

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV

UNIVERSAL GÜLTIGER MASSSTAB FÜR DIE REGULIERUNG DER ANWALTSCHAFT?¹

DR. SERGIO GIACOMINI

Präsident SAV

I. Unabhängige Selbstverwaltung: unverzichtbar in vielen Ländern

In Europas Anwaltschaft – gleichermaßen wie in den USA – herrscht überwiegend die Meinung vor, nur eine (mehr oder weniger) *selbst verwaltete* Anwaltschaft sei in der Lage, die ihr im Rechtsstaat zugedachte Funktion als Vermittlerin des Zugangs zum Recht zu erfüllen. So werden in England und Wales die Solicitors von der Solicitors Regulation Authority² reguliert, die Barristers von dem entsprechenden Pendant, den Bar Standard Boards. Diese beiden Regulatoren werden ihrerseits vom Legal Services Board beaufsichtigt, einem politisch und finanziell von der Regierung unabhängigen Gebilde. In den USA erfolgt die Regulierung der Anwaltschaft grundsätzlich³ ebenfalls unabhängig von der Exekutive, in der Regel durch die Gerichte und durch unabhängige «agencies». Besonders stark verankert ist die Selbstverwaltung der Anwaltschaft in Deutschland. Der Tenor lautet dabei immer gleich: Nur eine vom «Staat» unabhängige und möglichst weitgehend selbst verwaltete Anwaltschaft ist in der Lage, den Bürgern den Zugang zum Recht zu verschaffen.

II. Die Selbstverwaltung der Anwaltschaft in Deutschland im Besonderen

Im Nachgang an die sogenannten «Bastille-Beschlüsse» des Bundesverfassungsgerichts⁴ wurde in Deutschland die gesetzliche Grundlage der heute gültigen Selbstverwaltung der Anwaltschaft geschaffen. Die *Satzungsversammlung* der BRAK⁵ erlässt das anwaltliche Berufsrecht ohne Zutun des staatlichen Gesetzgebers. Sie entscheidet mithin als Legislative über Änderungen und Ergänzungen der Berufsordnung. Aber auch die Exekutive liegt ganz in den Händen der Anwaltschaft. Die *Rechtsanwaltskammern* sind nämlich insbesondere für die Zulassung der Rechtsanwälte respektive den Widerruf eben dieser Zulassung alleine verantwortlich. Und die Judikative wird ebenfalls durch eine *spezielle Anwaltsgerichtsbarkeit* besorgt. Nicht die allgemeine Gerichtsbarkeit, sondern Anwaltsgerichte, Anwaltsgerichtshöfe und der Anwaltssenat beim Bundesgerichtshof sind nämlich zuständig für die Sanktionierung von Pflichtverletzungen und die Überprü-

fung von Rügeentscheidungen des Kammervorstandes, inklusive der gerichtlichen Beurteilung von Zulassungsentscheiden der anwaltschaftlichen Exekutive⁶. Begründet wird die Notwendigkeit dieser Selbstverwaltung mit einer Steigerung der *Verwaltungseffizienz* respektive besserer *Sachkunde*. Der wesentliche Punkt bildet jedoch die angestrebte *Unabhängigkeit vom Staat*. Die deutsche Anwaltschaft strebt nach *Staatsferne*. Anwaltliche Unabhängigkeit bedeutet Unabhängigkeit vom Staat und Freiheit von staatlichen Weisungen.

III. Der «Sonderfall Schweiz»

Ganz anders präsentieren sich die Verhältnisse in der Schweiz, welche hier kurz wie folgt zusammengefasst werden:

- ¹ Anlass zum vorliegenden Fokus ist das 3. Internationale Anwaltsforum vom 31. 3. 2017 in Berlin. Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) liess unter dem Titel «Unabhängigkeit der Selbstverwaltung – Sache der Anwaltschaft» Vor- und Nachteile bestehender Modelle der Organisation der Anwaltschaft diskutieren. Der Verfasser hatte Gelegenheit, den Vertretern von Anwaltschaften aus rund 40 Ländern zu erklären, dass und (mutmasslich) weshalb die Anwaltschaft in der Schweiz nicht selbst verwaltet ist (und weshalb die Schweizer Anwältin damit keine Probleme hat).
- ² Die Solicitors Regulation Authority ist ein (unabhängiges) Board der Law Society of England and Wales, der «Berufsorganisation» der Solicitors.
- ³ Die Regulierung ist von Bundesstaat zu Bundesstaat verschieden.
- ⁴ BVerfGE 76, 171 ff. (Bastille-Beschluss I) und BVerfGE 76, 196 ff. (Bastille-Beschluss II). Das Bundesverfassungsgericht verneinte mit Beschluss vom 14. Juli (daher «Bastille»-Beschlüsse) 1987 im Wesentlichen die demokratische Legitimation der Standesrichtlinien, welche bis dato zur Konkretisierung der allgemeinen Berufspflichten des Anwaltes herangezogen wurden.
- ⁵ Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Vermittels ihrer Mitglieder, den 27 regionalen Rechtsanwaltskammern und der Rechtsanwaltskammer beim Bundesgerichtshof (welche *Zwangskörperschaften* sind), sind die deutschen Rechtsanwälte zum Mittun *verpflichtet*.
- ⁶ Einen guten Überblick über die anwaltliche Selbstverwaltung in Deutschland verschafft die BRAK mit ihrer Broschüre «Unabhängig und frei/Die anwaltliche Selbstverwaltung», abrufbar unter http://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/Unabhaengig_u_Frei_BRAK_Brosch090908.pdf (abgerufen am 24. 4. 2017).

Die Schweizerische Anwaltschaft ist durch den *Staat* reguliert. Die Regelung des Anwaltswesens entspricht unserem *föderalistischen Staatsaufbau*. Die für die Anwaltschaft geltenden Regeln werden durch den *staatlichen Gesetzgeber* erlassen. Auf *Bundesebene* durch staatlichen Erlass geregelt sind nur einige *Grundsätze* der anwaltlichen Berufsausübung⁷. Die *Kantone* sind kompetent zur eigenständigen Regelung der vom Bund nicht beanspruchten Kompetenzen⁸.

Es bestehen in der Schweiz *keine Zwangskörperschaften öffentlichen Rechts*. Die Mitgliedschaft in den kantonalen Anwaltsverbänden und im Schweizerischen Anwaltsverband basiert auf *Freiwilligkeit*.

Die kantonalen Anwaltsverbände sind (gleichermaßen wie der Schweizerische Anwaltsverband) *juristische Personen zivilen Rechts*⁹. Sie können Verbandsmitglieder bei Fehlverhalten ausschliessen, was aber keine Konsequenzen bezüglich der Zulassung zum Anwaltsberuf hat. Vielmehr sind für die *Zulassung* zum und den *Ausschluss* vom Anwaltsberuf *staatliche Aufsichtskommissionen* zuständig. Die Zusammensetzung dieser Aufsichtskommissionen variiert von Kanton zu Kanton. So können Richter, Staatsanwälte, Verwaltungsjuristen und Rechtsanwältinnen/Rechtsanwälte in diesen Aufsichtskommissionen Einsitz nehmen. Die Rechtsanwälte sind immer in der Minderheit. Auch die *Exekutive* ist somit eine *staatliche*.

Ebenfalls unbekannt sind bei uns spezielle Anwaltsgerichtshöfe. Zuständig für Streitigkeiten um die Zulassung und den Ausschluss sind die *ordentlichen staatlichen Verwaltungsgerichte*.

Wir kennen somit keine selbst verwaltete Gewaltenteilung in Bezug auf die Anwaltschaft. Als Legislative wirkt der staatliche Gesetzgeber und nicht die Satzungsversammlung einer Anwaltskörperschaft. Die Exekutive wird durch staatliche Aufsichtsorgane und nicht durch eine Kammeraufsicht ausgeübt. Und die Judikative obliegt den ordentlichen Verwaltungsgerichten und nicht Anwaltsgerichtshöfen.

IV. Versuch einer Rechtfertigung für den «Sonderfall Schweiz»

Die Unabhängigkeit der Anwaltschaft vom Staat ist in der Schweiz eigentlich nur in *historischer* Sicht von Bedeutung. Der gelehrte *advocatus* (als Vertreter von Parteiinteressen) war vor allem der Obrigkeit im Mittelalter ein Dorn im Auge. Seit dem 19. Jahrhundert geht es bei der Unabhängigkeit der Anwaltschaft jedoch vielmehr um die Unabhängigkeit vom *Klienten*, um die *wirtschaftliche Unabhängigkeit* und um eine *eigenverantwortliche Berufsausübung*. «Staatsferne» ist für die Schweizer Anwältin ein Begriff, den sie nicht in erster Linie mit ihrer Unabhängigkeit in Verbindung bringt. Regelung und Selbstverständnis der Schweizerischen Anwaltschaft haben wohl sehr viel mit der Staatsform, unseren politischen Ordnungsprinzipien und unserem Verständnis von einem liberalen Rechtsstaat zu tun.

Die (halb)direkte Demokratie und die damit zusammenhängenden weitgehenden Partizipationsmöglichkei-

ten am politischen Willensbildungsprozess führen dazu, dass der Schweizer Anwalt keine «Staatsferne» braucht, um sich unabhängig zu fühlen.

Das Anwaltswesen in der Schweiz ist mit seinem föderalistischen Aufbau und dem Subsidiaritätsprinzip ein Abbild der hiesigen staatlichen politischen Ordnungsprinzipien, ein weiterer Grund dafür, dass Unabhängigkeit vom Staat kein vordringliches Thema ist.

Und die Tatsache, dass wir keine anwaltlichen Zwangskörperschaften kennen, hat (allenfalls) damit zu tun, dass die Schweiz wohl noch immer viel eher einen *liberalen* Rechtsstaat denn einen umfassenden Wohlfahrts- und Versorgungsstaat darstellt¹⁰ und überdies bezüglich der Erforderlichkeit gesetzten Rechts – im Vergleich zu anderen europäischen Staaten – eher einem kantianischen Regelungsbedürfnis anhaftet. KANT definiert das Recht bekanntlich als «Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann»¹¹.

V. Schlussfolgerungen

Art und Weise der Regulierung des Anwaltswesens und Selbstverständnis der Anwaltschaft hängen wesentlich vom konkreten nationalen Umfeld ab, in welchem die Anwältin ihren Beitrag zur Verschaffung des Zugangs zum Recht und zum Funktionieren der dritten Gewalt erbringt. Staatsform und politische Ordnungsprinzipien haben einen entscheidenden Einfluss darauf, wie die Anwaltschaft reguliert ist und welches Selbstverständnis sie entwickelt. Aus diesem Grunde gibt es wohl weder einen universal «geltenden» Anwaltsstand noch ein weltweit gültiges Anwaltsberufsbild. Die Regulierung des Rechtsanwaltsberufs – gleichermaßen wie das Berufsbild der Rechtsanwältin – variiert je nach Staatswesen, welches für die Regulierung zuständig ist. Das hat auch (und vor allem) damit zu tun, dass der Zugang zum Recht und die dritte Gewalt an der Basis des Funktionierens der Gesellschaft angesiedelt sind und der Anwaltstätigkeit der unabhängigen Anwaltschaft – und nur ihr¹² – ein *institutioneller*

⁷ So insbesondere die materiellen Voraussetzungen für die Berufsausübung, die Berufsregeln und das Disziplinarverfahren.

⁸ Vor allem Ausbildung, formelle Zulassungsvoraussetzungen und Zuständigkeiten.

⁹ Es gibt hier einige wenige Ausnahmen wie den Ordine degli avvocati del Cantone Ticino (OATI) oder den Ordre des Avocats jurassiens, welche Körperschaften öffentlichen Rechts sind.

¹⁰ Was die Bundesverfassung im ersten Teilsatz in Art. 6 wie folgt ausdrückt: «Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr [...]».

¹¹ IMMANUEL KANT, Die Metaphysik der Sitten, AA 230.

¹² Siehe dazu AnwR 1/2017, S. 3 ff. (zur besonderen Funktion der Rechtsanwältin und dem institutionellen Teilgehalt ihrer Tätigkeit in Abgrenzung zum Unternehmensjurist), sowie AnwR 3/2017, S. 99 ff. (zur besonderen Funktion des Rechtsanwaltes und dem institutionellen Teilgehalt seiner Tätigkeit unter Bezugnahme auf das Berufsgeheimnis).

Teilgehalt zukommt¹³, welcher sich eben gerade auf die konkrete Gesellschaft bezieht, bezüglich deren Funktioniens der Anwalt seinen Beitrag leistet. Diese nationale Betrachtungsweise der Anwaltsregulierung ist selbstverständlich keine Absage an die Bemühungen, sich innerhalb der Anwaltschaften auf internationaler Ebene auszutauschen. Ebenso wichtig wie das Herausstreichen von Gemeinsamkeiten ist jedoch auch das Verstehen und Akzeptieren von *Unterschieden*. Will man Erkenntnis durch

auf Wahrnehmung basierende Vergleiche gewinnen, gilt es, das Objekt auf Gemeinsamkeiten *und* *Unterschiede* hin zu betrachten.

¹³ Siehe AnwR 3/2017, S. 100. Der unabhängigen Rechtsanwältin ist im Rechtsstaat eine ganz spezielle Rolle zugeordnet, welche sich wesentlich von der Bedeutung anderer in der Privatwirtschaft tätiger Anwälte unterscheidet.

LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA

EXISTE-T-IL UN STANDARD UNIVERSEL POUR RÉGLEMENTER LA PROFESSION D'AVOCAT?¹

SERGIO GIACOMINI

Avocat, Dr. en droit, Président de la FSA

I. L'autorégulation des avocats: indispensable dans de nombreux pays

En Europe – tout comme aux États-Unis d'Amérique – on considère généralement que seule une profession d'avocat (plus ou moins) autorégulée est en mesure de remplir sa fonction d'intermédiaire dans l'accès à la justice. C'est ainsi que les *solicitors* d'Angleterre et du Pays de Galles sont soumis à la régulation de la *Solicitors Regulation Authority*,² alors que les *barristers* le sont à celle de la *Bar Standard Board*. Ces deux régulateurs sont à leur tour soumis à la surveillance de la *Legal Services Board*, une autorité indépendante aussi bien politiquement que financièrement des structures gouvernementales. Aux États-Unis, la régulation de la profession est en principe³ également indépendante du pouvoir exécutif. Elle est généralement adoptée par les tribunaux et des agences indépendantes (*agencies*). C'est surtout en Allemagne que l'autorégulation de la profession d'avocat est la plus marquée. L'idée générale est la suivante: Seule une profession d'avocat indépendante de l'État, largement autorégulée, est en mesure de fournir aux citoyens l'accès à la justice.

II. L'autorégulation de la profession d'avocat en Allemagne

Depuis les arrêts *Bastille*⁴ rendus par la Cour constitutionnelle, l'Allemagne dispose désormais d'une base légale qui

¹ Cette contribution fait suite au III^e Congrès international des avocats du 31.3.2017 à Berlin. Sous le titre «L'indépendance de l'autorégulation – domaine exclusif de l'avocature», la *Bundesrechtsanwaltskammer* (BRAK) a mis en discussion les avantages et inconvénients des différents modèles d'organisation de la profession d'avocat. L'auteur a eu l'occasion d'expliquer aux représentants d'une quarantaine de fédérations internationales pourquoi les avocats suisses ne connaissent pas d'autorégulation et pourquoi cette situation ne pose pas de problème aux avocats suisses.

² La *Solicitors Regulation Authority* est la direction indépendante de la *Law Society of England and Wales*, organisation professionnelle des *solicitors*.

³ La réglementation diffère d'un État à l'autre.

⁴ BVerfGE 76, 171 ss (arrêt *Bastille* I) et BVerfGE 76, 196 ss (arrêt *Bastille* II). La Cour constitutionnelle a retenu, par arrêt du 14 juillet 1987 (d'où l'intitulé *Bastille*, en référence à la prise de celle-ci le 14 juillet 1789), que les règles déontologiques émises par les barreaux qui servent à concrétiser des notions juridiques indéterminées manquent de légitimité démocratique.