

Thema

# DIE BEDEUTUNG DES ANWALTS FÜR DEN RECHTSSTAAT\*



Kaspar Schiller Dr. iur. Rechtsanwältin Winterthur, ehemaliger Präsident des Zürcher Anwaltsverbands, ehemaliger Präsident des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV)

**Stichworte:** Zugang zum Recht, Anforderungen an Rechtsdienstleister, Verschwiegenheit und Konfliktfreiheit, Markt und Regulierung der Anwaltstätigkeit, Verfassungsmässigkeit der Vorschriften

Im Rechtsstaat muss der Zugang zum Recht jedermann offenstehen. Dabei ist der Rechtsuchende auf fachkundige Rechtsdienstleister angewiesen, die ihm Rechtskenntnis vermitteln und ihn vor den Instanzen vertreten. Um den Zugang zum Recht zu gewährleisten, müssen die Rechtsdienstleister besondere Anforderungen erfüllen. Diese ergeben sich nicht im freien Markt. Im Rechtsstaat müssen sie deshalb besonders angeordnet und mit öffentlich-rechtlichen Sanktionen bewehrt werden. Anwälte und Anwältinnen, die diesen Sonderregeln unterstehen, sind im Rechtsstaat unabdingbar.

*Der Rechtsstaat braucht den Anwalt, um Rechtsstaat zu bleiben. Walter Schlupe*

Wer sich in der Bundesverfassung über die rechtsstaatliche Rolle des Anwalts orientieren möchte, wird nicht fündig. Weder der Anwalt noch die Anwältin wird erwähnt. Immerhin findet sich ein Hinweis auf unentgeltliche Beistände für bedürftige Parteien im Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen.<sup>2</sup> Ferner statuiert die EMRK den Anspruch auf freie Verteidigerwahl im Strafprozess.<sup>3</sup>

Die auf Verfassungsebene fehlende Erwähnung der Anwälte und die nur punktuellen Hinweise auf Rechtsbeistände allgemein kontrastieren auffällig mit der klaren Aussage von Schlupe: «*Der Rechtsstaat braucht den Anwalt, um Rechtsstaat zu bleiben.*» Sind nun Anwälte und Anwältinnen im Rechtsstaat unverzichtbar, wie es Schlupe postuliert? Oder sind sie gewöhnliche Dienstleister ohne besondere rechtsstaatliche Bedeutung, wie man aufgrund des Verfassungstextes annehmen könnte?

Mit dieser Frage hat sich die Literatur ausser dem zitierten Beitrag von Walter Schlupe kaum beschäftigt.

## I. Zugang zum Recht

Recht ist ein hohes Gut. Ohne Recht gibt es kein geordnetes Zusammenleben, keine Sicherheit, keinen Frieden. Ohne Recht herrscht Anarchie, jeder gegen jeden.

Im Rechtsstaat muss sich jedermann darauf verlassen können, dass seine Rechte respektiert werden. Jedermann muss seine Rechte einfordern können, und jedermann muss sich zur Wehr setzen können, wenn jemand in seine Rechte eingreift. Der Zugang zum Recht muss jedermann offenstehen.

Das Dokument "Die Bedeutung des Anwalts für den Rechtsstaat" wurde von Patric Nessler, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 01.03.2024 auf der Website [anwaltsrevue.recht.ch](http://anwaltsrevue.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2024

Wer glaubt, dass ihm Unrecht geschehen ist, muss dies von unabhängigen Instanzen überprüfen und durchsetzen lassen können. Die Bundesverfassung hat diesen Anspruch in verschiedenen Bestimmungen zum Ausdruck gebracht. So im Willkürverbot<sup>4</sup>, im Verbot der Rechtsverweigerung<sup>5</sup>, in der Rechtsweggarantie<sup>6</sup>, im Anspruch auf rechtliches Gehör<sup>7</sup> und auf Verwirklichung der Grundrechte<sup>8</sup> sowie in den Verfahrensgarantien der EMRK<sup>9</sup>. Der freie Zugang zur Justiz ist ein verfassungsmässig garantierter Anspruch.

Mit dem Zugang zur Justiz ist es jedoch nicht getan. Wer nicht weiss, welches seine Rechte sind, dem nützt der garantierte Zugang zum Justizsystem nichts. Erst dann steht einem der Zugang zum Recht offen, wenn man seine Rechte kennt.

Der Zugang zum Recht ist somit nur unter zwei Voraussetzungen möglich:

- Die Rechtsuchenden müssen *ihre Rechte kennen*, und
- den Rechtsuchenden muss der *Zugang zur Justiz* offenstehen.

Ist eine dieser beiden Voraussetzungen nicht oder nur unzureichend erfüllt, ist der Zugang zum Recht eingeschränkt.

Der Zugang zum Recht ist nach der hier vertretenen Auffassung ein verfassungsmässiges Grundrecht.

## II. Zugang zu Rechtsdienstleistungen

Will der Bürger seinen Anspruch auf Zugang zum Recht wahrnehmen, ist er häufig überfordert. Er ist auf die Unterstützung von Fachleuten angewiesen. Soll der Zugang zum Recht gewährleistet sein, müssen qualifizierte Rechtsdienstleistungen zur Verfügung stehen. Die Möglichkeit, einen Rechtsdienstleister, eine Rechtsdienstleisterin beiziehen zu können, ist eine notwendige Voraussetzung für den Zugang zum Recht und somit eine rechtsstaatliche Notwendigkeit. Sie darf heute über Art. [29](#), [29a](#), [31](#) und [32](#) BV als verfassungsmässiger Anspruch verstanden werden.

## III. Funktionen der Rechtsdienstleister

### 1. Vermitteln von Rechtskenntnis (nicht forensische Tätigkeit)

*Ignorantia iuris nocet.* Wer das Recht nicht kennt, trägt die Nachteile daraus. Es wird grundsätzlich vorausgesetzt, dass jedermann seine Rechte und Pflichten kennt. Umfassende Rechtskenntnis war jedoch schon immer eine Fiktion. Niemand hat zuverlässige Kenntnisse in jedem Rechtsbereich seines Umfelds.

Die erste Funktion der Rechtsdienstleister besteht somit im Vermitteln von Rechtskenntnis. Die Rechtsdienstleister erfüllen eine doppelte Aufgabe: Zunächst erfüllen sie den Vertrag für ihre Auftraggeberin wie jeder andere Dienstleister. Darüber hinaus schaffen sie eine notwendige Voraussetzung dafür, dass der Zugang zum Recht offensteht und der Rechtsstaat verwirklicht werden kann. Diese zusätzliche rechtsstaatliche Dimension unterscheidet die Rechtsdienstleistungen von allen übrigen Dienstleistungen.

### 2. Vertretung im Justizverfahren (forensische Tätigkeit)

Der Laie ist kaum in der Lage, sich in den Verfahrensordnungen zurechtzufinden und ein Verfahren sorgfältig,

Das Dokument "Die Bedeutung des Anwalts für den Rechtsstaat" wurde von Patric Nessler, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 01.03.2024 auf der Website [anwaltsrevue.recht.ch](http://anwaltsrevue.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2024

ohne formelle Fehler selbst zu führen. Der Zugang zu fachkundiger Unterstützung im Prozess ist schon aus Gründen der Waffengleichheit ein rechtsstaatliches Postulat. Ausgeprägt ist dies im Strafrecht und im Verwaltungsrecht, wo die Staatsmacht den Rechtsuchenden zumeist mit grossem Wissensvorsprung gegenübersteht. Aber auch im Zivilverfahren kann das Wissens- und Machtgefälle zwischen den Parteien erheblich sein.

Die zweite Funktion der Rechtsdienstleister besteht somit in der fachmännischen Unterstützung und Vertretung in Gerichts- und Verwaltungsverfahren, ohne die der Zugang zum Recht nicht gewährleistet ist. Auch hier zeigt sich die über die Vertragspflichten hinausgehende rechtsstaatliche Dimension der Rechtsdienstleistungen.

### 3. Rechtskontrolle und -fortbildung

Die Rechtsberatung und -vertretung erfüllen zwangsläufig eine dritte Funktion der Rechtsdienstleister, die oft übersehen wird: die Qualitätskontrolle staatlicher Tätigkeit.

Das Recht ist keine statische Grösse, sondern das Ergebnis der Auseinandersetzung um die Lösung von Interessengegensätzen. *«Alles Recht in der Welt ist erstritten worden, jeder wichtige Rechtssatz hat erst denen, die sich ihm widersetzen, abgerungen werden müssen.»*<sup>10</sup> Jede Auseinandersetzung um einen individuellen Anspruch trägt zur Fortbildung des Rechts bei.

Diese kontradiktorische Rechtsfortbildung geschieht laufend und auf allen Ebenen: Offensichtlich kontradiktorisch ist die Gesetzgebung in den parlamentarischen Debatten, ebenso die Entscheidungsfindung im Justizverfahren. Aber auch Verwaltungsakte werden häufig schon mit der Verfügung, spätestens aber im Einsprache- und Beschwerdeverfahren kontradiktorisch entschieden.

Ausgewogenes Recht ergibt sich durch einen ausgewogenen Interessenausgleich. Dieser wird nur erreicht, wenn Argumente und Gegenargumente im Gleichgewicht sind und gleichermaßen kompetent vorgebracht werden. Die Balance ergibt sich im täglichen Nahkampf ums Recht. Jeder Rechtsdienstleister, jede Rechtsdienstleisterin hat täglich die Aufgabe, zu prüfen, ob die Rechte ihrer Mandanten respektiert werden. Tagtäglich versuchen sie, Wege und Lösungen zu suchen, die ihren Mandanten zu ihrem Recht verhelfen. Schwächen im Rechtssystem werden aufgezeigt. Jedes Gesetz, jede Verordnung, jeder Verwaltungsakt, jeder Gerichtsentscheid unterliegt diesem Test. Der Test hat eine präventive und eine therapeutische Wirkung: präventiv, weil alle staatlichen Organe wissen, dass sie diesem Test ausgesetzt sind, und therapeutisch, weil Schwächen und Fehler korrigiert werden können.

Optimale Rechtskontrolle findet nur statt, wenn die Rechtsberatung und -vertretung allein im Interesse der Rechtsuchenden erfolgt, wenn ihre Interessen aus ihrer *subjektiven* Sicht vertreten werden. Welches diese Interessen sind, ergibt sich aus dem vereinbarten Vertragsinhalt mit den Mandanten, die ihre Interessen selbst am besten kennen und beurteilen können.

Die Rechtsdienstleister dürfen sich nicht zum unparteiischen Richter über ihre Mandanten aufschwingen – im Gegenteil: Wären sie unparteiisch und objektiv, würden

nur noch gesicherte Ansprüche vertreten. Den Rechtsuchenden wäre die Möglichkeit genommen, einen unsicheren, aber vielleicht möglichen Anspruch geltend zu machen. Das Recht würde nie bis an seine Grenzen ausgetestet. Der Rechtsdienstleister muss daher parteiisch sein, der Richter darf es nicht. Die Rechtsdienstleister erfüllen ihre rechtsstaatliche Aufgabe gerade durch einseitige, parteiische Vertretung.

Selbstverständlich sind die Rechtsdienstleister nicht die Einzigen, die die Staatstätigkeit überprüfen. Dafür sind vor allem auch die Gerichte da, die nur dem Recht verpflichtet sind. Aber Gerichte kennen den Sachverhalt nur, soweit er ihnen vorgelegt wird. Lösungen werden ihnen allenfalls nur deshalb bewusst, weil die Rechtsvertreter sie aufgezeigt haben. Zudem mögen Gerichte bisweilen allzu sehr vom Erledigungsprinzip oder von administrativen Überlegungen geleitet sein. Schliesslich schadet es gewiss nicht, wenn der Qualitätstest auch von nicht staatlichen, aussenstehenden Personen vorgenommen wird, von Leuten, die andere Motive haben als die Kontrollierten selber und die auch andere Aspekte und andere Werte sehen.

Die dritte Funktion der Rechtsdienstleister besteht somit in der Rechtskontrolle und -fortbildung durch die Vertretung der individuellen Interessen der Rechtsuchenden. Sie tragen damit zur Rechtsverwirklichung bei. Die rechtsstaatliche Dimension der Rechtskontrolle und -fortbildung ist offensichtlich.

Die drei Funktionen der Rechtsdienstleistungen

- Vermitteln von Rechtskenntnis,
- Vertretung in Justizverfahren,
- Rechtskontrolle und -fortbildung

sind im Rechtsstaat unverzichtbar.

## **IV. Rechtsstaatliche Anforderungen an die Rechtsdienstleister**

### **1. Fachkompetenz**

Jede der drei rechtsstaatlichen Funktionen setzt hohes fachliches Wissen und Können der Rechtsdienstleister voraus. Je besser die Fachkompetenz, desto besser die Rechtsberatung und die Vertretung im Justizverfahren und desto besser die Qualität der Rechtskontrolle und -fortbildung, desto besser somit der Zugang zum Recht.

### **2. Unbeeinflusste Interessenwahrung**

Jede Vertragspartei hat alles zu tun, um das vereinbarte Mandatsziel zu erreichen, und alles zu unterlassen, was das Mandatsziel gefährdet. Das gilt auch für Rechtsdienstleister. Sie sind einzig und allein den subjektiven Klienteninteressen verpflichtet, wie es mit dem Mandatsinhalt und allfälligen Weisungen definiert ist. Daher haben sie ihre Mandate durchaus einseitig zu führen. Sie dürfen sich von keinen Drittmotiven beeinflussen lassen, die ihren Pflichten aus dem Mandat entgegenstehen.

Eingeschränkt ist diese Verpflichtung nur durch die Rechtsordnung: Selbstverständlich haben sich auch die Rechtsdienstleister nur legaler Mittel zu bedienen. Können sie sich mit den Wünschen und Weisungen einer Klientin nicht einverstanden erklären, ist das Mandat abzulehnen oder niederzulegen. Niemals aber darf vom Mandatsinhalt abgewichen werden. Die Rechtsdienstleister können weder ihre vertraglichen Aufgaben noch ihre rechtsstaatliche Funktion erfüllen, wenn von ihnen anderweitige mandatsstörende Loyalitätspflichten gegenüber Dritten abverlangt werden. Wer erwartet, dass sie noch auf Interessen Dritter, des Staats, dessen Behörden, das Funktionieren des Justizsystems oder auf das Ansehen des Berufs etc. Rücksicht zu nehmen hätten, verkennt ihre Funktion im Rechtsstaat.

Ohne unbeeinflusste Interessenwahrung der Rechtsdienstleister ist der Zugang zum Recht eingeschränkt. Zudem ist sie eine Voraussetzung für eine wirksame Rechtskontrolle und -fortbildung.

### **3. Vertraulichkeit**

Das Dokument "Die Bedeutung des Anwalts für den Rechtsstaat" wurde von Patric Nessler, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 01.03.2024 auf der Website [anwaltsrevue.recht.ch](http://anwaltsrevue.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2024

Optimale Unterstützung ist nur möglich, wenn die Rechtsuchenden die Situation ihrem Rechtsbeistand vorbehaltlos offenlegen. Dazu gehören möglicherweise auch heikle oder sogar schädliche Informationen. Die Rechtsuchenden dürfen nicht befürchten müssen, dass anvertraute Informationen zu ihrem Nachteil verwendet oder an Dritte preisgegeben werden. Andernfalls werden sie nur unvollständig informieren oder sich gar nicht an einen Fachmann wenden. Nur wenn Vertraulichkeit garantiert ist, können die Rechtsuchenden ihre Anliegen ihrem Rechtsbeistand vorbehaltlos offenlegen. Ohne absolute Vertraulichkeit der Rechtsdienstleister ist eine optimale Rechtsberatung und -vertretung undenkbar.

Nur dann, wenn die Rechtsuchenden sicher sein können, dass ihr Rechtsbeistand die vertraulichen Informationen keinem Dritten preisgibt, ist der uneingeschränkte Zugang zum Recht sichergestellt.

## 4. Tragbare Kosten

Der Zugang zum Recht ist versperrt, wenn ein Rechtsuchender aus finanziellen Gründen seine Rechtsansprüche nicht überprüfen und durchsetzen lassen kann.

## V. Staatliche Regulierung: die Anwälte und Anwältinnen

Der Zugang zum Recht ergibt sich nicht von selbst im freien Markt. Der Rechtsdienstleistungsmarkt ist überaus *intransparent*. Die in Rechtsdingen nicht versierten Bürger haben keine Chance, die angebotenen Rechtsdienstleistungen zu beurteilen oder auszutesten, weder die Leistung noch die Qualität oder den Preis. Dies ist höchstens bei professionellen Mandanten der Fall, die regelmässig Rechtsdienstleistungen beanspruchen. Die Marktkräfte führen weder zu optimaler Qualität von Rechtsdienstleistern noch zur unbeeinflussten Mandatsführung und Verschwiegenheit noch zu tragbaren Rechtskosten für jedermann.

Um den möglichst ungehinderten Zugang zum Recht für jedermann zu ermöglichen, ist dieses *Marktversagen*

zu korrigieren. Ein Staat, der Rechtsstaat sein will, muss Regeln für die Rechtsdienstleistungen anordnen.

Die meisten westlichen Staaten haben daher in die Wirtschaftsfreiheit eingegriffen und eine besondere Kategorie von Rechtsdienstleistern geschaffen: die Anwälte und Anwältinnen. Für deren Beruf sind zum Schutz der Rechtsuchenden spezifische öffentlich-rechtliche Regeln erlassen worden, die den Zugang zum Recht ermöglichen oder erleichtern. Die anwaltlichen Sonderregeln sind somit *ausschliesslich Klientenschutz*.

Ein liberaler Staat wird jedoch nur dort regulatorisch eingreifen, wo die Bürger, die Bürgerinnen nicht in der Lage sind, sich selber zu schützen, für sich selber zu sorgen. Wo das Publikum keines Schutzes bedarf, wo Eigenverantwortlichkeit zugemutet werden kann, führt eine Reglementierung nur zu Behinderungen und zu Marktverzerrungen.

Dementsprechend sind bei der staatlichen Regulierung der Anwaltstätigkeit die Voraussetzungen für Eingriffe in die Grundrechte zu beachten: ein überwiegendes öffentliches Interesse, eine ausreichende Gesetzesgrundlage und die Verhältnismässigkeit des Eingriffs.<sup>11</sup> Für jede anwaltliche Sonderbestimmung ist abzuwägen, ob das Klienteninteresse am Zugang zum Recht den Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit rechtfertigt. Von Vorschriften, die den Zugang zum Recht nicht verbessern, ist abzusehen.

In diesem Spannungsfeld zwischen notwendiger und zurückhaltender Legiferierung hat der Schweizer Gesetzgeber insbesondere angeordnet:

Das Dokument "Die Bedeutung des Anwalts für den Rechtsstaat" wurde von Patric Nessler, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 01.03.2024 auf der Website [anwaltsrevue.recht.ch](http://anwaltsrevue.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2024

- *Fachliche Qualität:* Zur anwaltlichen Berufsausübung wird nur zugelassen und im öffentlich zugänglichen Anwaltsregister eingetragen, wer ein juristisches Vollstudium absolviert hat, über einen akademischen Abschluss verfügt, sich über eine mindestens einjährige berufliche Praxis ausweisen kann und eine weitere fachliche Prüfung (Anwaltsprüfung) bestanden hat.<sup>12</sup> Zudem werden die Anwälte und Anwältinnen zur sorgfältigen Mandatsführung verpflichtet.<sup>13</sup>
- *Unbeeinflusste Mandatsführung:* Den Anwälten und Anwältinnen ist eine Unabhängigkeitspflicht und ein Verbot von Interessenkonflikten auferlegt.<sup>14</sup>
- *Vertraulichkeit:* Die Anwälte und Anwältinnen sind an ein lebenslanges Berufsgeheimnis gebunden.<sup>15</sup> Eine Preisgabe von Vertraulichem kann gegenüber Anwälten und Anwältinnen nicht erzwungen werden. Ihnen stehen besondere prozessuale Weigerungsrechte zu.<sup>16</sup> Zudem ist die Verletzung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses auch ein Straftatbestand.<sup>17</sup>
- *Tragbare Rechtskosten:* Wer nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand.<sup>18</sup> Die Anwälte und Anwältinnen sind verpflichtet, Mandate der unentgeltlichen Rechtspflege anzunehmen.<sup>19</sup> Ausserdem sind die Möglichkeiten eingeschränkt, Erfolgshonorare für Prozessvertretungen zu vereinbaren.<sup>20</sup> Schliesslich wird der obsiegenden Partei in den meisten Gerichtsfällen eine Prozessentschädigung für die Kosten der Prozessvertretung zugesprochen.
- *Staatliche Disziplinaraufsicht:* Die Anwälte und Anwältinnen sind einer staatlichen Aufsicht unterstellt.<sup>21</sup> Bei Verstössen gegen die anwaltlichen Sonderpflichten werden öffentlich-rechtliche Disziplinarsanktionen verhängt.<sup>22</sup> Ausserdem wird im Anwaltsregister gelöscht, wer die Eintragungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt.<sup>23</sup>
- *Monopol:* Die gewerbsmässige Vertretung der Parteien in Gerichtsverfahren ist grundsätzlich den Anwälten und Anwältinnen vorbehalten.<sup>24</sup>

## VI. Beurteilung der anwaltlichen Sonderregeln

### 1. Fachkompetenz

Die Anwaltsprüfungen sind in der Regel umfassend und anspruchsvoll. So besteht beispielsweise im Kanton Zürich lediglich rund die Hälfte der Kandidaten und Kandidatinnen die Prüfung auf Anhieb. Wiederholungen sind nur beschränkt möglich. Keine andern Rechtsdienstleister haben sich über ein derart breites und detailliertes juristisches Wissen und Können auszuweisen wie die Anwälte und Anwältinnen. Aufgrund des öffentlichen Anwaltsregisters kann jedermann feststellen, wer die Anforderungen für die anwaltliche Berufsausübung erfüllt und den besonderen Berufspflichten unterliegt.

In Bezug auf die Sorgfalt der Mandaterfüllung werden den Anwälten und Anwältinnen keine Sonderpflichten auferlegt. Die anwaltliche Sorgfaltspflicht ist inhaltlich deckungsgleich mit der vertraglichen, wie sie für jeden andern Rechtsdienstleister auch gilt. Insbesondere begründet die anwaltliche Sorgfaltspflicht – ebenso wie die vertragliche – nur Pflichten gegenüber dem Klienten, was in der parlamentarischen Beratung ausdrücklich festgehalten wurde.<sup>25</sup> Dies steht im Einklang mit den rechtsstaatlichen Anforderungen: Die Anwaltstätigkeit hat sich ausschliesslich an den Klienteninteressen auszurichten, wie sie im Mandat vereinbart sind. Eingeschränkt ist dies einzig durch die Rechtsordnung, an die sich selbstverständlich auch die Anwälte zu halten haben, insbesondere an das Gebot von Treu und Glauben, an die Verfahrensordnungen, an das Strafrecht etc.<sup>26</sup> Insofern betrifft die Sorgfaltspflicht indirekt auch Dritte.<sup>27</sup>

Aufgrund der Bedeutung der sorgfältigen Mandatsführung ist naheliegend, dass die Sorgfaltspflicht in den Katalog der öffentlich-rechtlichen, mit Disziplinarsanktionen bewehrten Berufspflichten aufgenommen worden ist.<sup>28</sup> Gemäss dem im öffentlichen Recht geltenden Opportunitätsprinzip werden nur schwere Verletzungen der Sorgfaltspflicht disziplinarisch geahndet.

Der juristische akademische Abschluss, das erforderliche Praktikum und die zusätzliche Anwaltsprüfung bieten eine gewisse Gewähr für Berufserfahrung und rechtlich kompetente Mandatsführung, was den Zugang zum Recht verbessert. Allerdings besteht keine öffentlich-rechtliche Weiterbildungspflicht.

## 2. Unbeeinflusste Mandatsführung

Die Konfliktfreiheit ist eine notwendige Voraussetzung der anwaltlichen Tätigkeit. Es scheint daher selbstverständlich, dass ein öffentlich-rechtliches Konfliktverbot für Anwälte und Anwältinnen ausdrücklich angeordnet und mit Disziplinarsanktionen verstärkt worden ist.<sup>29</sup>

Das ebenfalls angeordnete Unabhängigkeitsgebot ist inhaltlich identisch mit dem Verbot von Interessenkonflikten. Da das Gesetz bereits ein griffiges Konfliktverbot vorsieht, wäre eine zusätzliche Pflicht zur Unabhängigkeit entbehrlich. Im Sinn eines Appells hat die Bestimmung jedoch durchaus ihre Berechtigung.

Zudem dürften Anwälte und Anwältinnen in Bezug auf allfällige Konflikte ohnehin sensibler sein als andere Dienstleister, da sie Klienteninteressen regelmässig direkt *gegen* Dritte wahrnehmen.

Je wirkungsvoller das Konfliktverbot, desto besser ist der Zugang zum Recht.

## 3. Vertraulichkeit

Das anwaltliche Berufsgeheimnis ist absoluter als die allgemeine, aus der Treuepflicht abgeleitete Diskretions- und Schweigepflicht der Beauftragten nach OR. Das Berufsgeheimnis der Anwälte und Anwältinnen wird zudem durch die strafrechtlichen und die disziplinarischen Sanktionen verstärkt.<sup>30</sup> Vor allem aber bieten die speziellen prozessualen Weigerungsrechte den Klienten und Klientinnen die Gewähr, dass ihre Anwälte nicht zur Offenlegung von Klienteninteressen gezwungen werden können. Ohne diese Weigerungsrechte sind die Vertraulichkeit und der ungehinderte Zugang zum Recht nicht sichergestellt.

## 4. Disziplinaraufsicht

Aus naheliegenden Gründen kann die Aufsichtsbehörde nicht die tägliche Berufstätigkeit aller Anwälte und Anwältinnen überwachen. Wenn sie aber von einem Verstoss gegen die Berufspflichten Kenntnis erhält, hat sie ein Verfahren einzuleiten und den fehlbaren Anwalt zu disziplinieren.

Auch andere Beauftragte sind ihren Auftraggeberinnen aufgrund des Vertragsrechts zur sorgfältigen und loyalen Mandatsführung verpflichtet. Als Rechtsbehelfe bei Pflichtverletzungen stehen aber in der Regel nur schwer durchsetzbare Schadenersatzansprüche zur Verfügung. Demgegenüber sind die zusätzlichen öffentlich-rechtlichen Pflichten der Anwälte und Anwältinnen mit Disziplinar massnahmen bewehrt, die bis hin zum Berufsverbot gehen.<sup>31</sup>

Freilich wird die Disziplinaraufsicht nie ganz verhindern können, dass es auch Anwälte gibt, die ihre Pflichten verletzen. Eine zusätzliche dissuasive Wirkung hat sie allemal. Damit verbessert sie den Zugang zum Recht.

## 5. Tragbare Kosten

Das Dokument "Die Bedeutung des Anwalts für den Rechtsstaat" wurde von Patric Nessler, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 01.03.2024 auf der Website [anwaltsrevue.recht.ch](http://anwaltsrevue.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2024

Verschiedene Ansätze sind denkbar, um die Kosten des Zugangs zum Recht für jedermann tragbar zu machen, wie beispielsweise Zwangstarife, Erfolgshonorare, unentgeltliche Rechtspflege, Rechtsschutzversicherungen, Factoring, Prozessfinanzierung durch Dritte etc. Alle Modelle haben ihre Vor- und Nachteile.

Die in der Schweiz angeordneten Institute der notwendigen Verteidigung und der unentgeltlichen Rechtspflege ermöglichen den Zugang zum Recht für einen Teil der Rechtsuchenden oder erleichtern ihn zumindest. Für andere Bestimmungen ist dies dagegen mehr als zweifelhaft, z.B. für die Einschränkungen der Vereinbarung von Erfolgshonoraren.

Allerdings sind die Hürden für die unentgeltliche Rechtspflege in der Praxis recht hoch. Die Rechtsuchenden, die nicht gerade an der Armutsgrenze leben, werden sich das Prozessieren oftmals kaum leisten können, trotz einer allfälligen nachträglich zugesprochenen Prozessentschädigung.

## 6. Anwaltsmonopol

Ursprünglich waren die Anwälte reine Prozessvertreter. Noch lange Zeit wurden sie in erster Linie für Gerichtsprozesse beigezogen. Praktisch alle alten kantonalen Anwaltsgesetze hatten daher die gewerbsmässige Prozessvertretung den Anwälten vorbehalten. Das BGFA hat diese Regelung grundsätzlich übernommen, obwohl die Beratungstätigkeit der Anwälte und Anwältinnen die forensische Tätigkeit seit Jahrzehnten überwiegt. Heute werden die Anwälte und Anwältinnen als Rechtsdienstleister schlechthin verstanden.

Man wird sich aus rechtsstaatlicher Sicht fragen können, ob das Monopol<sup>32</sup> verhältnismässig ist. Die Rechtsuchenden können schliesslich selbst entscheiden, ob sie für ihre Prozessführung einen Anwalt beiziehen, also einen Verfahrensspezialisten, der den anwaltlichen Sonderregeln und der Disziplinaraufsicht untersteht, oder ob sie es vorziehen, einen sonstigen Rechtsdienstleister zu beauf-

tragen, der die Voraussetzungen eines Anwalts, einer Anwältin nicht erfüllt und nicht an die anwaltlichen Pflichten gebunden ist. Für die Rechtsberatung traut man den Rechtsuchenden diesen Entscheid jedenfalls zu. Weshalb dies nicht auch für die Prozessvertretung gelten soll, ist schwer verständlich. Immerhin lässt sich zugunsten des Monopols anführen, dass die Anwälte von jeher die Spezialisten für die Prozessführung waren und sind.

So oder anders würde eine verbesserte Transparenz den Zugang zum Recht erleichtern: Der Bürger kennt in der Regel nicht einmal den Unterschied zwischen den Juristen mit und ohne Anwaltspatent und zwischen den in der Wirtschaft angestellten Patentinhabern und den in der freien Advokatur tätigen Anwälten. Klarheit – auch für die Rechtsberatung – würde ein wirksamer *Titelschutz* schaffen, der sich nicht am Patent, sondern am Registereintrag orientiert. Damit wäre es leicht erkennbar, wer den anwaltlichen Pflichten untersteht und wer nicht.

Das Monopol ist mit zahlreichen Ausnahmen relativiert worden, wie z.B. für arbeits-, miet-, patent- und verwaltungsrechtliche Verfahren. Verbands- und Gewerkschaftsfunktionäre, Sozialarbeiter, Treuhänder, Patentanwälte, Ingenieure oder Architekten sind jedoch mit der Verfahrensführung oftmals überfordert. Immer wieder gehen Prozesse wegen prozessualer Fehler verloren. Wenn schon am Monopol festgehalten werden soll, weil die Anwälte und Anwältinnen Prozessspezialisten sind, ist nicht einzusehen, weshalb dies nicht für alle Verfahren vor Justizbehörden gelten soll.

## 7. Rechtsberatung – Forensische Tätigkeit

Gelegentlich wird gefordert, dass das anwaltliche Sonderrecht je nach beratender oder forensischer Tätigkeit unterschiedlich behandelt werden soll. So werden immer wieder politische Vorstösse eingereicht, die das Berufsgeheimnis auf die forensische Tätigkeit beschränken wollen, wenn – vermeintliche oder tatsächliche – Finanz-, Steuer- oder Geldwäschereiskandale in den Medien für Aufsehen sorgen. Auch wird die Auffassung vertreten, das Konfliktverbot sei im Rahmen der Rechtsberatung weniger wichtig und weniger rigoros anzuwenden als in der forensischen Tätigkeit, oder in Zivilsachen weniger rigoros als in Straffällen.

Eine solche Unterscheidung ist jedoch weder sachgerecht noch notwendig. Sie verkennt die rechtsstaatliche Dimension der Rechtsberatung: Ohne Rechtskenntnis ist der Zugang zum Recht undenkbar.<sup>33</sup> Die Rechtsberatung, das Vermitteln von Rechtskenntnis, ist für den Zugang zum Recht nicht weniger wichtig als die Vertretung im Prozess. Zudem entwickelt sich ein Mandat häufig von der reinen Beratung zur Prozessvertretung und umgekehrt. Die Instruktion über ein Problem, das später in einen Prozess mündet, muss ebenso vertraulich bleiben wie im Verfahren, und auch die Beratung im Vorfeld oder im Nachgang eines Prozesses muss ebenso unbeeinflusst von Drittinteressen erfolgen wie im Verfahren. Namentlich die Vertraulichkeit und die unbeeinflusste Interessenwahrung sind in der Rechtsberatung gleichermassen unverzichtbar. Der Zugang zum Recht ist eingeschränkt, wenn die anwaltlichen Sonderregeln für die rechtsberatende Tätigkeit nicht gelten.

## 8. Auswirkungen auf den Zugang zum Recht

Einzelne Berufspflichten sind für den Zugang zum Recht *unabdingbar*, insbesondere das *Berufsgeheimnis* und das *Konfliktverbot*. Andere Sonderregeln sind zwar rechtsstaatlich nicht unbedingt notwendig, mögen aber den Zugang zum Recht mehr oder weniger erleichtern, wie beispielsweise die Voraussetzungen zum Registereintrag. Wieder andere Regeln dürften keinerlei Einfluss auf den Zugang zum Recht haben, z.B. die Vorschriften zur Werbung oder zur Honorargestaltung. Nicht alle anwaltsrechtlichen Vorschriften erfüllen die Voraussetzungen für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit.

Insgesamt verbessert und erleichtert das anwaltliche Sonderrecht den Zugang zum Recht erheblich. Die Anwälte und Anwältinnen bieten weit eher Gewähr als andere Dienstleister, dass die Rechtsuchenden ihre Rechte kennen und durchsetzen können. Gleiches gilt für die Rechtskontrolle und -fortbildung.

## VII. Fazit

- Im Rechtsstaat muss der Zugang zum Recht für jedermann gewährleistet sein.
- Der Zugang zum Recht setzt zweierlei voraus: einerseits Rechtskenntnis und andererseits den freien Zugang zur Justiz.
- Damit der Zugang zum Recht sichergestellt ist, müssen Rechtsdienstleister zur Verfügung stehen, die den Rechtsuchenden die erforderliche Rechtskenntnis vermitteln und die sie bei der Durchsetzung vor Justizinstanzen unterstützen und vertreten.
- Aus rechtsstaatlicher Sicht haben die Rechtsdienstleister ihre Tätigkeit
  - sorgfältig,
  - unbeeinflusst, nur im Interesse des Rechtsuchenden und
  - verschwiegen
- auszuüben.
- Die Marktkräfte führen nicht zum ungehinderten Zugang zum Recht. Deshalb hat die Schweiz wie die meisten westlichen Staaten in die Wirtschaftsfreiheit eingegriffen und besondere Rahmenbedingungen für die Anwaltstätigkeit geschaffen.

- Zum Anwaltsberuf wird nur zugelassen, wer über einen universitären Abschluss und über Berufserfahrung verfügt sowie eine zusätzliche fachliche Prüfung abgelegt hat. Zudem sind den Anwälten und den Anwältinnen besondere Verhaltenspflichten für ihre Berufstätigkeit auf-

erlegt, die mit Disziplinarmaßnahmen verstärkt sind. Im Weiteren ist die professionelle Parteivertretung vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen den Anwälten und den Anwältinnen vorbehalten. Insofern unterscheiden sich die Anwälte und Anwältinnen von allen anderen Rechtsdienstleistern.

- Das anwaltliche Sonderrecht ermöglicht und erleichtert den Rechtsuchenden den Zugang zum Recht. Anwaltsrecht ist Klientenschutz.
- Die Anwälte und Anwältinnen sind eine notwendige Voraussetzung für den freien Zugang des Bürgers zum Recht. Zur Verwirklichung des Rechtsstaats sind sie unabdingbar.

Kein Rechtsstaat kann auf freie Anwälte verzichten. Umgekehrt kann sich kein autoritäres Regime freie Anwälte leisten.

«Der Rechtsstaat braucht den Anwalt, um Rechtsstaat zu bleiben.»

## VIII. Literatur

Schluep Walter, Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat, Zürich 1994

von Jhering Rudolf, Der Kampf ums Recht, Wien 1872, Nachdruck Frankfurt a. M. 1967

---

\* Der Beitrag ist in der Festschrift zum 125-Jahre-Jubiläum des SAV im Stämpfli Verlag erschienen.

1 Schluep, W., Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat, Zürich 1994, S. 62.

2 [Art. 29 BV](#).

3 [Art. 6 EMRK](#).

4 [Art. 9 BV](#).

5 [Art. 29 Abs. 1 BV](#).

6 [Art. 29a BV](#).

7 [Art. 29 Abs. 2 BV](#).

8 [Art. 35 BV](#).

9 [Art. 6 EMRK](#).

10 von Jhering R., Der Kampf ums Recht, Wien 1872, Nachdruck Frankfurt a.M. 1967, S. 5.

11 Art. [5 Abs. 2](#), [36 BV](#).

12 [Art. 6 ff. BGFA](#)

13 [Art. 12 lit. a BGFA](#)

14 [Art. 12 lit. b und c BGFA](#).

15 [Art. 13 BGFA](#); [Art. 321 StGB](#).

16 Z.B. [Art. 163 ZPO](#); [Art. 171 StPO](#).

17 [Art. 321 StGB](#).

Das Dokument "Die Bedeutung des Anwalts für den Rechtsstaat" wurde von Patric Nessler, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 01.03.2024 auf der Website [anwaltsrevue.recht.ch](http://anwaltsrevue.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2024

18 [Art. 29 Abs. 3 BV](#).

19 [Art. 12 lit. g BGFA](#)

20 [Art. 12 lit. e BGFA](#)

21 [Art. 14 BGFA](#).

22 [Art. 17 BGFA](#)

23 [Art. 9 BGFA](#)

24 [Art. 2 BGFA](#)

25 Protokoll Ständerat 20.12.1999, S. 1190.

26 Siehe IV.2.

27 BBl 1999 6013, 6018.

28 Siehe VI.4.

29 Siehe VI.4.

30 Siehe VI.4.

31 Auch die Notare und Patentanwälte unterstehen für ihre Rechtsdienstleistungen einer Disziplinaraufsicht, allerdings nur in ihrem begrenzten Tätigkeitsbereich.

32 Rechtlich ein Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt.

33 Siehe I.