abgeleiteten Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu erfolgen⁶⁷. Der gute Leumund muss somit im Hinblick auf die Natur der Anwaltstätigkeit beurteilt werden. Sind die vorgeworfenen Tatsachen strafrechtlich nicht relevant, muss aber grosse Zurückhaltung geübt werden. Das Bundesgericht ist beispielsweise der Auffassung, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den Behörden und einer Anwältin oder einem Anwalt beeinträchtigt ist, wenn die Anwältin oder der Anwalt nicht zögert, sich gewaltsam gegen die verfassungsmässige Ordnung zu stellen⁶⁸.

Erteilt ein Kanton kein "Leumundszeugnis" mehr - wie beispielsweise der Kanton Graubünden - ist das Vorhandensein des guten Leumunds zu vermuten, da die Anwältinnen und Anwälte, die sich ins Register eintragen lassen wollen, keine Möglichkeit mehr haben, mit einem Dokument nachzuweisen, dass sie diese Voraussetzung erfüllen.

232.54 Keine gegen sie bestehenden Verluſtscheine und kein Konkurs in den vergangenen zehn Jahren (Art. 7 Bst. d und e)

Die Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit der Anwältinnen und Anwälte findet sich ebenfalls in mehreren kantonalen Gesetzgebungen. Vertrauen Klientinnen und Klienten ihren Anwältinnen und Anwälten ihr Vermögen an, sollten diese selber zahlungsfähig sein. Anwältinnen und Anwälte sollten in finanzieller Hinsicht alle wünschbaren Garantien geben können. Artikel 26 Absatz 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs⁶⁹ sieht ausdrücklich vor, dass die fruchtlose Pfändung und die Konkursöffnung öffentlichrechtliche Folgen haben können, wie beispielsweise die Unfähigkeit, einen bewilligungspflichtigen Beruf oder bewilligungspflichtige Tätigkeiten auszuüben. Nach Artikel 7 Buchstabe d BGFA dürfen gegen Anwältinnen und Anwälte keine Verluſtscheine bestehen. Nach Artikel 7

⁶⁶ Vgl. Wolffers, S. 72 f.

⁶⁷ BGE **104** Ia 189.

⁶⁸ BGE **106** Ia 105.

⁶⁹ SR **281.1**; AS **1995** 1233.

Buchstabe e BGFA dürfen diese zudem in den vergangenen zehn Jahren nicht persönlichen Konkurs gemacht haben, auch wenn gegen sie (beispielsweise im Falle eines Nachlassvertrags) keine Verlustscheine ausgestellt worden sind.

232.6 Einsicht in das Register (Art. 8)

Nach Artikel 8 ist die Einsicht in das Anwaltsregister den eidgenössischen und kantonalen Behörden vorbehalten, vor denen eine Anwältin oder ein Anwalt auftritt (im Bundesrecht sind die Gemeindebehörden im Begriff "kantonale Behörden" miteingeschlossen). Eine Behörde kann folglich nicht grundlos Registereinsicht verlangen. Die Anwältin oder der Anwalt muss sich im Zusammenhang mit der Ausübung des Anwaltsberufs an diese Behörde gewendet haben. Handelt eine Anwältin oder ein Anwalt ausserhalb des Anwaltsberufs als Privatperson, hat die Behörde kein Recht auf Einsicht in das Register. Die kantonalen Aufsichtsbehörden hingegen können uneingeschränkt Registereinsicht verlangen (Art. 8 Bst. b BGFA).

Im Anwaltsgesetz muss vorgesehen werden, dass die betroffenen Personen - die Anwältinnen und Anwälte - in Bezug auf ihren Eintrag im Register Einsicht verlangen können (Art. 8 Bst. c BGFA, analog zu Art. 8 Abs. 1 DSG). Da die kantonalen Register nicht von Bundesstellen geführt werden, gilt das Datenschutzgesetz für die Behandlung der Daten in den kantonalen Register grundsätzlich nicht, es sei denn, die Kantone hätten noch keine Datenschutzbestimmungen erlassen. Nach Artikel 37 Datenschutzgesetz gelten nämlich für das Bearbeiten von Personendaten durch kantonale Organe beim Vollzug von Bundesrecht, soweit keine kantonalen Datenschutzvorschriften bestehen, die Artikel 1-11, 16-23 und 25 Absätze 1-3 Datenschutzgesetz. Gegenwärtig verfügen sechzehn Kantone⁷⁰ über eigene Datenschutzgesetze. Ein Kanton⁷¹ hat einige Mindestbestimmungen in sein Verwaltungsverfahrensgesetz aufgenommen. Vier Kantone⁷² haben hingegen nur Richtlinien erlassen und fünf Kantone⁷³ haben überhaupt keine Regelung. Nach Artikel 37 Datenschutzgesetz gilt in diesen neun Kantonen folglich derzeit⁷⁴ das Datenschutzgesetz.

Auch wenn der Inhalt des Registers nicht öffentlich ist, kann die Aufsichtsbehörde eine Liste mit den im Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte veröffentlichen. Mehrere Kantone veröffentlichen bereits heute auf unterschiedliche Arten Listen mit den Anwältinnen und Anwälten, die zur Berufsausübung zugelassen sind⁷⁵. Jede Person kann sich folglich bei der Aufsichtsbehörde vergewissern, dass eine Anwältin oder ein Anwalt, die oder der vorgibt, im Register eingetragen zu sein, es tatsächlich auch ist.

⁷⁰ BBI 1997 I 723.

⁷¹ St. Gallen.

⁷² Solothurn, Appenzell Ausserrhoden, Graubünden, Aargau.

⁷³ Obwalden, Nidwalden, Glarus, Zug, Appenzell Innerrhoden.

⁷⁴ In Nidwalden, Glarus, Zug, Solothurn und Graubünden wird ein Gesetz ausgearbeitet.

⁷⁵ Beispielsweise veröffentlicht der Kanton Neuenburg jedes Jahr im offiziellen Jahrbuch der Republik und des Kantons Neuenburg die Liste der offiziell beim rôle officiel du barreau eingetragenen Anwältinnen und Anwälte. Die Liste der Anwältinnen und Anwälte anderer Kantone, die zur Parteienvertretung zugelassen sind, können beim Kantonsgericht angefordert werden.

232.7 Berufsbezeichnung (Art. 9)

Während in der welschen Schweiz die Anwältinnen und Anwälte alle dieselbe Berufsbezeichnung tragen, findet man in der deutschen Schweiz je nach Kanton unterschiedliche Titel: "Rechtsanwalt", "Fürsprecher", "Fürsprech" oder "Advokat". Will sich beispielsweise eine Person, welche die Berufsbezeichnung "Fürsprecher" erhalten hat, ins Register eines Kantons eintragen lassen, in dem die Berufsbezeichnung "Rechtsanwalt" lautet, sollte sie die Möglichkeit haben, den gleichwertigen Titel dieses Kantons zu verwenden. Nach dem Anwaltsgesetz ist das Recht, die Berufsbezeichnung eines Kantons zu verwenden, vom Registereintrag abhängig. Anwältinnen und Anwälte, die nur gelegentlich in einem anderen Kanton Parteien vor Gericht vertreten, in dem sie nicht eingetragen sind, dürfen die Berufsbezeichnung dieses Kantons nicht verwenden.

Um den Gewohnheiten und der Praxis in den welschen Kantonen Rechnung zu tragen, sollen Anwältinnen und Anwälte auch die Zugehörigkeit zu einem "barreau" statt dem Registereintrag erwähnen dürfen. Diese Möglichkeit bezieht sich nur auf den französischen Text des Anwaltsgesetzes.

Auf eine Regelung hinsichtlich der Berufsbezeichnung für ausländische Anwältinnen und Anwälte, die in der Schweiz Parteien vor Gericht vertreten, kann vorläufig verzichtet werden. Es gibt zur Zeit zwei mögliche Fallbeispiele: Sind erstens ausländische Anwältinnen und Anwälte im Rahmen des GATS tätig, sind sie von der monopolisierten Anwaltstätigkeit ausgeschlossen und können nur Rechtsberatung im internationalen Recht und im Recht ihres Herkunftsstaates vornehmen. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb sie dazu verpflichtet werden sollten, ihre herkömmliche Berufsbezeichnung zu verwenden, ergänzt mit allfälligen zusätzlichen Angaben über ihre Berufsorganisation oder die Gerichtsbarkeit, bei der sie in ihrem Heimatstaat zugelassen sind⁷⁶. Eine solche Behandlung wäre gegenüber Schweizer Anwältinnen und Anwälten, die nur in der Rechtsberatung tätig und deshalb nicht im Register eingetragen sind, diskriminierend. Zweitens können ausländische Anwältinnen und Anwälte ausnahmsweise von einem Kanton die Bewilligung zur Vertretung von Parteien vor Gericht erhalten. Sie kommen jedoch nicht in den Genuss der interkantonalen Freizügigkeit und können in den anderen Kantonen auch nicht Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten. Es handelt sich demnach um ein ausschliesslich kantonales Problem.

Diese Problematik wird im Fall eines Vertrages zwischen der Schweiz und der EG über die Liberalisierung des Personenverkehrs neu überprüft werden.

233 Berufsregeln und Disziplinaufsicht

Die Harmonisierung gewisser Berufsregeln, die in der Swisslex-Gesetzesskizze des SAV vorgeschlagen wurde (vgl. Ziff. 116), ist sowohl von einer sehr grossen Mehrheit der kantonalen Justiz- und Polizeidepartemente als auch von den kantonalen Gerichten begrüsst worden. Die wichtigsten Detailvorbehalte betrafen das Vertretungsmonopol, das in der Gesetzesskizze des SAV in der Vorschrift über die Berufs-

⁷⁶ Vgl. Artikel 3 der Richtlinie 77/249/EWG.

regeln vorgesehen war. Das Vertretungsmonopol betrifft eigentlich nicht die Berufsregeln, sondern die Gerichtsorganisation. Eine diesbezügliche Bundesregelung wäre mit den kantonalen Kompetenzen im Bereich der Organisation der Gerichte und des gerichtlichen Verfahrens nicht vereinbar. Die betreffenden kantonalen Besonderheiten sind nach wie vor wichtig. Um aber eine Ungleichbehandlung zu vermeiden, stellt das Anwaltsgesetz den Grundsatz auf, dass Anwältinnen und Anwälte die Berufsregeln des Bundes und der Kantone zu beachten haben, sobald sie nach kantonalem Recht zur monopolisierten Tätigkeit (Parteienvertretung) zugelassen sind. Lässt ein Kanton angestellte Anwältinnen und Anwälte zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zu, haben sich diese ins Register eintragen zu lassen. Das Anwaltsgesetz legt zudem den Grundsatz der Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte fest (Art. 11 Bst. a). Die Kantone haben jedoch die Möglichkeit, diese Unabhängigkeit auch im Rahmen eines Arbeitsvertrages gelten zu lassen⁷⁷.

Die Berufsregeln sind von den Standesregeln zu unterscheiden⁷⁸. Die Berufsregeln werden von einer Behörde erlassen, um einen bestimmten Beruf im öffentlichen Interesse zu reglementieren. Die Standesregeln hingegen werden von den Berufsorganisationen (Anwaltsverbände, Anwaltskammern) beschlossen. Während die Berufsregeln für alle Anwältinnen und Anwälte, die gerichtlich tätig sind, gelten, gehören die Standesregeln zum Privatrecht und sind nur für Mitglieder der Berufsorganisation direkt anwendbar⁷⁹. Im Jahre 1974 hat der SAV "Richtlinien für die Pflichten-Codices der kantonalen Anwaltsverbände" erlassen. In diesem Zusammenhang sind auch die "Standesregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft"⁸⁰ zu erwähnen, die von den Delegationen der Mitgliedstaaten, welche die Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft (Conseil des barreaux de la Communauté Européenne, CCBE) vertreten, angenommen worden sind. Diese Standesregeln sind vom SAV übernommen worden. Sie gelten für die Beziehungen zwischen den Schweizer Anwältinnen und Anwälten und den Anwältinnen und Anwälten der EU.

In der Praxis sind die Berufsregeln allerdings oft sehr allgemein formuliert und werden im Lichte der Standesregeln ausgelegt. Das Bundesgericht ist der Auffassung, dass die Standesregeln von den Aufsichtsbehörden in dem Masse herangezogen werden können, als sie eine Präzisierung des Inhalts der Berufsregeln erlauben⁸¹. Ein einfacher Verweis in einem kantonalen Gesetz auf die Standesregeln führt jedoch zu gewissen Problemen hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage⁸². Die Anpassung der kantonalen Gesetze an das Anwaltsgesetz (vgl. Ziff. 236.1 zu Art. 23) gibt deshalb

⁷⁷ Vgl. Fussnote 55.

⁷⁸ Vgl. Wolffers, S. 11 ff.; Rothenbühler, S. 55 ff.

⁷⁹ Im Kanton Tessin und im Kanton Jura sind die Anwaltsverbände öffentlichrechtlicher Natur und der Beitritt ist obligatorisch. Die Standesregeln gelten deshalb für alle Anwältinnen und Anwälte. Im Kanton Bern fordert Artikel 8 des Gesetzes über die Fürsprecher, dass die Fürsprecherinnen und Fürsprecher "die allgemein anerkannten Regeln ihres Berufsstandes und des kollegialen Verhaltens" befolgen; ist eine Standesregel tatsächlich eine allgemein anerkannte Regel, gilt sie folglich für alle Anwältinnen und Anwälte.

⁸⁰ Vgl. Statuten und Richtlinien des SAV, Heft Nr. 90, S. 56.

⁸¹ BGE **98** Ia 356 E. 3.

⁸² Vgl. Dominique Dreyer, L'avocat dans la société actuelle, ZSR 115/1996, S. 504.

den Kantonen Gelegenheit, die Grenze zwischen den kantonalen Berufsregeln und den Standesregeln neu festzulegen.

Die von einem Kanton zur Vertretung von Parteien zugelassenen ausländischen Anwältinnen und Anwälte sind den eidgenössischen Berufsregeln ebenfalls unterstellt, auch wenn für sie die Freizügigkeit nicht gilt.

233.1 Geltung der Berufsregeln (Art. 10)

Die Anwältinnen und Anwälte unterstehen einerseits den eidgenössischen Berufsregeln (Art. 11 BGFA) und andererseits kantonalen Berufsregeln. Die Geltung der eidgenössischen Berufsregeln bietet keine Probleme. Es können sich jedoch Regelkonflikte ergeben, wenn eine Anwältin oder ein Anwalt im Register des Kantons X eingetragen ist und gelegentlich im Kanton Y gerichtlich tätig ist und sich die kantonalen Berufsregeln dieser beiden Kantone nicht decken. Heute enthält kein kantonales Gesetz eine Konfliktregel, die festlegen würde, welches Recht im Falle einer Zuwiderhandlung zur Anwendung käme und welche Aufsichtsbehörde eine Disziplinar-massnahme aussprechen könnte. Der SAV hat ein Konkordat betreffend die interkantonale Geltung der Standesregeln beschlossen. Danach unterstehen Anwältinnen und Anwälte der Disziplinargewalt desjenigen kantonalen Anwaltsverbands, dem sie angehören; sie müssen aber die Standesregeln des Kantons, auf dessen Gebiet sie gelegentlich oder regelmässig tätig sind, beachten.

Artikel 10 Absatz 1 BGFA stellt den Grundsatz auf, dass für Anwältinnen und Anwälte die eidgenössischen Berufsregeln und die Berufsregeln des Kantons, in dessen Register sie eingetragen sind, gelten. Somit ist der Ort des Anwaltsbüros und nicht die Herkunft des Anwaltspatents massgebend für die Bestimmung der Berufsregeln, welche die Anwältinnen und Anwälte beachten müssen. Haben Anwältinnen und Anwälte mehrere Büros in verschiedenen Kantonen, sind sie für die Gesamtheit ihrer Tätigkeiten sämtlichen Berufsregeln dieser Kantone unterstellt, da sie sich ins Register jedes Kantons eintragen lassen müssen, in dem sie über eine Geschäftsadresse verfügen (Art. 5 Abs. 1 BGFA). Nach Artikel 10 Absatz 2 BGFA haben die Anwältinnen und Anwälte zudem die Berufsregeln der Kantone zu beachten, in denen sie den Anwaltsberuf ausüben, ohne im Register eingetragen zu sein, aber nur im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit. Aufgrund der allgemeinen Grundsätze nach Artikel 3 BGBM (vgl. Ziff. 122) müssen die in einem Kanton, in dem eine Anwältin oder ein Anwalt nicht im Register eingetragen ist, geltenden Berufsregeln zudem zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sein und dürfen darüber hinaus in keinem Fall ein verdecktes Hindernis zu Gunsten einheimischer Anwältinnen und Anwälte darstellen. Kantonale Berufsregeln, welche Anwältinnen und Anwälten eines anderen Kantons verunmöglichen, ihre Dienstleistung zu erbringen, ihnen die Erbringung ihrer Dienstleistung erschweren oder mögliche Klientinnen und Klienten daran hindern, eine Anwältin oder einen Anwalt frei zu wählen, würden ungerechtfertigte Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs bewirken und vor dem BGBM nicht standhalten. So kann es vorkommen, dass für die Erbringung einer einfachen Dienstleistung in einem anderen Kanton nicht alle Berufsregeln anwendbar sind, welche Anwältinnen und Anwälte beachten müssen, die im Register dieses Kantons eingetragen sind.

Diese Bestimmungen über den Geltungsbereich werden durch die Artikel 13 und 14 des Anwaltsgesetzes über die Disziplinaraufsicht ergänzt.

233.2 Eidgenössische Berufsregeln (Art. 11)

Das Anwaltsgesetz führt auf Bundesebene eine Reihe von Berufsregeln ein, die direkt anwendbar sind. Sie sind in enger Zusammenarbeit mit dem SAV ausgearbeitet worden.

Die Liste der Berufsregeln im Anwaltsgesetz ist nicht abschliessend. Die Kantone haben die Möglichkeit, allenfalls zusätzliche Berufsregeln zu erlassen. Sie müssen aber ihre Gesetzgebungen überprüfen und gegebenenfalls anpassen, damit nur solche kantonale Berufsregeln in Geltung bleiben, die nicht bereits vom Bundesrecht aufgestellt werden.

Eine der wichtigsten kantonalen Regeln betrifft das absolute Verbot für Anwältinnen und Anwälte, persönlich zu werben. Bei den Standesregeln fordert Ziffer 6 der Richtlinien des SAV: "Der Anwalt unterlässt jegliche Reklame und jeglichen Kundenfang. Bei Erklärungen an Radio, Presse oder Fernsehen übt er Zurückhaltung." Die Standesregeln der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft (CCBE) beschränken sich darauf, den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten die persönliche Werbung zu verbieten, "wo dies unzulässig ist" (Ziff. 2.6). Die Frage der Werbung für Anwältinnen und Anwälte war in der Lehre bereits Gegenstand zahlreicher Ausführungen und Kontroversen⁸³. Die Tendenz geht in Richtung einer Lockerung des grundsätzlichen Verbots, damit insbesondere im Bereich der Rechtsberatung Waffengleichheit mit den Treuhandgesellschaften und den Banken geschaffen wird⁸⁴. In einigen Kantonen besteht die Möglichkeit, Hinweise auf Spezialisierungen in die Anwaltsverzeichnisse aufzunehmen, in anderen Kantonen hingegen nicht⁸⁵. Diese Problematik des Werbeverbots wird zur Zeit innerhalb des SAV näher geprüft und dürfte dort wahrscheinlich zu einer grosszügigeren Regelung führen. Mit dem Anwaltsgesetz wird eine Lockerung des Werbeverbots für Anwältinnen und Anwälte nicht verhindert. Das Gesetz geht auf dieses Thema nicht ein, sondern überlässt es den Kantonen, ob sie in diesem Bereich legiferieren wollen oder nicht.

233.21 Unabhängigkeit (Art. 11 Bst. a)

Die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte ist eine wesentliche Voraussetzung für die Ausübung ihres Berufs. Sie ist sowohl in den Standesregeln der CCBE als auch in den Richtlinien des SAV ausdrücklich vorgesehen⁸⁶. Im Gegensatz zu den

⁸³ Vgl. insbes. Wolffers, S. 150 ff.; Dreyer, S. 459 ff.; Pierre Tercier, *Les avocats et la concurrence*, in: *Der Schweizer Anwalt* 160/1996, S. 12 ff.

⁸⁴ Max Oesch, *Bekanntmachung der Tätigkeitsgebiete der Rechtsanwälte*, in: *Der Schweizer Anwalt*, 145/1993, S. 5 ff.

⁸⁵ Vgl. Lelio Vieli, *Spezialisierung oder bevorzugtes Tätigkeitsgebiet - Werbung oder Information*, in: *Der Schweizer Anwalt*, 145/1993, S. 9 ff.; Pierre Jomini, *L'avocat vaudois et la publicité*, in: *Der Schweizer Anwalt*, 145/1993, S. 14 ff.

⁸⁶ Art. 1 der Richtlinien des SAV; Ziff. 2.1 der Standesregeln der CCBE. Die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte ist auch im Ethik-Kode der "International Bar Association" (Art. 3) und

deutschschweizerischen Kantonen wird die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte in den kantonalen Anwaltsgesetzen der welschen Schweiz sowie des Kantons Bern besonders erwähnt. Die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte wird aber auch in den deutschschweizerischen Kantonen vorausgesetzt und aus anderen Berufsregeln, namentlich im Zusammenhang mit Interessenkonflikten, abgeleitet.

Die Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte hat zahlreiche Diskussionen hervorgerufen, insbesondere in Zusammenhang mit der Frage der Vereinbarkeit mit einer Anstellung. Die Kantone haben hierfür verschiedene Lösungen gefunden⁸⁷. Die Forderung nach Unabhängigkeit der Anwältinnen und Anwälte wird jedoch nicht in Frage gestellt. Die Kantone, die angestellte Anwältinnen und Anwälte zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zulassen, gehen ebenfalls vom Grundsatz aus, dass diese unabhängig sind und bleiben⁸⁸. Wie oben ausgeführt (vgl. Ziff. 233) beschränkt sich das Anwaltsgesetz darauf, den Grundsatz aufzustellen, dass alle Anwältinnen und Anwälte die Berufsregeln des Bundes und der Kantone beachten müssen und damit zur Unabhängigkeit verpflichtet sind, sobald sie nach kantonalem Recht zur Parteienvertretung vor Gerichtsbehörden zugelassen sind. Auch wenn Anwältinnen und Anwälte in einem Unternehmen angestellt sind, sind sie verpflichtet, unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung zu handeln. Werden aber angestellte Anwältinnen und Anwälte aufgrund der "liberalen" Praxis eines Kantons im Anwaltsregister eingetragen, können die anderen Kantone ihnen das Recht, auf ihrem Gebiet Parteien vor Gericht zu vertreten, nicht aufgrund der Tatsache, dass sie angestellt sind, verweigern. Die Unabhängigkeit wird vermutet und verlangt, sobald ein Kanton zulässt, dass Anwältinnen und Anwälte in dem ihnen vorbehaltenen Monopolbereich tätig werden.

233.22 Berufsgeheimnis (Art. 11 Bst. b)

Das Bundesgericht hatte Gelegenheit, die wichtigsten Elemente zu bestimmen, die das Berufsgeheimnis begründen und rechtfertigen⁸⁹. Das Berufsgeheimnis liegt sowohl im Interesse der Klientschaft, die sich ganz auf die Diskretion ihrer Anwältin oder ihres Anwalts verlassen können muss, als auch im Interesse der Anwältinnen und Anwälte selbst und in demjenigen der Justiz, für welche die Anwältinnen und Anwälte Hilfspersonen sind⁹⁰. Nach Artikel 321 des Strafgesetzbuches⁹¹ ist die Verletzung des Berufsgeheimnisses strafbar.

Die Bestimmung des Umfangs der Tätigkeiten, die unter das Berufsgeheimnis fallen, ist manchmal schwierig. Die Tätigkeit im Rahmen des Anwaltsmonopols ist zweifellos geschützt. So umfasst das Berufsgeheimnis sämtliche der Anwältin oder dem Anwalt anvertrauten Tatsachen und Dokumente, die einen gewissen Bezug zur Ausübung

in den "Principes fondamentaux de la profession d'avocat de l'Union internationale des avocats" enthalten.

⁸⁷ Vgl. Dreyer, S. 416 ff.

⁸⁸ Vgl. Fussnote 55 oben.

⁸⁹ BGE 112 Ib 607.

⁹⁰ BGE 117 Ia 348.

⁹¹ SR 311.0.

des Anwaltsberufs haben. Demgegenüber und gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁹² können sich Anwältinnen und Anwälte, die für eine Klientschaft andere Tätigkeiten als spezifische Anwaltstätigkeiten ausüben, nicht auf das Anwaltsgeheimnis berufen. Wirtschaftliche Tätigkeiten von Anwältinnen und Anwälten, wie beispielsweise die Verwaltung von Gesellschaften und Vermögen, die Betreuung von Fonds, also Tätigkeiten, die auch von Vermögensverwaltern, Treuhändern und Bankiers ausgeübt werden können, werden vom Anwaltsgeheimnis nicht geschützt. Es muss deshalb von Fall zu Fall geprüft werden, ob die Tätigkeit einer Anwältin oder eines Anwalts wirklich spezifisch ist oder ob sie eher zu den Tätigkeiten eines Treuhandbüros, einer Bank oder einer Vermögensverwaltung gehört (vgl. auch Ziff. 13).

Nach Artikel 101 des Obligationenrechts (OR)⁹³ sind Anwältinnen und Anwälte für den Schaden verantwortlich, den Hilfspersonen bei der Erfüllung der anvertrauten Aufgabe begehen. Artikel 11 Buchstabe b BGFA auferlegt den Anwältinnen und Anwälten deshalb die Pflicht, dafür zu sorgen, dass ihre Hilfspersonen das Berufsgeheimnis wahren. Der Begriff der Hilfsperson ist mit demjenigen in Artikel 101 OR identisch.

233.23 Andere Berufsregeln (Art. 11 Bst. c - h)

Artikel 11 Buchstaben c - h betreffen eher technische Punkte, die im übrigen unbestritten sind und weitestgehend mit den betreffenden kantonalen Regeln übereinstimmen. In gewissem Sinne handelt es sich um eine Kodifikation des kantonalen Rechts. Das Verbot des pactum de quota litis (Bst. c) und die Verpflichtung, eine ausreichende Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen (Bst. d) sind in den meisten kantonalen Gesetzen enthalten. Die Verpflichtung, amtliche Pflichtverteidigungen und unentgeltliche Rechtsvertretungen zu übernehmen, wird künftig auf die Kantone beschränkt, in deren Register die Anwältinnen und Anwälte eingetragen sind (Bst. e). Nach Buchstabe f sind sie verpflichtet, die ihnen anvertrauten Gelder getrennt von ihrem Vermögen aufzubewahren. Einerseits haben die Gläubiger einer Anwältin oder eines Anwalts keine Möglichkeit, auf die anvertrauten Gelder zu greifen, wenn diese mit dem persönlichen Vermögen nicht vermischt worden sind. Andererseits müssen die anvertrauten Gelder und das persönliche Vermögen aus fiskalischer Sicht getrennt bleiben. Zur Vermeidung von Streitigkeiten über die Höhe der Honorare verpflichtet Artikel 11 Buchstabe g die Anwältinnen und Anwälte, ihre Klientinnen und Klienten periodisch über die Höhe des geschuldeten Honorars zu informieren. Diese Obliegenheit besteht bereits in einigen Kantonen, manchmal in Form einer Bestimmung, die den Anwältinnen und Anwälte vorschreibt, von ihrer Klientschaft nach Massgabe der Entwicklung des Rechtsstreits ausreichende Vorschüsse zu verlangen. Schliesslich soll die Verpflichtung der Anwältinnen und Anwälte, der Aufsichtsbehörde jede Änderung der sie betreffenden Daten im Register mitzuteilen, dazu dienen, das Anwaltsregister auf dem neuesten Stand zu halten (vgl. Ziff. 232.3).

⁹² BGE 87 IV 108; BGE 112 Ib 606; BGE vom 11. April 1996 in der Rechtssache K. gegen die Anklagekammer des Kantons Genf.

⁹³ SR 220.

233.3 Kantonale Aufsichtsbehörde (Art. 12)

Die Beachtung der Berufsregeln muss durch Disziplinarbehörden sichergestellt werden. Die Kantone kennen derzeit verschiedene Systeme: Entweder haben sie diese Aufgabe der Exekutive (Regierungsrat oder Justizdepartement) oder den Gerichtsbehörden (Kantonsgericht) oder auch Kommissionen, die aus Richterinnen und Richtern sowie Anwältinnen und Anwälten zusammengesetzt sind (Anwaltskammern, die in der Regel dem Kantonsgericht angehängt sind), übertragen. Einige Kantone haben die Disziplinaufsicht Berufsorganisationen (Anwaltsverbände) übertragen. Das Anwaltsgesetz schreibt nur vor, dass die Kantone eine Aufsichtsbehörde schaffen. Die Zusammensetzung und die Organisation dieser Behörde wird den Kantonen überlassen. Diese können die Zuständigkeit zur Ausübung der Disziplinaufsicht auch einem Anwaltsverband übertragen. Da für Disziplinarmaßnahmen, die wegen einer Verletzung der eidgenössischen Berufsregeln ausgesprochen worden sind, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht möglich ist, müssen die Kantone allerdings eine richterliche Rekursbehörde im Sinne von Artikel 98a des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG)⁹⁴ vorsehen, wenn die Aufsichtsbehörde keine gerichtliche Instanz ist. Die Frage, ob eine Disziplinarmaßnahme "strafrechtlicher Natur" im Sinne von Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁹⁵ ist, kann somit offen bleiben. Die Europäische Kommission für Menschenrechte hat jedoch entschieden, dass nach den Grundsätzen, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil Engel⁹⁶ entwickelt hatte, ein Disziplinarverfahren, das gegenüber einer Anwältin oder einem Anwalt eröffnet wird und das zu einer Verwarnung führt, keine strafrechtliche Sanktion im Sinne von Artikel 6 EMRK darstellt⁹⁷.

Jede Aufsichtsbehörde ist nach Artikel 12 Absatz 1 BGFA verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Berufsregeln beachtet werden. Für Vorfälle, die sich in ihrem Kantonsgebiet ereignet haben, hat sie gegebenenfalls ein Disziplinarverfahren einzuleiten.

Die Kantone teilen dem Bundesamt für Justiz die zuständigen Aufsichtsbehörden mit. Diese Mitteilung hat innerhalb der Frist von drei Jahren, die für die Anpassung des kantonalen Rechts vorgesehen ist, zu erfolgen (Art. 23 BGFA). Da kein eidgenössisches Anwaltsregister vorgesehen ist, soll zur Erleichterung der Informationsbeschaffung die Liste der Aufsichtsbehörden nach Ablauf der Frist nach Artikel 23 BGFA im Anhang des Anwaltsgesetzes veröffentlicht werden. Dieser Anhang hat keinen normativen Charakter, sondern dient nur zur Information; er wird, ohne vorher dem Bundesparlament unterbreitet worden zu sein, veröffentlicht. Selbstverständlich wird der Anhang angepasst werden, wenn ein Kanton nachträglich die Zuständigkeit für die Aufsicht ändert.

233.4 Meldepflicht (Art. 13)

⁹⁴ SR 173.110.

⁹⁵ SR 0.101.

⁹⁶ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil Engel vom 8.6.1976, Serie A Nr. 22, S. 34.

⁹⁷ Requête no 8249/79, X c/Belgique, déc. 5.5.80, D. R. 20, S. 40.

Nach Artikel 13 haben die Gerichte, die Strafuntersuchungsbehörden und die Verwaltungsbehörden der Kantone der Aufsichtsbehörde ihres Kantons - und nicht der Aufsichtsbehörde des Kantons, in dessen Register die betroffene Person eingetragen ist - die ihnen bekannt werdenden Vorfälle, die eine Verletzung der Berufsregeln beinhalten könnten, mitzuteilen.

233.5 Disziplinarverfahren in einem anderen Kanton (Art. 14)

In Übereinstimmung mit der Mehrheit der kantonalen Gesetze⁹⁸ sieht das Anwalts-gesetz vor, dass sich die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden auf sämtliche Anwältinnen und Anwälte erstreckt, die ihren Beruf auf dem Kantonsgebiet ausüben, unabhängig davon, ob diese dort ein Anwaltsbüro führen oder nicht (Art. 12 BGFA). Artikel 14 Absatz 1 BGFA schreibt hingegen vor, dass die Aufsichtsbehörde, die gegen eine Anwältin oder einen Anwalt, die oder der nicht im Register des Kantons eingetragen ist, ein Disziplinarverfahren eröffnet, die Aufsichtsbehörde des Kantons, in dessen Register die Anwältin oder der Anwalt eingetragen ist, darüber informieren muss. Wird beabsichtigt, eine Disziplinar-massnahme auszusprechen, hat die Auf-sichtsbehörde des Kantons, in dessen Register die Anwältin oder der Anwalt einge-tragen ist, das Recht, zum Ergebnis der Untersuchung Stellung zu nehmen. Eine allfällige Intervention dieser Aufsichtsbehörde kann sich zugunsten, aber auch zuun-gunsten der betroffenen Anwältin oder des betroffenen Anwalts auswirken. Dieses System stellt sicher, dass die "zur Hauptsache" zuständige Aufsichtsbehörde über den Ablauf eines Disziplinarverfahrens in einem anderen Kanton auf dem Laufenden ist. Dadurch soll die Zusammenarbeit unter den Aufsichtsbehörden verstärkt und im Bereich der Disziplinar-massnahmen möglichst eine einheitliche Praxis entwickelt werden. Das Ergebnis des Disziplinarverfahrens ist der "zur Hauptsache" zuständi-gen Aufsichtsbehörde mitzuteilen (Abs. 3). Ist eine Disziplinar-massnahme ausge-sprochen worden, wird sie, sobald sie in Kraft getreten ist, von der "zur Hauptsache" zuständigen Aufsichtsbehörde ins Register eingetragen (Art. 4 Abs. 2 BGFA). Ist eine Anwältin oder ein Anwalt in mehreren Kantonen im Anwaltsregister eingetragen, müssen die Aufsichtsbehörden all dieser Kantone informiert werden.

233.6 Disziplinar-massnahmen (Art. 15)

Zwecks Harmonisierung der Praxis im Bereich des Disziplinarrechts und parallel zur Einführung gewisser Berufsregeln auf Bundesebene, vereinheitlicht das Anwaltsge-setz die Disziplinar-massnahmen. Die Massnahmen, die in der Liste von Artikel 15 vorgesehen sind, gelten sowohl für die Verletzung der bundesrechtlichen als auch der kantonalen Berufsregeln.

In einigen kantonalen Gesetzen wird die Verwarnung nicht als Disziplinar-massnahme betrachtet. Das Bundesgericht ist aber zurecht der Auffassung, dass gewissenhafte Anwältinnen und Anwälte eine Verwarnung als ebenso strenge Massnahme empfinden können wie einen Verweis⁹⁹. Würde man den disziplinarischen Charakter der Verwarnung ablehnen, hätte dies zur Folge, dass Anwältinnen und Anwälte, wel-

⁹⁸ Vgl. beispielsweise Art. 48 Abs. 2 des Genfer Anwalts-gesetzes.

⁹⁹ BGE 103 Ia 428.

che die Sanktion für ungerechtfertigt hielten, keine Beschwerdemöglichkeit hätten. Das Anwaltsgesetz sieht deshalb die Verwarnung als schwächste Disziplinar-massnahme vor.

Artikel 15 Absatz 2 verdeutlicht, dass eine Busse zusätzlich zu einem befristeten oder dauernden Berufsausübungsverbot angeordnet werden kann.

233.7 Geltung des Berufsausübungsverbots (Art. 16)

Das befristete oder dauernde Verbot der Berufsausübung stellt die strengste Disziplinar-massnahme dar, da es Anwältinnen und Anwälte daran hindert, im Rahmen des kantonalen Anwaltsmonopols Parteien vor Gerichtsbehörden zu vertreten. Den übrigen Tätigkeiten können sie aber weiterhin nachgehen und beispielsweise Rechtsberatungen vornehmen¹⁰⁰. Ein dauerndes Berufsausübungsverbot kann nur ausgesprochen werden, wenn aufgrund einer Gesamtbewertung der bisherigen Berufstätigkeit der Anwältin oder des Anwalts eine andere Sanktion als ungenügend erscheint, um in der Zukunft ein korrektes Verhalten zu gewährleisten¹⁰¹.

Zur Beurteilung der Wirkung dieser Massnahmen muss danach unterschieden werden, ob die verfügende Aufsichtsbehörde diejenige des Kantons ist, in dessen Register die Anwältin oder der Anwalt eingetragen ist, oder nicht. Jeder Kanton sollte die Möglichkeit haben, Anwältinnen und Anwälte aus anderen Kantonen aus disziplinarischen Gründen von der Vertretung von Parteien vor seinen Gerichtsbehörden auszuschliessen. Aber nur derjenige Kanton, in dessen Register die Anwältin oder der Anwalt eingetragen ist, kann ein für die ganze Schweiz gültiges Verbot der Berufsausübung verhängen. Die Harmonisierung der Berufsregeln und der Disziplinar-massnahmen dürfte die Vereinheitlichung der Praxis der Kantone im Disziplinarrecht, die bereits weit fortgeschritten ist, noch vorantreiben. Dennoch werden einige Unterschiede wegen allfälliger zusätzlicher kantonalen Berufsregeln bestehen bleiben.

233.8 Verjährung (Art. 17)

Da die Berufsregeln und die Disziplinar-massnahmen harmonisiert werden, sind Unterschiede bei den Verjährungsfristen für die disziplinarische Verfolgung nicht mehr gerechtfertigt. Das Anwaltsgesetz vereinheitlicht deshalb die Verjährungsfristen auf Bundesebene.

Eine Disziplinar-massnahme kann nur verhängt werden, wenn die Anwältin oder der Anwalt im kantonalen Register eingetragen und folglich der Aufsichtsbehörde unterstellt ist. Droht einer Anwältin oder einem Anwalt ein Disziplinarverfahren, kann sie oder er deshalb die Streichung im Register verlangen, um der disziplinarischen Verfolgung zu entgehen. Allfällige strafrechtliche oder zivilrechtliche Verfolgungen bleiben vorbehalten.

¹⁰⁰ Vgl. Wolffers, S. 188.

¹⁰¹ BGE **106** Ia 100.

233.9 Löschung der Disziplinarmaßnahmen (Art. 18)

Wie die Verjährung der disziplinarischen Verfolgung sollte auch die Löschung der Disziplinarmaßnahmen in allen Kantonen einheitlich sein. Das Anwaltsgesetz unterscheidet bei der Festsetzung der Frist für die Löschung der Disziplinarmaßnahmen zwischen der Verwarnung, dem Verweis und der Busse einerseits und dem befristeten Berufsausübungsverbot andererseits. Diese unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich wegen dem ungleichen Schweregrad dieser beiden Kategorien von Disziplinarmaßnahmen.

Das dauernde Berufsausübungsverbot dagegen wird natürlich nicht gelöscht.

234 Honorare

234.1 Kantonale Empfehlungen für die Honorare (Art. 19)

Der Höhe der Anwaltshonorare wird meistens aufgrund von Tarifen festgelegt oder beeinflusst, die je nach Kanton variieren¹⁰². Es gibt einerseits die **staatlichen Tarife**, die gestützt auf eine gesetzliche Grundlage beschlossen werden und deren Höhe für die Anwältinnen und Anwälte zwingend ist. Diese gelten für Rechtsstreitigkeiten und manchmal sogar für Rechtsberatungen. Andererseits können Berufsorganisationen **Konventionaltarife** erlassen, die auf Privatrecht beruhen. Werden dies jedoch aufgrund einer Delegationsbestimmung beschlossen, sind sie mit staatlichen Tarifen vergleichbar.

Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)¹⁰³ ist für Konventionaltarife direkt anwendbar. Werden die Konventionaltarife von der Berufsorganisation, die sie beschlossen hat, für zwingend erklärt oder wird durch die Praxis der Anwältinnen und Anwälte ein Einheitstarif geschaffen, liegt eine Abrede vor, von der nach Kartellgesetz vermutet wird, dass sie den wirksamen Wettbewerb verhindert (Art. 5 Abs. 3 KG). Die Berufsorganisation muss diese Vermutung widerlegen und gegebenenfalls die Zulässigkeit der Abrede nachweisen, indem sie zu ihrer Rechtfertigung Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorbringt (Art. 5 Abs. 2 KG). Die staatlichen Tarife hingegen fallen nicht in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Die Wettbewerbskommission kann jedoch den kantonalen Behörden Empfehlungen unterbreiten (Art. 45 KG) und zu kantonalen rechtsetzenden Erlassesentwürfen Stellung nehmen (Art. 46 Abs. 2 Satz 2 KG). Zudem kann der Preisüberwacher den Kantonen aufgrund von Artikel 14 des Preisüberwachungsgesetzes¹⁰⁴ Empfehlungen abgeben.

Das Anwaltsgesetz schlägt für alle Kantone eine einheitliche Lösung vor. Es sieht den Erlass nicht zwingender Empfehlungen für die Festlegung der Honorare vor und verzichtet auf verbindliche staatliche Tarife. Diese Empfehlungen dienen nur als Wegweiser und gelten nur für die Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden¹⁰⁵. Sie sollen eine Grössenordnung angeben, auf die sich sowohl Anwältinnen und Anwälte als auch Klientinnen und Klienten beziehen können. Diese können vertraglich jedoch auch ein niedrigeres Honorar festsetzen.

Das Anwaltsgesetz sieht zudem vor, dass die Kantone die Zuständigkeit für den Erlass solcher Empfehlungen auf eine Berufsorganisation (Anwaltsverband) übertragen können. Diese müssen dann aber durch den Kanton genehmigt werden, damit sie ihre Wirkungen entfalten können.

234.2 Kantonale Behörde für die Überprüfung der Honorare (Art. 20)

¹⁰² Vgl. Tercier, S. 8 ff.

¹⁰³ AS 1996 546, SR 251.

¹⁰⁴ SR 942.20.

¹⁰⁵ Vgl. Wolffers, S. 160 f.

Artikel 20 Absatz 1 BGFA schreibt vor, dass jeder Kanton eine kantonale Behörde zu bezeichnen hat, die für die Überprüfung der Anwaltshonorare für die Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden zuständig ist. Diese Lösung entspricht der Regelung in einigen Kantonen, die zwischen dem geschuldeten Honorar für die gerichtliche Tätigkeit einerseits und dem für die übrigen Anwaltstätigkeiten, einschliesslich der Rechtsberatung, geschuldeten Honorar andererseits unterscheiden. Die Überprüfung des Honorars für die gerichtliche Tätigkeit ist einer speziellen Behörde anvertraut (beispielsweise dem in der Rechtssache zuständigen Gericht). Das Honorar für die übrigen Anwaltstätigkeiten wird durch die Zivilgerichte nach dem ordentlichen Verfahren überprüft, als Streit zwischen einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer. Die Kantone können der speziellen Überprüfungsbehörde auch die Überprüfung des Honorars für aussergerichtliche Anwaltstätigkeiten zuweisen.

Der Entscheid der Behörde für die Überprüfung der Honorare stellt jedoch weder ein vollstreckbares Urteil noch einen Rechtsöffnungstitel dar. Er gibt nur Antwort auf die Frage, ob das Honorar - unter der Voraussetzung, dass die in Rechnung gestellten Bemühungen erforderlich oder wenigstens vertretbar sind - den Empfehlungen entspricht und angemessen ist¹⁰⁶. Der Streit über ein Honorar kann als Streit über "zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen" im Sinne von Artikel 6 EMRK betrachtet werden, weil die Prüfung der Übereinstimmung mit den Empfehlungen für die Ansprüche einer Partei unmittelbar entscheidend sein kann¹⁰⁷. Die Behörde für die Überprüfung der Honorare muss deshalb den Anforderungen in Artikel 6 Absatz 1 EMRK genügen, wenn das kantonale Recht keinen Rechtsweg gegen ihre Entscheide vorsieht. Handelt es sich bei der Behörde für die Überprüfung der Honorare nicht um ein Gericht im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 EMRK, braucht es eine nachträgliche Kontrolle durch eine kantonale Gerichtsbehörde. Der letztinstanzliche kantonale Entscheid kann nur Gegenstand einer staatsrechtlichen Beschwerde ans Bundesgericht sein, da er nicht aufgrund von Bundesverwaltungsrecht ergeht.

Nach Artikel 20 Absatz 2 BGFA teilen die Kantone dem Bundesamt für Justiz die für die Überprüfung zuständigen Behörden mit. Die Liste dieser Behörden wird zusammen mit derjenigen der Aufsichtsbehörden nach Ablauf der in Artikel 23 BGFA vorgesehenen Frist im Anhang des Anwaltsgesetzes publiziert (Abs. 3).

234.3 Überprüfung der Honorare (Art. 21)

Die zuständige kantonale Behörde entscheidet auf Begehren von Klientinnen und Klienten oder Anwältinnen und Anwälten über die Angemessenheit der Honorare für die Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden. Sie setzt aber nicht den genauen Betrag fest, sondern beschränkt sich darauf, festzustellen, ob die geforderten Honorare übertrieben sind. Es handelt sich demnach um ein einfaches und rasches Verfahren. Die zuständige kantonale Behörde fällt einen Entscheid, der gegebenenfalls nach kantonalem Recht weitergezogen werden kann.

¹⁰⁶ Vgl. Wolffers, S. 168.

¹⁰⁷ Vgl. Andrew Grotrian, L'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Strasbourg 1994, S. 12.

Da die Beziehungen zwischen einer Anwältin oder einem Anwalt und einer Klientin oder einem Klienten auf Auftragsrecht beruhen, können beide Parteien wegen einem Streit direkt ans Zivilgericht gelangen. Sie können sich aber auch erst ans Zivilgericht wenden, wenn sie vom Entscheid der kantonalen Behörde für die Überprüfung der Honorare Kenntnis haben.

235 Falsche Angabe eines Registereintrags (Art. 22)

Der Eintrag in einem kantonalen Register oder, für den französischen Gesetzestext, "à un barreau cantonal", wird mit einer Strafbestimmung geschützt. Personen, die Rat bei Anwältinnen und Anwälten suchen, müssen klar erkennen können, ob diese einer Aufsichtsbehörde unterstehen oder nicht. Sie sollen nicht riskieren müssen, dass sie mit einer falschen Angabe eines Registereintrags getäuscht werden. Das Recht, den Eintrag im Anwaltsregister anzugeben, soll denjenigen Anwältinnen und Anwälten vorbehalten bleiben, die der Disziplinaufsicht unterstehen und verpflichtet sind, die eidgenössischen und kantonalen Berufsregeln zu beachten. Damit der Praxis der welschen Kantone Rechnung getragen werden kann, soll auch der Eintrag "avocat au barreau" geschützt werden.

Als Strafe ist eine Busse bis zu 20'000 Franken vorgesehen. Nach Absatz 2 obliegt die Strafverfolgung den Kantonen.

236 Schlussbestimmungen

236.1 Anpassung des kantonalen Rechts (Art. 23)

Die in Artikel 23 vorgesehene Anpassungsfrist von drei Jahren sollte den Kantonen erlauben, ihr Recht den Vorschriften des Anwaltsgesetzes anzupassen. Zuerst wurde eine zweijährige Frist, analog derjenigen nach Artikel 12 des Binnenmarktgesetzes, ins Auge gefasst. Die Reaktionen der Kantone im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens werden vielleicht dazu führen, dass diese Frist auf zwei Jahre reduziert werden kann.

Sobald ein Kanton sein Anwaltsregister eingerichtet hat und imstande ist, die notwendigen Angaben zu liefern, werden die eingetragenen Anwältinnen und Anwälte sich auf den Registereintrag berufen und von der interkantonalen Freizügigkeit profitieren können.

236.2 Übergangsrecht (Art. 24)

Personen, die aufgrund bisherigen kantonalen Rechts über ein Anwaltspatent verfügen, sollten ebenfalls von den Vorteilen des Anwaltsgesetzes profitieren können, auch wenn sie nicht allen geforderten Voraussetzungen für eine Eintragung in ein Register genügen. Bedingung ist, dass sie bis anhin aufgrund von Artikel 5 UeB BV eine Berufsausübungsbewilligung erhalten hätten. Haben beispielsweise Anwältinnen und Anwälte kein einjähriges Praktikum, sondern gemäss kantonalem Recht nur ein Praktikum von sechs Monaten absolviert, sollten sie durch das Inkrafttreten des Anwaltsgesetzes nicht bestraft werden, wenn sie mit ihrem Anwaltspatent vorher in

den anderen Kantonen Parteien vor Gericht vertreten konnten. Diese Möglichkeit werden jedoch nur diejenigen Personen haben, die ihr Anwaltspatent aufgrund des alten kantonalen Rechts erworben haben, d.h. vor seiner Anpassung an das Anwaltsgesetz. Erteilt ein Kanton nach der Frist in Artikel 23 weiterhin Anwaltspatente, die den Voraussetzungen nach den Artikeln 6 und 7 nicht genügen, haben die anderen Kantone das Recht, die Anerkennung dieser Anwaltspatente zu verweigern.

236.3 Referendum und Inkrafttreten (Art. 25)

Als Bundesgesetz ist das Anwaltsgesetz dem fakultativen Referendum nach Artikel 89 Absatz 2 BV unterstellt. Artikel 25 BGFA ermächtigt den Bundesrat, das Datum für das Inkrafttreten des Gesetzes festzusetzen.

3 Finanzielle und personelle Auswirkungen

3.1 Für den Bund

Das Anwaltsgesetz hat für den Bund weder finanzielle noch personelle Auswirkungen.

3.2 Für die Kantone

Die Kantone werden für Anwältinnen und Anwälte aus anderen Kantonen keine Bewilligungsverfahren für die Berufsausübung mehr durchführen müssen. Soweit diese Bewilligungen gegen eine Gebühr, die dem Grundsatz der Kostendeckung entsprach, erteilt worden ist, wird diese Umstellung in finanzieller Hinsicht keine Auswirkungen haben. Die Einrichtung kantonaler Register und die Schaffung eines Systems für die Disziplinaraufsicht sollte weder in finanzieller noch in personeller Hinsicht nennenswerte Auswirkungen haben, da die meisten Kantone bereits vergleichbare Institutionen kennen. Bisher führten die Kantone im allgemeinen drei Arten von Listen: eine Liste mit den Anwältinnen und Anwälten, denen ein Anwaltspatent erteilt worden ist, eine Liste mit den Anwältinnen und Anwälten, die auf dem Kantonsgebiet über eine Geschäftsadresse verfügen (und beispielsweise beim Anwaltsverband oder im Anwaltsverzeichnis des Kantons eingetragen sind), und eine Liste mit denjenigen Anwältinnen und Anwälten, die eine befristete oder dauernde Berufsausübungsbewilligung erhalten haben. Das Anwaltsgesetz wird demnach eine Vereinfachung der administrativen Arbeiten bewirken, da die Kantone nur noch ein Register mit denjenigen Anwältinnen und Anwälten führen müssen, die im Kanton über eine Geschäftsadresse verfügen. Es versteht sich von selbst, dass die Kantone auch eine Liste mit den Personen beibehalten werden, denen sie ein kantonales Anwaltspatent erteilt haben.

4 Legislaturplanung

Das Geschäft betreffend die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte ist im Bericht über die Legislaturplanung 1995-1999 unter der Rubrik Wirtschaft und Wettbewerbsfähigkeit enthalten (BBI 1996 II 353).

5 Verhältnis zum internationalen Recht

51 Das GATS

Das GATS ist für die Schweiz am 1. Juli 1995 in Kraft getreten. In seiner Botschaft¹⁰⁸ hob der Bundesrat hervor, dass sich aus dem GATS für die Schweiz grundsätzlich keine schwerwiegenden Anpassungsprobleme ergeben, weil sie in ihre Verpflichtungsliste den im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehenden Marktzugang eingetragen hat. Deshalb sollten grundsätzlich keine Anpassungen des schweizerischen Rechts notwendig sein. Dies gilt auch für den Anwaltsberuf, da die Zulassung zur Rechtsberatung zur Zeit in praktisch keinem Kanton geregelt ist.

52 Das Gemeinschaftsrecht und der Entwurf eines Abkommens zwischen der Schweiz und der EG (und Mitgliedstaaten) über die Freizügigkeit des Personenverkehrs

In seiner aktuellen Fassung ist der Entwurf des Anwaltsgesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, da die Mitgliedstaaten der EU frei bleiben, die Ausbildung und die Ausübung des Anwaltsberufs auf ihrem Gebiet nach ihrem Willen zu organisieren. Der Entwurf des Anwaltsgesetzes liefert darüber hinaus den geeigneten Rahmen für eine allfällige Umsetzung der Gemeinschaftsrichtlinien betreffend die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte zwischen den Mitgliedstaaten (Niederlassung und grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung).

Das bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und der EG über die gegenseitige Liberalisierung des Personenverkehrs, über das zur Zeit verhandelt wird, soll zu einer progressiven Liberalisierung des Rechts auf Einreise, Aufenthalt und Zugang zum Arbeitsmarkt auf dem Gebiet der Vertragsparteien führen. Der Einbezug des personengebundenen freien Dienstleistungsverkehrs ins Abkommen ist noch Gegenstand von Verhandlungen. Zur Erleichterung des Zugangs zu einer Arbeit - im Angestelltenverhältnis oder unabhängig - und deren Erfüllung ergreifen die Vertragsparteien diejenigen Massnahmen, die für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Ausweise und anderer Titel gemäss den Gemeinschaftsrichtlinien, die in einem Anhang des Abkommens über die Personenfreizügigkeit enthalten sind, notwendig sind. Die Richtlinien über die Anerkennung der Diplome gelten folglich nur, soweit die Voraussetzungen der Personenfreizügigkeit erfüllt sind.

Werden die Vertragsverhandlungen über die Liberalisierungen im Personenverkehr erfolgreich abgeschlossen, muss die schweizerische Gesetzgebung im Hinblick auf die Niederlassung von Anwältinnen und Anwälten aus der EU in der Schweiz insbesondere an die Richtlinie 89/48/EWG über eine allgemeine Regelung zur Anerken-

¹⁰⁸ BBI 1994 IV 278.

nung der Hochschuldiplome angepasst werden¹⁰⁹. Die Richtlinie 89/48/EWG wird teilweise im Anwaltsgesetz und teilweise auf kantonaler Ebene umgesetzt werden müssen. Bei der Verteilung der Anpassungsaufgaben auf Bund und Kantone sollen der Grundsatz der Subsidiarität, aber auch der Harmonisierungsbedarf auf nationaler Ebene, die Sorge um Transparenz unseren ausländischen Partnern gegenüber und der Handlungsspielraum, der dem nationalen Gesetzgeber im Abkommen gelassen wird, beachtet werden.

Im Anwaltsgesetz werden voraussichtlich insbesondere die folgenden Punkte geregelt werden:

- der Grundsatz der Anerkennung von Diplomen, die in einem Mitgliedstaat der EU ausgestellt worden sind;
- der Grundsatz der Gleichstellung der Anwältinnen und Anwälte aus der EU mit den schweizerischen Anwältinnen und Anwälten hinsichtlich der interkantonalen Freizügigkeit;
- der Grundsatz der Auferlegung einer Fähigkeitsprüfung für Anwältinnen und Anwälte, die sich gemäss der Richtlinie 89/48/EWG in der Schweiz niederlassen wollen;
- der Inhalt dieser Fähigkeitsprüfung (allenfalls in eine Verordnung des Bundesrates zu delegieren);
- die Unterstellung unter die Berufsregeln und die Disziplinaraufsicht;
- der Gebrauch der Berufsbezeichnung.

53 Zusammenhang zwischen dem bilateralen Vertrag Schweiz-EG und dem GATS

Der Abschluss eines Abkommens zwischen der Schweiz und der EG über den freien Personenverkehr wird den anderen Mitgliedstaaten der WTO ermöglichen, die Anwendung des in Artikel II GATS enthaltenen Meistbegünstigungsgrundsatzes zu fordern. Zwar hat die Schweiz für sich eine Ausnahme von diesem Grundsatz ausgehandelt, indem sie sich in ihrer Befreiungsliste zu Artikel II GATS die Möglichkeit einer Vorzugsbehandlung für Angehörige der EU- und EFTA-Staaten vorbehalten hat¹¹⁰. Diese Ausnahme betrifft jedoch nur das Recht auf Einreise, Aufenthalt und Zugang zum Arbeitsmarkt. Im Bereich der Anerkennung von Qualifikationen ist kein Vorbehalt angebracht worden. Nach Abschluss ihres bilateralen Abkommens sind die Schweiz und die EG deshalb verpflichtet, den anderen WTO-Mitgliedern auf Wunsch eine angemessene Verhandlungsmöglichkeit einzuräumen, entweder über den Beitritt zu ihrem Abkommen über die Anerkennung der Diplome oder über ein vergleichbares Abkommen. Bei der Anerkennung der Diplome gilt der Grundsatz der Meistbegünstigung nur bedingt (Art. VII GATS); dies bedeutet, dass die anderen WTO-Mitglieder nachweisen müssen, dass ihre Qualifikationen gleichwertig sind wie diejenigen, die Gegenstand des Abkommens zwischen der Schweiz und der EG sind. Im übrigen bleiben Angehörige der WTO-Staaten, die mit der Schweiz ein solches

¹⁰⁹ Da über die Frage eines Einbezugs des personengebundenen freien Dienstleistungsverkehrs ins Abkommen über die Personenfreizügigkeit noch verhandelt wird, ist noch offen, ob die Richtlinie 77/249/EWG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte in das Abkommen integriert wird.

¹¹⁰ Vgl. BBl **1994** IV 280.

Abkommen abschliessen wollen, den Beschränkungen des Ausländerrechts über den Aufenthalt, die Niederlassung und den Zugang zum Arbeitsmarkt unterstellt. Die Anwendung des Grundsatzes der Meistbegünstigung im Bereich der Anerkennung der Diplome wird deshalb nur eine beschränkte Tragweite haben.

6 Verfassungsmässigkeit

61 Der Gesetzgebungsauftrag in Artikel 33 Absatz 2 BV

Artikel 33 Absatz 2 BV erteilt dem Bundesgesetzgeber den Auftrag, dafür zu sorgen, dass Fähigkeitsausweise für wissenschaftliche Berufe für die ganze Schweiz gültig erworben werden können. Ziel dieses Artikels ist die Gewährleistung der gesamtschweizerischen Freizügigkeit für Personen, die einen wissenschaftlichen Beruf ausüben. Der Anwaltsberuf zählt nach herrschender Lehre und Praxis zu den wissenschaftlichen Berufsarten und fällt demnach in den Anwendungsbereich des Artikels 33 Absatz 2 BV¹¹¹ (vgl. Ziff. 111).

Artikel 33 Absatz 2 BV erteilt dem Bundesgesetzgeber die Kompetenz, für den Erwerb eines gesamtschweizerisch gültigen Fähigkeitsausweises einheitliche Vorschriften zu erlassen. Der vorliegende Gesetzesentwurf regelt jedoch nicht nur die fachlichen, sondern auch die persönlichen Voraussetzungen, die Anwältinnen und Anwälte erfüllen müssen, damit sie ihren Beruf in der ganzen Schweiz frei ausüben können. Damit geht er über den in Artikel 33 Absatz 2 BV enthaltenen Gesetzgebungsauftrag hinaus. Dieser ermächtigt den Bundesgesetzgeber nur dazu, die fachlichen Voraussetzungen zu regeln, aufgrund derer Anwältinnen und Anwälte in der ganzen Schweiz Parteien vor Gericht vertreten können. Für die persönlichen Voraussetzungen wie auch für die Bestimmungen über die kantonalen Register, die Disziplinaraufsicht, die Berufsregeln und die Honorare bildet Artikel 31^{bis} BV die notwendige verfassungsrechtliche Grundlage.

62 Die Kompetenz des Bundesgesetzgebers im Rahmen von Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV

Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV erteilt dem Bund eine generelle Kompetenz, unter Wahrung der allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerben zu erlassen. Er ist dabei an den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit gebunden. Die Erbringung von Dienstleistungen, also die Anwaltstätigkeit, gehört zu den privatwirtschaftlichen Betätigungen, auf die sich die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes nach Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV erstreckt. Der Bundesgesetzgeber verfügt folglich über eine umfassende Kompetenz, Vorschriften über die Ausübung des Anwaltsberufs zu erlassen. Das Anwaltsgesetz legt Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz fest, um die Ausübung des Anwaltsberufs zu vereinfachen und zu erleichtern.

¹¹¹ Wolffers, S. 24; BGE 111 Ia 110.

Die Bundeskompetenz in Artikel 31^{bis} Absatz 2 BV ist nach herrschender Lehre eine konkurrierende Zuständigkeit von Bund und Kantonen mit nachträglicher derogatorischer Wirkung. Solange der Bund seine Kompetenz nicht ausgeschöpft hat (vollständig oder, wie im Anwaltsgesetz, teilweise), gelten die entsprechenden Vorschriften der Kantone¹¹².

63 Die Zuständigkeit der Kantone

Nach Artikel 33 Absatz 1 BV sind die Kantone befugt, die Ausübung wissenschaftlicher Berufe von einem Nachweis der Befähigung abhängig zu machen. Der Gesetzgebungsauftrag des Bundes in Artikel 33 Absatz 2 BV schränkt die Kompetenz der Kantone nicht ein, die Bedingungen für die Erteilung des Fähigkeitsausweises festzulegen. Es steht ihnen nach wie vor frei, auch weitergehendere Voraussetzungen (beispielsweise ein länger dauerndes Praktikum, zusätzliche persönliche Voraussetzungen) oder sogar geringere Voraussetzungen für die Erlangung des Fähigkeitsausweises zu verlangen. Im zweiten Fall riskieren sie jedoch, dass die anderen Kantone diese Anwaltspatente nicht anerkennen und die Eintragung in ein kantonales Register verweigern.

RAM; Anwaltsgesetz, erl-Beri.doc

¹¹² Rhinow, Kommentar zur Bundesverfassung, Art. 31^{bis}, Rz. 40.