

Daniel Kettiger

## **Entzug des Anwaltspatents: Zur Frage der Rechtmässigkeit kantonaler Regelungen des Patententzugs**

---

Das massgebliche Bundesrecht sieht den Entzug eines Anwaltspatents nicht vor. Ausgehend von einem konkreten Fall des Missbrauchs empfiehlt die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) den Kantonen, im kantonalen Recht Rechtsgrundlagen für den Entzug des Anwaltspatents zu schaffen. Der Beitrag untersucht die Rechtmässigkeit solcher kantonaler Regelungen. In diesem Zusammenhang wird der Rechtscharakter des Anwaltspatents vor dem Hintergrund des Bundesrechts vertieft untersucht.

---

Rechtsgebiet(e): Notariats- und Anwaltsrecht

Zitiervorschlag: Daniel Kettiger, Entzug des Anwaltspatents: Zur Frage der Rechtmässigkeit kantonaler Regelungen des Patententzugs, in: Jusletter 28. September 2009

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Zum Rechtscharakter des Anwaltspatents
  - 2.1 Grundsätzliche Anmerkungen
  - 2.2 Rechtscharakter des Anwaltspatents im geltenden Recht
  - 2.3 Regelungsbefugnisse der Kantone
  - 2.4 Zwischenergebnis
3. Bundesrechtlich unzulässiger Patententzug
  - 3.1 Fehlende Rechtsgrundlage im BGFA
  - 3.2 Fehlende Rechtsetzungszuständigkeit der Kantone
  - 3.3 Systemwidrigkeit
  - 3.4 Zwischenergebnis
4. Der Patententzug im Lichte der Verhältnismässigkeit
5. Alternative Handlungsoptionen
  - 5.1 De lege lata: Berufsverbot als Massnahme des Strafrechts
  - 5.2 De lege ferenda: Regelung zur Verwendung des Anwaltstitels
6. Zur Frage der Einheit der Materie
7. Schluss

## 1. Einleitung

[Rz 1] Ein in Zürich tätiger und dort im Anwaltsregister eingetragener Rechtsanwalt mit einem Anwaltspatent des Kantons Basel-Stadt wurde wegen schwerwiegender Vermögensdelikte verurteilt. Die Aufsichtscommission des Zürcher Obergerichts auferlegte dem Anwalt gestützt auf Artikel 17 des Anwaltsgesetzes (BGFA)<sup>1</sup> ein Berufsausübungsverbot. Dieses gilt für die ganze Schweiz (Art. 18 Abs. 1 BGFA); der betreffende Rechtsanwalt darf für die Dauer des Berufsausübungsverbotes nicht mehr forensisch tätig sein, d.h. nicht mehr als Parteivertreter in Prozessen handeln. Das Berufsausübungsverbot wurde in der Folge im Anwaltsregister eingetragen (Art. 5 Abs. 2 Bst. e BGFA) und den Aufsichtsbehörden der anderen Kantone von Amtes wegen mitgeteilt (Art. 18 Abs. 2 BGFA). Zusätzlich wandten sich die Zürcher Behörden mit dem Ersuchen an die Aufsichtsbehörden des Kantons Basel-Stadt, dem Anwalt sei das Patent zu entziehen. Diese sahen sich jedoch ausser Stande, einen Entzug des Patents zu prüfen, da für den Patententzug die gesetzliche Grundlage fehlte. Der Kanton Basel-Stadt steht mit dieser Rechtssituation nicht alleine da; in einer erheblichen Zahl von Kantonen – darunter die Kantone Aargau,<sup>2</sup> Bern und Zug – sieht das kantonale Anwaltsrecht den Entzug des Patentes nicht vor.

[Rz 2] Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) und die Aufsichtscommission des Zürcher Obergerichts fanden den Umstand, dass ein Patententzug nicht möglich sei, stossend. Als störend wird insbesondere empfunden, wenn eine verurteilte Person weiterhin den Titel «Rechtsanwalt» tragen darf;

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), SR 935.61.

<sup>2</sup> Der Kanton Aargau kennt kein kantonales Anwaltspatent, sondern nur einen Fähigkeitsausweis (§ 15 f. des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte [EG BGFA]; SAR 290.100), der zusammen mit den persönlichen Voraussetzungen zur Eintragung ins Anwaltsregister berechtigt.

das Publikum könne so den vorbestraften und mit einem Berufsausübungsverbot belegten Anwalt nicht als Gefahrenquelle erkennen.<sup>3</sup> Zum Schutz der Klientinnen und Klienten erachtet der SAV in denjenigen Kantonen, die keine gesetzliche Grundlage zum Entzug des Anwaltspatents besitzen, eine Gesetzesänderung als unbedingt erforderlich. Der SAV und die Zürcher Aufsichtscommission wandten sich deshalb an die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) und schlugen vor, dass die entsprechenden Änderungen bzw. Ergänzungen des kantonalen Anwaltsrechts im Rahmen der Einführungsgesetzgebung zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)<sup>4</sup> und zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)<sup>5</sup> vorgenommen werden sollen.<sup>6</sup> Der Vorstand der KKJPD hat an seiner Sitzung vom 15. Juni 2009 dieses Anliegen beraten. Er teilt die Auffassung, dass das Publikum vor fehlbaren Anwältinnen und Anwälten zu schützen sei und dass betreffend des Entzugs des Anwaltspatents in allen Kantonen die gleiche Rechtssituation herrschen sollte. Die aktuell von den Kantonen zu erarbeitenden Einführungsgesetze zu ZPO und StPO bieten nach Auffassung des Vorstands der KKJPD die Gelegenheit, die in einzelnen Kantonen bestehenden Gesetzeslücken zu schliessen.<sup>7</sup> Die KKJPD empfiehlt deshalb den Kantonen ausdrücklich, ihre kantonalen Rechtsgrundlagen zu überprüfen und allfällige Lücken im Bereich des Entzugs des Anwaltspatents zu schliessen.<sup>8</sup>

[Rz 3] Nachfolgend soll der *Frage der Rechtmässigkeit* des von der KKJPD vorgeschlagenen Vorgehens nachgegangen werden.

## 2. Zum Rechtscharakter des Anwaltspatents

### 2.1 Grundsätzliche Anmerkungen

[Rz 4] Die schweizerische Berufsordnung für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte ist im internationalen Vergleich ausserordentlich liberal.<sup>9</sup> Sie zeichnet sich dadurch aus,

<sup>3</sup> In diesem Sinne das Schreiben der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) vom 10. Juli 2009 an die kantonalen Justizdirektorinnen und Justizdirektoren.

<sup>4</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008, BBl 2009 21 (Inkrafttreten vorgesehen am 1. Januar 2011).

<sup>5</sup> Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007, BBl 2007 6977 (Inkrafttreten vorgesehen am 1. Januar 2011).

<sup>6</sup> Schreiben vom 19. Februar 2009, 3. März 2009 und 11. Juni 2009.

<sup>7</sup> Schreiben der KKJPD vom 10. Juli 2009 (Fn. 3), S. 2.

<sup>8</sup> Schreiben der KKJPD vom 10. Juli 2009 (Fn. 3), S. 2.

<sup>9</sup> Vgl. HANS NATER, Die Anwältin und der Anwalt als Dienstleistende mit Rechtspflegefunktion, in: Benjamin Schindler/Patrick Sutter (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2007, S. 181.

dass sie *unvollkommen und heterogen* ist,<sup>10</sup> weil der Bundesgesetzgeber seine Kompetenz zur Regelung des Anwaltsberufs – die ihm die Bundesverfassung<sup>11</sup> ohne weiteres geben würde (Art. 95 Abs. 1 BV) – nur teilweise ausschöpft und die grundlegenden und wichtigen Bereiche der Zulassung zum Anwaltsberuf, den persönlichen Geltungsbereich der Berufsregelungen und den Umfang des Anwaltsmonopols (Monopoltätigkeit) den Kantonen überlässt.<sup>12</sup> Hinsichtlich der Monopoltätigkeit werden die neuen einheitlichen Prozessordnungen des Bundes künftig allerdings bestimmte Regelungen enthalten.<sup>13</sup> Die Chance, eine umfassende, abschliessende und einheitliche Bundesgesetzgebung über die Anwaltstätigkeit zu schaffen, wurde verpasst.<sup>14</sup>

[Rz 5] Auch schon vor der Einführung des BGFA war der Rechtscharakter der kantonalen Anwaltspatente teilweise unklar. Unter der alten Bundesverfassung (aBV)<sup>15</sup> stützten sich die kantonalen Anwaltspatente auf die Befugnis der Kantone ab, die Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten von einem Ausweise der Befähigung abhängig zu machen (Art. 33 Abs. 1 aBV). Es handelte sich bei den Anwaltspatenten somit *vom Sinngehalt her immer um Fähigkeitsausweise*, also um den Ausweis, dass die betreffende Person die zur Ausübung des Anwaltsberufes – insbesondere zur Prozessvertretung – notwendigen fachlichen Fähigkeiten aufweist.<sup>16</sup> Denn einerseits ist die Fachkompetenz das wichtigste Anliegen der Klientinnen und Klienten und andererseits ist die hohe Fachkompetenz die Voraussetzung für eine hochwertige Anwaltstätigkeit und damit für den Zugang zum Recht.<sup>17</sup> In zahlreichen Kantonen hatte allerdings die Patenterteilung nicht nur den Charakter eines Ausbildungsnachweises oder anderweitigen Ausweises über die beruflichen Fähigkeiten (im Sinne einer Berufsprüfung) sondern den Charakter einer Polizeibewilligung zur Ausübung des Anwaltsberufes (Berufsausübungsbewilligung).<sup>18</sup>

## 2.2 Rechtscharakter des Anwaltspatents im geltenden Recht

[Rz 6] Die Frage nach dem Rechtscharakter des Anwaltspatents ist unter dem geltenden Recht noch komplexer geworden.

[Rz 7] Artikel 33 Absatz 1 aBV hat die Zuständigkeit zur Regelung der Ausübung der Anwaltstätigkeit weitgehend abschliessend den Kantonen zugewiesen und gleichzeitig klargestellt, dass die Kantone die Bewilligung zur Berufsausübung wissenschaftlicher Berufe nur vom Vorliegen bestimmter Fähigkeiten abhängig machen dürfen. Der Bund durfte unter der alten Bundesverfassung Regeln zur Berufsausübung grundsätzlich nur im «allgemeinen Interesse der schweizerischen Gesamtwirtschaft» erlassen (Art. 31<sup>bis</sup> aBV).<sup>19</sup> Artikel 95 BV ermächtigt demgegenüber den Bund in genereller Weise, Vorschriften über die Ausübung von privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeiten zu erlassen. Es handelt sich dabei um eine *konkurrierende Rechtsetzungskompetenz*.<sup>20</sup> Soweit – aber nur soweit – als der Bund eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit nicht regelt, sind die Kantone gestützt auf Artikel 3 BV zur Regelung befugt. Soweit das Bundesrecht Regelungen enthält, geht es dem kantonalen Recht vor. Das BGFA, welches sich u.a. auf Artikel 95 BV stützt, enthält an verschiedenen Stellen ausdrückliche Vorbehalte zu Gunsten der Rechtsetzungszuständigkeit der Kantone. In diesen Fällen muss sorgfältig geprüft werden, ob es sich um echte Vorbehalte handelt, die das vom Bundesrecht Geregelte zu Gunsten einer kantonalen Regelung durchbrechen oder die dem Kanton zugebilligte Regelungszuständigkeit präzisieren, oder ob es sich um unechte Vorbehalte handelt, weil die Kantone mangels einer bundesrechtlichen Regelung ohnehin zur Rechtsetzung befugt wären.

[Rz 8] Indem das Bundesrecht in Artikel 3, 5 und 7 BGFA Regelungen zum Anwaltspatent enthält (und dabei den Begriff «Anwaltspatent» verwendet), wird der Begriff des Anwaltspatents grundsätzlich zu einem Begriff des Bundesrechts. Die Frage nach dem Rechtscharakter des Anwaltspatents muss somit primär anhand des Bundesrechts ermittelt werden.

[Rz 9] Versucht man den Begriff *vom Wortlaut her* auszulegen, so stösst man in den Materialien auf eine explizite begriffliche Abgrenzung zwischen «Fähigkeitsausweis», «Patent» und «Berufsausübungsbewilligung».<sup>21</sup> Der Begriff des Patents wird dabei zwischen dem blossen Fähigkeitsausweis

<sup>10</sup> Vgl. dazu auch HANS NATER, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N. 13 zu Artikel 3 (mit weiteren Hinweisen).

<sup>11</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

<sup>12</sup> In diesem Sinne auch NATER (Fn. 9), S. 181.

<sup>13</sup> Artikel 68 Absatz 2 ZPO regelt die «berufsmässige Vertretung» im Zivilprozess; Artikel 127 Absatz 5 StPO hält fest, dass die Strafverteidigung grundsätzlich den im Anwaltsregister eingetragenen Personen vorbehalten ist, vorbehalten werden abweichende kantonale Vorschriften nur für das Übertretungsstrafverfahren.

<sup>14</sup> Vgl. dazu KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, S. 30, Rz. 130.

<sup>15</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (ausser Kraft).

<sup>16</sup> Wobei die Grundvoraussetzung von Verfassung wegen ein abgeschlossenes Hochschulstudium sein musste, denn Artikel 33 Absatz 2 betraf die Regulierung der «Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten».

<sup>17</sup> Vgl. SCHILLER (Fn. 14), S. 41, Rz. 175.

<sup>18</sup> Das alte bernische Fürsprecherpatent berechnete ohne weiteres zur Prozessvertretung (vgl. MARTIN STERCHI, Kommentar zum bernischen

Fürsprecher-Gesetz, Bern 1992, S. 12, Rz. 6 zu Art. 3 FÜG).

<sup>19</sup> Vgl. auch RETO JACOBS, St. Galler Kommentar, 2. Aufl., zu Artikel 95 BV, Rz. 10.

<sup>20</sup> Vgl. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: Jean François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich 2003, N. 6 zu Artikel 95 BV; konkret wird dies in der Lehre auch für das BGFA ausdrücklich bejaht, vgl. NATER (Fn. 10), N. 1 zu Artikel 3.

<sup>21</sup> Vgl. Botschaft vom 29. April 1999 zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), BBl 1999 6013 (Botschaft BGFA), S. 6042.

und der Berufsausübungsbewilligung dergestalt angesiedelt, dass es nicht bloss auf Grund der Prüfung fachlicher Kenntnisse, sondern zusätzlich auf der Grundlage persönlicher Voraussetzungen (Zahlungsfähigkeit, guter Ruf) erteilt wird. Klar wird damit, dass es sich bei dem vom Kanton zu erteilenden Anwaltspatent nicht um eine Berufsausübungsbewilligung handeln kann.

[Rz 10] Eine *historische Auslegung* führt demgegenüber dahin, dass es sich beim Anwaltspatent um einen blossen Fähigkeitsausweis handelt. Teile der Materialien zum BGFA legen es nahe, davon auszugehen, dass mit dem BGFA primär nur eine gesamtschweizerische Harmonisierung der Patenterteilung angestrebt wurde, gleichzeitig am Charakter des Fähigkeitsausweises im Sinne von Artikel 33 Absatz 1 aBV aber festgehalten werden sollte. So verweist die noch vor dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung abgefasste Botschaft an verschiedenen Stellen ausdrücklich auf Artikel 33 Absatz 1 aBV.<sup>22</sup>

[Rz 11] Bei einer *Auslegung vom Sinngehalt her* (teleologische Auslegung) kommt man klar zum Schluss, dass das Anwaltspatent aus der Sicht des BGFA den Charakter eines Fähigkeitsausweises hat. Der Anwaltsberuf ist nicht nur traditionell ein wissenschaftlicher Beruf, sondern stellt darüber hinaus sehr hohe Anforderungen an das Können.<sup>23</sup> Dies zeigt sich u.a. in der seit Jahren kontrovers geführten Diskussion darüber, wie gut eine Anwältin bzw. ein Anwalt über den neusten Stand der Lehre und Rechtsprechung (insbesondere auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung) informiert sein muss.<sup>24</sup> Die Kernaufgabe der Anwaltstätigkeit besteht in der Wahrung der Interessen der Klientinnen und Klienten.<sup>25</sup> Fachkompetenz ist einerseits – wie bereits erwähnt – das wichtigste Anliegen der Klientinnen und Klienten und andererseits ist die hohe Fachkompetenz die Voraussetzung für eine hochwertige Anwaltstätigkeit und damit für den Zugang zum Recht.<sup>26</sup> Die Regulierung des Anwaltsberufs ist polizeilich

motiviert und dient in erster Linie dem *Konsumentenschutz*.<sup>27</sup> Dies ergibt sich auch aus der Rechtsgeschichte des Anwaltspatents, das früher primär die Funktion eines Fähigkeitsausweises im Sinne von Artikel 33 Absatz 1 aBV hatte.<sup>28</sup> Mit den minimalen fachlichen Voraussetzungen, die Artikel 7 BGFA an die Erteilung des Anwaltspatents knüpft (Hochschulstudium, Praktikum und Anwaltsprüfung)<sup>29</sup> will der Gesetzgeber sicherstellen, dass im Monopolbereich der Anwaltstätigkeit bestimmte minimale Fähigkeiten gewährleistet sind.

[Rz 12] Letztlich kommt man bei einer *systematischen Auslegung* zwingend zum Schluss, beim Anwaltspatent im Sinne des BGFA handle es sich um einen blossen Fähigkeitsausweis. Das BGFA verknüpft den Begriff des Anwaltspatents explizit nur mit den fachlichen Voraussetzungen (Art. 7 BGFA), nicht aber auch mit den persönlichen Voraussetzungen (Art. 8 BGFA). Dies ist kein gesetzgeberisches Versehen, sondern die Folge der inneren Logik des Gesetzes. Nach der Logik des BGFA sind die Eintragung in das Anwaltsregister einerseits und die Erteilung des Anwaltspatents andererseits zwei verschiedene Rechtsvorgänge, die auseinanderzuhalten sind. Dies ergibt sich schon daraus, dass bei der Anmeldung zur Eintragung ins Register eine Kopie des Anwaltspatents einzureichen ist und Bestandteil der Eintragung im Anwaltsregister bildet (Art. 5 Abs. 2 Bst. b BGFA). Die Trennung von Patenterteilung und Registereintragung ist beispielsweise auch daran zu erkennen, dass der Eintragung ins Register trotz Vorliegens eines Anwaltspatents und Erfüllung der rein personenbezogenen persönlichen Voraussetzungen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a bis c BGFA) die fehlende Unabhängigkeit (Art. 8 Abs. 1 Bst. d BGFA) entgegenstehen kann. Artikel 5 Absatz 2 BGFA unterscheidet systematisch klar erkennbar zwischen dem Anwaltspatent als Nachweis der fachlichen Voraussetzungen und den «Bescheinigungen, welche belegen, dass die Voraussetzungen nach Artikel 8 erfüllt sind» als Nachweis der persönlichen Voraussetzungen. Bereits daraus ergibt sich in Verbindung mit der Tatsache, dass nur Artikel 7 BGFA, nicht aber auch Artikel 8 BGFA im Text das Anwaltspatent erwähnt und eine sachliche Verknüpfung dazu macht, klar, dass das Anwaltspatent nur die fachlichen Voraussetzungen bescheinigt und damit ein Fähigkeitszeugnis darstellt. Wäre das Anwaltspatent ein Patent im Sinne des Begriffs, wie er von der Lehre oft verwendet wird, d.h. im Sinne eines Ausweises, der nicht bloss auf Grund der Prüfung fachlicher Kenntnisse, sondern zusätzlich

<sup>22</sup> Vgl. Botschaft BGFA (Fn. 21), BBl 1999 6013 S. 6042, wo folgendes ausgeführt wird: «Nach Artikel 33 Absatz 2 BV (Art. 95 Abs. 2 nBV) hat der Bund dafür zu sorgen, dass die in einem Kanton erlangten Fähigkeitsausweise in der ganzen Schweiz gültig sind»; auf S. 6016 wird zudem auf BGE 111 Ia 108 verwiesen, in welchem das Bundesgericht die Pflicht des Bundesgesetzgebers zum Erlass von einheitlichen Vorschriften zum Erwerb des «Fähigkeitsausweises» erwähnt.

<sup>23</sup> Dazu ausführlich NATER (Fn. 9), S. 185 f.; vgl. auch PETER MÜNCH/JENS LEHNE, Juristisches Studium an Hochschulen – Anforderungen aus der Sicht der anwaltlichen Praxis, in: Benjamin Schindler/Patrick Sutter (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2007, S. 192 f.

<sup>24</sup> Vgl. dazu z.B. FRANZ WERRO/BETTINA BACHER, Die Sorgfaltspflicht des Anwalts und die Rechtsprechung des Bundesgerichts, recht 2009, S. 133 ff.

<sup>25</sup> Ausführlich SCHILLER (Fn. 14), S. 2 ff., Rz. 6 ff., welcher unter anderem folgendes ausführt (Rz. 6): «Die Wahrung der Klienteninteressen ist für den Anwalt und die Anwältin Raison d'être und oberstes Gebot zugleich: Richtschnur und Massstab jeden anwaltlichen Tuns sind die Interessen des Klienten.»

<sup>26</sup> Vgl. SCHILLER (Fn. 14), S. 41, Rz. 175.

<sup>27</sup> Vgl. SCHILLER (Fn. 14), S. 25 f., insbesondere Rz. 114; vgl. auch Botschaft BGFA (Fn. 21), BBl 1999 6013 S. 6016.

<sup>28</sup> Vgl. dazu oben Ziffer 2.1.

<sup>29</sup> Erstens (Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGFA) ein juristisches Studium, das mit einem Lizentiat oder Master einer schweizerischen Hochschule oder einem gleichwertigen Hochschuldiplom eines Staates abgeschlossen wurde, der mit der Schweiz die gegenseitige Anerkennung vereinbart hat; zweitens (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGFA) ein mindestens einjähriges Praktikum in der Schweiz, das mit einem Examen über die theoretischen und praktischen juristischen Kenntnisse abgeschlossen wurde.

auf der Grundlage persönlicher Voraussetzungen (Zahlungsfähigkeit, guter Ruf) erteilt wird,<sup>30</sup> so würde dies dazu führen, dass einerseits die persönlichen Voraussetzungen hinsichtlich der Registereintragung zweimal geprüft würden (nämlich bei der Patenterteilung und nochmals bei der Eintragung ins Register), was vom Bundesgesetzgeber nicht gewollt ist, und dass andererseits die Kantone bei der Regelung der Patenterteilung gegenüber Artikel 8 BGFA zusätzliche persönliche Voraussetzungen schaffen könnten, was der mit dem BGFA angestrebten Freizügigkeit entgegenstehen würde und damit bundesrechtswidrig wäre.

[Rz 13] Dass es dem Gesetzgeber hinsichtlich des Anwaltspatents nur um die fachlichen Voraussetzungen gehen kann, zeigt sich letztlich auch darin, dass er von Anwältinnen und Anwälten mit Anwaltspatenten der Mitgliedstaaten der EU oder EFTA für die Eintragung in das Anwaltsregister (und damit zur beruflichen Gleichstellung mit den im Register eingetragenen Schweizer Anwältinnen und Anwälten) an Stelle eines schweizerischen Anwaltspatents eine Eignungsprüfung (Art. 31 BGFA) oder ein Gespräch zu den beruflichen Fähigkeiten (Art. 32 BGFA) verlangt (Art. 30 BGFA), also ausschliesslich den Nachweis von fachlichen Voraussetzungen.

### 2.3 Regelungsbefugnisse der Kantone

[Rz 14] Gemäss Artikel 3 Absatz 1 BGFA sind die Kantone befugt, «die Anforderungen für den Erwerb des Anwaltspatentes festzulegen». Diese Regelung wurde erst im Rahmen der parlamentarischen Beratung ins Gesetz aufgenommen.<sup>31</sup> Das Bundesgesetz lässt den Kantonen einzig bei den *fachlichen Voraussetzungen* einen begrenzten Spielraum zur Festlegung der Anforderungen für den Erwerb des Anwaltspatents.<sup>32</sup> Die wenigen Materialien zu dieser Rechtsnorm zeigen klar auf, dass es dem Gesetzgeber nur um eine kantonale Zuständigkeit im Bereich der fachlichen Voraussetzungen

ging.<sup>33</sup> Dies ergibt sich auch aus der Systematik des BGFA.<sup>34</sup> Hinsichtlich der notwendigen Hochschulausbildung schafft Artikel 7 Absatz 2 BGFA einen zusätzlichen Handlungsspielraum für die Kantone mit italienischer Amtssprache. Es handelt sich hier um echte Vorbehalte zu Gunsten der Kantone; ohne die ausdrückliche Regelung im BGFA müsste davon ausgegangen werden, dass der Bundesgesetzgeber das Patent in Artikel 7 BGFA abschliessend geregelt habe.

[Rz 15] Da nach dem Bundesrecht für die Patenterteilung die Kantone zuständig sind und die Patenterteilung Verwaltungshandeln darstellt, sind die Kantone – wie allgemein beim Vollzug von Verwaltungsrecht des Bundes – zudem befugt, das (Verwaltungs-)Verfahren zu regeln. Ihnen steht somit zu, das Verfahren zum Erwerb des Anwaltspatents zu regeln – einschliesslich der Anwaltsprüfung, die bundesrechtlich als solche aber zwingend vorgesehen ist (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGFA).

### 2.4 Zwischenergebnis

[Rz 16] Das Anwaltspatent ist unter dem geltenden Recht ein *Rechtsinstitut des Bundesrechts*, welches vom Bundesrecht auch weitgehend geregelt wird. Die Kantone können nur das Verfahren sowie im Rahmen von Artikel 7 BGFA die fachlichen Voraussetzungen zur Erteilung des Patents detailliert festlegen. Das Anwaltspatent hat aus der Sicht des Bundesrechts (BGFA) *ausschliesslich den Charakter eines Fähigkeitsausweises*. Daraus folgt, dass ein Anspruch auf Erteilung des Anwaltspatents besteht, wenn die betreffende Person alle vom kantonalen Recht in Präzisierung von Artikel 7 BGFA festgelegten fachlichen Anforderungen erfüllt.

## 3. Bundesrechtlich unzulässiger Patententzug

### 3.1 Fehlende Rechtsgrundlage im BGFA

[Rz 17] Das (kantonale) Anwaltspatent ist – wie erwähnt – ein

<sup>30</sup> Vgl. Botschaft BGFA (Fn. 21), BBl 1999 6013 S. 6042, wo folgendes ausgeführt wird: «Das «Patent» dagegen wird nach Prüfung der fachlichen Kenntnisse und gewisser persönlicher Voraussetzungen (guter Ruf, Zahlungsfähigkeit usw.) erteilt.»

<sup>31</sup> AmtlBull SR 1999, 1163 f.

<sup>32</sup> In diesem Sinne auch SCHILLER (Fn. 14), S. 38 f., Rz. 163; falsch bei NATER (Fn. 10), N. 3 zu Artikel 3.

<sup>33</sup> Kommissionssprecherin Françoise Saudan führte im Ständerat dazu folgendes aus (AmtlBull SR 1999, 1163 f.): «A l'article 2<sup>bis</sup>, il s'agit de clarifier la situation entre le présent projet et les législations cantonales, en particulier les compétences cantonales *en matière d'exigences de formation*. Les cantons doivent prévoir une formation conforme aux exigences fédérales, afin d'éviter toute inégalité de traitement pour leurs ressortissants, mais ils peuvent également prévoir des exigences supplémentaires, voire des exigences inférieures, à celles prévues par l'inscription au registre. L'alinéa 1er garantit les possibilités de formation cantonale donnant accès à la libre circulation, sans empêcher le canton d'aller au-delà des exigences fédérales, mais en aucun cas en deçà. L'alinéa 2 permet de garantir aux personnes bénéficiant d'une filière particulière de formation dans un canton le droit de représenter les parties devant les tribunaux du canton concerné, mais ne leur donne pas accès à la libre circulation, comme c'est le cas, par exemple, des agents d'affaires dans le canton de Vaud.»

<sup>34</sup> Vgl. dazu die systematische Auslegung, oben Ziffer 2.2.

bundesrechtliches Institut und deshalb grundsätzlich durch Bundesrecht zu regeln. Das BGFA erwähnt nur die Erteilung des Anwaltspatents (Art. 7 Abs. 1 BGFA), nicht aber den Entzug desselben. Es stellt sich somit die Frage, ob eine Gesetzeslücke oder ob ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt.

[Rz 18] Der Bundesgesetzgeber war sich des Problems sehr wohl bewusst, das er dadurch schaffte, dass neben den im Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte noch weitere berufstätige Personen den Anwaltstitel tragen können. Er hat deshalb in Artikel 11 Absatz 2 BGFA die Pflicht der im Register eingetragenen Anwältinnen und Anwälte verankert, im Geschäftsverkehr *auf den Registereintrag hinzuweisen*. Dieser Hinweis dient dem Schutz des Publikums bzw. potentieller Klientinnen und Klienten.<sup>35</sup> Die eingetragenen Anwältinnen und Anwälte sollen im Geschäftsverkehr signalisieren, dass sie den Berufsregeln des Anwaltsgesetzes, insbesondere den strengen Vorschriften über die Unabhängigkeit, unterstehen.<sup>36</sup> «Diese Regelung soll verhindern, dass sich Rechtssuchende in Unkenntnis der tatsächlichen Gegebenheiten Anwälten anvertrauen, die zwar über ein Anwaltspatent verfügen (und folglich den Anwaltstitel führen dürfen), jedoch nicht den Berufsregeln des Gesetzes unterstehen.»<sup>37</sup>

[Rz 19] Der Gesetzgeber hat auch an den Schutz potenzieller Klientinnen und Klienten im Falle eines disziplinarischen Berufsausübungsverbots gedacht. Die verhängten und nicht gelöschten Disziplinar massnahmen müssen im Anwaltsregister aufgeführt werden (Art. 5 Abs. 1 Bst. e BGFA). Befristete oder dauernde disziplinarische Berufsausübungsverbote (Art. 17 Abs. 1 Bst. d und e BGFA) sowie vorsorglich verhängte Berufsausübungsverbote (Art. 17 Abs. 3 BGFA) führen grundsätzlich nicht zur Löschung der Eintragung im Register, sondern werden – wie alle anderen Disziplinar massnahmen – im Register aufgeführt.<sup>38</sup> Ein befristetes Berufsausübungsverbot wird erst zehn Jahre nach seiner Aufhebung aus dem Register gelöscht. Gemäss Artikel 10 Absatz 2 BGFA hat jede Person ein Recht auf Auskunft, ob eine Anwältin oder ein Anwalt im Register eingetragen ist und ob gegen sie oder ihn ein Berufsausübungsverbot verhängt ist. Nach der hier vertretenen Auffassung lässt es der Wortlaut von Artikel 10 Absatz 2 BGFA zu, auch nach Ablauf eines befristeten Berufsausübungsverbots bei Anfrage über dieses zu informieren.<sup>39</sup> Der

betreffende Anwalt könnte sich der Eintragung des Berufsausübungsverbots im Register nur durch freiwillige Löschung seines Registereintrags entziehen.

[Rz 20] Aus den vorstehenden Ausführungen erhellt sich, dass sich der Bundesgesetzgeber der nun von der KKJPD in ihrem Schreiben aufgezeigten Problematik sehr wohl bewusst war und dafür eine gesetzgeberische Lösung gewählt hat. Hinsichtlich der Frage des Entzugs des Anwaltspatents liegt somit ein *qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers* vor. Wenn das BGFA nur die Erteilung, nicht aber auch den Entzug des Anwaltspatents regelt, so ist dies vom Bundesgesetzgeber so gewollt und bedeutet, dass der Entzug des Patents nicht möglich bzw. von Bundesrechts wegen nicht zulässig ist.

### 3.2 Fehlende Rechtsetzungszuständigkeit der Kantone

[Rz 21] Angesichts der Tatsache, dass die Regelung der Anwaltstätigkeit eine konkurrierende Rechtsetzungskompetenz darstellt,<sup>40</sup> sind die Kantone nur insoweit zur Regelung befugt, als der Bund entweder auf eine Regelung verzichtet oder im Bundesrecht einen ausdrücklichen Vorbehalt zu Gunsten der kantonalen Zuständigkeit anbringt. Hinsichtlich der Regelungskompetenz der Kantone im Bereich des materiellen Rechts zum Anwaltspatent sind die Vorbehalte in Artikel 3 Absatz 1 und in Artikel 7 Absatz 2 BGFA abschliessend. Eine kantonale Regelung betreffend den Entzug des Anwaltspatents liesse sich auch nicht auf die allgemeine kantonale Zuständigkeit zur Regelung des Verwaltungsverfahrens abstützen, da sie materiellrechtlicher und nicht verfahrensrechtlicher Natur ist. Mithin sind *die Kantone gar nicht befugt, den Patententzug zu regeln*.

### 3.3 Systemwidrigkeit

[Rz 22] Beim Anwaltspatent handelt es sich um einen *Fähigkeitsausweis*.<sup>41</sup> Ein Fähigkeitsausweis bestätigt theoretisches und praktisches Fachwissen<sup>42</sup> und bescheinigt, dass eine bestimmte Person auf der Grundlage dieses Fachwissens die fachlichen Voraussetzungen zur Ausübung eines bestimmten Berufes – hier des Anwaltsberufes – haben sollte. Das Dahinfallen von persönlichen Voraussetzungen zur Berufsausübung ist in aller Regel ohne Zusammenhang zur beruflichen Befähigung. So stellt die im auslösenden Fall massgebliche Verurteilung wegen schwerer Vermögensdelikte die beruflichen Fähigkeiten des betreffenden Anwalts nicht zwangsläufig in Frage. Einen Fähigkeitsausweis wegen

<sup>35</sup> Vgl. ERNST STAHELIN/CHRISTIAN OETIKER, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N. 5 ff zu Artikel 11.

<sup>36</sup> Vgl. STAHELIN/OETIKER (Fn. 35), N. 7 zu Artikel 11.

<sup>37</sup> STAHELIN/OETIKER (Fn. 35), N. 7 zu Artikel 11.

<sup>38</sup> Vgl. ERNST STAHELIN/CHRISTIAN OETIKER, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N. 8 zu Artikel 10.

<sup>39</sup> Der folgende Abschnitt in den Materialien (Botschaft BGFA [Fn. 21], BBl 1999 6013 S. 6052) steht dem bei richtiger Auslegung nicht entgegen, weil er sich nur auf vorsorgliche, nicht auf rechtskräftig ausgesprochene Berufsausübungsverbote bezieht: «Ein Berufsausübungsverbot muss

im Zeitpunkt der Antwort allerdings wirksam sein; ein früher ergangenes provisorisches Verbot darf nicht mitgeteilt werden.»

<sup>40</sup> Vgl. oben Ziffer 2.2.

<sup>41</sup> Vgl. oben Ziffer 2.2 und 2.4.

<sup>42</sup> Vgl. Botschaft BGFA (Fn. 21), BBl 1999 6013 S. 6042.

straf- oder disziplinarrechtlicher Vergehen zu entziehen ist sachfremd und stellt eine Systemwidrigkeit dar, die gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV) verstösst.<sup>43</sup> Eine kantonale Regelung, die den Patententzug vorsieht, ist schon alleine aus diesem Grund bundesrechtswidrig.

[Rz 23] Es stellt sich allerdings die Frage, ob das BGFA hinsichtlich eines möglichen Entzugs des Anwaltspatents nicht doch eine Lücke aufweist. Es ist – in ganz seltenen Fällen – nämlich denkbar, dass eine der minimalen Voraussetzungen zur Erteilung des Anwaltspatents (Art. 7 BGFA) nach erfolgter Patenterteilung wegfällt. So ist etwa denkbar, dass der Mastertitel von der Universität wegen Plagiats in der Masterarbeit entzogen wird,<sup>44</sup> dass sich die Praktikumsbestätigung als gefälscht herausstellt oder dass nachträglich auskommt, dass die Anwältin oder der Anwalt sich im Examen unredlich verhalten hat. In diesen Fällen müsste es möglich sein, das Anwaltspatent zu entziehen. Dies ist nicht nur systemkonform, sondern eigentlich sogar systemimmanent, d.h. von der Systemlogik her zwingend erforderlich. Grundsätzlich wäre deshalb wünschenswert, dass das BGFA diesen Fall regeln würde. Notwendig ist es allerdings nicht. Da es sich bei der Patenterteilung um ein Verwaltungsverfahren handelt, stellt ein Wegfall einer Voraussetzung für den Erwerb des Anwaltspatents durch die nachträgliche Aufdeckung einer der erwähnten deliktischen Handlungen immer einen Revisionsgrund dar. Die zuständige kantonale Behörde kann in solchen Fällen somit den Entscheid über die Erteilung des Anwaltspatents auch ohne ausdrückliche Grundlage im Anwaltsrecht des Bundes oder des Kantons direkt gestützt auf prozessrechtliche Vorschriften einer Revision unterziehen und die Erteilung des Patents nachträglich verweigern (nicht aber das Patent entziehen, weil eine Revision die Wiederholung des originären Patenterteilungsverfahrens darstellt). Hilfreich kann in diesem Zusammenhang eine Regelung im kantonalen Anwaltsrecht sein, welche – ähnlich wie dies das Hochschulrecht für die Hochschulabschlüsse tut – festlegt, dass die Anwaltsprüfung nicht bestanden hat, «wer eine Prüfungsnote durch Täuschung, namentlich durch Verwendung nicht zulässiger Hilfsmittel, beeinflusst oder zu beeinflussen versucht».<sup>45</sup>

### 3.4 Zwischenergebnis

[Rz 24] Eine Regelung des Entzugs des Anwaltspatents im kantonalen Recht ist in verschiedener Hinsicht bundesrechtswidrig: Die Kantone sind zur Regelung dieser Mate-

rie gar nicht befugt und eine Regelung verstösst gegen das BGFA wie auch gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV).

## 4. Der Patententzug im Lichte der Verhältnismässigkeit

[Rz 25] Verwaltungshandeln hat grundsätzlich verhältnismässig zu sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Der Entzug des Anwaltspatents stellt zudem einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) dar, dies selbst dann, wenn das Verbot, den Anwaltstitel zu tragen und im Rahmen der Berufsausübung zu verwenden, die einzige Folge des Patententzugs ist. Damit muss ein Entzug des Anwaltspatents aber den Anforderungen des Grundrechtseingriffs (Art. 36 BV) genügen. Bei der von der KKJPD vorgeschlagenen – wie oben erwähnt aber bundesrechtswidrigen – Schaffung einer entsprechenden Gesetzesbestimmung im kantonalen Recht wäre das Erfordernis der genügenden gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) erfüllt. Auch vom Bestehen eines öffentlichen Interesses an einem Patententzug bzw. eines entsprechenden privaten Schutzinteresses der potenziellen Klientenschaft könnte wohl ausgegangen werden (Art. 36 Abs. 2 BV). Zusätzlich müsste der Patententzug auch dem Gebot der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) genügen und somit geeignet, erforderlich (notwendig) und zudem im engeren Sinne verhältnismässig (zumutbar) sein.<sup>46</sup>

[Rz 26] Es muss in Frage gestellt werden, ob ein Entzug des Anwaltspatents, welcher parallel zu einem angeordneten disziplinarischen Berufsausübungsverbot verfügt wird, *geeignet* wäre, den vom SAV und von der KKJPD angestrebten zusätzlichen Schutz für potentielle Klientinnen und Klienten herbeizuführen. Mit dem Wegfall der Berechtigung zum Tragen des Anwaltstitels wird das Potenzial zur Täuschung des Publikums über die persönlichen Voraussetzungen zweifellos herabgesetzt. Bei Anwältinnen und Anwälten, die einen Fachanwaltstitel des SAV tragen, wäre allerdings zum Erreichen der Schutzwirkung zusätzlich erforderlich, dass der Vorstand des SAV – wie in den reglementarischen Bestimmungen zu dem vom Verband verliehenen Titel vorgesehen<sup>47</sup> – der betreffenden Person den Titel entzieht oder vorläufig diese im Recht zur Führung des Titels einstellt. Angesichts der verbandsinternen Rekursmöglichkeit und der Tatsache, dass ein solches Verbot nur auf dem Zivilrechtsweg (Klage auf Unterlassung der Verwendung des Fachanwaltstitels) durchgesetzt werden kann, bestünde ausgerechnet in den Fachanwaltstiteln des SAV ein gewisses Potenzial, einen staatlichen Patententzug von seiner Wirkung her zu unterlaufen. Der Entzug des Anwaltspatents hätte zudem eine Reflexwirkung hinsichtlich des Berufsausübungsverbots des BGFA: Wenn das (kantonale) Anwaltspatent wegfällt, fällt gleichzeitig die

<sup>43</sup> Willkür liegt in der Rechtsetzung dann vor, wenn sich die Regelung nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist; vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, Bern 2007, Artikel 9, N. 7.

<sup>44</sup> Siehe z.B. Artikel 4 Absatz 4 des bernischen Gesetzes über die Universität (UniG) vom 5. September 1996, BSG 436.11.

<sup>45</sup> Vgl. Artikel 19 Absatz 1 der bernischen Verordnung über die Anwaltsprüfung (VAP) vom 25. Oktober 2006, BSG 168.221.1.

<sup>46</sup> Vgl. statt vieler BIAGGINI (Fn. 43), Artikel 36, N. 23.

<sup>47</sup> Vgl. § 19 Reglement Fachanwalt SAV.

Voraussetzung für die Registereintragung (Art. 5 Abs. 2 Bst. b und Art. 7 BGFA) weg. Dies hat zur Folge, dass die zuständige kantonale Behörde den Registereintrag von Amtes wegen löschen muss (Art. 9 BGFA). Damit fällt aber die vom Bundesgesetzgeber gewollte Transparenz über bestehende disziplinarische Berufsausübungsverbote dahin, die dadurch erreicht wird, dass die Registereintragung bestehen bleibt und das Berufsausübungsverbot im Register verzeichnet (Art. 5 Abs. 2 Bst. e BGFA) und auf Anfrage bekanntgegeben wird (Art. 10 Abs. 2 BGFA). Es muss daher bezweifelt werden, ob ein Entzug des Anwaltspatents den Schutz potenzieller Klientinnen und Klienten besser zu verwirklichen mag als das vom Bundesgesetzgeber gewählte heutige System.

[Rz 27] Die *Notwendigkeit* der Möglichkeit des Patententzugs muss ebenfalls verneint werden. Die vom Bundesgesetzgeber gewählte Lösung gewährleistet – wie bereits dargestellt<sup>48</sup> – den Schutz des Publikums in genügender Weise. Dabei ist mit zu berücksichtigen, dass die Verhängung eines disziplinarischen Berufsausübungsverbots durch die zuständige kantonale Behörde in aller Regel zusätzlich auch Auswirkungen auf den verbandsrechtlichen Status von Anwältinnen und Anwälten hat und allenfalls zum Ausschluss aus einem kantonalen Anwaltsverband und damit aus dem SAV führt. Eine Anwältin oder ein Anwalt, die bzw. der derart ausgeschlossen ist, ist auch über die vom SAV eingerichtete Anwaltssuche<sup>49</sup> nicht mehr auffindbar, was die Akquisition von Klientinnen und Klienten einschränkt und diese schützt.

[Rz 28] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die von der KKJPD vorgeschlagene Möglichkeit eines Entzugs des Anwaltspatents parallel zu einem disziplinarischen Berufsausübungsverbot im Lichte des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zumindest fragwürdig erscheint.

## 5. Alternative Handlungsoptionen

### 5.1 De lege lata: Berufsverbot als Massnahme des Strafrechts

[Rz 29] Artikel 67 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB)<sup>50</sup> sieht seit der Revision des Allgemeinen Teils (AT) vor, dass das Gericht zusätzlich zur Strafe als Massnahme die betreffende oder vergleichbare Tätigkeiten für sechs Monate bis zu fünf Jahren ganz oder teilweise verbieten kann, wenn jemand in Ausübung eines Berufes, Gewerbes oder Handelsgeschäftes ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, für das er zu einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten oder einer Geldstrafe von über 180 Tagessätzen verurteilt worden ist. Voraussetzung ist, dass die Gefahr eines weite-

ren Missbrauchs besteht.<sup>51</sup> Die strafrechtliche Massnahme des Berufsausübungsverbots kann auch weiterhin gegen selbstständigerwerbende Personen und auch bei bewilligungspflichtigen Berufen – demzufolge auch bei Anwältinnen und Anwälten – verhängt werden.<sup>52</sup> Somit kann in Fällen, in welchen Anwältinnen und Anwälte wegen Straftaten, die sie im Rahmen der Berufsausübung begehen, zur erforderlichen Minimalstrafe verurteilt werden, vom Strafgericht zusätzlich ein Berufsausübungsverbot verhängt werden, wenn befürchtet werden muss, die Anwältin oder der Anwalt könnte seine Berufstätigkeit auch künftig deliktisch missbrauchen. Das strafrechtliche Berufsausübungsverbot muss sich nicht nur auf die forensische Tätigkeit beziehen, sondern kann die gesamte anwaltliche Tätigkeit umfassen.<sup>53</sup>

[Rz 30] Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob in Fällen, in welchen Anwältinnen oder Anwälte wegen strafbarer Handlung im Rahmen der Berufstätigkeit zu entsprechend hohen Freiheits- oder Geldstrafen verurteilt werden, das Strafgericht nicht immer ein Berufsverbot nach Artikel 67 StGB anordnen müsste. Die Eintragung ins Anwaltsregister setzt nämlich voraus, dass keine strafrechtlichen Verurteilungen wegen Handlungen vorliegen, die mit dem Anwaltsberuf nicht vereinbar sind, es sei denn, diese Verurteilung erscheine nicht mehr im Strafregisterauszug für Privatpersonen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b BGFA<sup>54</sup>). Mit der rechtskräftigen Verurteilung wegen Delikten, die in Ausübung der Anwaltstätigkeit begangen wurden, ist diese Voraussetzung nicht mehr erfüllt. Artikel 9 BGFA fordert aber die Löschung aus dem Anwaltsregister von Amtes wegen, wenn die persönlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind.<sup>55</sup> Bei konsequenter Anwendung von Artikel 9 BGFA stellt sich somit eigentlich trotz der bestehenden *Überschneidung von strafrechtlich relevantem und gegen die Berufspflichten verstossendem Handeln* in ein und derselben Tathandlung<sup>56</sup> die Frage eines disziplinarischen Berufsausübungsverbots als Folge des deliktischen Handelns gar nicht mehr, weil mit der Löschung aus dem Register die Möglichkeit des disziplinarischen Berufsausübungsverbots wegfällt. Der Gesetzgeber hat es unterlassen, diese Überschneidung zu regeln, und die erhoffte Klärung durch die Praxis<sup>57</sup> hat bisher nicht stattgefunden. Es stellt sich daher auch die Frage, ob in dem Fall, der das Schreiben der KKJPD an die Kanto-

<sup>48</sup> Vgl. oben Ziffer 3.1.

<sup>49</sup> Anwaltssuche auf [swisslawyer.com](http://swisslawyer.com) (SAV).

<sup>50</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

<sup>51</sup> Vgl. GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Handkommentar StGB, 2. Aufl., Bern 2009, Artikel 67, N. 4; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998 (Botschaft AT StGB), BBl 1999 1979, S. 2105.

<sup>52</sup> Vgl. Botschaft AT StGB (Fn. 51), BBl 1999 1979, S. 2105.

<sup>53</sup> Vgl. Botschaft AT StGB (Fn. 51), BBl 1999 1979, S. 2105; STRATENWERTH/WOHLERS (Fn. 51), Artikel 67, N. 5.

<sup>54</sup> Fassung vom 23. Juni 2006 (neuer AT StGB), in Kraft seit 1. Januar 2007.

<sup>55</sup> Vgl. TOMAS POLEDNA, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N. 20 zu Artikel 17.

<sup>56</sup> Vgl. POLEDNA (Fn. 55), N. 21 zu Artikel 17.

<sup>57</sup> Vgl. POLEDNA (Fn. 55), N. 21 zu Artikel 17.

ne ausgelöst hat,<sup>58</sup> die Aufsichtscommission nicht hätte eine Löschung aus dem Register statt eines Berufsausübungsverbots anordnen müssen.

## 5.2 De lege ferenda: Regelung zur Verwendung des Anwaltstitels

[Rz 31] Aus Artikel 11 Absatz 1 BGFA darf geschlossen werden, dass die Regelung des Berufstitels, den Anwältinnen und Anwälte gestützt auf die Erteilung des Anwaltspatents tragen dürfen, vollständig den Kantonen überlassen wird. Mithin sind sie auch berechtigt, die Verwendung des Anwaltstitels über den Anwendungsbereich des BGFA hinaus zu regeln, vorausgesetzt der Anwendungsbereich des kantonalen Anwaltsgesetzes sei nicht – wie beispielsweise im Kanton Zug<sup>59</sup> – auf den Geltungsbereich des BGFA eingeschränkt bzw. mit diesem identisch. Es steht den Kantonen grundsätzlich frei, in ihrer Anwaltsgesetzgebung festzuhalten, dass ein vom betreffenden Kanton mit der Patenterteilung verliehener Anwaltstitel während der Dauer eines disziplinarischen Berufsausübungsverbots im Sinne vom Artikel 17 Absatz 1 Buchstaben d und e BGFA bei der beruflichen Tätigkeit nicht verwendet werden darf, dies auch für Anwaltstätigkeiten nicht, die nicht in den Geltungsbereich des BGFA fallen. Anstelle eines *gesetzlichen Verwendungsverbots für den Anwaltstitel* können die Kantone auch vorsehen, dass die zuständige Aufsichtsbehörde die Titelverwendung bei Anordnung eines disziplinarischen Berufsausübungsverbot zusätzlich untersagen kann, wenn die Gefahr besteht, dass der Titel missbraucht wird (*Titelentzug*).

[Rz 32] Wenn ein Kanton somit – wie der SAV und die KKJPD – einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf sieht, so kann er dem Anliegen nach verstärktem Schutz der potentiellen Klientinnen und Klienten statt mit der Regelung des rechtlich problematischen Patententzugs mit einer Regelung zur Titelverwendung Rechnung tragen.

[Rz 33] Dass die vorgeschlagene Lösung in der Variante der Anordnung eines Titelverbots bei der Umsetzung auf Schwierigkeiten stossen wird, ist leicht erkennbar. Da für die Anordnung eines Berufsausübungsverbots oder die Löschung aus dem Anwaltsregister stets die Aufsichtsbehörde am hauptsächlichen Geschäftssitz der Anwältin bzw. des Anwalts zuständig ist,<sup>60</sup> für den Titelentzug aber die zuständige Behörde des Kantons, der den Titel verliehen hat, wird die Behörde, welche das Berufsausübungsverbot anordnet, bei der für die Titelverleihung zuständigen Behörde unter Zustellung der Akten Anzeige erheben müssen. Dies ist umständlich. Zudem kann bei einem befristeten Berufsausübungsverbot mit-

tels Ausschöpfung der Rechtsmittel gegen den Titelentzug faktisch verhindert werden, dass dieser während der Dauer des Berufsausübungsverbots zur Anwendung gelangt.<sup>61</sup> Die Variante eines *gesetzlichen Verwendungsverbots für den Anwaltstitel* kommt nur dann voll zum Tragen, wenn alle Kantone eine solche Regelung haben. Andernfalls schafft sie primär rechtsungleiche Verhältnisse. Mithin wäre eigentlich eine *Lösung im Bundesrecht anzustreben*. Der Bund wäre zur Regelung gestützt auf Artikel 95 BV zweifellos befugt. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte deshalb Artikel 11 BGFA mit einem dritten Absatz ergänzt werden, der folgenden Regelungsinhalt hat: «Die Aufsichtsbehörde kann der Anwältin oder dem Anwalt die Führung der Berufsbezeichnung nach Absatz 1 untersagen: a. während der Dauer eines befristeten oder unbefristeten Berufsverbots; b. bei der Löschung des Registereintrags wegen fehlender persönlicher Voraussetzung gemäss Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b». Gleichzeitig müsste allenfalls der Geltungsbereich des Gesetzes beschränkt auf Artikel 11 BGFA erweitert und Artikel 2 BGFA entsprechend geändert werden.

## 6. Zur Frage der Einheit der Materie

[Rz 34] Die KKJPD empfiehlt den kantonalen Justizdirektoren und Justizdirektoren, die gesetzliche Grundlage für den Entzug des Anwaltspatents in den Einführungsgesetzen zur neuen ZPO und StPO zu schaffen.<sup>62</sup> Gesetzgebungstechnisch würde man wohl in der Gesetzesvorlage eines der Einführungsgesetze eine indirekte Änderung (Fremdänderung) des Anwaltsgesetzes aufnehmen. Die vorgeschlagene Änderung des Anwaltsrechts verschwindet so irgendwo in den teilweise recht umfangreichen Gesetzeswerken zur Einführung der neuen ZPO und StPO.

[Rz 35] Rechtserlasse, die der obligatorischen oder fakultativen Volksabstimmung unterliegen, müssen dem *Grundsatz der Einheit der Materie* genügen.<sup>63</sup> Das Prinzip der Einheit der Materie wird unmittelbar aus dem bundesverfassungsrechtlichen Anspruch auf unverfälschte Willenskundgabe (Art. 34 Abs. 2 BV) abgeleitet.<sup>64</sup> Der Grundsatz besagt, dass eine Vorlage grundsätzlich nur einen Sachbereich zum

<sup>58</sup> Vgl. oben Ziffer 3.

<sup>59</sup> Vgl. § 1 i.V.m. § 2 Absatz 1 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (EG BFA) vom 25. April 2002, BGS 163.1.

<sup>60</sup> Vgl. STAHELIN/OETIKER (Fn. 35), N. 5 ff zu Artikel 11.

<sup>61</sup> Gemäss Artikel 17 Absatz 1 Buchstabe d BGFA darf ein befristetes Berufsausübungsverbot höchstens für zwei Jahre ausgesprochen werden. Gegen einen Titelentzug bestünde auf der Grundlage der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) die Möglichkeit des Weiterzugs an mindestens eine kantonale Gerichtsbehörde. Wenn das Rechtsmittelverfahren am Ende des Berufsausübungsverbots noch hängig wäre, müsste die Rechtsmittelinstanz das Verfahren durch Abschreibung wegen dahingefallenen Rechtsschutzinteresses beenden.

<sup>62</sup> Schreiben der KKJPD vom 10. Juli 2009 (Fn. 3), S. 1 ganz unten.

<sup>63</sup> Vgl. GEORG MÜLLER, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Zürich 2006, Rz. 101, S. 69.

<sup>64</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 43), Artikel 34, N. 22; MÜLLER (Fn. 63), Rz. 101, S. 69; PIERRE TSCHANNEN, Stimmrecht und politische Verständigung, Basel/Frankfurt a.M. 1995, Rz. 211 ff., S. 128.

Gegenstand haben darf und zwei oder mehrere Sachfragen und Materien, die keinen innern sachlichen Zusammenhang aufweisen, nicht zu einer einzigen Abstimmungsfrage eingebunden werden dürfen.<sup>65</sup> AUBERT hat den Grundsatz der Einheit der Materie – für die strenge Praxis bei Initiativen – sehr anschaulich beschrieben: Eine Initiative verletzt die Einheit der Materie, «quand elle contient au moins deux points, et qu'un citoyen peut vouloir l'un sans vouloir l'autre, et vouloir l'autre sans vouloir le premier».<sup>66</sup>

[Rz 36] Die Regulierung des Anwaltsberufs hat mit dem Zivil- und Strafprozess insofern etwas zu tun, als das Prozessrecht die Frage der Prozessvertretung – und damit inhärent das Anwaltsmonopol – sowie die amtliche Mandatsübernahme regelt. Grundsätzlich gehört die Regulierung des Anwaltsberufs aber zum Wirtschaftsverwaltungsrecht<sup>67</sup> und nicht zum Prozessrecht. Die Frage des Entzugs des Anwaltspatents (im Übrigen auch die Frage der Titelverwendung<sup>68</sup>) steht in keinem erkennbaren oder sachlogischen Zusammenhang mit der neuen ZPO oder der neuen StPO. Weder ZPO noch StPO enthalten indirekte Änderungen des BGFA; das neue Bundesprozessrecht kann somit ohne Änderung des Anwaltsrechts eingeführt werden. Wenn die Frage des Patententzugs in einer Gesetzesvorlage zur Einführung von ZPO oder StPO neu geregelt wird, so verstösst dies gegen den Grundsatz der Einheit der Materie.

## 7. Schluss

[Rz 37] Die Empfehlung der KKJPD an die Kantone, ihre kantonalen Rechtsgrundlagen zu überprüfen und allfällige Lücken im Bereich des Entzugs des Anwaltspatentes zu schliessen,<sup>69</sup> ist geprägt durch den heutigen Zeitgeist und die damit verbundene Tendenz zu gesetzgeberischem Aktionismus als Folge von Einzelfällen und zu symbolischer Gesetzgebung. Sie ist auch Ausdruck der heute grassierenden Absicherungsmentalität und der Tendenz zur Exklusion, d.h. zum gesellschaftlichen Ausschluss von Personen, die sich nicht entsprechend den Normen verhalten. In rechtlicher Hinsicht ist die Empfehlung der KKJPD – wie aufgezeigt werden konnte – in mehrfacher Hinsicht bundesrechtswidrig und zudem hinsichtlich des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes höchst problematisch. Den Kantonen muss deshalb ernsthaft davon abgeraten werden, der Empfehlung der KKJPD zu folgen. Soweit ein zusätzlicher Schutz der potenziellen

Klientinnen und Klienten während eines disziplinarischen Berufsausübungsverbots als geboten erscheint, bieten sich hierfür legale Alternativen an.<sup>70</sup> Sachgerecht wäre allenfalls eine bundesrechtliche Lösung.

---

Mag. rer. publ. Daniel Kettiger ist Rechtsanwalt und Berater in Bern. Er befasst sich seit längerer Zeit mit Fragen der Justizorganisation und der Umsetzung des neuen gesamtschweizerischen Prozessrechts in den Kantonen.

---

\* \* \*

---

<sup>65</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 43), Artikel 34, N. 22, mit Hinweisen; ausführlich zur Einheit der Materie TSCHANNEN (Fn. 64), Rz. 211 ff. S. 128 ff.

<sup>66</sup> Zitiert nach STEFAN WIDMER, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Zürich 1989, S. 98 f.

<sup>67</sup> Das BGFA stützt sich – wie erwähnt – auf Artikel 95 BV, die neuen Prozessgesetze auf Artikel 122 und 123 BV; das BGFA wurde zudem in der Systematischen Sammlung (SR) des Bundesrechts unter das Wirtschaftsverwaltungsrecht eingereiht.

<sup>68</sup> Vgl. oben Ziffer 5.2.

<sup>69</sup> Schreiben der KKJPD vom 10. Juli 2009 (Fn. 3), S. 2.

<sup>70</sup> Vgl. oben Ziffer 5.