

# ANWALTSGEHEIMNIS UND HONORAR- INKASSO: EIN ZWISCHENSTAND

**PATRICK SUTTER**

RA, Dr. iur., Schwyz/Wollerau, Leiter Fachgruppe SAV Staatsrecht  
und Rechtsphilosophie

Stichworte: Anwaltshonorar, Anwaltsgeheimnis, Entbindung, Kostenvorschuss

Das Bundesgericht hat zwischen Mai 2016 und Januar 2017 diverse Urteile zu den Kriterien der Entbindung vom Anwaltsgeheimnis im Zusammenhang mit dem Honorarinkasso durch Anwältinnen und Anwälte gefällt. Insbesondere die neu vorgebrachte Bedeutung des Kriteriums, ob die Einholung eines Kostenvorschusses möglich gewesen wäre, aber unterlassen worden ist, hat in der Lehre Kritik hervorgerufen. Dieses Kriterium ist vom Bundesgericht in drei verschiedenen (strengerer wie unbestimmteren) Varianten formuliert worden. Dieser Aufsatz macht eine Bestandesaufnahme.

## I. Einleitung: Anwaltliches Honorarinkasso setzt Entbindung vom Anwaltsgeheimnis voraus

Das Bundesgericht hat spätestens in BGE 142 II 307 E. 4.3 f. S. 310 f. der zunehmend auch von kantonalen Aufsichtsbehörden (Anwaltskommissionen) vertretenen Auffassung eine Absage erteilt, wonach auf ein Entbindungsgesuch i. S. v. Art. 321 Ziff. 2 StGB gar nicht erst eingetreten werden müsse, wenn es nur um das anwaltliche Honorarinkasso gehe. Diese kantonalen Aufsichtsbehörden setzten mit ihrem *Nichteintreten* Anwältinnen und Anwälte der Gefahr aus, dass sie ohne strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund – der ihnen zufolge Nichteintretens der zur Entbindung zuständigen Behörde (also gegen ihren Willen) verwehrt blieb – im Rahmen des prozessualen Honorarinkassos das Berufsgeheimnis nach Art. 13 BGFA und damit die Strafnorm nach Art. 321 StGB verletzen würden, was wiederum nicht zuletzt die Erfüllung der persönlichen Voraussetzung nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b BGFA (Fehlen einer mit dem Anwaltsberuf vereinbaren strafrechtlichen Verurteilung) infrage hätte stellen können.<sup>1</sup>

Indem das Bundesgericht an jener Stelle nun eben festgestellt hat, dass an der Entbindung nichts vorbeiführt<sup>2</sup> und dass die Entbindung in Abwägung der Interessen nach *bundesrechtlichen* Kriterien zu erteilen ist, hat es solchen kantonalen Praktiken eine deutliche Absage erteilt. Dies ist m. E. in der bisherigen Kommentierung jenes Urteils noch zu wenig hervorgehoben worden. Eine Nichteintretenspraxis von kantonalen Aufsichtsbehörden ist also vor dieser Rechtsprechung nicht bzw. nicht mehr haltbar. Diese Klarstellung (so es sie denn wirklich brauchte) war aus anwaltlicher Sicht wertvoll.

## II. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung in der Frage der Bedeutung des Kostenvorschusses für die Entbindung vom Anwaltsgeheimnis von Mai 2016 bis Januar 2017

Jener BGE 142 II 307 sorgte jedoch vielmehr für negative Aufregung im Anwaltsstand, weil er zu insinuierten schien, dass es *erstens* eine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis nur gebe, wenn die Anwältin aufzeige, warum die Erhebung eines Kostenvorschusses nicht möglich sei, und dass es *zweitens* gar eine berufsrechtliche Pflicht zur Erhebung eines Kostenvorschusses gebe (zur Wahrung der Unabhängigkeit gemäss Art. 12 Bst. b BGFA, hingegen explizit nicht nach Art. 12 Bst. i BGFA). Im konkreten Wortlaut führte das Bundesgericht in BGE 142 II 307 E. 4.3.3 S. 311 f. aus:

«Für die Interessenabwägung ist zu beachten, dass eine Anwältin oder ein Anwalt zwar regelmässig über ein schutzwürdiges Interesse an der Entbindung zwecks Eintreibung offener Honorarforderungen verfügt (Urteile 2C\_1127/2013 vom 7.4.2014 E. 3.1; 2C\_661/2011 vom 17.3.2012 E. 3.1; 2C\_508/2007 vom 27.5.2008 E. 2.1; 1S.5/2006 vom 5.5.2006 E. 5.3.1, in: SJ 2006 I S. 489;

<sup>1</sup> Wobei dies m. E. klar unverhältnismässig wäre (siehe auch die Beispiele von ERNST STAEHELIN/CHRISTIAN OETIKER, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar BGFA, Art. 8 N 20), vor allem im Lichte der Tatumstände, dass die Erfüllung des Straftatbestandes massgeblich auf ein Nichteintreten der Behörde zurückzuführen wäre (zur Massgabe der konkreten Tatumstände vgl. STAEHELIN/OETIKER, a. a. O., Art. 8 N 18).

<sup>2</sup> Vgl. insbes. auch E. 4.3.3.

2P.313/1999 vom 8.3.2000 E. 2). Diesem Interesse steht grundsätzlich das institutionell begründete Interesse an der Wahrung der Vertraulichkeit (nicht publ. E. 2.1) wie auch, je nach Konstellation, das individual-rechtliche Interesse (nicht publ. E. 2.2) des Klienten auf Geheimhaltung der Mandatsbeziehung sowie sämtlicher, damit in Zusammenhang stehender Informationen entgegen, zumal Behörden und Gerichten eine eigentliche Anzeigepflicht obliegen kann. An die Substantiierung des Interesses des Klienten an einer Geheimhaltung dürfen im Verfahren auf Entbindung keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, würde doch der in Art. 321 Abs. 1 StGB verankerte Rechtsschutz durch eine eigentliche Substantiierungspflicht geradezu unterlaufen. Bei der Abwägung der sich entgegenstehenden Interessen im Zusammenhang mit einer offenen Honorarforderung ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass eine Anwältin oder ein Anwalt vom Klienten grundsätzlich einen Vorschuss verlangen kann, welcher die voraussichtlichen Kosten ihrer oder seiner Tätigkeit deckt, und, sofern das Mandat für sie oder ihn eine wichtige wirtschaftliche Bedeutung hat (zur wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Anwältin oder des Anwalts vom Klienten Urteil 2A.293/2003 vom 9.3.2004 E. 4; VALTICOS, in: Commentaire romand, Loi sur les avocats, 2010, N. 110 zu Art. 12 BGFA; BERNHART, Die professionellen Standards des Rechtsanwaltes, 2. Aufl. 2011, S. 121 ff.), zur Erhebung eines solchen Vorschusses unter dem Gesichtspunkt des Unabhängigkeitserfordernisses von Art. 12 lit. b BGFA sogar gehalten sein kann (a.M. betreffend Art. 12 lit. i BGFA FELLMANN, a.a.O., S. 190). Abgesehen von Konstellationen, in welchen dem Anwalt die Erhebung eines Kostenvorschusses von vornherein verwehrt ist – wie etwa, wenn und soweit die Anwältin oder der Anwalt dem Klienten als unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben worden ist (BGE 132 V 200 E. 5.1.4 S. 205 f.) – hat ein zwecks Eintreibung einer offenen Honorarforderung um Entbindung ersuchender Anwalt darzulegen, weshalb ihm eine Kostendeckung über die Erhebung eines Kostenvorschusses nicht möglich war.» (Hervorhebungen nur hier.)

Während das Bundesgericht hier noch relativ unbestimmt blieb, indem es nur dem Umstand Rechnung getragen haben wollte, dass eine Anwältin oder ein Anwalt von der Klientel grundsätzlich einen Vorschuss verlangen kann, berief es sich einen Monat später (im Urteil 2C\_215/2015 vom 16.6.2016 in der nicht als Teil von BGE 142 II 256 publizierten E. 5.2) gar auf eine konkrete Beweispflicht des Anwalts im Verfahren der Entbindung, die so im soeben erwähnten Urteil, auf das sich das Bundesgericht nun berief, m. E. nicht zu finden war:

«Nach der Rechtsprechung zum Anwaltsgeheimnis ist aber die Entbindung – jedenfalls dann, wenn der betroffene Anwalt dargelegt hat, weshalb ihm eine Kostendeckung z.B. über die Erhebung eines Kostenvorschusses nicht möglich war (Urteil 2C\_586/2015 vom 9.5.2016 E. 4.3.3) – zu bewilligen, wenn der Anwalt sie beantragt, um selber eine Honorarforderung gegen seinen ehemaligen Klienten einzuklagen oder sich gegen Haft-

pflichtansprüche oder Strafanzeigen seiner ehemaligen Klienten zu wehren; zu verweigern ist eine verlangte Entbindung in diesen Fällen nur dann, wenn die Klientschaft ihrerseits ein höherrangiges Interesse an der Aufrechterhaltung des Anwaltsgeheimnisses hat (Urteile 2C\_1127/2013 vom 7.4.2014 E. 3.3.2; 2C\_661/2011 vom 17.3.2012 E. 3.1; 2C\_503/2011 vom 21.9.2011 E. 2.2; 2C\_42/2010 vom 28.4.2010 E. 3.1; 2C\_508/2007 vom 27.5.2008 E. 2.3; 2P.90/2002 vom 8.7.2002 E. 5; DUPUIS ET AL., a. a. O., Art. 321 Rz. 45).» (Hervorhebung nur hier.)

Dementsprechend fielen die Kommentierungen – insbesondere des überraschten Anwaltsstandes – sehr deutlich negativ aus.<sup>3</sup>

Das Bundesgericht schien deshalb, allerdings ohne Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung und damit nicht offiziell, von diesen beiden früheren Urteilen etwas abkehren zu wollen, als es am 6.1.2017 im Urteil 2C\_704/2016, in E. 3.2, ausführte:

«Im Rahmen der Interessenabwägung ebenfalls Berücksichtigung finden können jene Umstände, die es dem Anwalt eventuell verunmöglichten, einen Kostenvorschuss zu erheben.» (Hervorhebung nur hier.)

Weiterhin nicht klar ist aber damit, worin genau das Bundesgericht die Bedeutung des Kostenvorschusses in Bezug auf die Frage der Entbindung vom Anwaltsgeheimnis sieht. Die Lehre führt m. E. deshalb zu Recht aus, dass «selbst diese abgemilderte Rechtsprechung nicht in Einklang zu bringen» ist «mit den gesetzlichen Grundlagen, welchen bei einem Entscheid betreffend Entbindung vom Anwaltsgeheimnis Rechnung zu tragen ist»<sup>4</sup>. Dementsprechend wünscht man sich, dass das «Bundesgericht diese Rechtsprechung, welche in der Anwaltspraxis zu vielen Unsicherheiten geführt hat, bei der nächstmöglichen Gelegenheit überdenken und das Element «Kostenvorschuss» (wieder) vollständig von den Voraussetzungen zur Entbindung vom Anwaltsgeheimnis zwecks Eintreibung einer Honorarforderung loslösen würde»<sup>5</sup>.

### III. Der Kostenvorschuss und die Bedeutung in Bezug auf die Berufsregeln

Die Lehre<sup>6</sup> stellt zu Recht in Abrede, dass ein Anwalt oder eine Anwältin – wie das Bundesgericht in BGE 142 II 307 E. 4.3.3 S. 312 sagte – «sofern das Mandat für sie oder ihn eine wichtige wirtschaftliche Bedeutung hat (zur wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Anwältin oder des An-

3 GIAN ANDREA SCHMID, Eine Korrektur drängt sich auf, plädoyer 6/2016, S. 14 ff.; BALTHASAR BESSENICH, ius.focus 7/2016, S. 33; ERNST STAEHELIN, Ausreisser? Ausreisser!, Anwaltsrevue 9/2016, S. 393 ff.; KASPAR SCHILLER, Der Anwalt als Testamentsvollstrecker und Schweigepflicht, SJZ 112/2016, S. 501 ff.

4 ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZLIN, Entbindung vom Anwaltsgeheimnis und Kostenvorschuss: Eine unendliche Geschichte?, AJP 2017, S. 621 ff., 624.

5 DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 4), S. 627.

6 Vgl. anstelle vieler zusammenfassend und m. w. H. DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 4), S. 626 f.

walts vom Klienten [...]), zur Erhebung eines solchen Vorschusses unter dem Gesichtspunkt des Unabhängigkeitserfordernisses von Art. 12 lit. b BGFA sogar gehalten sein kann».

In einem Punkt ist jedoch auf einen Aspekt hinzuweisen, der bisher noch zu wenig Beachtung erfahren hat:

- Es ist unbestritten, dass die *Gewährung von Darlehen an einen Klienten* Konflikte zwischen den Interessen dieses Klienten und den persönlichen Interessen der Anwältin hervorrufen kann.<sup>7</sup> Eine solche Verletzung von Art. 12 Bst. c BGFA kann in einem konkreten Einzelfall nun eben auch daraus resultieren, dass anstelle der Gewährung des Darlehens ein Honorararrest besteht. Denn ob die Schuld des Klienten aus vorgängiger Darlehensgewährung oder aus aufgelaufenen Honorarforderungen resultiert, kann für die Frage des Bestandes eines Interessenkonflikts nicht von Bedeutung sein. Will eine Anwältin also konsequent Interessenkonflikte verhindern, dann ist es naheliegend, dass sie möglichst nur auf Kostenvorschussbasis tätig wird (wo dies aufgrund zeitlicher Dringlichkeit nicht wiederum Art. 12 Bst. a BGFA widersprechen würde)<sup>8</sup>.
- Nun ist es aber so, dass gleichermassen auch die *Aufnahme eines Darlehens durch den Anwalt bei seiner Klientin* dessen wirtschaftliche Unabhängigkeit (Art. 12 Bst. b BGFA) gefährden und einen Interessenkonflikt (Art. 12 Bst. b BGFA) darstellen kann. Dies vor allem dann, wenn der Anwalt in einem finanziellen Engpass ist.<sup>9</sup> Die Einholung von Kostenvorschüssen kann nun einen ähnlichen Effekt haben wie die Aufnahme eines Darlehens.

Was damit eben gezeigt werden kann, ist, dass berufsrechtlich das Einholen von Kostenvorschüssen *weder per se vorzuziehen noch abzulehnen* ist. Es kann je nach Einzelfall einen Interessenkonflikt hervorrufen, wenn die Anwältin konsequent auf Vorschussbasis arbeitet, wie wenn sie dies konsequent unterlässt.

Sachdienlich, weil berufsrechtlich in jedem Fall unproblematisch, dürfte es deshalb sein, wenn angemessene Vorschüsse regelmässig einverlangt werden oder in regelmässigen Abständen Zwischenabrechnungen gestellt werden. Beides versetzt die Klientel insbesondere in die Lage, den Stand der Aufwendungen zu prüfen und nötigenfalls weitere Kosten zu unterbinden bzw. Anpassungen im Vorgehen zu verlangen. So reduziert sich auch die Wahrscheinlichkeit von Streitigkeiten enorm. Denn es ist unbestreitbar so, dass es dem Anwaltsstand nicht dienlich ist, wenn Honorarstreitigkeiten zwischen Anwälten und Klienten ausgefochten werden müssen und hierzu vorgängig die Entbindung vom Anwaltsgeheimnis beantragt werden muss (und die Aufsichtscommissionen beschäftigt, die diese Arbeitslast als unnötig empfanden und deshalb z. T. – unzulässigerweise – durch Nichteintreten darauf reagierten).

<sup>7</sup> BGE 98 Ia 356 E. 3 S. 360 ff. Vgl. dazu auch WALTER FELLMANN, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar BGFA, Art. 12 N 94. Im Urteil 2C\_814/2014 vom 22. 1. 2015 kam sogar noch eine weitere Konfliktebene eines Prozessfinanzierungsvertrages hinzu.

<sup>8</sup> DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 4), S. 627.

<sup>9</sup> FELLMANN (Fn. 7), Art. 12 N 95.

STREHLGASSE · SCHWYZ

Repräsentative und moderne  
Büroräume ab 125 m<sup>2</sup>





www.strehlgasse-schwyz.ch  
Tel. 041 729 41 20

ADVENDIS



Von Aktie bis Wandelanleihe –  
Das Standardlehrbuch zum Wertpapierrecht.

**Wertpapierrecht**

Arthur Meier-Hayoz †,  
Hans Caspar von der Crone

**März 2018, CHF 132.–**  
Stämpflis juristische Lehrbücher, 3. Auflage,  
556 Seiten, broschiert, 978-3-7272-8892-0

**Bestellen Sie direkt online:**  
[www.staempflishop.com/sjl](http://www.staempflishop.com/sjl)

**Stämpfli**  
Verlag

# Abschluss, Form und Auslegung des Vertrags

## Die Entstehung der Obligation: Die Entstehung durch Vertrag, Art. 1–18 OR

Christoph Müller

ca. Mai 2018, ca. CHF 448.–

Berner Kommentar, ca. 1060 Seiten,  
gebunden, 978-3-7272-3391-3

Abschluss, Form und Auslegung des Vertrags sind zentrale Themen des Obligationenrechts. Die vorliegende Kommentierung zeigt die neuesten Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre bezüglich Art. 1–18 OR auf. Dazu enthält sie eine allgemeine Einleitung zum Schweizerischen Obligationenrecht, in welcher das OR von 1911, die Grundbegriffe des OR wie das Rechtsgeschäft, die Obligation und das Schuldverhältnis sowie die Entstehungsgründe der Obligation erläutert werden.

Art. 1–18 OR sind so grundsätzlicher Natur, dass sie auch neue Tendenzen wie etwa die auf der Blockchain-Technologie basierenden «Smart Contracts» und überhaupt den elektronischen Geschäftsverkehr auffangen können. In gewissen Punkten sind jedoch Anpassungen des Gesetzes notwendig geworden, wie etwa für die elektronische Signatur (Art. 14 IIbis OR) und die elektronische öffentliche Beurkundung (EÖBV).

Die Kommentierung stellt jedoch auch anscheinend Bewährtes in Frage, indem sie sich etwa im Rahmen von Art. 18 OR gegen die subjektive Auslegung stellt und dafür einer generellen Anwendung der objektiv-konkreten Auslegung das Wort redet.

Sämtliche Fragen werden auch rechtsvergleichend erläutert, indem die Lösungen des deutschen, österreichischen, französischen, italienischen, englischen und europäischen Rechts (CESL, Richtlinien) mitberücksichtigt werden. Auch die schweizerischen (OR 2020), europäischen (PECL, DCFR) und internationalen (PICC) Reformprojekte werden systematisch in die Kommentierung miteinbezogen.

Die Kommentierung setzt sich in grundsätzlicher Weise mit all diesen Entwicklungen auseinander, beantwortet jedoch auch die daraus fließenden konkreten Fragestellungen in den verschiedensten materiell- und prozessrechtlichen Belangen.

**Stämpfli**  
Verlag

**Stämpfli Verlag AG**

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempfliverlag.com



1587-46/18 | Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten

**Bestellen Sie direkt online:**  
[www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)

