

**AA 13 102, publiziert Mai 2014**

**Entscheid der Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern**

Besetzung

Oberrichterin Apolloni Meier (Präsidentin), Oberrichterin Wüthrich-Meyer, Gerichtspräsident Hofmann, Fürsprecher Rothenbühler, Fürsprecher Sterchi und Gerichtsschreiberin Spielmann

vom 19. Februar 2014

in der von Amtes wegen eröffneten Disziplinarsache

gegen

**Fürsprecher X**

Disziplinarbeklagter

**Regeste:**

- *Art. 13 BGFA*
- *Notwendigkeit und Modalitäten der Entbindung vom Berufsgeheimnis bei Arrestverfahren*

**Redaktionelle Vorbemerkungen:**

Fürsprecher X reichte bei der Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern ein Gesuch um Entbindung vom Berufsgeheimnis gegenüber Y zwecks Honorarinkasso ein. Die Anwaltsaufsichtsbehörde hat diesem Gesuch entsprochen. Da dem Gesuch und den damit eingereichten Unterlagen jedoch zu entnehmen war, dass Fürsprecher X gegen seinen Klienten Y ein Arrestgesuch eingereicht hatte, in dessen Begründung er gegenüber dem zuständigen Arrestgericht Sachverhalte offengelegt hatte, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, wurde gegen ihn ein Disziplinarverfahren eröffnet. Zu seiner Verteidigung machte Fürsprecher X u.a. geltend, ein vorgängiges Gesuch um Entbindung von der beruflichen Schweigepflicht vor Einreichung des Arrestgesuchs hätte zeitlich nicht gereicht, zudem wäre Y durch das entsprechende Gesuch gewarnt worden, was die Erfolgsaussichten des Arrestgesuchs zu nichte gemacht hätte. Zum Zeitpunkt des Arrestgesuchs war das Mandat beendet. Die Aufsichtsbehörde stellte eine Verletzung des Berufsgeheimnisses fest und sanktionierte diese mit einer Verwarnung.

**Auszug aus den Erwägungen:**

1.-6. (...)

7. Gemäss Art. 13 Abs. 1 BGFA unterstehen Anwältinnen und Anwälte zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Be-

rufes von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist (vgl. auch Art. 321 StGB). Die Entbindung verpflichtet sie nicht zur Preisgabe von Anvertrautem.

7.1. Gegenstand des durch Art. 321 StGB und Art. 13 BGFA geschützten anwaltlichen Berufsgeheimnisses sind vertrauliche Informationen des Klienten, an denen dieser sowohl ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung als auch den erkennbaren diesbezüglichen Willen hat (vgl. W. FELLMANN, Anwaltsrecht, Bern 2010, Rz. 474 ff. und 535). Nach herrschender Auffassung fallen im weitern, über den zu engen Gesetzeswortlaut hinaus, unter die Geheimhaltungspflicht nicht nur Informationen, die der Klient dem Anwalt anvertraut, sondern alles, was der Anwalt im Hinblick auf, im Zusammenhang mit oder im Nachgang zu einem Mandat wahrnimmt (FELLMANN, a.a.O., Rz 536 m.w.H.; H. NATER/G. ZINDEL in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich/Basel/Genf, 2. Aufl. 2011, Art. 13 N 97). Zu den Tatsachen, welche unter den Schutz des Anwaltsgeheimnisses fallen, gehört schon der Umstand des Bestehens eines Mandats zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Klienten (NATER/ZINDEL, a.a.O., N 107; BGE 2C\_508/2007 vom 28.5.2008, E. 2.1, je m.w.H.).

7.2. Gemäss ständiger Praxis der Anwaltsaufsichtsbehörde (bis 31.12.2010 Anwaltskammer) des Kantons Bern ist deshalb zur betreibungsrechtlichen oder gerichtlichen Geltendmachung unbezahlter Honorarforderungen gegenüber einem Klienten die Entbindung vom Berufsgeheimnis erforderlich. Eine Ausnahme gilt einzig insoweit, als Inkassomassnahmen ohne Offenlegung geheimhaltungspflichtiger Sachverhalte möglich sind, wie dies in einem Betreibungsbegehren, wo als Forderungsgrund bloss „Rechnung vom...“ angegeben werden kann, und allenfalls in einem Gesuch um provisorische Rechtsöffnung (bei Vorliegen einer schriftlichen Schuldanerkennung des Klienten ohne Bezug auf den Forderungsgrund) der Fall ist (vgl. z.B. M. STERCHI, *in dubio* 4/06, S. 201 unter Bezug auf einen Entscheid aus dem Jahre 2005; unzutreffend insoweit NATER/ZINDEL, a.a.O. N 149, die davon auszugehen scheinen, dass im Kanton Bern die gerichtliche Geltendmachung der Forderung schlechthin keiner Entbindung bedürfe). Nach heutiger Rechtslage erfordert bereits die Einreichung eines Schlichtungsbegehrens ebenso eine vorgängige Entbindung (s. Art. 202 Abs. 2 ZPO; anders nach Art. 146 bzw. 294 aZPO/BE, wobei aber die Entbindung jedenfalls vor Durchführung einer mündlichen Verhandlung vorliegen musste) wie die Einreichung einer Klage im ordentlichen oder im vereinfachten Verfahren (Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO bzw. Art. 244 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 lit. c ZPO).

Der Disziplinarbeklagte ging also fehl, wenn er annahm, das Arrestbegehren sei als Inkassomassnahme zu würdigen und *als solche* wie ein Rechtsöffnungsgesuch ohne Befreiung vom Berufsgeheimnis zulässig. Entscheidend ist vielmehr, ob in der Begründung geheimhaltungspflichtige Sachverhalte (s. oben Ziff. 7.1.) offengelegt werden. Für die Bewilligung eines Arrestes wird dies zur Glaubhaftmachung der Arrestforderung (vgl. Art. 272 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG) regelmässig kaum zu umgehen sein.

7.3. Im Arrestgesuch des Disziplinarbeklagten vom (...) werden denn auch sowohl unter „II Formelles“ wie unter „III Begründung“ dem Berufsgeheimnis unterstellte

Sachverhalte offengelegt. Konkret wurde nicht nur das Bestehen, sondern auch der Gegenstand des Mandats genannt. Da das Geheimnis gegenüber jedermann, also auch gegenüber Gerichts- oder Arrestbehörden gilt, stellt dies unzweifelhaft eine Verletzung von Art. 13 BGFA dar, soweit die Bekanntgabe nicht infolge Entbindung durch den Klienten oder durch die Aufsichtsbehörde gerechtfertigt ist.

7.4. Eine Entbindung durch den Klienten ist nicht erfolgt. Dieser hat sich vielmehr der Entbindung ausdrücklich widersetzt (Akten AA 13 51, p. 21).

7.5. Gemäss Art. 37 ff. des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28.3.2006 (KAG; BSG 168.11) kann die Anwältin oder der Anwalt die Anwaltsaufsichtsbehörde um Befreiung vom Berufsgeheimnis ersuchen, wenn die Auftraggeberin oder der Auftraggeber die Einwilligung nicht erteilt oder diese nicht eingeholt werden kann. Gemäss Art. 38 Abs. 1 KAG verfügt die Anwaltsaufsichtsbehörde die Befreiung vom Berufsgeheimnis, wenn das Interesse des Anwalts an der Offenbarung wesentlich höher ist als das Interesse des Auftraggebers an der Geheimhaltung. Gemäss Art. 38 Abs. 2 KAG trifft dies insb. dann zu, wenn das Berufsgeheimnis den Anwalt daran hindert (...) einen ungerechtfertigten erheblichen Vermögensnachteil abzuwenden.

Die Anwaltskammer (seit 1.1.2011 die Anwaltsaufsichtsbehörde) gestattet in konstanter Praxis die Befreiung von der Schweigepflicht gestützt auf die genannte Bestimmung, soweit dies zur gerichtlichen Geltendmachung bestrittener Honorarguthaben erforderlich ist (vgl. im Einzelnen den Entscheid AA 13 51 vom 1.7.2013, E. 4). Sie wurde dem Disziplinarbeklagten denn auch ohne weiteres erteilt.

7.6. Nach konstanter Praxis gilt jedoch ebenso, dass die Befreiung nicht rückwirkend erteilt wird (vgl. auch FELLMANN, a.a.O., Rz. 520, m.w.H.). Bereits erfolgte Verletzungen werden durch die nachträgliche Befreiung damit grundsätzlich nicht zu rechtmässigen.

Von diesem Grundsatz wird indessen eine Ausnahme gemacht, wenn die rechtzeitige Entbindung infolge Dringlichkeit nicht möglich oder aus andern zwingenden Gründen nicht tunlich ist. Typischerweise trifft dies auf die Arrestnahme zu. Weil im Verfahren gemäss Art. 37 ff. KAG der Geheimnisherr zwingend anzuhören ist, würde die Einleitung eines entsprechenden Verfahrens den Zweck des Arrestes, nämlich den überraschenden Zugriff auf das Vermögen des Schuldners, vereiteln, weil dieser dem Arrest durch entsprechende Dispositionen zuvorkommen könnte, wenn der Anwalt den Entbindungsentscheid abwarten müsste. Anders entscheiden hiesse, Anwälten die Möglichkeit der Arrestnahme für Honorarforderungen gegenüber ehemaligen Klienten generell zu verwehren, wie der Disziplinarbeklagte zu Recht festhält.

Die Anwaltsaufsichtsbehörde hat deshalb bereits vor längerem in zwei Entscheiden erkannt, dass die Entbindung vom anwaltlichen Berufsgeheimnis erst im Nachhinein, und zwar rückwirkend für die bereits erfolgte Arrestgesuchseinreichung zu erteilen sei (AWK 04 3993 vom 24.5.2004 und AWK 05 24 vom 26.8.2005; M. STERCHI, *in dubio* 4/05 S. 200 bzw. 4/06 S. 205). Analog würde es sich bezüglich eines Gesuchs um Anordnung einer superprovisorischen Massnahme (Art. 265 ZPO) verhalten, falls ein Anwalt aus irgendeinem zulässigen Grund ein solches zur Wahrung eigener Interessen gegen einen (ehemaligen) Klienten einreichen wollte.

Nicht zwingend erscheint dies im Fall der Konkureröffnung über den Klienten. Zwar sind Konkurseingaben samt Beweismitteln grundsätzlich innert einem Monat nach der Bekanntmachung dem Konkursamt einzugeben (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG), was in der Regel kaum möglich wäre, wenn zuerst die Aufsichtsbehörde in einem entsprechenden Verfahren um Befreiung vom Berufsgeheimnis ersucht und deren Entscheid abgewartet werden müsste; weil indessen Konkurseingaben bis zum Schluss des Konkursverfahrens angebracht werden können (Art. 251 Abs. 1 SchKG) und – *a maiore ad minus* – auch die Nachreichung der Beweismittel bis zu diesem Zeitpunkt möglich sein muss, hindert nichts, zumindest vor der Einreichung von geheimhaltungspflichtigen Dokumenten an die Konkursverwaltung die Entbindung vom Berufsgeheimnis abzuwarten.

- 7.7. In jedem Fall darf vom Anwalt verlangt werden, dass er unverzüglich, spätestens umgehend nach erfolgter Arrestlegung bzw. Anordnung der superprovisorischen Massnahme, ein Gesuch um Befreiung vom Berufsgeheimnis bei der Aufsichtsbehörde einreicht. Dazu ist er ohne weiteres in der Lage, zumal die Darstellung des Sachverhalts in beiden Eingaben weitgehend identisch formuliert werden kann.

Mögliche Alternativen, namentlich ein Absehen von der Anhörung des Geheimnisherrn als Gesuchsgegner im Entbindungsverfahren bzw. die Befreiung des gesuchstellenden Anwalts mittels superprovisorischer Massnahme oder – analog zur Praxis einiger anderer Kantone – ein generelles Absehen vom Erfordernis der Befreiung beim Honorarinkasso hat die Anwaltskammer geprüft, jedoch stets verworfen, letztmals anlässlich der Plenarsitzung vom 5.12.2013.

Dem Anwalt verbleibt bei diesem Vorgehen das theoretische Risiko, dass in der Folge seinem Gesuch um Befreiung vom Berufsgeheimnis nicht entsprochen wird, was dann auch die Einreichung des Arrestgesuch als widerrechtlich bzw. nicht durch einen nachträglichen Rechtfertigungsgrund gedeckt erscheinen liesse. Immerhin ist festzuhalten, dass hierfür der Auftraggeber überwiegende Geheimhaltungsinteressen geltend machen müsste. In konstanter Praxis hat die Anwaltskammer bzw. Anwaltsaufsichtsbehörde bei der Interessenabwägung praktisch ausnahmslos die wirtschaftlichen Interessen des um seine Honorarforderung kämpfenden Anwalts höher gewichtet als das Geheimhaltungsinteresse des zahlungsunwilligen Klienten. Vorausgesetzt ist also keineswegs ein rechtsmissbräuchliches Verhalten desselben. Vorbehalten blieb einzig der Fall, dass es sich beim einzutreibenden Honorar um einen Bagatellbetrag handelt. Dies wurde indessen bereits bei einer Forderungssumme von Fr. 295.— verneint (aufgrund der konkreten Umstände des Falles, AWK Nr. 07 93 vom 12.11.2007; vgl. STERCHI, *in dubio* 4/08 S. 202).

- 7.8. Vorliegend ersuchte Fürsprecher X (...) um Entbindung vom Berufsgeheimnis gegenüber Y, jedoch laut Begründung nur im Hinblick auf die Verhandlung vor der Schlichtungsbehörde bzw. das Rechtsöffnungsverfahren, während er der irrigen Ansicht war, dass für das fünf Wochen zuvor eingereichte Arrestgesuch keine Befreiung notwendig gewesen sei, weil er meinte, hierfür keine „von der Klientschaft anvertrauten Tatsachen“ offenbaren zu müssen. Wie oben in Ziff. 7.1. dargelegt, ist der Geheimnisbereich jedoch weiter und wurde das Geheimnis durch den Inhalt des Arrestgesuchs sowie mehrerer zusammen mit diesem eingereichter Beilagen verletzt. In der Folge wurde der Disziplinarbeklagte von der Anwaltsaufsichtsbehör-

de zwar vom Berufsgeheimnis befreit, soweit dies zur gerichtlichen Geltendmachung seiner Honorarforderung gemäss Rechnung vom (...) erforderlich ist. Eine weitergehende, rückwirkend für die Einreichung des Arrestgesuchs geltende Befreiung konnte mangels entsprechenden, insbesondere auch zeitgerechten Antrags hingegen nicht erfolgen, so dass kein Rechtfertigungsgrund für die Geheimnisverletzung vorliegt.

8. Gemäss Art. 12 lit. a BGFA üben die Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus.

8.1. Unter diese Generalklausel fällt namentlich die vorab auftragsrechtliche Pflicht des Anwalts, die Interessen des Mandanten nach bestem Wissen und Gewissen zu wahren. Er ist gehalten, alles zu tun, was den Interessen des Klienten förderlich ist und alles zu unterlassen, was ihnen schadet (W. FELLMANN, a.a.O., Rz 1929). Diese Treuepflicht ist umfassend und bestimmt das gesamte Handeln des Anwalts bei der Annahme, Ausübung, Beendigung und Abrechnung des Mandats. Sie besteht wie das Berufsgeheimnis über das Ende des Mandats hinaus; denn sie wirkt auch gegenüber Rechtsnachfolgern des Mandanten und ist bei der Annahme bzw. Ablehnung künftiger Mandate zu beachten, wenn mit der Führung des späteren Mandats den Interessen des früheren Mandanten geschadet würde. Der Auftraggeber wird dadurch insoweit geschützt, als der Anwalt nicht Kenntnisse aus dem Mandatsverhältnis, im gleichen Sachzusammenhang sogar nach dessen Abschluss, gegen ihn verwenden darf (diesbezüglich wird die anwaltliche Treuepflicht durch die Berufspflichten gemäss Art. 12 lit. c und Art. 13 BGFA konkretisiert).

8.2. Die Treuepflicht geht jedoch nicht so weit, dass sie den Anwalt daran hindern würde, nach Abschluss des Mandats eigene Interessen gegen den Klienten zu wahren, also namentlich Ansprüche desselben (z.B. bezüglich Haftpflicht) abzuwehren und eigene (insb. Honorarforderungen) gegen ihn wahrzunehmen. Hierzu stehen Anwälten selbstverständlich wie jedem andern Gläubiger sämtliche gesetzlichen Mittel und Wege offen, zumindest solange sie nicht geradezu schikanös oder rechtsmissbräuchlich ausgeübt werden.

8.3. Aufgrund des aktenkundigen Sachverhalts ist davon auszugehen, dass das Mandat des Disziplinarbeklagten für Y mit Abschluss des Vergleichs an der Schlichtungsverhandlung vom (...) seinen Abschluss fand. Zwar bemühte sich der Disziplinarbeklagte ususgemäss beim Gegenanwalt um den Vollzug der Vergleichszahlung (...), jedoch war dies nach dem Willen des Mandanten nicht mehr Gegenstand des Auftrags, da er den Schuldner zur direkten Bezahlung der vereinbarten Summe an sich selbst veranlasste, wodurch er den Disziplinarbeklagten auch daran hinderte, verrechnungsweise seine Honorarforderung zu decken. In dieser Situation kann die Stellung eines Arrestbegehrens nicht mehr als Verletzung der Treuepflicht betrachtet werden. Wie es sich verhielte, wenn der Disziplinarbeklagte diesen Schritt bereits vor der Mandatsbeendigung getan hätte, braucht vorliegend nicht diskutiert zu werden.

9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Disziplinarbeklagte durch die Stellung des Arrestgesuchs vom (...) das Berufsgeheimnis verletzt hat und dass diese Verletzung durch die nachträgliche Befreiung durch Entscheid der Anwaltsaufsichtsbehörde vom (...) nicht geheilt wurde.

**Hinweis:**

Der Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen.