

KOLLISION ZWISCHEN ANWALTS- UND MANDANTENINTERESSE?

MARCUS WIEGAND

lic. iur., Rechtsanwalt, Winterthur und Kreuzlingen

Stichworte: Honorarbeschwerde, Unentgeltliche Rechtspflege, Entschädigung, Widerstreitende Interessen, Interessenkollision

Handelt der unentgeltliche Rechtsbeistand, der sich nach Mandatsabschluss gegen eine Kürzung seiner Honorarnote durch das Gericht wehrt, wider die Interessen der von ihm vormals vertretenen Mandantschaft?

I. Problemstellung

Welcher Anwalt kennt das nicht? Der Mandant benötigt eine professionelle Vertretung im nicht aussichtslosen Verfahren, ist aber mittellos. Der Anwalt sucht um unentgeltliche Rechtspflege nach, die vom Gericht bewilligt wird. Zusätzlich wird dem Mandanten in der Person des Antragstellers ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Mit Engagement und Sorgfalt geht der Anwalt zu Werke. Nach getaner Arbeit wird die Honorarnote eingereicht. Und dann folgt die Ernüchterung. Das Gericht hat dem Anwalt die Honorarnote gekürzt. Was tun? Die Faust im Sack machen oder den Entscheid von der nächsten Instanz überprüfen lassen?

Der Anwalt steckt im Dilemma:¹ Entweder er verzichtet auf einen Teil seines Honorars oder er erweist seinem ehemaligen Mandanten u.U. einen Bärendienst, wenn er mit einer Honorarbeschwerde obsiegt. Denn ein für den Anwalt erfolgreicher Prozessausgang um die Erhöhung des Honorars hat zur Folge, dass der Mandant wegen der gesetzlichen Nachzahlungsklausel für die Dauer von 10 Jahren mit einer entsprechend höheren Verpflichtung belastet ist.² Und es kann sich hierbei durchaus um nicht unerhebliche Summen handeln, wie verschiedene neuere Bundesgerichtsentscheide zeigen.³

Also nochmals: Was tun? Sich als guter Verlierer geben, dem Ursprung des Honorargedankens nachleben⁴ und den finanziellen Verlust stillschweigend hinnehmen? Den Mandanten um Erlaubnis fragen, ob er einer Überprüfung durch die nächste Instanz und damit allenfalls einer für ihn nachteiligen Erhöhung des Anwalts honorars zustimmt? Und was, wenn der Mandant nicht einverstanden ist? Kein leichter Entscheid, zumal sich auch vordergründig die Frage stellt, ob der Anwalt mit einer Honorarbeschwerde, die er ohne Rücksprache mit seinem Mandanten führt, nicht wider dessen Interessen handelt, was allenfalls auch standesrechtlich problematisch wäre.⁵

II. Lösungsansatz

Nun, es kann Entwarnung gegeben werden, denn das Anstrengen einer Honorarbeschwerde im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege auch ohne Einwilligung des Mandanten kann natürlich nicht unzulässig sein. Es verhält sich damit – nur mit anderen Parteien und in einem unterschiedlichen Verfahren – nicht anders als beim zivilrechtlichen Forderungsprozess des Anwalts gegen den in seiner Zahlungspflicht säumigen Mandanten. Auch hier steht der Anwalt vor der – sicherlich stets unangenehmen – Aufgabe, gegen seinen ehemaligen Mandanten aus eigenem Recht vorgehen zu müssen, wenn das vereinbarte Honorar für die erbrachte Dienstleistung nicht bezahlt wird.⁶ Dass hier wie da, zumal mit Blick auf das Anwaltsgeheimnis, so schonend wie möglich vorzugehen ist, scheint mir Ausfluss des besonderen (Vertrags-)Verhältnisses zwischen Anwalt und Mandant zu sein, das mehr als andere Rechtsverhältnisse aufgrund der Stellung des Anwalts und des-

- 1 Gemäss Duden eine Zwangslage, Situation, in der sich jemand befindet, besonders wenn er zwischen zwei in gleicher Weise schwierigen oder unangenehmen Dingen wählen soll oder muss.
- 2 Art. 123 ZPO.
- 3 Vgl. bspw. BGE 5A_157/2015 (Antrag: CHF 38 499.90; Zugesprochen: CHF 24 547.85) oder neuerdings für den Fall einer Kindesvertretung vor 1. und 2. Instanz BGE 5A_52/2015 (Antrag: CHF 52 940.90; Zugesprochen CHF 27 684.90).
- 4 Das Honorar stellte ursprünglich eine nicht klagbare freiwillige, aber durchaus übliche «Ehrengabe» des Vertretenen dar (*lat. honor = Ehre*). Allerdings war es auch nur der römischen Adelschicht überhaupt erlaubt und vorbehalten, Aufträge anzunehmen, Personen also, die ihren Lebenserwerb nicht aus dem Honorar zu bestreiten hatten (vgl. bspw. HEINRICH HONSELL, Römisches Recht, 8. A., S. 151).
- 5 Art. 12 lit. c BGFA.
- 6 Art. 394 Abs. 3 OR.

sen speziellen Einblick in die Verhältnisse des Mandanten von einer besonderen, auch nachwirkenden Treuepflicht beherrscht ist.⁷

1. Keine Parteistellung der unentgeltlich vertretenen Person

Mit der Bestellung zum unentgeltlichen Rechtsbeistand einer Partei tritt der Anwalt nach heutiger Rechtsauffassung in ein besonderes öffentlich-rechtliches Verhältnis zum Staat.⁸ Ob sich die Besonderheit des Mandats nur in seiner Begründung, Beendigung und Honorierung erschöpft, wie es FELIX WOLFFERS⁹ vertritt, oder ob darüber hinaus dem Gericht auch eine Aufsichtsfunktion über die Art und Weise der Mandatsführung zukommt, wie es WALTER FELLMANN¹⁰ mit guten Argumenten begründet, spielt für die hier zu untersuchende Frage keine Rolle.

Entscheidend ist, dass dieses besondere Rechtsverhältnis *nur* zwischen Anwalt und Staat entsteht, wenngleich die unentgeltlich vertretene Partei allein Begünstigte der erbrachten Dienstleistung ist und Anspruch auf sorgfältige, gewissenhafte und engagierte Mandatsführung durch den Anwalt hat.¹¹ Privatrechtlich läge ein Vertrag zugunsten eines Dritten vor. Leistungsempfänger und Kostenträger fallen auseinander. Gestützt auf dieses Rechtsverhältnis hat der Anwalt eine *eigene* öffentlich-rechtliche Forderung gegen den Staat auf angemessene (nicht volle!) Entschädigung im Rahmen der kantonalen Bestimmungen.¹² Die unentgeltlich vertretene Partei hat damit, was die Entschädigung angeht, keine eigene formelle Parteistellung.¹³ Ohne formelle Parteistellung ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb der Anwalt nur mit einer vorgängigen Einwilligung des Mandanten eine Honorarbeschwerde erheben dürfen sollte.

Dies ist gleichsam die Kehrseite des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtsvertretung nach Art. 117 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV: Obwohl der rechtssuchenden Partei zunächst kostenfrei – unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht – in Person des Anwalts eine professionelle Hilfe zur Seite gestellt wird und dieser auch zur Mandatsannahme verpflichtet ist,¹⁴ verbleibt die primäre Zahlungspflicht *allein* bei der verfügenden Behörde.¹⁵ Daher kann auch nur sie Gegenpartei einer Honorarbeschwerde sein. Inwiefern sich die unentgeltlich vertretene Partei später gegen die vom Gericht rechtskräftig festgelegte Entschädigung wehren kann, ist nicht Gegenstand dieser Darstellung. Immerhin darf am Rande erwähnt werden, dass wenig Gefahr für eine Übervorteilung besteht, zumal das Gericht als professionelle Behörde mit entsprechendem Erfahrungsschatz über Honoraranträge urteilt und die kantonalen Anwaltstarife schon deutlich niedriger liegen als bei privat eingegangenen Mandaten üblich.¹⁶

2. Anwaltshonorar ist kein Gegenstand widerstreitender Interessen

Anwälte meiden jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Mandantschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen.¹⁷ Unbestrittenmassen gelten die Berufsregeln des BGFA gleich wie

die Sorgfalts- und Treuregeln des privaten Auftragsrechts auch im Bereich unentgeltlicher Rechtsvertretung.¹⁸ Dazu zählt insbesondere, dass der Anwalt keine widersprechenden Interessen wahrnimmt. Er hat die eigenen Interessen den Interessen des Auftraggebers unterzuordnen.¹⁹ Die Treuepflicht gebietet dem Anwalt, alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigen könnte.²⁰ Ein verbotener Interessenkonflikt liegt vor, wenn der Anwalt bei der Interessenwahrung für den Mandanten Entscheidungen zu treffen hat, mit denen er sich potenziell in Konflikt zu eigenen Interessen begibt.²¹

Vordergründig verstösst es mit Blick auf die dem Anwalt bekannte Nachzahlungspflicht²² von Art. 123 ZPO klar gegen das (finanzielle) Interesse des ehemaligen Mandanten, wenn er eine Honorarbeschwerde erhebt und es bei positivem Verfahrensausgang zu einer Erhöhung der ursprünglich vom Gericht vorgesehenen Entschädigung kommt. Denn im Falle einer späteren Nachzahlung sieht sich der ehemalige Mandant mit einer betragsmässig höheren Rechnung konfrontiert als ursprünglich festgesetzt.²³ Werden nun also die (finanziellen) Interessen

7 Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwalts im Kanton Zürich, Hrsg. VZR (heute ZAV), Zürich, 1988, S. 135, S. 156 f.

8 BGE 5A_157/2015, E. 3.1.

9 FELIX WOLFFERS, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, seine Funktion und öffentlich-rechtliche Stellung, Diss. Bern, Zürich, 1986, S. 48.

10 WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, Bern, 2010, N. 807, S. 293 f.

11 Gemäss WALTER FELLMANN in FELLMAN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 12, N. 144, leitet sich aus diesem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis die Pflicht des Anwalts ab, sich der Partei zur Verfügung zu halten und mit ihr ein Auftragsverhältnis einzugehen.

12 BGE 5A_157/2015, E. 3.1; Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO; Art. 122 Abs. 2 ZPO.

13 Rechtlich höchstens indirekt über die Parteistellung bezüglich der Nachzahlungspflicht zu rechtfertigen oder auch als Leistungsempfänger und damit bester Controller im eigenen Fall, jedenfalls aber sicherlich eine praktikable Lösung, um Streitigkeiten zu vermeiden, stellt die Praxis gewisser Zürcher Bezirksgerichte dar, der unentgeltlich vertretenen Partei vor Erlass der Entschädigungsvorgang die Möglichkeit einzuräumen, zum beantragten Honorar Stellung nehmen zu können.

14 Art. 12 lit. g BGFA.

15 Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO; Art. 122 Abs. 2 ZPO.

16 Gemäss BGE 5A_157/2015, E. 3.2.2 soll der Ansatz bei unentgeltlichen Rechtsvertretungen schweizweit in der Grössenordnung von CHF 180.– liegen, was nach Schätzung des Autors mit Blick auf im Kanton Zürich übliche privat vereinbarte Stundenansätze gut und gerne um mindestens 40% niedriger liegt.

17 Art. 12 lit. c BGFA.

18 WALTER FELLMANN in FELLMAN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 12, N. 145, N. 147.

19 WALTER FELLMANN in FELLMAN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 12, N. 83.

20 WALTER FELLMANN in FELLMAN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 12, N. 25.

21 WALTER FELLMANN in FELLMAN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 12, N. 84.

22 Die Zürcher wie auch Thurgauer Gerichte weisen heute – wie dem Autor aus der eigenen Praxis bekannt – mit der Einsetzungspflicht ständig und von sich aus darauf hin, dass die Nachzahlungspflicht vorbehalten ist.

23 Vgl. Fn. 3.

des unentgeltlich Vertretenen (nachträglich) geschädigt, indem der Anwalt versucht, eine höhere Entschädigung zu erwirken? Liegt ein kritischer zu ahndender Verstoss gegen Art. 12 lit. c BGFA vor? Wird die Treuepflicht gegenüber dem ehemaligen Mandanten verletzt?

Dies ist nicht der Fall. Es ist zu unterscheiden in die (inhaltliche) Ausführung des Mandats und den daran anschliessenden Anspruch des Anwalts auf äquivalente Entschädigung nach Beendigung des Mandats.²⁴ Dabei ist die Entschädigung im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege in der Bemessung regelmässig deutlich niedriger angesetzt als beim Privatmandat. Im Folgenden gehe ich davon aus, dass der Anwalt eine korrekte, sorgfältige und engagierte Leistung, ohne unnötigen Aufwand betrieben zu haben, erbracht hat und er damit dem Grundsatz nach Anspruch auf äquivalente Entschädigung hat.

Im Bereich der Auftragsausführung ist dem Anwalt klar verboten, widersprechende Interessen wahrzunehmen oder die finanziellen Interessen des Mandanten zu schädigen.²⁵ Es gehört aber nicht (mehr) zum Auftrag des Anwalts,²⁶ auf seine eigene Entschädigung für die inhaltlich korrekt erbrachte Leistung zu verzichten. Es liegt m. a. W. gar kein Schaden bei der unentgeltlich vertretenen Partei vor, wenn eine äquivalente Entschädigung geltend gemacht wird. Die Frage nach äquivalenter Entschädigung betrifft die Ebene des Leistungsaustauschs. Eine korrekt erbrachte Leistung hat eine entsprechend festzulegende Entschädigung zur Folge. Jede andere Sichtweise führte zu einem nicht hinzunehmenden Ungleichgewicht zwischen den Leistungen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Entschädigung auf einer privatrechtlichen Abmachung oder auf dem besonderen öffentlich-rechtlichen Verhältnis einer unentgeltlichen Rechtsvertretung beruht.

Leistung gibt Anspruch auf äquivalente Gegenleistung.²⁷ Wird die Gegenleistung (= beantragtes Anwaltshonorar) daher unzutreffend entschädigt, stellt es kein Verhalten wider die Interessen des ehemaligen Mandanten dar und ist es mithin zulässig, wenn sich der Anwalt gegen eine falsche Festlegung mittels Honorarbeschwerde auf dem Rechtsmittelweg wehrt. Alles andere würde bedeuten, dass die unentgeltlich vertretene Partei zulasten des Anwalts zuunrecht von einem Fehler in der Festsetzung der Entschädigung profitierte. Der ehemalige Mandant wäre vor dem Gesetz zuunrecht begünstigt. Leistung und Gegenleistung stimmten dann nicht mehr.

Der ehemalige Mandant hat damit keinen Anspruch auf eine falsch festgelegte Entschädigung im Rahmen unentgeltlicher Rechtspflege, wenngleich eine möglichst niedrige Entschädigung mit Blick auf die Nachzahlungspflicht naturgemäss in seinem Interesse liegt. Gegenteilig hat der Anwalt ein legitimes und klar vorgehendes Interesse an einer richtig angesetzten Entschädigung. Es liegt mithin kein Fall widerstreitender Interessen vor, wenn der Anwalt sich mit einer Honorarbeschwerde für eine richtig festzusetzende Entschädigung zur Wehr setzt. Dies alles immer unter der Voraussetzung, dass der Anwalt auch eine korrekte Leistung erbracht hat.

III. Zusammenfassung

Reicht der Anwalt eine Honorarbeschwerde ohne Rücksprache mit oder ohne Einwilligung der ehemals unentgeltlich vertretenen Partei ein, so ist dies legitim und stellt keinen Verstoss gegen die anwaltliche Treuepflicht dar. Einerseits ist der ehemalige Mandant nicht Partei im Verfahren. Andererseits kann der ehemalige Mandant keinen «Schutz» einer zu niedrig festgesetzten Entschädigung beanspruchen, nur weil er damit im Falle einer Nachzahlung besser fährt; das Interesse des unentgeltlichen Rechtsbeistands auf äquivalente Entschädigung der – vorausgesetzt korrekt – erbrachten anwaltlichen Leistung nach Mandatsbeendigung ist vorrangig und fällt nicht unter das Verbot der Wahrnehmung widersprüchlicher Interessen. Das Verbot widersprüchlicher Interessenwahrung berührt den Anspruch auf korrekte Entschädigung des Anwalts nicht.

²⁴ BGE 2P.318/2006/leb und 2A.733/2006 vom 27. 7. 2007, E. 11.2: «[...] dass er [der Anwalt] seine Dienstleistungen nicht entschädigungslos zu erbringen hat».

²⁵ So, wenn der Anwalt bspw. einen klar ausgewiesenen Anspruch nicht geltend macht oder auf zwingende Ansprüche gegenleistungslos zulasten des Mandanten verzichtet.

²⁶ WALTER FELLMANN, Berner Komm. VI/2/4, 1992, OR 398, N. 141: «Er [der Beauftragte] ist verpflichtet, bei der Ausführung des Auftrags so zu verfahren, dass dem Auftraggeber kein Schaden zugefügt wird.»

²⁷ Wie die Äquivalenz bemessen wird, ist nicht Gegenstand dieses Aufsatzes, sondern Tarifsache der Kantone.

Hilft
Komplexitäten
zu entwirren
und Probleme
zu lösen.

Bewertung von Baurecht, Nutzniessung und Wohnrecht

Francesco Canonica

Februar 2016, CHF 115.–

274 Seiten, broschiert, 978-3-7272-3199-5

Dieses Buch schliesst eine Lücke.

Über Baurecht, Nutzniessung und Wohnrecht ist schon viel Juristisches geschrieben worden, doch sucht man vergeblich nach Publikationen über die Bewertung von Rechten und Lasten. Wohl finden sich vereinzelte Artikel dazu im Internet und in Fachzeitschriften, aber eine vertiefte, praxisbezogene und verständliche Anleitung zu schätzungstechnischen Aspekten fehlt.

In der Praxis stellt sich die Frage nach dem Wert von Dienstbarkeiten und dienstbarkeitsbelasteten Grundstücken häufig. Oft sind die Immobilienschätzer, aber auch deren Auftraggeber, mit der Beurteilung und der Bewertung von Dienstbarkeiten überfordert. Nicht selten werden daher unvollständige oder gar fehlerhafte Gutachten erstellt und gestützt darauf Entscheidung getroffen oder Urteile gefällt.

Dieses Buch hilft, Komplexitäten zu entwirren und Probleme zu lösen. Es zeigt, wie Baurechte, Nutzniessungen und Wohnrechten logisch und einfach bewertet werden können. Es ist eine hilfreiche, leicht lesbare Anleitung für Immobilienschätzer und gleichzeitig eine wertvolle, unverzichtbare Informationsquelle für Schätzungskommissionen, Rechtsanwälte, Gerichte, Behörden und für direkt betroffene Grundeigentümer.

Stämpfli

Verlag

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

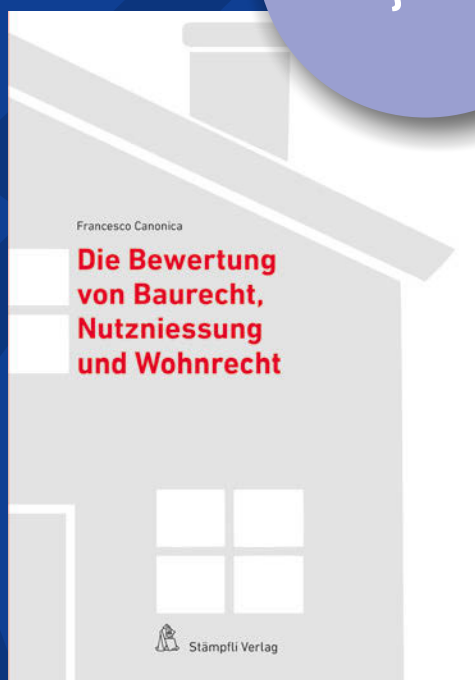
Tel. +41 31 300 66 44

Fax +41 31 300 66 88

verlag@staempfli.com

www.staempfliverlag.com

Bestellen Sie
jetzt



Ich bestelle _____ Ex.

Name, Vorname _____

Strasse/PLZ, Ort _____

Datum, Unterschrift _____

1400-35/16

www.staempfliverlag.com/
anwaltsrevue

