

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 05
Fax +41 31 635 48 17
anwaltsaufsicht.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

AA 15 153

Bern, 2. Mai 2016

Besetzung

Oberrichter Trenkel (Präsident), Fürsprecher F. Müller (Referent),
Oberrichter Guéra, Gerichtspräsident Richner, Fürsprecher
Fahrländer,
und Gerichtsschreiberin Spielmann

Verfahrensbeteiligte

A._____

Anzeigerin

gegen

B._____

Disziplinarbeklagter

Gegenstand

Disziplinarverfahren

Anzeige vom 30. Juni 2015

Regeste:

Verletzung der Sorgfaltspflicht (Art. 12 lit. a BGFA)

Berufsregelverletzung aufgrund (wiederholter) verspäteter Herausgabe der Klientenakten
(Originaldokument) – im Wiederholungsfall.



Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 30. Juni 2015 reichte A._____ bei der Anwaltsaufsichtsbehörde eine Kopie eines an B._____ gerichteten Schreibens ein. In diesem Schreiben forderte sie die Zustellung „meiner Unterlagen“ an Rechtsanwalt C._____.
2. Mit Schreiben vom 09. Juli 2015 forderte der Präsident der Anwaltsaufsichtsbehörde A._____ auf mitzuteilen, weshalb diese Behörde mit einer Kopie bedient worden sei.
3. Mit Schreiben vom 17. Juli 2015 antwortete A._____ (nachfolgend Anzeigerin) und machte geltend, sie habe B._____ am 22. Mai 2015 das Scheidungsmandat entzogen und ihn gebeten, ihre Unterlagen dem jetzigen Rechtsvertreter zu übergeben. Am 30. Juni 2015 habe sie ihn erneut aufgefordert, nachdem er auf das Schreiben ihres (neuen) Anwaltes vom 3. Juni 2015 nicht reagiert habe. Da sich B._____ (nachfolgend Disziplinarbeklagter) trotz mehrfacher schriftlicher Aufforderung offensichtlich weiterhin weigere, ihr die Unterlagen zu retournieren, müsse von einer krassen Verletzung von Art. 12 lit. a des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (BGFA; SR 935.61) ausgegangen werden. Sie verlange, über den Ausgang des Verfahrens orientiert zu werden. Diesem Schreiben lagen der Brief vom 22. Mai 2015 sowie das Schreiben von Rechtsanwalt C._____ vom 3. Juni 2015 bei.
4. Am 22. Juli 2015 forderte der Präsident der Anwaltsaufsichtsbehörde B._____ zur Einreichung einer kurzen Stellungnahme auf.
5. Am 14. August 2015 nahm der Disziplinarbeklagte schriftlich Stellung. Soweit hier wesentlich, führte er aus, er erstelle immer Fotokopien der Unterlagen und gebe die Originalunterlagen den Klienten zurück, so dass grundsätzlich keine Rückgabepflicht entstehe. Er habe aber beim Verfassen dieser Stellungnahme festgestellt, dass ein Originaldokument, nämlich der Familienausweis, in den Akten verblieben sei, den er inzwischen der Anzeigerin habe zukommen lassen. In seiner Stellungnahme äusserte er sich weiter zum Sachverhalt im Scheidungsmandat mit aus seiner Sicht ungereimtem Hintergrund, auf die nur soweit für den Ausgang dieses Verfahrens von Bedeutung weiter unten zurückzukommen sein wird.
6. Mit Verfügung vom 8. September 2015 eröffnete der Präsident der Anwaltsaufsichtsbehörde ein Disziplinarverfahren wegen möglicher Verletzung von Art. 12 lit. a BGFA und setzte dem Disziplinarbeklagten gleichzeitig Frist zur Einreichung einer ausführlichen Stellungnahme.
7. Innert verlängerter Frist nahm der Disziplinarbeklagte am 26. Oktober 2015 Stellung. Was die verlangte Aktenherausgabe betrifft, ergänzte er seine frühere Stellungnahme vom 14. August 2015 dahingehend, es liege ein Versehen vor, das nicht als grobes Fehlverhalten bezeichnet werden könne. Im Übrigen ergänzte er seine Einschätzung der Hintergründe namentlich zum Mandatswechsel.

8. Mit Schreiben vom 24. November 2015 gab der Präsident der Anwaltsaufsichtsbehörde der Anzeigerin Gelegenheit, sich zu den Vorbringen von B._____ zu äussern. Die Anzeigerin präzisierte, dass sie mit „Unterlagen“ ihre Originalbelege meine, die sie dem Disziplinarbeklagten anlässlich des Mandats persönlich übergeben habe. Als „Dossier“ hingegen verstehe sie sämtliche Korrespondenzen und Rechtsschriften einschliesslich solche im Entwurf, die B._____ für sie im Rahmen der einzuleitenden Scheidung verfasst und ihr in Rechnung gestellt habe. Sie führte weiter aus, B._____ habe ihr erst mit Schreiben vom 14. August 2015 den Familienausweis im Original retourniert. Sie könne nicht mehr mit Bestimmtheit sagen, ob er noch über weitere Originalbelege verfüge. Unter Verweis auf die Kostennote von B._____ machte sie hingegen geltend, er habe weitere Belege von ihr beschafft und ihr diese in Rechnung gestellt. Ergänzend führte sie aus, sie habe eine detaillierte Leistungsabrechnung verlangt, worauf sie vom Disziplinarbeklagten lediglich eine Rechnung erhalten habe, mit der er in mehrfacher Hinsicht gegen die Honorarvereinbarung vom 21. Mai 2015 verstossen habe.
9. Nachdem der Präsident der Anwaltsaufsichtsbehörde dem Disziplinarbeklagten eine Frist zur Stellungnahme angesetzt hatte, wurde diese am 11. Januar 2016 eingereicht. B._____ bekräftigte nochmals, mit Ausnahme des Familienausweises keine Originaldokumente oder Kopien der Anzeigerin in seinen Akten behalten zu haben. Zur Rechnungstellung führte er aus, eine Kostennote gemäss detaillierter Abrechnung wäre höher ausgefallen als die tatsächlich in Rechnung gestellte. Diese Stellungnahme war unter anderem begleitet von dem Entwurf einer Ehescheidungsklage und von einem Leistungsverzeichnis.
10. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern ist gestützt auf Art. 14 BGFA in Verbindung mit Art. 12 des kantonalen Anwaltsgesetzes (KAG; BSG 168.11) gegeben, denn B._____ ist im Anwaltsregister des Kantons Bern eingetragen.
11. Die Berufsregeln der Anwälte sind seit dem 1. Juni 2002 im BGFA geregelt. Die dortige Umschreibung in Art. 12 BGFA ist abschliessender Natur, d.h., für abweichende kantonale Vorschriften besteht kein Raum mehr, wie das Bundesgericht am 18. Juni 2004 in BGE 130 II 270 ff., E. 3 festgestellt hat. Zur Auslegung von Art. 12 BGFA können deshalb verbandsrechtliche Standesregeln nur noch insoweit herangezogen werden, als diese landesweit geltende Auffassung zum Ausdruck bringen (BGE 130 II 270 E. 3.1.1 und seitherige konstante Rechtsprechung). Auf die vom Schweizerischen Anwaltsverband (SAV) am 1. Juli 2005 in Kraft gesetzten Schweizerischen Standesregeln (SSR) trifft dies ohne Zweifel zu.
12. Der Anspruch auf Herausgabe der Akten ist grundsätzlich zivilrechtlicher Natur. Es ist jedoch anerkannt, dass die Herausgabepflicht und deren Erfüllung auch zu den Berufspflichten des Anwalts zählen. Herauszugeben sind alle Akten, die der Anwalt vom Klienten erhalten hat (Originalakten) sowie alle Schriftstücke, welche der Anwalt von Dritten erhalten hat und welche an den Klienten gelangt wären, hätte dieser den Fall selber geführt. Nicht herauszugeben haben Anwälte die Handakten (Briefe des Klienten an den Anwalt, Kopien der vom Anwalt verfassten Eingaben

und Rechtsschriften, persönliche Notizen des Anwalts). Der Anwalt muss jedoch dem Klienten oder einem persönlich von diesem beauftragten Anwalt Einblick in die Handakten gewähren, wenn dies zur Wahrung der Interessen des Klienten erforderlich ist, und dem Klienten auf dessen Wunsch hin Kopien anfertigen, die er aber in Rechnung stellen kann (FELLMANN, in: FELLMANN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 12 N 33 ff).

Die Herausgabe hat innert einer angemessenen Frist zu erfolgen, wobei eine Frist von 10 Tagen i.d.R. genügen dürfte (FELLMANN/ZINDEL, a.a.O. Art. 12 N 33 ff). Der Anwalt darf die Herausgabe von Akten nicht von der Bezahlung seiner Rechnung abhängig machen, da ihm an den Klientenakten kein Retentionsrecht und auch kein anderes Zurückbehaltungsrecht zusteht, was selbst dann gilt, wenn der Anwalt mit seinen Klienten ausdrücklich ein Zurückbehaltungsrecht vereinbart hat (FELLMANN/ZINDEL, a.a.O. Art. 12 N 34).

Unbestritten ist, dass der Disziplinarbeklagte einen Original-Familienschein der Anzeigerin in den Akten hatte. Die erste Aufforderung zur Herausgabe der Akten erging implizit mit Schreiben der Anzeigerin vom 22. Mai 2015, nämlich der Mitteilung des sofortigen Mandatswiderrufs mit Aufforderung, „mein Dossier“ dem neuen Anwalt C._____ weiterzuleiten. Der Disziplinarbeklagte räumte mehrfach, zuletzt in seiner abschliessenden Stellungnahme vom 11. Januar 2016 ein, er habe aus einem Versehen den Familienschein nicht sofort zurückgesandt, sondern erst am 14. August 2015.

Nicht erstellt ist, dass der Disziplinarbeklagte weitere Originalakten der Anzeigerin in den Händen hatte. Im Rahmen der Instruktion wurde bei der Anzeigerin ausdrücklich nachgefragt und in ihrer Stellungnahme vom 5. Dezember 2015 vermochte sie keine weiteren hinsichtlich Herausgabepflicht des Anwaltes relevanten Akten als den erwähnten Familienausweis zu nennen. Sie verwies zwar auf die Kostennotte vom 14. August 2015 („Beschaffen von Belegen“), was aber erfahrungsgemäss nicht ohne weiteren Nachweis mit Originalbelegen gleichzusetzen ist, die dem Anwalt durch die Klientin übergeben oder die er in ihrem Auftrage von Dritten einverlangt hätte und die der Herausgabepflicht unterstehen. Vielmehr handelt es sich höchstwahrscheinlich um jene Belege, die der bereits vorbereiteten Ehescheidungsklage als Beilagen mitgegeben werden sollten (Lohnausweise, Lohnabrechnungen, Steuerunterlagen, etc.). Angesichts fehlender anderer Anhaltspunkte in den Akten und namentlich in den Ausführungen der Anzeigerin selber ist davon auszugehen, dass solche „Belege“, soweit sie dem Disziplinarbeklagten überhaupt im Original ausgehändigt worden sind, von ihm, wie von ihm geltend gemacht, kopiert wurden, um die Originale der Anzeigerin wieder zu übergeben.

13. In den beiden Stellungnahmen des Disziplinarbeklagten vom 14. August 2015 sowie 26. Oktober 2015 werden Hintergründe aus dem Mandatsverhältnis erhellt, die mit der Frage der Aktenherausgabe an sich nichts zu tun haben. Der Disziplinarbeklagte versucht damit offensichtlich den sofortigen Mandatsentzug der Anzeigerin vom 22. Mai 2015 zu beleuchten und lässt erkennen, er sei vom Vorgehen seiner ehemaligen Mandantin befremdet gewesen, ebenso von jenem des neuen Anwaltes. Stünden diese durch die Anwaltsaufsichtsbehörde nicht weiter zu untersu-

chenden Vorbringen im Zusammenhang mit der anfänglichen Nichtherausgabe des Familienscheins, wäre zweifellos von unsachlichen Motiven des Disziplinarbeklagten auszugehen. Indessen dürften diese Motive tatsächlich nicht der Hauptgrund für die verspätete Übersendung des Familienscheins gewesen sein. Nicht auszuschliessen ist jedoch, dass der Hintergrund des Mandatsentzugs den Angezeigten nicht eben anspornte, seine Berufspflichten vollumfänglich zu erfüllen. Indessen überzeugt auch der Hinweis des Disziplinarbeklagten auf ein Versehen nicht. Ein Versehen läge allenfalls dann vor, wenn der Disziplinarbeklagte in einer Vielzahl von Akten, die teilweise herauszugeben sind, teilweise aber zurückbehalten werden dürften, ein Aktenstück übersieht. Vorliegend ergibt sich indessen ein anderer Ablauf. Der Disziplinarbeklagte zeigt nicht auf, überhaupt je vor dem 14. August 2015 – Datum der Rücksendung des Familienscheins, der Zustellung der Honorarrechnung und der Eingabe an die Anwaltsaufsichtsbehörde – ernsthaft geprüft zu haben, ob in seinem Besitz Akten liegen, die der Herausgabepflicht unterliegen. Bezeichnenderweise sind auch dem mit Eingabe vom 11. Januar 2016 eingereichten Leistungsverzeichnis nach dem 22. Mai 2015 keine weiteren Einträge zu entnehmen, bis unter dem 17. Juli 2015 die Rechnungsstellung und Abschlussarbeiten erfolgen. Nicht ganz nachvollziehbar ist, weshalb die Rechnung dann erst am 14. August 2015 versandt wurde. Entscheidend ist aber der naheliegende Schluss, dass B._____ nach der zweifachen Aufforderung vom 22. Mai 2015 und 3. Juni 2015 untätig blieb und offenbar erst nach Aufforderung der Anwaltsaufsichtsbehörde vom 22. Juli 2015 hin das Dossier – wohl auch im Zusammenhang mit der Rechnungsstellung – näher prüfte, worauf ihm der Familienschein auffiel.

14. Zusammenfassend ergibt sich, dass B._____ nach Mandatsbeendigung einen Original-Familienschein erst nach mehrfacher Aufforderung, insbesondere nach Zustellung des auch dieses Disziplinarverfahren auslösenden Schreibens vom 30. Juni 2015 an die Anzeigerin ausgehändigt hat. Mit Blick auf die oben erwähnte Zehntagesregel und mangels Vorliegens eines sachlichen Grundes, der eine Verlängerung dieser üblichen Frist begründen könnte, ist festzuhalten, dass B._____ in Bezug auf diese verspätete Herausgabe Art. 12 lit. a BGFA verletzt hat.

Nicht erstellt ist eine Verletzung dieser Bestimmung im Zusammenhang mit andern Unterlagen oder gar dem ganzen „Dossier“, zumal beweismässig davon auszugehen ist, dass dieses Dossier keine weiteren herausgabepflichtigen Dokumente (mehr) enthielt.

15. In ihrem Schreiben vom 5. Dezember 2015 macht die Anzeigerin überdies (neu) geltend, die ihr von B._____ am 14. August 2015 zugestellte Rechnung verstosse gegen die Honorarvereinbarung und überdies habe der Angezeigte aus der Honorarvereinbarung resultierende Pflichten, namentlich Aufklärungspflichten, nicht erfüllt.

Zu diesen Vorhalten ist primär darauf hinzuweisen, dass der Anwaltsaufsichtsbehörde die Zuständigkeit zur Überprüfung von Honorarrechnungen von Anwältinnen und Anwälten verwehrt ist; zuständig hierfür ist der Zivilrichter. Nur das Stellen einer klar übersetzten Honorarrechnung verletzt Art. 12 lit. a BGFA, während für die

Überprüfung der Angemessenheit der geforderten Vergütung grundsätzlich der Richter zuständig ist. Die vorgelegte Rechnung erscheint keinesfalls so klar übersetzt, dass eine Berufsregelverletzung vorliegen würde. Es liegen damit diesbezüglich keinerlei Anhaltspunkte für eine Berufsregelverletzung vor.

Nicht zuständig ist die Anwaltsaufsichtsbehörde für die Rügen, welche sinngemäss im Zusammenhang mit der Mandatsführung vorgebracht werden. Die Frage, ob der Angezeigte das ihm übertragene Mandat richtig und vollständig erfüllt hat, ist gegebenenfalls ebenfalls durch ein Zivilgericht zu beurteilen. Ein Verhalten des Angezeigten, welches gegen Regeln verstösst, die dem Schutz des rechtssuchenden Publikums und der Gewährleistung des geordneten Gangs der Rechtspflege dienen sollen, ist jedenfalls vorliegend nicht ersichtlich. Darüber hinaus ist darauf zu verweisen, dass die Honorarvereinbarung vom 21. Mai 2015 datiert und der Widerruf des Mandates bereits am 22. Mai 2015 erfolgte. Bereits aus diesem Zeitablauf lässt sich schliessen, dass die von der Anzeigerin geltend gemachten angeblichen Verstösse des Angezeigten gegen die Honorarvereinbarung nicht weiter von Belang sein können, hatte er doch nach erfolgtem Mandatsentzug keine derartige Pflichten mehr („periodische Information“). Der abschliessende Hinweis in der Eingabe vom 5. Dezember 2015 der Anzeigerin auf angeblich fehlende Detailinformationen betreffend die Schlussrechnung geht in den soeben betreffend Angemessenheitsprüfung der Honorarrechnung gemachten Überlegungen auf, zumal die eingereichte Kostennote prima vista hinreichenden Aufschluss gibt. Festzustellen ist einzig, dass die Kostennote nach der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) abgefasst ist, wogegen die Honorarvereinbarung auf dem geleisteten Zeitaufwand basiert. Auch diese Unstimmigkeit wäre durch den Zivilrichter zu beurteilen, zumal bei einer summarischen Prüfung das in Rechnung gestellte Honorar jedenfalls den im Leistungsverzeichnis erfassten Aufwand nicht übersteigt.

16. Gemäss Art. 17 BGFA kann die Aufsichtsbehörde bei Verletzung dieses Gesetzes die abschliessend aufgezählten Disziplinar massnahmen anordnen, welche von einer Verwarnung bis zum dauernden Berufsverbot reichen.
- 16.1 Disziplinarsanktionen sind nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu bemessen. Massgebend sind die Schwere des Verstosses, das Mass des Verschuldens sowie das berufliche Vorleben des Anwalts. Die Schwere der Sanktion hat sich überdies an ihrem Zweck zu orientieren; dieser besteht neben der Wahrung der Disziplin innerhalb des Berufsstandes insbesondere darin, den fehlbaren Anwalt zu einem in Zukunft standeskonformen Verhalten zu veranlassen (POLDENA, in: FELL-MANN/ZINDEL, N. 15 und 23 ff zu Art. 17 BGFA).
- 16.2 Die vorliegende Verfehlung des Disziplinarbeklagten wiegt objektiv nicht schwer. Subjektiv liegt nach dem Gesagten allerdings nicht nur ein Versehen, sondern eine eigentliche Untätigkeit vor, indem der Angezeigte weder auf den Mandatsentzug vom 22. Mai 2015 noch auf das nachfolgende Schreiben des neuen Anwaltes der Anzeigerin vom 3. Juni 2015 reagierte und offensichtlich den fraglichen Familienschein erst nach Einleitung des vorliegenden Verfahrens und Zustellung der Anzeige vom 30. Juni 2015 beim Verfassen der ersten Stellungnahme gegenüber der

Anwaltsaufsichtsbehörde reagierte. Eine gewissenhafte Berufsausübung hätte erfordert, bereits bei der ersten oder dann sicher der zweiten Aufforderung das Dossier gewissenhaft zu prüfen, um sich Rechenschaft darüber zu geben, dass keine Akten mehr im Besitze des Disziplinarbeklagten verblieben sind. Es ist nicht auszuschliessen, dass die vom Angezeigten selber als befremdlich bezeichneten Umstände im Zusammenhang mit dem Mandatsentzug ihn dazu verleitet haben, vor Einleitung des vorliegenden Verfahrens nicht sorgfältig genug auf die Erfüllung der Berufspflichten, hier der Herausgabe der Originalakten, zu achten. Dazu kommt, dass es für den Disziplinarbeklagten nicht der erste Fall ist, bei dem er mit dem Vorwurf der Nichtherausgabe von Akten konfrontiert wird. Mit Entscheid vom 28. September 2009 wurde er im Zusammenhang mit der Verletzung von Art. 12 lit. a BGFA verwarnet (AWK 09/11). Auch wenn subjektiv kein schwerer Fall vorliegt, ist doch auch das berufliche Vorleben des Anwalts zu beachten. Insgesamt ergibt sich, dass der Fall nicht mehr im blossen Bagatellbereich liegt, der bei einer erstmaligen Verfehlung allenfalls noch den Verzicht auf eine Sanktion nahelegen könnte. Grundsätzlich wäre der Disziplinarbeklagte daher zu verwarnen. Angesichts dessen, dass es sich nicht um die erste Verfehlung handelt, gewinnt die Anwaltsaufsichtsbehörde den Eindruck, dass eine (erneute) Verwarnung allerdings nicht hinreichend geeignet wäre, den Angezeigten zu einem in Zukunft standeskonformen Verhalten zu veranlassen. Wie dem bereits erwähnten Entscheid AWK 09/11 zu entnehmen ist, hatte sich die Anwaltsaufsichtsbehörde mit dem Angezeigten bereits mehrfach zu befassen. Aus diesem Grunde ist eine Busse auszufällen, die angesichts der gesamten Umstände mit CHF 500.00 zu bemessen ist.

17. Dieser Verfahrensausgang zeitigt die Kostenfolgen nach Art. 35 Abs. 1 KAG.

Die Anwaltsaufsichtsbehörde entscheidet:

1. B. _____ wird wegen Verletzung von Art. 12 lit. a BGFA und in Anwendung von Art. 17 lit. c BGFA mit einer Busse von CHF 500.00 bestraft.
2. Die Kosten dieses Verfahrens bestimmt auf eine Gebühr von CHF 1500.00 werden dem Disziplinarbeklagten auferlegt.
3. Zu eröffnen:
 - dem Disziplinarbeklagten
4. Der Anzeigerin wird die Art der Erledigung des Verfahrens mit separatem Schreiben mitgeteilt (Art. 32 Abs. 2 KAG).

Bern, 2. Mai 2016
(Ausfertigung vom 4. Mai 2016)

Im Namen der Anwaltsaufsichtsbehörde
Der Präsident:

Oberrichter Trenkel

Die Gerichtsschreiberin:

Spielmann

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern Beschwerde geführt werden gemäss Art. 22 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) in Verbindung mit Art. 74 ff. des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

Die kantonalen Gesetzestexte sind online abrufbar unter www.belex.sites.be.ch, die eidgenössischen unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/bundesrecht/systematische-sammlung.html>.

Hinweis:

Dieser Entscheid ist rechtskräftig.