

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00488 vom 6. Oktober 2016**

ZH Verwaltungsgericht, 2016-10-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2020.00488](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00488)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00488 du 6 octobre 2016

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00488 del 6 ottobre 2016

## **Regeste**

Verletzung von Berufsregeln | Berufsregelverletzung nach BGFA: Sorgfaltspflichten bei Instruktion und Mandatsführung bei einer Stockwerkeigentümergeinschaft. Stehen zusätzlich zu den vom Anwalt zu prüfenden Ansprüchen auch (ernsthaft geäußerte) Ansprüche gegen die Verwaltung einer Klientin (Stockwerkeigentümergeinschaft) im Raum, die in einem gewissen Zusammenhang mit den zu treffenden Abklärungen stehen, verstösst der Rechtsanwalt gegen die sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung, wenn er sich unter diesen Umständen auf die Angaben der Verwaltung verlässt und sich nur von dieser instruieren lässt (E. 7.2). Problematisch erscheint zudem, dass die Verwaltung, und nicht die Stockwerkeigentümergeinschaft als Mandantin selber, den Mandatsgegenstand des Beschwerdeführers beschränkte (E. 7.3). Darin liegt eine Verletzung der Sorgfaltspflicht bei der Ausführung des Mandats nach Art. 12 lit. a BGFA begründet (E. 7.4). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer rügt, die Beschwerdegegnerin habe sein rechtliches Gehör verletzt, indem sie ihm zuerst vorgeworfen habe, dass er sowohl von der C AG als auch von der STWEG im Zusammenhang mit der Prüfung der Gewährleistungsansprüche mandatiert worden sei. Nachdem er dies dementiert und entsprechende Beweisofferten eingereicht habe, sei die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Beschluss allerdings von einem anderen Sachverhalt ausgegangen, nämlich davon, dass die C AG aufgrund der zwei weiteren Mandate ebenfalls seine Klientin gewesen sei und demnach ein Interessenkonflikt bestanden hätte. Indem die Beschwerdegegnerin ihm allerdings keine Gelegenheit gegeben habe, sich zu diesem neuen Sachverhalt zu äussern, habe sie sein rechtliches Gehör verletzt.

### **E. 5.2**

Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) garantiert die Gewährung des rechtlichen Gehörs. Dazu gehört das Recht der Betroffenen, sich vor einem Entscheid zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 117 Ia 262 E. 4b S. 268). Weiter haben die Betroffenen Anspruch darauf, über sämtliche für den Entscheid relevanten Grundlagen und Vorgänge informiert zu werden, insbesondere über alle neu ins Verfahren gekommenen Akten wie Einvernahmeprotokolle, Gutachten oder Vernehmlassungen der Vorinstanz. Damit sich der Berechtigte überhaupt äussern kann, muss er wissen, worum es geht und wozu er Stellung

nehmen soll und kann (Regina Kiener/Bernhard Rüttsche/Mathias Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 232).

### **E. 5.3**

Der Beschluss der Beschwerdegegnerin genügt diesen Anforderungen: So wurde der Beschwerdeführer mit Eröffnungsbeschluss vom 5. September 2018 darüber orientiert, dass es um einen möglichen Interessenkonflikt des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem Mandat der STWEG betreffend Haftungsansprüche gegenüber der D GmbH gehe, anlässlich welchem auch Haftungsansprüche gegenüber der C AG im Raum stünden. Es stelle sich die Frage, ob ein Interessenwiderspruch zwischen der C AG und der STWEG für den Beschwerdeführer erkennbar gewesen sei, wobei aufgrund der Akten das Verhältnis des Beschwerdeführers zur C AG unklar sei. Zudem stellte die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer mit demselben Beschluss die Anzeige des Verzeigers zu, in welcher dieser auch auf die E-Mail vom 1. November 2018, worin sich der Beschwerdeführer zu den zwei weiteren von der C AG erhaltenen Mandaten äusserte, Bezug genommen hatte. Damit war für den Beschwerdeführer erkennbar, dass ihm nicht zwingend ein Mandatsverhältnis zur C AG vorgeworfen wurde, sondern vielmehr ein Interessenkonflikt zwischen den Interessen der STWEG und den Interessen der C AG, wobei das Verhältnis des Beschwerdeführers zur C AG noch unklar war. Da sich der Beschwerdeführer dazu äussern konnte, verletzte die Beschwerdegegnerin das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers nicht.

### **E. 6.1**

Entgegen der Sachverhaltsfeststellung der Beschwerdegegnerin ist nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer in einem Mandatsverhältnis zur C AG stand. Der Beschwerdeführer stellt in seiner Beschwerde dar, dass die C AG keine Klientin von ihm gewesen sei und dass seine E-Mail vom 1. November 2018 dahingehend verstanden werden müsse, dass er von der C AG zwei Mandate im Namen und Auftrag eines ihrer Kunden zugewiesen erhalten habe. Diese Schilderung des Beschwerdeführers erscheint nachvollziehbar.

### **E. 6.2**

Im Zusammenhang mit Interessenkonflikten hat das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung bereits mehrfach festgehalten, dass sich solche nicht nur aus Klientenbeziehungen ergeben können. Vielmehr erfasst Art. 12 lit. c BGFA auch allfällige Konflikte der Klienteninteressen zu eigenen Interessen des Rechtsanwalts sowie Interessen Dritter, auf die er Rücksicht nehmen muss, sodass die vorbehaltlose Interessenwahrung für den Klienten beeinträchtigt wird (BGr, 25. März 2019, 2C\_933/2018, E. 5.2.1). Indem die C AG dem Beschwerdeführer weitere Mandate ihrer Kunden zugewiesen hatte, stellt sich die Frage, ob sich der Beschwerdeführer allenfalls in einem Abhängigkeitsverhältnis zur C AG befunden habe. Wäre dies zu bejahen, könnte wohl nicht von einer unabhängigen Interessenwahrung gegenüber der STWEG ausgegangen werden. Dass ein solches Abhängigkeitsverhältnis tatsächlich besteht, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Angesichts der Ausführungen des Beschwerdeführers, dass ihm die C AG lediglich zwei weitere, aber kleine Mandate zugewiesen habe, kann ein solches Abhängigkeitsverhältnis zwar nicht ausgeschlossen werden, erscheint aber nicht sehr wahrscheinlich. Die bloss theoretische Möglichkeit eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses begründet jedenfalls keinen aufsichtsrechtlich relevanten Interessenkonflikt im Sinn von Art. 12 lit. c BGFA.

### **E. 7.1**

Auch wenn die C AG zu keinem Zeitpunkt Klientin des Beschwerdeführers war, so kann damit noch nicht gesagt werden, dass der Beschwerdeführer das Mandat für die STWEG frei von allfälligen Interessenkonflikten und seinen Sorgfalts- und Treuepflichten entsprechend ausgeübt hätte. Dass gewisse Fragen im Zusammenhang mit dem Mandat heikel sein könnten, insbesondere indem durch die STWEG die Frage nach einem allfälligen Fehlverhalten der C AG aufgeworfen wurde, ist unbestritten. Dies schien auch dem Beschwerdeführer bewusst gewesen zu sein, stellt er sich doch auf den Standpunkt, explizit nur für die Frage der Gewährleistung der D GmbH, nicht aber für Fragen betreffend das Verhältnis zur C AG, mandatiert worden zu sein. Zu prüfen ist, ob dieser im Raum stehende Interessenkonflikt aufsichtsrechtlich relevant ist bzw. eine Berufsregelverletzung im Sinn von Art. 12 lit. a BGFA darstellt. Gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen, kann die Rechtsmittelinstanz – im Rahmen des Streitgegenstands – eine Motivsubstitution vornehmen, d. h. sie kann die im Ergebnis richtige, aber falsch begründete angefochtene Verfügung aus anderen als den von der Vorinstanz angeführten rechtlichen Gründen bestätigen. Die Parteien haben – als Ausfluss ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör – ausnahmsweise Anspruch auf vorgängige Anhörung, wenn eine Behörde ihren Entscheid mit einem Rechtssatz oder einem Rechtstitel zu begründen beabsichtigt, der im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurde, auf den sich die Parteien nicht berufen haben und mit dessen Erheblichkeit im konkreten Fall sie nicht rechnen konnten (BGr, 25. März 2019, 2C\_933/2018, E. 4.2; BGr, 5. März 2018, 2C\_497/2017, E. 3.4; Martin Bertschi, Kommentar VRG, 3. A., Zürich 2014, Vorbemerkungen zu §§ 19–28a N. 29; Donatsch, § 20a N. 21, § 52 N. 37; Alain Griffel, Kommentar VRG, § 26b N. 29). Indem dem Beschwerdeführer mit Präsidialverfügung vom 11. Januar 2021 die Möglichkeit zur Stellungnahme zur allenfalls abweichenden Beurteilungsgrundlage gegeben wurde, sind die Voraussetzungen für eine Motivsubstitution und damit für das Abstellen auf eine andere Rechtsgrundlage als diejenige der Beschwerdegegnerin ohne Weiteres gegeben.

### **E. 7.2**

Zwar mag es zutreffen, wenn der Beschwerdeführer ausführt, dass die Instruktion von Stockwerkeigentümergeinschaften in der Regel durch die Verwaltung vorgenommen wird. Auch mag dies im Regelfall unproblematisch sein. Stehen jedoch (zusätzlich) Ansprüche gegenüber der Verwaltung im Raum, und werden diese wie vorliegend von den Stockwerkeigentümern gemeinsam und als Gemeinschaft geäussert, verstösst ein Rechtsanwalt gegen die sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung, wenn sich dieser unter diesen Umständen auf die Angaben der Verwaltung verlässt und sich nur von ihr instruieren lässt. Gemäss unbestrittener Ausführung der Beschwerdegegnerin war die STWEG Klientin des Beschwerdeführers; lässt sich dieser nun durch die Verwaltung instruieren, gegen welche gestützt auf denselben Sachverhalt ebenfalls (ernsthaft geäusserte) Ansprüche im Raum stehen, wirft dies Fragen in Bezug auf die Unabhängigkeit und die Einhaltung der minimalen Sorgfalt bei der Beratung durch den Rechtsanwalt auf. Insbesondere stellt sich die Frage, wie objektiv die C AG dem Beschwerdeführer sämtliche Umstände über die garantierte Lebensdauer, der Mängel und Mängelrüge schilderte. Zwar ist zu berücksichtigen, dass eine sorgfältige Instruktion wohl nur möglich gewesen wäre, wenn die Stockwerkeigentümergeinschaft von der Verwaltung ordnungsgemäss über den Bezug des Rechtsanwalts und dessen Teilnahme an der ausserordentlichen

Stockwerkeigentümerversammlung informiert worden wäre. Dass dies nicht der Fall war, kann zwar nicht dem Beschwerdeführer zugeschrieben werden. Allerdings hätte es eine sorgfältige Mandatsausübung erfordert, die Instruktion durch die C AG sofort zu unterbrechen, sobald dem Beschwerdeführer bekannt gewesen war, dass auch Ansprüche gegen die C AG im Raum standen. Der Beschwerdeführer hätte entweder das Mandat niederlegen oder darauf bestehen müssen, sich durch die STWEG anlässlich der nächsten Stockwerkeigentümerversammlung instruieren zu lassen. Die C AG hätte ihm lediglich für ergänzende Auskünfte zur Verfügung stehen dürfen. Dass dem Beschwerdeführer die Problematik betreffend die Ansprüche gegenüber der C AG bekannt war, und zwar bereits vor der Stockwerkeigentümerversammlung, ergibt sich aus dem Umstand, dass das Mandat genau aus diesem Grund auf die Frage der Gewährleistungsansprüche gegenüber der D GmbH beschränkt wurde. Zudem lässt sich dies auch seiner Schilderung des Sachverhalts entnehmen.

### **E. 7.3**

Die Treuepflicht gebietet es einem Anwalt, seinen Auftraggeber umfassend zu beraten. Aus den Akten ist ersichtlich, dass es der STWEG nicht nur darum ging, Gewährleistungsansprüche gegenüber der D GmbH durchzusetzen, sondern – bei entsprechend eingetretener Verjährung – Ansprüche gegenüber der C AG zu prüfen. Es ist anzunehmen, dass es der STWEG darum ging, die Kosten auf eine andere Partei abzuwälzen, sei dies nun die D GmbH, welche nach Ansicht der STWEG die Hangsicherung mangelhaft ausgeführt hatte, oder auf die C AG, welche nach Ansicht der STWEG die Mängelrüge nicht verfolgt hatte. Mit der Beschwerdegegnerin ist davon auszugehen, dass erst, wenn überhaupt Gewährleistungsansprüche gegenüber der D GmbH bestanden hätten, eine mangelhafte Geltendmachung solcher Gewährleistungsansprüche durch die C AG hätte im Raum stehen können. Hätten nämlich keine Gewährleistungsansprüche gegenüber der D GmbH bestanden, so hätte ein Vorwurf gegenüber der C AG, dass sie die Mängel nicht korrekt gerügt habe, von vornherein keinen Bestand gehabt. Damit hat die Beantwortung der Frage nach den Gewährleistungsansprüchen gegenüber der D GmbH auch einen Einfluss auf das weitere Vorgehen gegenüber der C AG. Aus diesem Zusammenhang kann sich eine problematische Interessenkonstellation ergeben, und zwar unabhängig davon, ob die rechtliche Beratung des Beschwerdeführers korrekt war oder nicht. Dass die Ansprüche gegenüber der D GmbH nicht losgelöst von jenen gegenüber der C AG betrachtet werden konnten, zeigt sich auch daran, dass die Stockwerkeigentümer – bzw. gemäss Darstellung des Beschwerdeführers insbesondere der Verzeiger – anlässlich der Stockwerkeigentümerversammlung vom Beschwerdeführer auch eine Einschätzung betreffend allfällige Pflichtverletzungen seitens der C AG verlangten. Zwar war der Beschwerdeführer vorliegend nur für Fragen betreffend Gewährleistungsansprüche gegenüber der D GmbH mandatiert; da die Treuepflicht des Rechtsanwalts gegenüber seinem Klienten jedoch umfassender Natur ist und sich auf alle Aspekte des Mandatsverhältnisses erstreckt, kann dieser Umstand nicht unberücksichtigt gelassen werden (BGr, 27. Juli 2007, 2P.318/2006, E. 11.1). Insbesondere erscheint problematisch, dass die Beschränkung auf die Prüfung der Ansprüche gegenüber der D GmbH durch die C AG in Absprache mit dem Beschwerdeführer vorgenommen wurde; nicht zu beanstanden wäre gewesen, wenn die Mandantin, die STWEG, den Mandatsgegenstand begrenzt hätte, beispielsweise um die Anwaltskosten tief zu halten. Dies war aber gerade nicht der Fall, hat doch die STWEG bzw. mindestens der ihr angehörende Verzeiger den Beschwerdeführer anlässlich der

Stockwerkeigentümersversammlung dazu aufgefordert, zu einer allfälligen Haftung der C AG Stellung zu nehmen. Durch die vorgängige Beschränkung des Mandatsgegenstandes durch die C AG konnte der Beschwerdeführer die STWEG aber weder umfassend noch unvoreingenommen in dieser Frage beraten.

#### **E. 7.4**

Damit kam die Beschwerdegegnerin zu Recht zum Schluss, dass der Beschwerdeführer die STWEG aufgrund der Instruktion durch die C AG und der in diesem Rahmen vorgenommenen Beschränkung des Mandats auf die Frage der Haftung der D GmbH nicht konfliktfrei beraten konnte. Sodann standen diese Umstände auch einer umfassenden Interessenwahrung der Mandantin mit der nach Art. 12 lit. a BGFA minimal geschuldeten Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Weg. Das Fehlverhalten kann aus den dargelegten Gründen nicht mehr als leicht beurteilt werden und ist geeignet, das Vertrauen in die Person des Anwalts oder in die Anwaltschaft zu gefährden. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin liegt darin allerdings kein Interessenkonflikt nach Art. 12 lit. c BGFA, sondern eine grobe Verletzung der Sorgfaltspflicht bei der Ausführung des Mandats nach Art. 12 lit. a BGFA begründet.

#### **E. 8.1**

Art. 17 Abs. 1 BGFA sieht für Verletzungen der Berufspflichten verschiedene Disziplinar massnahmen vor; geordnet nach der Schwere und beginnend mit der mildesten sind dies Verwarnung, Verweis, Busse bis zu Fr. 20'000.-, befristetes oder dauerndes Berufsausübungsverbot. Die Disziplinierung des fehlbaren Anwalts bzw. der fehlbaren Anwältin hat sich grundsätzlich an den Umständen des Einzelfalls auszurichten. Bei der Bemessung der Massnahme sind insbesondere die Schwere des Verstosses gegen eine Berufsregel, wobei auch die Anzahl der Verstösse oder eine fortgesetzte Begehung beachtlich sind, das Mass des Verschuldens sowie das berufliche bzw. disziplinarische Vorleben der betroffenen Person zu berücksichtigen. Eine Verwarnung findet bei leichtesten und einmaligen Pflichtverletzungen Anwendung; ein Verweis wird bei leichteren Verletzungen oder in Fällen ausgesprochen, die sich an der Grenze zu mittelschweren Fällen befinden, sowie bei einer wiederholten leichten Verletzung oder mehrfachen leichten Verstössen. Im "Mittelfeld" der disziplinarischen Sanktionen liegt die Busse (VGr, 15. Februar 2018, VB.2017.00332, E. 3.1, mit Hinweisen auf Tomas Poledna, Kommentar Anwaltsgesetz, Art. 17 N. 26 ff.).

#### **E. 8.2**

Der Beschwerdegegnerin ist bei der Ausfällung der konkreten Sanktion grundsätzlich ein weites Ermessen zuzugestehen. Dabei gilt es zu beachten, dass das Verwaltungsgericht die Ermessensausübung der Vorinstanz bzw. der erstinstanzlich verfügenden Behörde nicht frei überprüft. So lassen sich mit verwaltungsgerichtlicher Beschwerde einzig Rechtsverletzungen (einschliesslich Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung und Ermessensunterschreitung) sowie die unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts rügen (§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a und b VRG; Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 50 N. 25 ff.). Ob ein unangemessener Entscheid vorliegt, kann das Gericht hingegen in der Regel – und so auch hier – nicht prüfen (§ 50 Abs. 2 VRG). Die Ermessensausübung durch die Beschwerdegegnerin hat freilich eine pflichtgemässe zu sein, sich somit an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen sowie den verwaltungsrechtlichen Grundprinzipien auszurichten und namentlich dem

Verhältnismässigkeitsprinzip zu genügen. Das Verwaltungsgericht nimmt eine feinere Prüfung der Verhältnismässigkeit vor als das sich auf eine Willkürprüfung beschränkende Bundesgericht, zumal es bei Entscheiden der Aufsichtskommission als erste Rechtsmittelinstanz amtet (VGr, 2. März 2017, VB.2016.00656, E. 6.2; VGr, 6. Oktober 2016, VB.2016.00288, E. 7.3, mit Hinweisen).

### **E. 8.3**

Eine geradezu rechtsfehlerhafte Ermessensausübung seitens der Beschwerdegegnerin ist nicht festzustellen und wird vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht. Die ausgesprochene Sanktion, ein Verweis, erweist sich als rechtmässig. Damit ist die Beschwerde im Sinn der Erwägungen abzuweisen.

### **E. 9**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und steht ihm mangels überwiegenden Obsiegens auch keine Parteientschädigung zu (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG; § 17 Abs. 2 VRG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.