

Walter Fellmann\* und Paul Richli\*\*

## Zulässigkeit von kantonalen Vorschriften über die Erteilung und den Entzug des Anwaltspatents

**Stichworte :** Patentenzug, BGFA, Berufsrecht, Titelführung

### Die Meinung des SAV

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) will sich nicht damit abfinden, dass einschlägig vorbestrafte Personen mit Anwaltspatent gegen aussen weiterhin als Anwalt in Erscheinung treten dürfen. Den dem nachstehenden Gutachten zugrunde liegenden Sachverhalt, wonach kantonale Behörden sich ausser Stande sehen, einen Entzug des Patentes mangels gesetzlicher Grundlage zu prüfen, erachtet der SAV als stossend. Dementsprechend wirkt der Schweizerische Anwaltsverband in Zusammenarbeit mit den kantonalen Verbänden und unter Hinweis auf das untenstehende Gutachten darauf hin, dass im Rahmen der Anpassung der kantonalen Gesetze an die CH-ZPO und CH-StPO die Kantone eine ausdrückliche Regelung des Patententzugs vorsehen. Der Rechtsuchende, welchen es vor «kriminellen» Beratern zu schützen gilt, wird es zu verdanken wissen.

Der Vorstand übersieht nicht, dass die vom SAV beauftragten Experten zutreffend zum Schluss kommen, dass ein Patentenzug auch ohne ausdrückliche kantonale Regelung möglich wäre, weil eine Polizeibewilligung jederzeit entzogen werden kann. Eine ausdrückliche Regelung empfiehlt sich aber sehr. Dem Schweizerischen Anwaltsverband liegen schriftliche Stellungnahmen der Aufsichtsbehörden von BS und TI vor, die glauben, dass sie das Patent ohne ausdrückliche kantonale Grundlagen nicht entziehen können (wollen?). Hier gilt es, Klarheit in den kantonalen Gesetzen zu schaffen.

Der Vorstand

### L'opinion de la FSA

La Fédération Suisse des Avocats (FSA) n'entend pas se soumettre au fait que des personnes titulaires du brevet d'avocat puissent, après avoir été condamnées pour des infractions graves, poursuivre des activités d'avocat et agir sous ce titre face au public. Les faits décrits dans l'avis de droit sous-mentionné et d'après lesquels certaines autorités cantonales se considèrent incompétentes pour ordonner un retrait du brevet (en raison d'une base légale insuffisante) sont pour la FSA choquants. En tenant compte des conclusions de cet avis de droit, la FSA et les Ordres cantonaux font pression pour que les cantons mettent en place une réglementation explicite en matière de retrait du brevet, et ce simultanément à la phase d'adaptation des lois cantonales aux nouveaux CPC et CPP. Il en va de l'intérêt du justiciable qui doit être protégé de conseillers juridiques «criminels».

Le Conseil observe par ailleurs que les experts mandatés par la FSA arrivent à la conclusion qu'un retrait du brevet serait même possible en l'absence d'une réglementation cantonale explicite en la matière, dès lors que le brevet constitue une autorisation de police et que celle-ci peut par définition être retirée en tout temps. Une réglementation explicite est toutefois fort souhaitable. La FSA a en effet pris connaissance de positions écrites rendues par les autorités de surveillance de BS et du TI qui considèrent qu'elles ne peuvent (ou ne veulent?) pas retirer un brevet sans base légale explicite. Il convient dès lors de supprimer toute ambiguïté avec une législation cantonale claire.

Berne, le 21 octobre 2009

Le Conseil

Droit des cantons d'édicter des normes permettant de retirer un brevet d'avocat

### Résumé et conclusions de l'avis de droit des Prof. Walter Fellmann et Paul Richli du 14 octobre 2009

La LLCA doit être rattachée à l'art. 95 al. 1<sup>er</sup> Cst. Cette disposition met en place une *compétence fédérale facultative*: les cantons peuvent légiférer sur l'exercice de la profession d'avocat

\* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt in Luzern, nebenamtlicher ordentlicher Professor für schweizerisches und europäisches Privatrecht an der Universität Luzern.

\*\* Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor für öffentliches Recht, Agrarrecht und Rechtsetzungslehre an der Universität Luzern.

aussi longtemps que la Confédération ne fait pas usage de la compétence qui lui a été attribuée par l'art. 95 al. 1<sup>er</sup> Cst.

Conformément à son article premier, la LLCA garantit la libre circulation des avocats et fixe les principes applicables à l'exercice de la profession. La Confédération n'a donc légiféré et fait usage de la compétence précitée que dans ces deux domaines. Il s'ensuit que *les cantons sont par exemple compétents, dans le cadre de la LLCA, pour fixer les exigences pour l'obtention du*

brevet. L'art. 3 LLCA, qui rappelle cette compétence cantonale, ne constitue dès lors qu'une réserve improprement dite et purement déclarative.

Il convient de constater que le texte de l'art. 3 LLCA est trop étroit: la compétence législative des cantons va bien au-delà des domaines explicitement mentionnés dans cette disposition. Toujours au regard de l'art. 95 al. 1<sup>er</sup> Cst., les cantons sont en effet compétents pour tout ce qui n'est pas couvert par l'art. 1<sup>er</sup> LLCA (libre circulation des avocats et principes régissant l'exercice de la profession, c'est-à-dire fixation des règles professionnelles et mise en place d'une autorité de surveillance). Les règles de l'art. 27 Cst. (liberté économique) doivent naturellement être respectées.

En matière disciplinaire, la Confédération a utilisé sa compétence pour définir les mesures possibles. L'art. 17 LLCA prévoit que celles-ci peuvent aller de l'avertissement à une interdiction de pratiquer temporaire ou définitive. Toutefois, *si la mesure disciplinaire prononcée se traduit par une interdiction de pratiquer, celle-ci n'aura d'effet pratique que pour les activités d'avocat définies par la LLCA, c'est-à-dire la représentation des parties devant les tribunaux (monopole des avocats).*

Pour s'inscrire au registre, les avocats doivent être titulaires d'un brevet cantonal (art. 6 LLCA). En revanche, la LLCA ne dit rien sur le brevet lui-même, sous réserve d'une énumération des conditions de formation minimales qui doivent être remplies pour que les cantons puissent délivrer un brevet (art. 7 LLCA). Si la LLCA mentionne à son art. 8 les *conditions personnelles pour l'inscription au registre*, elle reste en revanche muette en ce qui concerne les conditions personnelles pour l'obtention du brevet. La LLCA garantit donc uniquement, dans le cadre de la libre circulation intercantonale, que les conditions personnelles prévues à l'art. 7 sont bien remplies au moment de l'inscription dans un registre d'avocats cantonal. Au vu de ce qui précède, les *cantons sont dès lors en principe libres de définir eux-mêmes les conditions personnelles* auxquelles ils veulent soumettre l'obtention du brevet.

Quant à l'art. 9 LLCA, il traite la question de la radiation d'un avocat du registre, mais ne dit rien sur l'éventuel retrait administratif d'un brevet.

A la lumière de cette répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, ces derniers sont donc compétents, entre autres, pour légiférer sur les conditions personnelles nécessaires à l'obtention d'un brevet d'avocat cantonal.

La nature juridique d'un brevet d'avocat est celle d'une *autorisation de police de droit cantonal* qui peut être délivrée mais aussi retirée. C'est la raison pour laquelle plusieurs cantons ont explicitement prévu dans leur loi sur les avocats la possibilité de retirer administrativement un brevet. Il s'agit des cantons de SG, TG, AR, AI et ZR. La personne qui remplit les conditions personnelles et de formation a un droit à la délivrance du brevet. La qualification d'autorisation (révocable) de police de droit cantonal, admise en doctrine, concorde avec la *jurisprudence fédérale* (ATF du 30 juin 2006, 2P.159/2005, c. 3.1).

La *compétence pour édicter des règles cantonales* sur la délivrance du brevet d'avocat à titre d'autorisation de police doit

corrélativement être accompagnée de *règles qui déterminent les conditions administratives* d'un retrait ou d'une révocation. Qu'une autorisation de police puisse être retirée et que ceci puisse explicitement être ancré dans la loi n'est d'ailleurs contesté par personne. La doctrine va même jusqu'à admettre qu'une autorisation puisse être retirée, *sur la base de règles générales lorsqu'il n'existe pas de base légale spécifique*. On examine alors si les conditions essentielles qui sont à la base de l'autorisation de police sont toujours réalisées. La jurisprudence ne dit pas autre chose: ATF du 13 avril 2005 (2P.274/2004, c. 1.) et ATF du 30 juin 2006 (2P.159/2005, c. 3.1. et 3.2). Ces deux arrêts soulignent le besoin de protection des justiciables face aux personnes indignes de la profession.

En bref, lorsqu'on examine la question du retrait d'un brevet d'avocat, il convient de faire une distinction entre l'interdiction de pratiquer temporaire ou définitive qui relève du droit disciplinaire, et le retrait en soi qui ressortit au droit administratif. La loi fédérale sur les professions médicales fait d'ailleurs elle aussi cette distinction. Même après l'entrée en vigueur de la LLCA, les cantons demeurent compétents pour légiférer sur un retrait administratif du brevet d'avocat. En revanche, par le biais de la LLCA, la Confédération a exhaustivement légiféré sur la question d'une interdiction disciplinaire de pratiquer.

## Das Gutachten

### I. Sachverhalt

1. Verschiedene Kantone kennen für den administrativen Entzug des Anwaltspatents keine gesetzliche Grundlage. Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) nahm daher einen konkreten Fall zum Anlass, um die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren auf den nach seiner Auffassung bestehenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf hinzuweisen:

2. Ein in Zürich tätiger Rechtsanwalt mit Basler Patent war wegen schweren Vermögensdelikten verurteilt worden. Die Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Kantons Zürich eröffnete daher gegen ihn ein Disziplinarverfahren und ordnete in der Folge als Disziplinarmassnahme wegen mehrfacher Verletzung von Art. 12 lit. a und h BGFA für die Dauer von zwei Jahren ein befristetes Berufsausübungsverbot nach Art. 17 Abs. 1 lit. d BGFA an.

Da nach Auffassung der Zürcher Aufsichtskommission das Recht zur Regelung des Erwerbs des Anwaltspatents und des administrativen Entzugs nach Art. 3 BGFA den Kantonen zusteht, wandten sie sich an die Aufsichtsbehörde des Kantons Basel-Stadt. Diese sah sich ausserstande, einen Entzug des Patents zu prüfen, da dafür im Kanton Basel-Stadt eine gesetzliche Grundlage fehle.

3. Der wegen Vermögensdelikten verurteilte Rechtsanwalt dürfte daher aufgrund des ihm von der Zürcher Aufsichtskommission auferlegten Berufsausübungsverbots zwar in der Schweiz nicht

mehr forensisch tätig sein, also keine Klienten vor Gericht vertreten. Trotz dieses Berufsausübungsverbots kann er aber weiter unter dem Titel «Rechtsanwalt» beratend tätig sein.

Der Schweizerische Anwaltsverband erachtet es als störend, dass eine verurteilte Person den Titel «Rechtsanwalt» tragen und in dieser Funktion Klienten beraten kann. Das Publikum könne den vorbestraften und mit einem Berufsausübungsverbot belegten Anwalt so nicht als Gefahrenquelle erkennen.

4. Der Schweizerische Anwaltsverband sieht daher in denjenigen Kantonen Anlass für eine Ergänzung der Anwaltsgesetze, die keine gesetzliche Grundlage für den administrativen Patententzug besitzen.

Der Vorstand der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren schliesst sich der Auffassung des Schweizerischen Anwaltsverbands an. Auch er ist der Meinung, dass ein Regelungsbedarf besteht und hat dies den kantonalen Justizdirektoren mit Brief vom 10. Juli 2009 mitgeteilt.

5. In einem Gutachten vom 23. August 2009 zuhanden des Obergerichts des Kantons Zug ist Rechtsanwalt Mag. rer. publ. Daniel Kettiger zum Schluss gelangt, eine solche Gesetzesergänzung wäre bundesrechtswidrig.

Der Schweizerische Anwaltsverband hat sich daher entschlossen, bei Prof. Dr. Walter Fellmann und Prof. Dr. Paul Richli von der Universität Luzern ein Gutachten über die Zulässigkeit von kantonalen Gesetzesvorschriften über den administrativen Entzug des Anwaltspatents in Auftrag zu geben. Nicht näher geprüft werden sollte die Möglichkeit eines «Titelentzugs», wie ihn die Anwaltsgesetze der Kantone Genf und Tessin vorsehen.<sup>1</sup>

## II. Rechtliches

### A. Ausgangslage

1. Auf den 1. Januar 2002 ist das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) in Kraft getreten.<sup>2</sup> Das Gesetz hat eine *lange Geschichte*. Schon im Jahre 1901 unterbreitete der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement einen ersten Gesetzesentwurf und schlug darin die Einführung eines eidgenössischen Anwaltspatents vor. Es folgten weitere Vorstösse des SAV. Erst im Jahre 1994 nahm der Bund die Arbeiten am Gesetz auf. Nach einer Umfrage bei den Justizdepartementen der Kantone, den kantonalen Gerichten und den rechtswissenschaftlichen Fakultäten entschloss sich das Justiz- und Polizeidepartement zur Schaffung eines Bundesrahmengesetzes, das insbesondere die Freizügigkeit regeln sollte. Nach Abschluss der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU vom 23. März 1999 ergänzte der Bundesrat die damals vorliegenden Entwürfe durch einige Bestimmungen zur Umsetzung des massgebenden Ge-

meinschaftsrechts.<sup>3</sup> Nach teilweise kontroversen Beratungen wurde das BGFA schliesslich am 23. Juni 2000 vom National- und Ständerat angenommen. Es trat am 1. Juni 2002 in Kraft.<sup>4</sup>

2. Das BGFA verwirklicht die *interkantonale und europäische Freizügigkeit* der Anwältinnen und Anwälte. Ferner schafft es die rechtlichen Grundlagen für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz. Es vereinheitlicht die *Berufsregel* und das *Disziplinarrecht* (Art. 1 und 3 BGFA).<sup>5</sup>

### B. Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 95 Abs. 2 BV

1. Bereits nach Art. 31<sup>bis</sup> der *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1984 (aBV)* war der Bund – unter Wahrung der allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft – befugt, über die Ausübung von Handel und Gewerbe Vorschriften zu erlassen. Nach Art. 33 Abs. 1 aBV blieb es indessen den Kantonen anheimgestellt, die Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten von einem Ausweis der Befähigung abhängig zu machen. Der Bund sollte aber nach Art. 33 Abs. 2 aBV auf dem Wege der Bundesgesetzgebung dafür sorgen, dass derartige Ausweise für die ganze Eidgenossenschaft gültig erworben werden können. Diesen Auftrag hatte er – wie bereits erwähnt – erst mit dem BGFA umgesetzt.

2. Das BGFA stützt sich auf *Art. 95 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV)*. Danach kann der Bund über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit Vorschriften erlassen. Gleichzeitig verpflichtet ihn Art. 95 Abs. 2 BV zu gewährleisten, dass Personen mit wissenschaftlicher Ausbildung oder mit einem eidgenössischen, kantonalen oder kantonal anerkannten Ausbildungsabschluss ihren Beruf in der ganzen Schweiz ausüben können. Die Lehre ist der Meinung, dass mit Art. 95 Abs. 1 BV Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 aBV nachgeführt worden sei.<sup>6</sup>

3. Art. 95 Abs. 1 BV begründet für den Erlass von Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit eine *nachträglich derogierende Bundeskompetenz*.<sup>7</sup> Von einer nachträglich derogierenden Bundeskompetenz spricht man, wenn die Kantone zuständig sind, solange der Bund von einer ihm von der Verfassung zugewiesenen Kompetenz nicht Gebrauch macht. Die kantonale Kompetenz wird in solchen Fällen

3 Zur Entstehungsgeschichte siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), BBl 1999, 6015 ff. und 6030 ff.

4 SR 935.61.

5 Botschaft BGFA, a.a.O., 6042.

6 RETO JACOBS, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 95 N 2; vgl. auch GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 95 N 1.

7 BIAGGINI, a.a.O., Art. 95 N 3; JACOBS, a.a.O., Art. 95 N 4; KLAUS A. VALLENDER, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 61 N 6.

1 Siehe Näheres in Fn. 38 hinten.

2 SR 935.61.

erst vom Moment an hinfällig, in dem der Bund von seiner Kompetenz ganz oder teilweise Gebrauch macht. Der Sinn dieser Regelung liegt darin, Lücken in der Gesetzgebung zu vermeiden.<sup>8</sup>

### C. Ausschöpfung der Kompetenz im BGFA und Kompetenz der Kantone

1. Nach Art. 1 BGFA regelt das Gesetz die *Freizügigkeit* der Anwältinnen und Anwälte und legt die *Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs* in der Schweiz fest. Art. 3 Abs. 1 BGFA bestimmt, dass das Recht der Kantone, im Rahmen des BGFA die Anforderungen für den Erwerb des Anwaltspatents festzulegen, gewahrt bleibt. Das Gleiche gilt nach Art. 3 Abs. 2 BGFA für das Recht der Kantone, Inhaber ihres kantonalen Anwaltspatents vor den eigenen Gerichten Parteien vertreten zu lassen.

Beim Vorbehalt in Art. 3 BGFA, der im Entwurf des Bundesrates noch nicht enthalten war,<sup>9</sup> handelt es sich um einen *unechten Vorbehalt*. Ein echter Vorbehalt läge nämlich nur vor, wenn die Kantone durch die Delegation eine Kompetenz erhielten, die sie vorher nicht hatten.<sup>10</sup> Da der Bund von der ihm nach Art. 95 Abs. 1 BV zustehenden Kompetenz, über die (privatwirtschaftliche) Tätigkeit (auch) der Anwälte Vorschriften zu erlassen, nur in Bezug auf die Freizügigkeit und die Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz Gebrauch gemacht hat,<sup>11</sup> wären die Kantone auch ohne diesen Vorbehalt für den Erlass von Vorschriften über den Erwerb des Anwaltspatents zuständig gewesen bzw. zuständig geblieben.<sup>12</sup>

2. Dazu kommt, dass der *Wortlaut des Vorbehalts* in Art. 3 BGFA *zu eng* ist. Die den Kantonen verbleibende Kompetenz ist nämlich wesentlich weiter, als es sich aus Art. 3 Abs. 1 und 2 BGFA ergeben würde. Da Art. 95 Abs. 1 BV auch im Anwaltsrecht bloss eine nachträglich derogierende Bundeskompetenz schafft, sind die Kantone über die in Art. 3 BGFA ausdrücklich genannten Bereiche hinaus zur Gesetzgebung berechtigt. Voraussetzung ist nur, dass der Bundesgesetzgeber zu diesen Fragen noch nicht oder nicht abschliessend legiferiert hat.<sup>13</sup>

Dass sich kantonale Gesetze über den Anwaltsberuf in den Schranken des Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) bewegen, ja überhaupt die Grundrechte respektieren müssen, versteht sich von selbst. Darauf ist hier nicht weiter einzugehen.

3. Wie bereits erwähnt, regelt das BGFA nur die *Freizügigkeit* der Anwältinnen und Anwälte und legt die Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz fest. Die interkantonale Freizügigkeit realisiert das Gesetz durch das System des Registereintrags nach Art. 4 ff. BGFA. Für die Ausübung des Anwaltsberufs im freien Dienstleistungsverkehr oder die ständige Ausübung des Anwaltsberufs durch Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA sieht das Gesetz in den Art. 21 ff. und 27 ff. BGFA spezielle Bestimmungen vor. Zusätzlich ermöglicht es Anwältinnen und Anwälten aus Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA mit der in Art. 30 ff. BGFA getroffenen Lösung, sich unter bestimmten Voraussetzungen in ein kantonales Anwaltsregister eintragen zu lassen.

Neben der Regelung der interkantonalen und internationalen Freizügigkeit legt das Gesetz in Art. 12 ff. die *Berufsregeln* fest und ordnet die *Disziplinaufsicht*. Zu diesen Bestimmungen gehört auch die Festlegung der möglichen Disziplinar massnahmen in Art. 17 BGFA. Diese gehen von der Verwarnung bis zu einem befristeten oder dauernden Berufsausübungsverbot.

Ein disziplinarrechtlich verfügbares *Berufsausübungsverbot* beschlägt allerdings nur den vom BGFA erfassten Bereich der Anwaltstätigkeit, also nur die Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden im Rahmen des Anwaltsmonopols.<sup>14</sup>

4. Die Anwältinnen und Anwälte, die von der interkantonalen Freizügigkeit Gebrauch machen wollen, haben sich in ein *kantonales Anwaltsregister* einzutragen.<sup>15</sup> Der Inhalt dieses Registers und dessen Führung regelt Art. 5 BGFA. Mit dem Eintrag und dessen Voraussetzungen befasst sich Art. 6 BGFA.

Der *Eintrag* setzt nach Art. 6 BGFA voraus, dass die Anwältinnen und Anwälte über ein kantonales Anwaltspatent verfügen.<sup>16</sup> Zum Anwaltspatent selbst sagt das BGFA nichts. Es bestimmt in Art. 7 BGFA bloss, dass die Kantone ein solches nur erteilen dürfen, wenn der Anwärter bestimmte *fachliche Voraussetzungen* erfüllt.<sup>17</sup> Über die persönlichen Voraussetzungen, welche Anwältinnen und Anwälte für die Erteilung des Anwaltspatents erfüllen müssen, sagt das Gesetz nichts. Art. 8 BGFA regelt bloss die *persönlichen Voraussetzungen* für den *Registereintrag*. Art. 8 BGFA will damit im Zusammenhang mit der interkantonalen Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte sicherstellen, dass im Zeitpunkt der Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister allein die persönlichen Voraussetzungen des Art. 8 BGFA massgebend sind.<sup>18</sup> Die *Kantone* bleiben daher grundsätzlich *frei*, welche

8 ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, N 1092 f.; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007, § 20 N 28 ff.

9 Siehe Botschaft BGFA, a.a.O., 6044 und 6078.

10 HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., N 1158.

11 Eine neue Regelung wird mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung und der Schweizerischen Strafprozessordnung in Bezug auf die Vertretung von Parteien im Rahmen des Anwaltsmonopols vor Gerichtsbehörden gelten. Nach Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO und Art. 125 Abs. 5 StPO sind dann nämlich nur noch Anwälte, die nach dem BGFA zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden berechtigt sind, befugt, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten.

12 Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., N 1158.

13 Vgl. etwa Urteile des Bundesgerichts vom 27. Juli 2007 (2P.318/2006 und 2A.733/2006).

14 TOMAS POLEDNA, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 17 N 37 und 41, der (Art. 17 N 37) ausdrücklich darauf aufmerksam machte, die Kantone hätten ergänzende Vorschriften zu erlassen, wenn ein befristetes oder dauerndes Berufsausübungsverbot die gesamte Tätigkeit des Betroffenen als Anwalt erfassen solle.

15 Art. 4 BGFA.

16 Siehe Botschaft BGFA, a.a.O., 6047.

17 Vgl. HANS NATER, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 3 N 3; ERNST STAHELIN/CHRISTIAN OETTIKER, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 7 N 2.

18 Siehe Botschaft BGFA, a.a.O., 6049.

persönlichen Voraussetzungen sie an die Erteilung ihres Patents knüpfen wollen.

Der Kanton Zürich verweist beispielsweise zur Bestimmung der persönlichen Voraussetzungen für die Erteilung des kantonalen Anwaltspatents auf die Liste in Art. 8 Abs. 1 lit. a–c BGFA. Die bundesrechtliche Voraussetzung für die Eintragung in das Register in Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA<sup>19</sup> übernimmt er demgegenüber nicht. Stattdessen ergänzt er die Liste durch die persönliche Voraussetzung der «Zutruenswürdigkeit».<sup>20</sup>

5. Mit Ausnahme der Aufstellung (minimaler)<sup>21</sup> fachlicher Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Kantone ein Anwaltspatent erteilen dürfen, *schweigt das BGFA zum kantonalen Patent*. Die in Art. 8 vorgesehenen persönlichen Voraussetzungen beziehen sich, wie soeben ausgeführt, nur auf den Registereintrag und nicht auf die Abgabe des Patents. Art. 9 BGFA, der sich mit der Löschung des Registereintrags befasst, sagt nichts zu einem allfälligen (administrativen) Entzug des kantonalen Patents.

Nach den vorne dargestellten Grundsätzen der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen sind die Kantone also (u.a.) befugt, die persönlichen Voraussetzungen für die Erteilung des kantonalen Anwaltspatents zu regeln. Es fragt sich daher, was unter diesem Patent zu verstehen ist:

#### D. Anwaltspatent als kantonale Polizeibewilligung

1. Das kantonale Anwaltspatent hat die Rechtsnatur einer *kantonalen Polizeibewilligung*. Wer die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt, hat Anspruch auf die Bewilligung. Wörtlich heisst es dazu in der Botschaft:

«Das ‹Patent› dagegen wird nach Prüfung der fachlichen Kenntnisse und gewisser persönlicher Voraussetzungen (guter Ruf, Zahlungsfähigkeit usw.) erteilt.»<sup>22</sup>

2. Dem entspricht die in der Lehre vertretene Auffassung, die das Anwaltspatent ausdrücklich als Beispiel für eine Polizeibewilligung anführt.<sup>23</sup> *Wolffers* weist sogar speziell darauf hin, das Patent bestätige, dass sämtliche Bedingungen, von denen der Staat die Berufsausübung abhängig mache, erfüllt seien. Neben dem Vorhandensein der fachlichen Voraussetzungen belege das Patent die Erfüllung aller geforderten persönlichen Voraussetzungen.<sup>24</sup>

3. Die Qualifikation des Anwaltspatents als kantonale Polizeibewilligung durch die Lehre deckt sich mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts, das in einem Urteil vom 30. Juni 2006 ausdrücklich festgestellt hat: «Beim Anwaltspatent handelt es sich um eine Polizeibewilligung (...).»<sup>25</sup>

#### E. Bedeutung der Qualifikation des Anwaltspatents als kantonale Polizeibewilligung

1. Nach Lehre und Rechtsprechung kann eine Polizeibewilligung oder Polizeierlaubnis sowohl von *persönlichen* wie auch von *sachlichen Voraussetzungen* abhängig gemacht werden. Zu den persönlichen Voraussetzungen zählen etwa bestimmte Fähigkeiten oder Kenntnisse oder der Leumund, Wohnsitz oder das Bürgerrecht des Gesuchstellers. Sachliche Voraussetzungen liegen vor, wenn die Bewilligung an äussere Gegebenheiten geknüpft wird.<sup>26</sup> Entscheidend ist stets, dass die Erfüllung der Voraussetzungen in der Herrschaft der Person liegt, welche die Bewilligung beantragt. Die Bewilligungsbehörde hat kein Ermessen wie bei einer Ausnahmbewilligung oder einer wirtschaftspolitischen Bewilligung, welche eine Bedarfsprüfung einschliesst.<sup>27</sup>

2. Als Beispiel für mögliche persönliche Voraussetzungen einer Polizeierlaubnis führen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN § 2 des Zürcher Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003 an, der bestimme, dass im Kanton Zürich nur Personen zur Berufsausübung zugelassen würden, welche die *Anwaltsprüfung* bestanden hätten, die *persönlichen Voraussetzungen* nach Art. 8 Abs. 1 lit. a–c BGFA<sup>28</sup> erfüllten und *zutruenswürdig* seien.<sup>29</sup>

#### F. Kantonale Vorschriften zum administrativen Entzug des Anwaltspatents

1. Zur kantonalen Regelungskompetenz im Zusammenhang mit der Erteilung des Anwaltspatents als Polizeibewilligung gehört selbstverständlich auch die *Regelung der Voraussetzungen des Entzugs bzw. des Widerrufs*.<sup>30</sup> Dass eine Polizeibewilligung widerrufen und dies im Gesetz ausdrücklich geregelt werden kann, ist allgemein anerkannt.<sup>31</sup> In der Tat sehen verschiedene Kantone in ihren Anwaltsgesetzen den administrativen Entzug ihres Anwaltspatents ausdrücklich vor.<sup>32</sup> In der Lehre ist sodann anerkannt, dass ein Widerruf auch ohne ausdrückliche gesetzliche

19 Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA: «sie müssen in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind.»

20 § 2 Abs. 1 lit. a Anwaltsgesetz des Kantons Zürich vom 17. November 2003 (Ordnungsnr. 215.1).

21 Das Gesetz sieht in Art. 7 Abs. 1 lit. b bloss ein «mindestens einjähriges Praktikum» vor. Die Kantone können daher ein längeres Praktikum verlangen (vgl. STAEHELIN/OETIKER, a.a.O., Art. 7 N 15; siehe dazu auch Botschaft BGFA, a.a.O., 6048 f.).

22 Botschaft BGFA, a.a.O., 6042.

23 PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 44 N 24; FELIX WOLFFERS, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Zürich 1986, 63.

24 FELIX WOLFFERS, a.a.O., 63; vgl. dazu auch FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 548 ff.

25 Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juni 2006 (2P.159/2005) E. 3.2.

26 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 44 N 33; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, N 2531.

27 Siehe zum Unterschied zwischen Anspruchs- und Ermessensbewilligung etwa TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 44 N 24 ff.

28 Handlungsfähigkeit; keine strafrechtliche Verurteilung wegen Handlungen, die mit dem Anwaltsberuf nicht vereinbar sind und deren Eintrag ins Strafregister nicht gelöscht ist; keine Verlustscheine.

29 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 2531 unter Verweis auf § 2 des Zürcher Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003; vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 44 N 33 und BOHNET/MARTENET, a.a.O., N 573 ff.

30 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 2550 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 32 N 44.

31 Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 2550.

32 Siehe Fn. 38 hinten.

Grundlage nach den allgemeinen Regeln über den Widerruf von Verfügungen zulässig ist, wenn wesentliche Bewilligungsvoraussetzungen wegfallen.<sup>33</sup>

2. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich nichts anderes. So hat das Bundesgericht in einem Urteil vom 13. April 2005 nach Inkrafttreten des BGFA ausdrücklich Folgendes festgestellt:

«Die Zuständigkeit, die Voraussetzungen für den Erwerb des Rechtsanwaltspatents festzulegen, liegt auch unter der Herrschaft des eidgenössischen Anwaltsgesetzes (...) bei den Kantonen (Art. 3 Abs. 1 BGFA). Gleiches muss für den eigentlichen Patententzug gelten: Erfüllt ein Rechtsanwalt die gesetzlichen Voraussetzungen für die Berufsausübung nicht mehr und wird ihm deswegen das Patent entzogen, so dient diese Massnahme nicht der Disziplinierung des Fehlbaren, sondern dem Schutz der Rechtsuchenden (...).»<sup>34</sup>

3. Diese Rechtsprechung hat das höchste Gericht in einem Urteil vom 30. Juni 2006 bestätigt. Wörtlich hielt es in diesem Entscheid fest:

«Beim Anwaltspatent handelt es sich um eine Polizeibewilligung, die bei fehlenden Voraussetzungen entzogen werden kann. (...) Das Bundesgericht hat in ständiger Praxis als mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar erklärt, dass die Kantone die Erteilung des Rechtsanwaltspatents und das Recht zur weiteren Berufsausübung von gewissen persönlichen Voraussetzungen des Bewerbers abhängig machen (...). Die Beschränkung des Zugangs zum Beruf des Rechtsanwalts auf vertrauenswürdige Kandidaten dient sowohl dem Schutz des rechtsuchenden Publikums als auch der Rechtspflege überhaupt und liegt mithin im öffentlichen Interesse (...). Gleiches gilt hinsichtlich des Patententzugs bei Rechtsanwälten, welche nicht mehr über die notwendigen persönlichen Voraussetzungen zur Berufsausübung verfügen. Ein gestützt auf entsprechende Umstände verfügter Entzug des Anwaltspatents hat – anders als Massnahmen, mit welchen ein Verstoß gegen die Berufsregeln gesühnt und der Betroffene spezialpräventiv von weiteren Verfehlungen abgehalten werden soll (...) – nicht Disziplinarcharakter, auch wenn er subjektiv so empfunden werden mag. Vielmehr dient ein Patententzug der Absicherung jener persönlichen Eigenschaften, über welche die Kandidaten bereits mit der Patenterteilung verfügen müssen, und bezweckt dergestalt den Schutz von Rechtsuchenden und Rechtspflege von berufsunwürdigen Personen (...).»<sup>35</sup>

4. Die Meinung des Bundesgerichts entspricht im Übrigen auch der Lehre zum Anwaltsrecht, was die Ausführungen von François

Bohnet und Vincent Martenet in ihrem Grundlagenwerk über den Anwaltsberuf belegen. Sie sind ebenfalls der Auffassung, das kantonale Recht könne nicht nur die Erteilung, sondern auch den Entzug des Anwaltspatents regeln, ohne mit dem Bundesrecht in Konflikt zu kommen.<sup>36</sup>

5. Beim Entzug des Anwaltspatents muss also, entsprechend der in der verwaltungsrechtlichen Literatur üblichen Unterteilung,<sup>37</sup> zwischen dem *administrativen Entzug* und dem *disziplinarischen* (befristeten oder dauernden) *Berufsausübungsverbot* unterschieden werden.

Für die Regelung des *administrativen Entzugs* sind auch nach dem Inkrafttreten des BGFA die Kantone zuständig.<sup>38</sup> Über das disziplinarische Berufsausübungsverbot hat der Bund im BGFA demgegenüber abschliessend legiferiert.<sup>39</sup> Hier haben die Kantone keine Kompetenz mehr für Änderungen oder Ergänzungen.

## G. Regelung des MedBG als Beispiel

1. Dass im Zusammenhang mit der Bewilligung der Berufsausübung zwischen *administrativen Vorschriften* über die Bewilligung und deren Entzug einerseits und *disziplinarrechtlichen Vorschriften* über ein befristetes oder definitives Verbot der Berufsausübung andererseits unterschieden werden muss, belegt auch das neue Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006 (Medizinalberufegesetz, MedBG):<sup>40</sup>

2. Art. 34 MedBG regelt die *Bewilligungspflicht*, wonach es für die selbständige Ausübung eines universitären Medizinalberufs einer Bewilligung des Kantons bedarf, auf dessen Gebiet der Medizinalberuf ausgeübt wird. Art. 36 regelt die *Bewilligungsvoraussetzungen*. Danach muss der Gesuchsteller u.a. ein eidgenössisches Diplom besitzen, vertrauenswürdig sein sowie physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bieten (Abs. 1 lit. a und b).<sup>41</sup>

Art. 37 regelt die *Einschränkungen der Bewilligung* und allfällige Auflagen und Art. 38 befasst sich mit dem *Entzug der Bewilligung*. Danach kann die Bewilligung entzogen werden, wenn

36 FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, a.a.O., N 573 ff.

37 Siehe TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 32 N 39 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1191 ff. und 1219 ff.

38 Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für den administrativen Entzug des Patents sehen schon heute die Kantone Appenzell Innerrhoden (Art. 13 Abs. 2 Anwaltsgesetz), Appenzell Ausserrhoden (Art. 13 Abs. 1 Anwaltsgesetz), St. Gallen (Art. 36 Anwaltsgesetz), Thurgau (Art. 14 Anwaltsgesetz) und Zürich (§ 6 Anwaltsgesetz) vor. Die Kantone Genf (Art. 5 Loi sur la profession d'avocat) und Tessin (Art. 1 Abs. 3 Legge sull'avvocatura) sehen in ihren Anwaltsgesetzen einen «Titelentzug» vor. In allen anderen Kantonen besteht soweit ersichtlich keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für einen administrativen Patententzug.

39 Siehe Botschaft BGFA, a.a.O., 6018, 6042 und 6058 ff.

40 SR 811.11. – Im MedBG hat der Bundesgesetzgeber von der ihm in Art. 95 Abs. 1 BV eingeräumten Kompetenz in Bezug auf die Medizinalpersonen umfassend Gebrauch gemacht und sowohl die Bewilligung und deren administrativen Entzug wie auch das disziplinarrechtliche Berufsverbot selbst geregelt.

41 Vgl. dazu eingehend JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN in: Ariane Ayer/Ueli Kieser/Tomas Poledna/Dominique Sprumont (Hrsg.), Medizinalberufegesetz (MedBG), Kommentar, Basel 2009, Art. 36 N 8 ff.

33 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 32 N 44; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 2553 und N 1144.

34 Urteil des Bundesgerichts vom 13. April 2005 (2P.274/2004) E. 1.

35 Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juni 2006 (2P.159/2005) E. 3.2 und 3.3.

ihre Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind oder nachträglich Tatsachen festgestellt werden, aufgrund derer sie hätte verweigert werden müssen.<sup>42</sup>

Ist eine Medizinalperson daher beispielsweise nicht mehr vertrauenswürdig im Sinne von Art. 36 Abs. 1 lit. b MedBG, wird ihr die Bewilligung gestützt auf Art. 38 entzogen.<sup>43</sup>

3. Von diesen Bestimmungen über die Erteilung und den Entzug der Bewilligung unabhängig sind allfällige *Disziplinarmassnahmen* nach Art. 43 MedBG.<sup>44</sup> Danach kann die Aufsichtsbehörde bei Verletzung der Berufspflichten nach Art. 40 MedBG Disziplinarmassnahmen anordnen, die bis zu einem befristeten oder definitiven *Verbot der selbständigen Berufsausübung* gehen können (Art. 43 Abs. 1 lit. d und e).<sup>45</sup>

### III. Fazit

1. Das kantonale *Anwaltspatent* hat die Rechtsnatur einer *Polizeibewilligung*, auf deren Erteilung bei Erfüllung der fachlichen und persönlichen Voraussetzungen ein Rechtsanspruch besteht. Die Prüfung der fachlichen Kenntnisse ist lediglich eine von verschiedenen Voraussetzungen für die Erteilung.

2. Nach der Kompetenzverteilung, die im Bereich des Anwaltsrechts zwischen Bund und Kantonen gilt, sind die *Kantone befugt*, neben den vom Bundesrecht bestimmten fachlichen Voraussetzungen weitere *persönliche Voraussetzungen* für die Erteilung und den administrativen Entzug des Anwaltspatents zu regeln.

3. Der *administrative* Entzug des Anwaltspatents ist vom befristeten oder dauernden Berufsausübungsverbot aus *disziplinarischen* Gründen zu unterscheiden. Die Verhängung eines Berufsausübungsverbots im Disziplinarverfahren richtet sich nach den Vorgaben des BGFA. Im Disziplinarrecht haben die Kantone aufgrund der abschliessenden Regelung des BGFA keine Gesetzgebungskompetenz mehr.

4. Ein disziplinarrechtlich verfügbares Berufsausübungsverbot erfasst nur den vom BGFA geregelten Bereich der Anwaltstätigkeit, also nur die Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden im Rahmen des Anwaltsmonopols.

Soll einem Anwalt auch die rechtsberatende Tätigkeit unter der mit dem Anwaltspatent verbundenen Berufsbezeichnung (Art. 11 BGFA) (in der Regel Rechtsanwalt) untersagt werden, muss ihm zusätzlich zur Verhängung des disziplinarischen Berufsausübungsverbots von der zuständigen kantonalen Behörde in einem *Administrativverfahren* das *Anwaltspatent entzogen* werden.

Die *Kantone* sind *befugt*, die Voraussetzungen für einen solchen Entzug wegen Wegfalls einer der persönlichen Voraussetzungen für die Erteilung des Patents *gesetzlich zu regeln*. ■

42 Vgl. DUMOULIN, a.a.O., Art. 38 N 6 ff.

43 Vgl. DUMOULIN, a.a.O., Art. 38 N 9 ff.

44 Vgl. TOMAS POLEDNA, in: Ariane Ayer/Ueli Kieser/Tomas Poledna/Dominique Sprumont (Hrsg.), *Medizinalberufegesetz (MedBG), Kommentar*, Basel 2009, Art. 43 N 3.

45 Vgl. eingehend POLEDNA, a.a.O., Art. 43 N 17 ff.