

Anwaltsrubrik / La page de l'avocat

Der Anwalt als Testamentsvollstrecker und Schweigepflicht

Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil 2C_586/2015 vom 9. Mai 2016

Dr. iur. Kaspar Schiller, Rechtsanwalt (Winterthur)

Das Bundesgericht äussert sich in diesem zur Publikation vorgesehenen Urteil zu einigen Themen im Bereich der Testamentsvollstreckung und des anwaltlichen Berufsgeheimnisses, die für den Praktiker von Bedeutung sein dürften:

- Die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers ist anwaltstypisch (II. Ziff. 1).
- Der Testamentsvollstrecker eines Anwalts ist legitimiert, das Gesuch um Entbindung vom Berufsgeheimnis des Erblassers zu beantragen (II. Ziff. 2).
- Zu hinterfragen sind die Überlegungen des Bundesgerichts zur Bedeutung des Honorarvorschusses (II. Ziff. 3).

I. Sachverhalt und Entscheid

Rechtsanwalt D hatte einen Klienten A beraten. Ein Teil der Honorarforderung war vom geleisteten Kostenvorschuss nicht gedeckt und noch offen, als Rechtsanwalt D verstarb. Der Testamentsvollstrecker, ebenfalls ein Rechtsanwalt, ersuchte die Aufsichtsbehörde um Entbindung vom Berufsgeheimnis des verstorbenen Rechtsanwalts D, um die Forderung gegen A für den Nachlass durchsetzen zu können. Die Aufsichtsbehörde entsprach dem Gesuch. Das Obergericht schützte den Entscheid der Aufsichtsbehörde. Das Bundesgericht wies die gegen das obergerichtliche Urteil erhobene Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war.

II. Bemerkungen

1. Die Tätigkeit des Anwalts als Testamentsvollstrecker untersteht dem anwaltlichen Berufsrecht

Nicht jede Berufstätigkeit eines registrierten Anwalts unterliegt dem BGFA¹. Leistungen, die nicht *anwaltstypisch*

sind und mit einer Rechtsdienstleistung wenig oder nichts zu tun haben, rechtfertigen die Anwendung des BGFA und dessen Berufsregeln nicht². Bei der Abgrenzung geht es regelmässig um die Frage, ob der Schutz der anwaltlichen Schweigepflicht nach Art. 13 BGFA eingreifen soll oder nicht.

Die *Testamentsvollstreckung* ist ein Mandat besonderer Art, namentlich weil der Klient fehlt. Der Erblasser ist nicht mehr Klient, und die Erben und Bedachten werden es nicht. Ob die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers anwaltstypisch ist, wird deshalb unterschiedlich beurteilt. Der *EuGH* hat sie als *nicht anwaltstypisch* qualifiziert, weil der Anwalt den Erblasser nicht im eigentlichen Sinn vertritt. Vielmehr beschränke er sich darauf, den festgelegten letzten Willen zu interpretieren und umzusetzen. Den Empfängern gegenüber bleibe er neutral. Das unterscheide seine Tätigkeit im Allgemeinen von der typischen Leistung des Anwalts, der die Interessen seines Klienten zu vertreten habe, im Allgemeinen im Rahmen einer Auseinandersetzung widerstreitender Interessen³. In der Schweiz wird dagegen die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers überwiegend als *anwaltstypische* Leistung angesehen⁴.

Nun ist auch höchstrichterlich betätigt, dass die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers *anwaltstypisch* ist und

² Z.B. Bohnet/Martenet, *Droit de la profession d'avocat*, Bern 2009, N 1817 ff.; Chappuis, *La profession d'avocat*, Genf/Zürich/Basel, 2013, 143 f.; Fellmann, *Anwaltsrecht*, Bern 2010, Rz. 480 ff.; Maurer/Gross, *Commentaire Romand, Loi sur les avocats*, Basel 2010, Art. 13 N 140 ff.; Nater/Zindel, *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, Art. 13 N 114 ff. (jeweils mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

³ Urteil C-401/06 vom 6. Dezember 2007.

⁴ Brunner/Henn/Kriesi, *Anwaltsrecht*, Zürich/Basel/Genf, 2015, 189 m.w.H.; Chappuis (Fn. 2) 141 f.; Maurer/Gross (Fn. 2) Art. 13 N 199; Nater/Zindel (Fn. 2) Art. 13 N 123; Schiller, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Zürich/Basel/Genf, 2009, Rz. 343; noch unter kantonalem Recht BGE 2P.139/2001, E. 3; a.M. eine frühere Praxis der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich, SJZ 1995 405.

¹ Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (SR 953.61).

dem BGFA untersteht⁵. Der Entscheid wird damit begründet, dass ein Anwalt, der einen Berufskollegen als seinen Testamentsvollstrecker einsetzt, dies implizit mit der Auflage verbinde, sämtliche in Ausübung dieses Amtes wahrgenommenen Informationen Dritten gegenüber vertraulich zu behandeln.

Zur Abgrenzung der anwaltstypischen von der nicht anwaltstypischen Tätigkeit sind verschiedene Kriterien vorgeschlagen worden. Am überzeugendsten und aufgrund der Ziele des BGFA sachgerechtesten scheint das Kriterium des *Zugangs zum Recht*⁶. Sucht der Klient mit dem Mandat beim Anwalt, bei der Anwältin Zugang zum Recht, findet das BGFA Anwendung. Wo dies nicht der Fall ist, rechtfertigt sich der Schutz des Anwaltsrechts nicht, insbesondere nicht der Schutz des Berufsgeheimnisses. Wer einen Anwalt als seinen Testamentsvollstrecker bestimmt, sucht den Zugang zum Recht, wenn sich dies auch erst nach seinem Ableben realisiert. Es rechtfertigt sich deshalb, die Berufsregeln auf den Testamentsvollstrecker anzuwenden. Der Entscheid des Bundesgerichts ist im Ergebnis zu begrüssen.

2. Der Testamentsvollstrecker des Anwalts ist legitimiert, das Gesuch um Entbindung vom Berufsgeheimnis des Erblassers bei der Aufsichtsbehörde zu stellen

Grundsätzlich ist *nur der Anwalt, die Anwältin selber* legitimiert, das Gesuch um Entbindung vom Berufsgeheimnis bei der Aufsichtsbehörde zu stellen⁷. Das legt zum einen der Wortlaut von Art. 321 Ziff. 2 StGB nahe («... auf Gesuch des Täters ...»). Zum andern bestimmt Art. 13 BGFA, dass die Entbindung den Anwalt nicht zur Preisgabe verpflichtet. Das Gesuch eines Dritten um Entbindung für einen Anwalt, der schweigen will, wird deshalb von vornherein sinnlos bleiben.

Wenn nur der Anwalt selber das Gesuch stellen kann, er aber dazu nicht mehr in der Lage ist, könnte Vertrauliches überhaupt nie offengelegt werden – selbst dann nicht, wenn sich dies im Interesse aller Beteiligten, insbesondere auch des Klienten, aufdrängen würde. Denn die Erben kön-

nen nicht entbinden⁸, und niemand wäre da, der ein Gesuch um Entbindung bei der Aufsichtsbehörde stellen kann. Trotz systematischer Bedenken wurde deshalb in der Literatur befürwortet, dass seine Hilfspersonen das Gesuch stellen können, wenn der Anwalt verstorben ist⁹. Das Bundesgericht bejaht nun die Legitimation des Testamentsvollstreckers, das Gesuch zu stellen, mit der Begründung, der Testamentsvollstrecker könne kraft der ihm übertragenen Aufgaben auch eine nicht vererbliche Rechtsposition in eigenem Namen geltend machen, wie dies auch in anderem Zusammenhang möglich sei (Prozessstandschaft)¹⁰. Der Entscheid klärt eine bisher offene Frage.

3. Vorschusspflicht für Anwaltshonorare?

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil erwogen, dass der Anwalt für seine Aufwendungen einen Vorschuss verlangen könne, ja dass er zur Wahrung seiner Unabhängigkeit sogar *gehalten* sein könne, einen solchen zu verlangen. Deshalb habe der Anwalt bei der Entbindung vom Berufsgeheimnis zur Durchsetzung einer Honorarforderung darzulegen, weshalb ihm eine Kostendeckung über den geleisteten Kostenvorschuss hinaus nicht möglich war¹¹. Auch wenn das Bundesgericht aus dieser Erwägung keine Rechtsfolgen im konkreten Fall ableitet, so ist sie gleichwohl *problematisch*:

Kostenvorschüsse sind im Dienstleistungsbereich allgemein unüblich. Auch für Anwälte sieht weder das Vertragsrecht noch das Berufsrecht¹² die Pflicht vor, einen Kostenvorschuss zu verlangen, schon gar nicht einen voll deckenden. Viele Anwälte verlangen in der Regel keine Vorschüsse. Wenn aber der Anwalt entsprechend der bundesgerichtlichen Erwägungen riskieren muss, ohne Vorschuss nicht entbunden zu werden und so sein vereinbartes Honorar nicht durchsetzen zu können, wird er routinemässig einen voll deckenden Vorschuss verlangen¹³. Das würde faktisch einer *Vorschusspflicht* gleichkommen.

⁵ BGer 2C_586/2015, E.3.3.2.

⁶ Bohnet/Martenet (Fn. 2) N 1819; Brunner/Henn/Kriesi (Fn. 4) 25; Nater/Zindel (Fn. 2) Art. 13 N 126; Schiller (Fn. 4) Rz. 326 ff., 336.

⁷ BGer 2C_215/2015 E. 1.2.2 m.H.; Bohnet/Martenet (Fn. 2) N 1913; Chappuis (Fn. 2) 178; Fellmann (Fn. 2) Rz. 521; Maurer/Gross (Fn. 2) Art. 13 N 398; Schiller (Fn. 4) Rz. 622.

⁸ Bohnet/Martenet (Fn. 2) N 1919; Chappuis (Fn. 2) 178; Nater/Zindel (Fn. 2) N 160.

⁹ Schiller (Fn. 4) Rz. 623.

¹⁰ BGer 2C_586/2015, E. 3.3.1.

¹¹ BGer 2C_586/2015, E. 4.3.3; als obiter dictum zitiert in BGer 2C_215/2015 E. 5.2.

¹² Die Berufsregeln von Art. 12 und 13 BGFA sind abschliessend, z.B. Bohnet/Martenet (Fn. 2) Rz. 1103; Fellmann (Fn. 2) Rz. 169; Valticos, Commentaire Romand (Fn. 2) Art. 12 N 4.

¹³ So bereits die Empfehlung des Zürcher Anwaltsverbands in Info ZAV 3/16 3

Die vom Bundesgericht ins Feld geführte Unabhängigkeit des Anwalts scheint kaum ein stichhaltiges Argument für einen Kostenvorschuss. Denn gefährdet wäre die Unabhängigkeit nur dann, wenn die Anwältin ohne voll deckenden Kostenvorschuss in einen konkreten Konflikt mit ihren eigenen Interessen geraten würde¹⁴. Es müsste also geradezu davon ausgegangen werden, dass die Anwältin ohne Honorarvorschuss das Mandat nicht mehr mit der gebotenen Sorgfalt führt. Das wird indessen kaum je der Fall sein. Denn wenn die Anwältin ihr Honorar gefährdet sieht, wird sie eben einen Vorschuss verlangen oder das Mandat niederlegen – oder dann einen Honorarausfall bewusst in Kauf nehmen. Sie wird aber kaum unsorgfältig weiterarbeiten¹⁵.

¹⁴ Das Unabhängigkeitsgebot von Art. 12 lit. b BGFA geht inhaltlich nicht weiter als das Konfliktverbot von Art. 12 lit. c BGFA (dazu ausführlich Anwaltsrevue 10 2011 423 f., 428).

¹⁵ Was schon aufgrund des Auftragsrechts und Art. 12 lit. a BGFA unzulässig wäre.

Wenn die Anwältin auf einen Honorarvorschuss verzichtet, ist das kein Honorarverzicht, sondern ein reines Entgegenkommen bezüglich der Zahlungsmodalitäten. Für dieses Entgegenkommen kann die Anwältin die verschiedensten Gründe haben. Sie braucht sich dafür nicht zu rechtfertigen. Schon gar nicht darf es ihr zum Nachteil ausgelegt werden oder ihr gar verunmöglichen, das vereinbarte Honorar durchzusetzen. Würden alle Anwälte und Anwältinnen stets Vorschüsse für ihre voraussichtlichen Gesamtaufwendungen verlangen, wäre der Zugang des Klienten zum Recht erschwert und in vielen Fällen sogar verunmöglicht. Eine faktische Vorschusspflicht stünde im Widerspruch zum Ziel des anwaltlichen Berufsrechts und der Berufsregeln: Ermöglichen und Erleichtern des Zugangs zum Recht.

Entscheidungen / Jurisprudence

Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung / Jurisprudence récente du Tribunal fédéral

(bearbeitet durch lic. iur. Markus Felber, Mauensee/Lausanne)

Verfahrensrecht / Droit de procédure

31

1) Hat die Schlichtungsbehörde das Entscheidverfahren einmal formell eröffnet, muss sie es nicht unbedingt durch eine gesetzlich vorgesehene Verfügung zum Abschluss bringen. Sie kann aufgrund der im Entscheidverfahren gewonnenen Erkenntnisse immer noch auf einen Entscheid verzichten.

Si l'autorité de conciliation a ouvert formellement la procédure au fond, elle ne doit pas ensuite nécessairement la clôturer par une ordonnance prévue par la loi. Au vu des éléments rassemblés durant la procédure au fond, elle peut toujours renoncer à rendre une décision.

P.P.

Die Klägerin und Beschwerdeführerin hatte an der Schlichtungsverhandlung, in deren Verlauf die Vergleichsverhandlungen ge-

scheitert waren, Antrag auf Entscheid gestellt. Die Friedensrichterin nahm den Antrag an. Unmittelbar anschliessend fand eine Hauptverhandlung statt, an der die Parteien zur Sache plädierten (Begründung, Beantwortung, Replik, Duplik, zweiter Teil der Replik). Zwei Tage später wurde den Parteien der Urteilsvorschlag zugestellt.

«Dass Art. 212 Abs. 1 ZPO die Schlichtungsbehörde grundsätzlich nicht verpflichtet, entsprechend dem Antrag der klagenden Parteien einen Entscheid zu fällen, sondern diese Möglichkeit lediglich in ihr Ermessen stellt, anerkennt zu Recht auch die Beschwerdeführerin (in diesem Sinne bereits die Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [nachfolgend: Botschaft ZPO], BBl 2006 S. 7334 zu Art. 209, sowie die übereinstimmende Lehre: ...).» Sie machte indes geltend, wenn die Schlichtungsbehörde das Entscheidverfahren einmal formell