

Interessenkonflikte des Rechtsanwaltes

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	433
II.	Geschichtliche Betrachtungen	435
III.	Rechtsgrundlagen	436
IV.	Begriff der Interessenkollision	440
V.	Vorbefassungsfälle	441
VI.	Sachverhaltsidentität	442
VII.	Verbotenes Handeln	443
VIII.	Interessengegensätze	444
IX.	Rechtsanwalt als Mitglied eines Verwaltungsrates	448
X.	Rechtsanwalt als Willensvollstrecker	450
XI.	Doppelberuf als Rechtsanwalt und Notar	452
XII.	Einverständnis des Mandanten	453
XIII.	Kanzleigemeinschaften	456

I. Einleitung

Zur Anwaltstätigkeit gehören typischerweise die Vertretung der Parteien vor Gericht, die Rechtsberatung sowie die Redaktion von Verträgen aller Art. Andere Bereiche der Anwaltstätigkeit umfassen wirtschaftliche Dienstleistungen und die Ausübung von Verwaltungsratsmandaten.¹ Dabei ist die Unabhängigkeit gegenüber jedermann Voraussetzung. Der Rechtsanwalt darf keine Bindungen eingehen, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden. Berufliche Unabhängigkeit gehört zum Kernbereich des Anwaltsberufes. Sie konstituiert seine besondere Funktion im Rechtspflegesystem. Angesichts der Vielzahl möglicher Gefährdungen soll die weite Formulierung von Art. 12 lit. c BGFA einen möglichst umfassenden Schutz sicherstellen: «Die Rechtsanwälte meiden jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen.» Unsicherheiten bestehen über die Grenzen tolerabler Bindungen und solchen, die im Interesse der Unabhängigkeit des Rechtsanwaltes nicht hingenommen werden können.

¹ BGE 130 II 91; SJZ 100 (2004) S. 160 f.

Die Rechtsanwälte sind Garanten der Rechtsstaatlichkeit. Zu ihren drei Grundwerten gehören:

- die anwaltliche Unabhängigkeit²
- das anwaltliche Berufsgeheimnis³
- das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen.

Diese drei Grundpflichten umfassen den Kernbereich des anwaltlichen Berufsbildes. Jeder Eingriff, jede Aufweichungstendenz gefährden die Zukunft des Anwaltsberufes in seiner derzeitigen verfassungsrechtlichen Prägung. Anpassungen an neue Entwicklungen bedürfen daher einer sorgfältigen Prüfung.

Der Grundsatz der Unabhängigkeit des Rechtsanwaltes ist weltweit anerkannt.⁴ Die Unabhängigkeit gilt als tragende Säule der Anwaltstätigkeit. Sie soll dem Rechtsanwalt die grösstmögliche Freiheit und Sachlichkeit bei der Interessenwahrung gegenüber des Klienten wie auch gegenüber dem Richter und den Behörden gewährleisten. Sie bildet Voraussetzung für das Vertrauen in den Rechtsanwalt und in die Justiz.⁵ Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA verlangt deshalb, dass die Rechtsanwälte in der Lage sein müssen, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben. Sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind. Art. 10 der Richtlinien des SAV für die Berufs- und Standesregeln verlangt, dass bei den Rechtsanwälten keine Bindungen bestehen, welche die Anwälte bei der Berufsausübung irgendwelchem Einfluss von Dritten, die nicht in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, aussetzen. Die Rechtsanwälte dürfen damit keine Tätigkeiten ausüben, die mit ihrer Unabhängigkeit nicht vereinbar sind.⁶

In Deutschland haben rechtstatsächliche Untersuchungen belegt, dass ein relativ tief greifender Funktionswandel in der anwaltlichen Tätigkeit eingetreten ist: Nur noch rund 30% aller anwaltlicher Tätigkeit wird forensisch, die übrige aussergerichtlich beratend und vertretend, Konflikte vermeidend und Streit schlichtend

² Art. 12 lit. b BGFA.

³ Art. 13 BGFA. Siehe dazu: WALTER R. SCHLUEP, Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat, Zürich 1994; MICHAEL PFEIFER, Das Berufsgeheimnis, in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Das Anwaltsrecht nach dem BGFA, Fragen und Entwicklungen im Recht der Rechtsvertretung und Rechtsberatung der Schweiz, St. Gallen 2003, S. 103 ff.

⁴ Siehe dazu auch Ziff. 2.1 der Standesregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft; Art. 1 Richtlinien des SAV für die Berufs- und Standesregeln vom 1. Oktober 2002; Art. 3 Ethikkode der «International Bar Association»; Grundsätze für den Anwaltsberuf der «Union internationale des avocats»; AGVE 2003 S. 67 ff.; OSKAR HENGELER, Das Disziplinarrecht der freiberuflichen Rechtsanwälte und Medizinalpersonen, Diss. Zürich, 1976, S. 119.

⁵ BGE 130 II 293; 123 I 193 E. 4a S. 195; NIKLAUS STUDER, Neue Entwicklungen im Anwaltsrecht, in: SJZ 100 (2004) S. 231 f.

⁶ Die Rechtspflege ist auf die Integrität, Professionalität und Zuverlässigkeit der Rechtsanwälte angewiesen (BVerfGE 87, 287, 320).

ausgeübt.⁷ Die Anwaltschaft im Sinne der freien Advokatur ist dabei der Garant dafür, dass der Bürger seine Rechte vor Gericht und staatlichen Behörden geltend machen und durchsetzen kann. Voraussetzung jedes rechtsstaatlichen Verfahrens über die Geltendmachung von Rechten ist die Möglichkeit, durch die dazu qualifizierte Vertrauensperson, den Rechtsanwalt, sich rechtliches Gehör zu verschaffen. Nicht der einzelne Rechtsanwalt, sondern die Anwaltschaft als unabhängiges Organ der Rechtspflege mit ihrer Funktion, dem Rechtsuchenden rechtliches Gehör zu vermitteln, wird durch das Verbot der Interessenkollision geschützt. Diese anwaltliche Funktion ist für die Rechtspflege zur Wahrung des Rechts im demokratischen Rechtsstaat wesentlich und unverzichtbar.⁸

II. Geschichtliche Betrachtungen

Im römischen Quästionenprozess machte sich der Ankläger einer *praevaricatum* schuldig, welcher den Prozess unredlich mit dem Ziel führte, dem Angeklagten zu einem Freispruch zu verhelfen. Später übertrug man diese Bezeichnung auf den Rechtsbeistand, welcher pflichtwidrig die Interessen der Gegenpartei vertrat. Das Verbot, widerstreitende Interessen zu vertreten, fand in Deutschland in § 356 StGB Eingang. Danach wird ein Anwalt oder ein anderer Rechtsbeistand, welcher bei den ihm in dieser Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten in derselben Rechtssache beiden Parteien durch Rat oder Beistand pflichtwidrig dient, mit einer Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Normzweck dieser Bestimmung ist der Schutz der Rechtspflege. Leistet ein Anwalt pflichtwidrig dem Gegner seines Mandanten rechtskundigen Beistand, ist er der Diener zweier Herren und untergräbt

⁷ LUDWIG KOCH, Rechtsanwalt in Köln, in: *Anwaltsrevue* 10/1999 S. 18. Die Berufspflichten des Art. 12 BGFA gelten für Rechtsanwälte nicht nur im Rahmen ihrer Monopoltätigkeit, der berufsmässigen Vertretung von Parteien vor Gericht, sondern auch bei der Erfüllung anderer Aufgaben wie der Führung von Treuhandmandaten, der Ausübung der Willensvollstreckerfunktionen, der Vermögensverwaltung, bei Inkassomandaten oder bei der Tätigkeit als Verwaltungsrat (ZR 78 [1979] Nr. 114, 253; ZR 60 [1961] Nr. 136, 362); ISABELLE HÄNER, Das veränderte Berufsbild des Anwaltes und der Anwältin, Neue Entwicklungen in der Rechtsberatung und Rechtsvertretung, in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), *Das Anwaltsrecht nach dem BGFA, Fragen und Entwicklungen im Recht der Rechtsvertretung und Rechtsberatung der Schweiz*, St. Gallen 2003, S. 9 ff.

⁸ KURT JESSNITZER/HANNO BLUMBERG, *Bundesrechtsanwaltsordnung*, 9. A., Köln, Berlin, München 2000, S. 1 f.; Das Verbot zur Vertretung entgegenstehender Interessen wird deshalb mit dem öffentlichen Interesse um das Ansehen und die Vertrauenswürdigkeit des Anwaltsstandes begründet (ZR 73 Nr. 100; SJZ 98 [2002] S. 579).

das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Anwaltschaft. In der Schweiz besteht keine derartige Strafnorm. Indessen sieht das BGFA bei Gesetzesverletzung Disziplinar massnahmen der Aufsichtsbehörde vor.⁹

Die erste Gesamtbetrachtung über das Aargauische Anwaltsrecht hat HANS TRAUTWEILER im Jahre 1946 verfasst.¹⁰ Das Thema der Interessenkollision der Rechtsanwälte ist in dieser Abhandlung nur rudimentär als selbstverständlicher Bestandteil der Treuepflicht erwähnt. In OJB 1911/12, S. 18, wurde im Kanton Aargau erstmals festgehalten, dass es einem Anwalt verboten ist, zuerst den Kläger zu vertreten und nachher bei der Anfechtung des ergangenen erstinstanzlichen Urteils, die Beschwerdeantwort für den Beklagten zu verfassen, oder gar zuerst für den Gemeinschuldner in der Nachlassvertrags sache tätig zu sein und nach Ausbruch des Konkurses im Auftrage von Gläubigern des früheren Klienten den Nachlassvertragsentwurf zu bekämpfen.¹¹ In der Publikation «Aargauische Rechtspflege im Gang der Zeit» hielt TRAUTWEILER im Jahre 1969 fest, dass in einem künftigen Aargauischen Anwaltsrecht dem Anwalt ausdrücklich zu untersagen ist, für eine Partei in einer Sache tätig zu werden, in welcher er vorher der Gegenpartei gedient hat (patrocinium successivum), oder gleichzeitig beide Parteien in der gleichen Sache zu vertreten (Prävarikation). Weitere Fälle von Interessenkollisionen seien weniger eindeutig und würden besser pragmatisch gelöst, so die Vertretung beider Parteien mit deren Einverständnis, z.B. im Ehescheidungsverfahren.¹²

III. Rechtsgrundlagen

Das Verbot der Interessenkollision der Rechtsanwälte stützt sich einerseits unmittelbar auf *Art. 398 Abs. 2 OR*. Das berufsrechtliche Verbot, gegenläufige Interessen zu vertreten, ergibt sich aus der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht.¹³ Der Beauftragte muss den Interessen des Auftraggebers gegenüber allen anderen

⁹ Art. 17 BGFA. Die anwaltliche Berufspflicht der Vermeidung von Interessenkollisionen geht über die deutsche Strafbestimmung von § 356 StGB hinaus. Das Berufsrecht der Rechtsanwälte regelt das Vertrauensverhältnis zum Mandanten sowie die Wahrung seiner Unabhängigkeit und der im Interesse der Rechtspflege gebotenen Geradlinigkeit der Berufsausübung (BVerfGE vom 3. Juli 2003, 1 BvR 238/01).

¹⁰ HANS TRAUTWEILER, Aargauisches Anwaltsrecht, Berner Dissertation, Muri 1946.

¹¹ HANS TRAUTWEILER, a.a.O., S. 55.

¹² HANS TRAUTWEILER, Das künftige Anwaltsrecht, in: Aargauische Rechtspflege im Gang der Zeit, Festschrift des Aargauischen Juristenvereins, Aarau 1969, S. 483.

¹³ Die sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung wird auch in Art. 12 lit. a BGFA statuiert, und zwar im Sinne einer Generalklausel. Diese Sorgfaltspflicht regelt nicht nur das Verhalten gegenüber dem Auftraggeber und den Gerichtsbehörden im engeren Sinn, sondern gegenüber allen Behörden (Urteil des Bundesgerichts Nr. 2A.448/2003; NIKLAUS STUDER, Die sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung nach BGFA, in: Anwaltsrevue 10/2004 S. 373 ff.; TESTA, S. 93).

Belangen stets den Vorrang einräumen.¹⁴ Die Regel verweist auf Personen, mit denen der Anwalt geschäftlich oder privat in Beziehung steht. Die Richtlinien des SAV verdeutlichen in ihrem Artikel 11, dass auch ein Konflikt mit den eigenen Interessen des Anwaltes zu meiden ist. Indem das BGFA verlangt, jeden Interessenkonflikt zu meiden, will es in einem weiten Sinn verstanden sein. Der Anwalt kann nicht der Diener zweier Herren sein. Er hat sich klar für den einen der beiden zu entscheiden oder sich ganz aus der Sache herauszuhalten.

Beim BGFA handelt es sich um *öffentliches Berufsrecht*. Dieses statuiert zusätzlich zu den obligationenrechtlichen Pflichten besondere Schutznormen zugunsten des Klienten. Damit soll unter anderem erreicht werden, dass der Anwalt frei von Eigen- oder Drittinteressen den Auftrag nach bestem Wissen und Können ausführt. Um die Interessenkonflikte zulasten des Mandanten zu eliminieren, beschlagen die diesbezüglichen Schutznormen nicht nur die eigentliche Mandatsführung, sondern greifen bereits im Vorfeld des Vertragsabschlusses ein. Das anwaltliche Standesrecht auferlegt dabei dem Anwalt eine besondere Treuepflicht, die weiter geht als die vertragliche Treuepflicht.¹⁵

Darüber hinaus kann der Rechtsanwalt *strafrechtlich* belangt werden, wenn er Dritten Kenntnisse offenbart, die ihm zufolge seines Berufes anvertraut worden sind (Art. 321 StGB). Die Gefahr einer Verletzung des Anwaltsgeheimnisses ist im Zusammenhang mit Interessenkonflikten besonders gross bei der Doppelvertretung und beim Parteiwechsel. In einer solchen Konstellation ist es für den Anwalt schwierig, diese Situation nicht auszunützen und absolut diskret zu bleiben. Beim Vorgehen gegen den ehemaligen Klienten kann der Anwalt ebenfalls leicht in Versuchung geraten, Kenntnisse, die ihm seinerzeit vom Klienten anvertraut wurden, im neuen Mandat gegen diesen zu verwenden.

Art. 12 lit. c BGFA hält fest, dass die Rechtsanwälte jeden Konflikt zu meiden haben zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen. Der Rechtsanwalt darf keinen Dritten vertreten, dessen Interessen diejenigen eines Klienten in irgendeiner Weise beeinträchtigen könnten. Ziel des eidgenössischen Anwaltsgesetzes ist es, die interkantonale Mobilität der Rechtsanwälte zu erleichtern. Es handelt sich primär um ein Freizügigkeitsgesetz, welches insoweit das Bundesgesetz über den Binnenmarkt weiterführt.¹⁶ Das BGFA nimmt jedoch in wesentlichen Bereichen eine *Harmonisierung*

¹⁴ FELLMANN, BSK, N 25 zu Art. 398 OR; BEAT HESS, Das Anwaltsgesetz des Bundes (BGFA) und seine Umsetzung durch die Kantone am Beispiel des Kantons Bern, in: ZBJV 140 (2004) S. 102 f.

¹⁵ GIOVANNI ANDREA TESTA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich, Zürich 2001, S. 99.

¹⁶ BGBM; SR 943.02; Vergleiche BBl 1999 S. 6020. Das eidgenössische Anwaltsgesetz regelt gestützt auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits

des materiellen Anwaltsrechts vor, indem es einen Registereintrag einführt, welcher die Berufstätigkeit auf dem Gebiet der ganzen Schweiz ermöglicht.¹⁷ Zudem vereinheitlicht das BGFA die Berufsregeln für Rechtsanwälte auf Bundesebene.¹⁸ Die letztere Massnahme dient – gleich wie die bundesrechtliche Regelung des Eintrags in das kantonale Anwaltsregister – vorab der Förderung der angestrebten Freizügigkeit.¹⁹ Dementsprechend ist die Umschreibung der Berufsregeln in Art. 12 BGFA abschliessender Natur.²⁰ Für abweichende kantonale Vorschriften besteht kein Raum mehr. Zur Auslegung von Art. 12 BGFA kann somit nur noch beschränkt auf die jeweiligen Standesregeln der kantonalen Anwaltsverbände abgestellt werden, welche bis anhin regelmässig herangezogen wurden, um die im betreffenden Kanton geltenden Berufspflichten zu konkretisieren.²¹ Entsprechendes ist seit Inkrafttreten des BGFA grundsätzlich nur noch denkbar, soweit die betreffenden Standesregeln eine landesweit in nahezu allen Kantonen geltende Auffassung zum Ausdruck bringt.²² Deshalb können die kantonalen Aufsichtsbehörden auf ihre bisherige, von den lokalen Standesregeln geprägte Rechtsprechung nur noch beschränkt zurückgreifen, ansonsten die Gefahr besteht, dass sie die bundesrechtliche Vereinheitlichung der Berufspflichten aus den Augen verlieren.

und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681) die Tätigkeit der Rechtsanwälte, welche aus Mitgliedstaaten der EU und der EFTA stammen. In den Art. 21–33 BGFA wurden unter anderem die im Anhang III zum Freizügigkeitsabkommen erwähnten Richtlinien 77/249/EWG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte (gemeinhin als sog. Dienstleistungsrichtlinie bezeichnet, ABl. Nr. L 078 vom 26. März 1977 S. 17), 89/48/EWG über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen (sog. Hochschuldiplomenerkennungsrichtlinie, ABl. Nr. L 019 vom 24. Januar 1989 S. 16), und 98/5/EG zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufes in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde (sog. Niederlassungsrichtlinie; ABl. Nr. L 077 vom 14. März 1998 S. 36), umgesetzt (vgl. auch Art. 2, Art. 5 Abs. 4 und Art. 9 FZA, Art. 19 Anhang I zum FZA; BOTSCHAFT zum Anwaltsgesetz BBl 1999, S. 6061, Ziff. 234). Dadurch soll die beabsichtigte internationale Freizügigkeit für Angehörige von Mitgliedstaaten der EU und der EFTA gewährleistet werden.

¹⁷ Art. 4 BGFA.

¹⁸ Art. 12 BGFA.

¹⁹ BOTSCHAFT des Bundesrates vom 28. April 1999, in: BBl 1999 S. 6039.

²⁰ BGE 129 II 297 E. 1.1 S. 299; BBl 1999 S. 6054; ZBJV 140 (2004) S. 617.

²¹ Vergleiche etwa BGE 108 Ia 316 E. 2b/aa S. 319; 106 Ia 100 E. 7a S. 107. Die bisherige kantonale Praxis leistet dennoch einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zur einheitlichen Auslegung des BGFA (HANS NATER, in: Anwaltsrevue 4/2003 S. 143 f.). Der SAV hat am 10. Juni 2005 die SAV-Richtlinien vom 2. Oktober 2002 zu *Schweizerischen Standesregeln* erklärt, die für die Mitglieder des SAV verbindlich sind.

²² ISAAK MEIER, Bundesanwaltsgesetz – Probleme in der Praxis, in: Plädoyer 2000, Heft 5, S. 34; HANS NATER/PAOLA WULLSCHLEGER, Enger Spielraum für Standesregeln der Verbände, in: SJZ 101 (2005) S. 320 ff.

Zu beachten ist ferner, dass es die erklärte Absicht des Gesetzgebers war, mittels der Vereinheitlichung eine klarere Unterscheidung zwischen allgemein verbindlichen staatlichen Berufsregeln und privaten Standesregeln zu erreichen.²³ Handlungsbedarf bestand diesbezüglich unter anderem, weil in den kantonalen Anwaltsgesetzen teilweise eine Regelung der Berufspflichten fehlte und stattdessen einfach auf die Standesregeln des Anwaltsverbandes verwiesen wurde. Deshalb sind die Berufsregeln des BGFA primär selbständig und ohne Beizug von privatrechtlichen Verbandsrichtlinien auszulegen. Fragen kann man sich allenfalls, ob in Zukunft bis zu einem gewissen Masse die vom schweizerischen Anwaltsverband am 1. Oktober 2002 beschlossenen Richtlinien – sollten sie sich in der ganzen Schweiz allgemein durchsetzen – für die bundesrechtlichen Berufs- und Standesregeln als Auslegungshilfe heranzuziehen wären.²⁴

Wesentlich ist im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 12 lit. c BGFA, dass die Rechtsanwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft ausüben haben.²⁵ Das Gebot der Vermeidung von Interessenkonflikten ist wie die übrigen Berufsregeln des BGFA für alle im Register eingetragenen Anwälte verbindlich. Abweichende kantonale Bestimmungen sind nicht mehr zulässig.

Das BGFA gilt nur für diejenigen freiberuflichen Rechtsanwälte, die Inhaber eines Anwaltpatents *und* forensisch tätig sind, also Parteien im Rahmen des Anwaltsmonopols vor Gerichtsbehörden vertreten.²⁶ Rechtsanwälte, die ausschliesslich beratende Funktionen wahrnehmen, in der Justiz, in der Verwaltung oder in der Privatwirtschaft tätig sind, fallen somit nicht unter den persönlichen Geltungsbereich des BGFA.²⁷

Die Standesregeln des SAV wollen zur einheitlichen Auslegung der Berufsregeln gemäss BGFA beitragen.²⁸ Die weitgefaste, in Art. 12 lit. c BGFA enthaltene Berufsregel, wonach Rechtsanwälte jeden Konflikt vermeiden zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen, ergänzen die Standesregeln des SAV dahingehend, dass auch kein Interessenkonflikt mit den *eigenen* Interessen des Anwaltes bestehen darf. Ein Rechtsanwalt darf kein Mandat übernehmen, bei welchem seine persönlichen

²³ Vergleiche BBl 1999 S. 6040.

²⁴ HANS NATER, Neue Richtlinien des Schweizerischen Anwaltsverbandes für die Berufs- und Standesregeln, in: SJZ 99 (2003) S. 152 f.

²⁵ Art. 12 lit. a BGFA.

²⁶ Art. 2 Abs. 1 BGFA.

²⁷ VINCENZO AMBERG, Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), in: Anwaltsrevue 3/2002 S. 10.

²⁸ HANS NATER, Neue Richtlinien des Schweizerischen Anwaltsverbandes für die Berufs- und Standesregeln, in: Anwaltsrevue 4/2003 S. 143 f. Vergleiche zur Unterscheidung zwischen Berufs- und Standesregeln: Markus Wirth, Anwaltliche Berufsregeln im Spannungsfeld der Entwicklung vom Monopol zum Wettbewerb, in: Professional legal services: Vom Monopol zum Wettbewerb, Herausgegeben von Hans Nater, Zürich 2000, S. 114; TESTA, a.a.O., S. 7 f.

Interessen mit jenem des Klienten in Konflikt geraten.²⁹ Keinen Eigeninteressen – wie etwa wirtschaftliche Interessen – auf, geht der Rechtsanwalt seiner Unabhängigkeit verlustig. Er agiert dann unfrei und kann nicht mehr bestmöglich die Interessen des Mandanten wahrnehmen.³⁰ Klargestellt wird schliesslich, dass das Mandat gegenüber allen betroffenen Mandanten niedergelegt werden muss, wenn die Gefahr der Verletzung des Berufsgeheimnisses besteht oder die Unabhängigkeit beeinträchtigt zu werden droht. Mit Bezug auf frühere Mandanten präzisieren die SAV-Standesregeln, dass Rechtsanwälte ein neues Mandat dann nicht annehmen sollen, wenn die Gefahr der Verletzung des Berufsgeheimnisses bezüglich der von früheren Mandanten anvertrauten Informationen besteht oder die Kenntnis der Angelegenheit früherer Mandanten diesen zu einem Nachteil gereichen würde. Sodann stellen die Standesregeln des SAV klar, dass die Bestimmungen über die Vermeidung von Interessenkonflikten auf die Kanzleigemeinschaft und alle ihre Mitglieder anwendbar sind.³¹

IV. Begriff der Interessenkollision

Ein Interessenkonflikt liegt vor, wenn jemand die Wahrung fremder Interessen übernommen hat und dabei Entscheidungen zu treffen hat, mit denen er sich potenziell in Konflikt zu eigenen oder anderen ihm zur Wahrung übertragenen Interessen begibt.³² Die mildeste Form eines Interessenkonflikts ist der *potenzielle*. Dieser geht von einem Zustand aus, von welchem eine (erhöhte) Gefahr möglicher Interessenkollisionen ausgeht. Ein konkreter Konflikt ist dabei noch nicht vorhanden bzw. die Voraussetzungen dafür sind noch nicht eingetreten. Der *latente* Interessenkonflikt beschreibt Situationen, bei denen divergierende Interessen zwar vorhanden sind, bisher aber noch nicht in Erscheinung getreten sind. Der *akute* Interessenkonflikt beinhaltet eine ernst zu nehmende Gefahr für die Interessen des Mandanten. Er liegt vor, wenn der Rechtsanwalt eine konkrete Handlung

²⁹ MICHAEL KEMPERMANN, Unlautere Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen im englischen, französischen und deutschen Recht, Diss. Bonn, 1975, S. 115.

³⁰ TESTA, a.a.O., S. 96 und 129 ff.; HENGGELER, a.a.O., S. 120 f. Aus den gleichen Gründen ist es deshalb dem Notar verwehrt, Rechtsgeschäfte zu beurkunden, aus denen er selbst Rechte oder sonstige Vorteile erlangt (§ 11 Abs. 2 EG ZGB).

³¹ HANS NATER, Neue Richtlinien des Schweizerischen Anwaltsverbandes für die Berufs- und Standesregeln, in: Anwaltsrevue 4/2003 S. 144. Die Mitteilung geheimer Tatsachen ist auch gegenüber Behörden grundsätzlich unzulässig. Dabei ist unerheblich, ob durch die Geheimnisoffenbarung ein Schaden entsteht oder ob diese ohne jede Folge bleibt (ZR 96 [1997], S. 93).

³² HANS CASPAR VON DER CRONE, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 66 (1994) S. 2; TESTA, a.a.O., S. 93. Um von vorneherein Interessenkonflikte und Bevorzugungen aller Art zu vermeiden, untersagt § 18 Abs. 4 VRPG das Handeln von Beiständen oder Vertretern vor Behörden, bei denen diese ordentliches Mitglied sind.

vorzunehmen hat, bei welchem die Interessen des Auftraggebers von denjenigen eines Dritten oder des Anwaltes selbst abweichen. Die Begriffe *punktuel*ler und *permanenter* Interessenkonflikt zeigen auf, mit welcher Häufigkeit Konflikte, die zu einer tatsächlichen Gefährdung von Mandanteninteressen führen können, im konkreten Fall auftreten.

Denkbar sind *persönliche* Interessenkonflikte, wenn der Rechtsanwalt Entscheidungen zu treffen hat, welche sich zu seinem persönlichen Vor- oder Nachteil auswirken. Sodann sind Interessenkonflikte vorprogrammiert, wenn der Rechtsanwalt gleichzeitig verschiedenen Parteien dient, deren Interessen sich widersprechen (Doppelvertretung). Schliesslich entstehen bei einem Parteiwechsel oft Interessenkonflikte, wobei sich hauptsächlich folgende Frage stellt: Darf der Rechtsanwalt in derselben Streitsache zuerst für die eine Partei, später aber für den Prozessgegner tätig sein?

V. Vorbefassungsfälle

Art. 13 der Richtlinien des SAV für die Berufs- und Standesregeln hält fest, dass Rechtsanwälte ein neues Mandat dann nicht annehmen, wenn die Gefahr der Verletzung des Berufsgeheimnisses bezüglich der von früheren Mandanten anvertrauten Information besteht oder die Kenntnis der Angelegenheit früherer Mandanten diesen zu einem Nachteil gereichen würde. Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, wenn er, gleich in welcher Funktion, eine andere Partei in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse bereits beraten oder vertreten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise beruflich befasst war. Geschützt werden soll damit das Vertrauen in die Rechtspflege, dass nicht dieselben Personen auf verschiedenen Seiten für unterschiedliche Interessen tätig werden.

Das Verbot gilt ausnahmslos gegenüber jeder früheren Tätigkeit des Rechtsanwaltes als Richter, Schiedsrichter, Staatsanwalt, Angehöriger des öffentlichen Dienstes, Notar usw.

Die Unabhängigkeit des Rechtsanwaltes kann auch dadurch gefährdet werden, dass er in einem Zivil- oder Strafprozess, an welchem er als Rechtsanwalt oder Verteidiger beteiligt ist, als Zeuge vernommen wird. Die Zeugenstellung schliesst ihn zwar von der Wahrnehmung seiner anwaltlichen Aufgaben nicht aus, die Doppelrolle bringt ihn aber in einen Pflichten- und Interessenkonflikt, der ihn in den meisten Fällen daran hindert, seine Aufgabe als Vertreter des Mandanten mit der nötigen Unabhängigkeit wahrzunehmen. So kann er schwerlich seine eigene Zeugenaussage (auch im Verhältnis zu anderen Zeugenbekundungen) unbefangenen würdigen. Der Anwalt wird deshalb in den meisten Fällen sein Mandat niederlegen oder zumindest dem Mandanten empfehlen müssen, während der Dauer seiner Vernehmung einen anderen Anwalt zu beauftragen. Im Falle notwendiger Vertei-

digung muss das Gericht einen anderen Verteidiger beordnen. Ausnahmen sind gerechtfertigt, wenn der Rechtsanwalt vom Prozessgegner ersichtlich nur deshalb als Zeuge benannt wird, um ihn vom weiteren Verfahren auszuschliessen, oder wenn es sich um ein nebensächliches Beweisthema handelt.³³

VI. Sachverhaltsidentität

Der Rechtsanwalt darf widerstreitende Interessen nicht vertreten, wenn sie aus *demselben* Sachverhalt gegenläufig abzuleiten sind. Überschneidet sich der Sachverhalt, mit welchem der Anwalt befasst war oder ist, mit den daraus resultierenden materiellen Rechtsverhältnissen auch nur teilweise mit dem Tatsachenkomplex, welcher Gegenstand der Beratung oder Vertretung eines anderen Klienten sein soll, so muss er bei Vorliegen widerstreitender Interessen das Mandat ablehnen. Es kommt nicht darauf an, ob der Streitstoff in verschiedenen Verfahren verhandelt wird, solange der zugrunde liegende historische Vorgang, welcher in diesen Verfahren eine Rolle spielt, zumindest teilweise identisch ist.³⁴ Auch ist unbeachtlich, ob es sich um denselben Anspruch handelt oder nicht. Änderungen des rechtlichen Blickwinkels sind ebenso wenig entscheidend wie Wandlungen des Rechtsverhältnisses, etwa nach einem Vergleich oder einer gütlichen Einigung, solange nur eine Teilidentität des historischen Vorgangs erhalten bleibt. Das gleiche gilt für einen Wechsel der beteiligten Personen. Auch ein längerer Zeitablauf hebt die Einheitlichkeit des Lebensverhältnisses nicht auf. Hatte der Anwalt den Drittschuldner im Prozess gegen den Schuldner vertreten, darf er nicht für den Pfändungsgläubiger gegen ihn vorgehen. Wenn er für den Gläubiger eine Pfändung erwirkt hat, ist er gehindert, den Drittschuldner gegen den Gläubiger zu vertreten. Ein typischer Fall für dieselbe Rechtssache ist das durch die Ehe begründete einheitliche Lebensverhältnis. Die Erbengemeinschaft und ihre Auseinandersetzung ist ein einheitlicher Lebenssachverhalt, auch wenn sich daraus verschiedene Ansprüche ergeben können. Wenn der Anwalt nach einem Verkehrsunfall den Fahrer verteidigt, darf er nicht Geschädigte gegen den Haftpflichtversicherer seines Mandanten vertreten.

Der Begriff «derselben Rechtssache» ist nicht darauf beschränkt, dass der Rechtsanwalt in demselben Verfahren und hinsichtlich derselben Beteiligten tätig wird. Massgebend ist die ganze in Betracht kommende Rechtsangelegenheit mit allen ihren straf- und zivilrechtlichen Beziehungen, mithin also die Identität des anvertrauten Sachverhalts, mag dieser auch in Verfahren verschiedener Art und verschiedener Zielrichtung von Bedeutung sein. Findet sich das ursprünglich vor

³³ HORST EYLMANN, in: MARTIN HENSSLER/HANNS PRÜTTING, Bundesrechtsanwaltsordnung, 2. A., München 2004, S. 394.

³⁴ HORST EYLMANN, in: HENSSLER/PRÜTTING, a.a.O., S. 426.

dem Rechtsanwalt ausgebreitete Lebensverhältnis in seinem Tatsachen- und materiellen Rechtsgehalt auch nur teilweise in dem Dienst für die Gegenpartei wieder, so ist dieselbe Rechtssache betroffen, wobei gleichgültig ist, ob das Verfahren, die Verfahrensart, die Rechtsgebiete oder der rechtliche Gesichtspunkt gewechselt haben.³⁵ Eine unzulässige Wahrnehmung widerstreitender Interessen ist auch dann gegeben, wenn der Rechtsanwalt nur eine Partei vertritt, er aber persönlich mit eigenen konkreten oder möglichen Interessen beteiligt ist. Ein Rechtsanwalt dient auch dann pflichtwidrig beiden Parteien, wenn er im Rahmen beider Mandate denselben Rechtsstandpunkt zu dem ihm anvertrauten Sachverhalt vertritt, dies aber den Interessen des ersten Mandanten zuwiderläuft.³⁶

Ein Blick in ausländische Rechtsordnungen, in denen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen ebenfalls als zentrale Pflicht angesehen wird, zeigt beispielsweise im angloamerikanischen Recht, dass dort das Kriterium «derselben Rechtssache» bzw. der «same or connected matter» erweitert wird auf die Frage nach dem Besitz vertraulicher Informationen. Ein Rechtsanwalt, der nicht im Besitz von «relevant confidential information» ist, kann danach nicht allein aufgrund des Bestehens eines früheren Mandatsverhältnisses gehindert sein, ein Mandat zu übernehmen, das den Interessen des früheren Mandanten nicht dienlich ist. Besitzt er allerdings solch sensible Informationen, ist er disqualifiziert.³⁷

VII. Verbotenes Handeln

Unter der Vertretung widerstreitender Interessen ist jede berufliche Tätigkeit des Anwaltes zu verstehen, nicht nur die prozessuale oder aussergerichtliche Vertretung, sondern auch die Beratung und jede andere Beistandsleistung.³⁸ Es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber in der Formulierung von Art. 12 lit. c BGFA eine bloss interne Beratungstätigkeit aus dem Verbot ausschliessen wollte. Bei einer Telefonberatung per Hotline hat der Anwalt, wie überhaupt bei einer anonymen Rechtsberatung, allerdings nur sehr beschränkte Möglichkeiten, Interessenkollisionen festzustellen. Dennoch ist diese Form der Rechtsberatung zugelassen.

Widerstreitende Interessen können auch durch *Unterlassen* vertreten werden. Die Nichteinlegung eines Rechtsmittels, die Versäumung einer Frist oder der unvollständige Sachvortrag verstossen allerdings nur gegen Art. 12 lit. c BGFA, wenn sie durch das Bestreben motiviert sind, auf diese Weise pflichtwidrig der

³⁵ JESSNITZER/BLUMBERG, a.a.O., S. 169.

³⁶ JESSNITZER/BLUMBERG, a.a.O., S. 169.

³⁷ MARTIN HENSSLER, Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 54 (2001) S. 1523.

³⁸ HORST EYLMANN, in: HENSSLER/PRÜTTING, a.a.O., S. 427.

Gegenpartei zu nutzen. Wer aus blosser Nachlässigkeit einen Prozess schlecht führt und damit objektiv dem Gegner einen Vorteil verschafft, vertritt damit noch keine widerstreitenden Interessen.

VIII. Interessengegensätze

Die vom Rechtsanwalt vertretenen Interessen dürfen sich nicht widerstreiten. Die Frage liegt nahe, von wem diese Interessen definiert werden, vom Mandanten aus dessen subjektiver Sicht oder von einem objektiven Beobachter als «wohlverstandenes» Interesse. Häufig wird der Mandant dasjenige anstreben, was auch objektiv in seinem Interesse liegt. In anderen Fällen wird er aber etwas anderes wollen. Das hat der Anwalt zu respektieren, sofern er es mit seinen Rechtspflichten und seinem Berufsethos zu vereinbaren vermag. Hier ist das Interesse im subjektiven Sinne zu verstehen. Eine objektive Bewertung der Interessenlage hat den Vorteil der Rechtsklarheit für sich, wird aber dem Anspruch des Klienten nicht gerecht, selbst zu entscheiden, was ihm nützlich und richtig erscheint, soweit es im Rahmen der Gesetze zulässig ist. Deshalb machen auch die Befürworter des Vorrangs der objektiven Interessenlage meist die Einschränkung, dass diese vom Willen der Parteien gestaltet werden könne.³⁹ Dies läuft im Ergebnis auf eine subjektive Bestimmung des Interesses hinaus und bringt für den Rechtsanwalt auch keine unzumutbare Unsicherheit mit sich, denn er muss sich mit den Vorstellungen und Wünschen seines Klienten vertraut machen.

Art. 12 lit. c BGFA spricht von «jedem» Konflikt. Daraus ist zu schliessen, dass der Begriff «Konflikt» weit auszulegen ist.⁴⁰ Massgebend ist der Anschein möglicher Befangenheit und damit die Möglichkeit des Bestehens eines Interessenkonflikts, und zwar auch selbst dann, wenn der Klient seine Zustimmung zur Mandatsübernahme erteilen sollte.⁴¹ Ob tatsächlich eine Kollision der Interessen vorliegt, ist nicht relevant, da der objektiv begründete *Anschein* einer solchen genügt.⁴² Unerheblich ist, ob die Interessen des Mandanten verletzt worden sind oder nicht. Es soll bereits verhindert werden, dass der Mandant das Gefühl bekommt, seine Interessen würden ungenügend gewahrt. Die Einhaltung des Berufsgeheimnisses kann der Mandant selbst nicht überwachen. Das Ansehen der Anwaltschaft und die Integrität der

³⁹ HORST EYLMANN, in: HENSSLER/PRÜTTING, a.a.O., S. 428.

⁴⁰ NIKLAUS STUDER, Neue Entwicklungen im Anwaltsrecht, SJZ 100 (2004) S. 235.

⁴¹ HANS NATER, in: SJZ 98 (2002) S. 579.

⁴² Bundesgerichtsurteil 1P.484/1995 vom 6. März 1996, in: ZBJV 133 (1997) S. 705 f.; AGVE 2001 S. 66; AGVE 1996 S. 75 f.; SJZ 98 (2002) S. 579; TESTA, a.a.O., S. 94 f.; FELIX WOLFFERS, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Diss. Zürich, 1986, S. 141 ff.; PAUL WEGMANN, Die Berufspflichten des Rechtsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Diss. Zürich, 1969, S. 189 ff.

Rechtspflege gebieten deshalb, bereits bei einer Vermutung einer Interessenkollision das Mandat niederzulegen. Oftmals kann nicht von Anfang an mit erheblicher Sicherheit vorausgesagt werden, ob eine Interessenkollision effektiv eintritt oder nicht. Eine Prognose zur Beantwortung dieser Frage kann unterschiedlich ausfallen, je nach Standpunkt. Aufgrund dieser Unsicherheiten hat die bisherige Praxis zum kantonalen Anwaltsrecht eine objektivierte Betrachtungsweise angewendet und schon den Anschein einer Interessenkollision genügen lassen, um eine unzulässige Mandatsführung anzunehmen. Diese Rechtsprechung ist auf Kritik gestossen.⁴³ Ein Anschein einer Interessenkollision darf indessen nur angenommen werden, wenn sachliche, nachvollziehbare Gründe für eine abstrakte Gefährdung vorgebracht werden können. Es sollen *potenzielle Interessenkonflikte* vermieden werden. Nicht erforderlich ist, dass bereits aktuell widerstreitende Interessen vorhanden sind.⁴⁴ Das Bundesgericht hält fest, dass zur Vermeidung jeglicher Konfliktsituation im *Zweifelsfall* von einer solchen auszugehen ist.⁴⁵ Eine abstrakte Gefährdung im Sinne eines potenziellen Interessenkonflikts liegt vor, wenn die Interessenlage generell geeignet ist, die Gefahr einer Interessenkollision herbeizuführen. Massgebend ist die in der Regel bestehende *erhöhte Gefahr* des Eintritts einer unzulässigen Interessenkollision, unabhängig davon, ob diese Möglichkeit im konkreten Fall eingetreten ist. Ob ein tatsächliches Verhalten abstrakt gefährdet, lässt sich schon von vornherein beurteilen im Sinne einer Betrachtungsweise *ex ante*. Daher kann das Verhalten eines Anwaltes schon fehlerhaft sein, wenn keine konkrete Gefahr eines verbotenen Interessengegensatzes herbeigeführt wurde.

Eine objektive Betrachtungsweise muss im *Strafverfahren* dort Platz greifen, wo das Individualinteresse der Parteidisposition entzogen und dem Allgemeininteresse unterworfen ist. Deshalb ist im Falle der Tat- und Verfahrensidentität eine gleichzeitige Mehrfachverteidigung unzulässig. Ein Interessenwiderstreit wird hier unwiderleglich vermutet. In aller Regel haben Mittäter inkongruente rechtliche Interessen. Zwischen ihnen besteht somit strukturell ein Interessenwiderstreit. Dieser kann auch durch Absprachen zwischen den Mitangeklagten nicht beseitigt werden, denn im Strafrecht ist die Schuld- und Straffrage der Parteibestimmung entzogen. Der Einwand, nur potenzielle Interessenkollisionen reichten nicht, ist jedenfalls in den meisten Fällen nicht berechtigt, denn auch ein latent vorhandener Interessenkonflikt ist ein solcher und sollte ernst genommen werden. Interessenkonflikte drohen nicht nur bei der Verteidigung mehrerer Angeklagter. Erstattet der Anwalt gegen jemanden Strafanzeige, darf er ihn später nicht verteidigen. Parteiverrat begeht er auch, wenn er den Verurteilten in einem auf die vorsätzliche Falschaussage

⁴³ WALTER FELLMANN, in: FELLMANN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N 87 zu Art. 12 BGFA.

⁴⁴ HORST EYLMANN, in: HENSSLER/PRÜTTING, a.a.O., S. 424.

⁴⁵ Urteil vom 28. Oktober 2004, II. öffentlichrechtliche Abteilung, 2A. 594/2004.

eines Zeugen gestützten Wiederaufnahmeverfahren vertritt und später den Zeugen wegen falscher Aussage verteidigt.⁴⁶

Bei der *Ehescheidung* stellen sich besondere Fragen bezüglich Zulässigkeit der Doppelvertretung beider Ehegatten. Die durch die Ehe begründete Lebensgemeinschaft ist der typische Fall eines einheitlichen Lebenssachverhalts, aus dem sich verschiedene Ansprüche ergeben können. Deshalb darf der Rechtsanwalt in zwei Scheidungsverfahren nicht einmal die Ehefrau und das andere Mal den Ehemann vertreten. In Statussachen ist alleine der objektive Interessengegensatz massgebend. Nach deutscher Gerichtspraxis darf der Rechtsanwalt indessen auch bei einer einverständlichen Scheidung grundsätzlich nur einen einzigen Ehepartner vertreten.⁴⁷ Die schweizerische Praxis lässt dagegen die Doppelberatung und -vertretung bei Ehescheidungen zu.⁴⁸ Wenn das Scheidungsrecht ein gemeinsames Begehren der Parteien vorsieht (Art. 111 ZGB), kann durch anwaltsrechtliche Überlegungen die gemeinsame Beratung und Vertretung durch einen Berufsvertreter nicht ausgeschlossen sein. Unter dem schweizerischen Recht ist die Doppelfunktion bei allgemeinen Vertragsverhandlungen aus standesrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Dagegen ist die Prozessvertretung bei Interessengegensätzen im *allgemeinen* ausgeschlossen. Bei Ehescheidungen spielt indessen eine wesentliche Rolle, dass die Ehescheidungskonvention durch das Gericht auf Vollständigkeit und Angemessenheit überprüft wird (Art. 140 ZGB).

Häufig suchen scheidungswillige Ehepartner gemeinsam einen Rechtsanwalt auf. Das schweizerische Recht lässt es zu, bei Beratungsmandaten zum Abschluss einer Ehescheidungskonvention und beim anschliessenden Prozess beide Ehegatten zu vertreten. In der älteren Literatur wurde diese Frage zwar noch teilweise verneint.⁴⁹

⁴⁶ HENSSLER/PRÜTTING, a.a.O., S. 429. Reicht ein Anwalt für ein Ehepaar, welches gemeinsam in einer Bankbeziehung steht, für beide Ehegatten eine Strafanzeige ein, obwohl diese nicht gleichgerichtete Interessen haben, begehrt er eine unzulässige Doppelvertretung, wenn er nach Aufforderung durch den Untersuchungsrichter es unterlässt, die Vertretung des einen Ehegatten aufzugeben. Der Anwalt machte erfolglos geltend, das Ehepaar sei ausdrücklich über diesen Interessenkonflikt orientiert gewesen. Das Bundesgericht betonte dabei, dass das Verbot der Doppelvertretung eine «*règle cardinale*» des Anwaltsberufes sei (Bundesgerichtsentscheid vom 1. Februar 2005, II. öffentlichrechtliche Abteilung, Nr. 2A.560/2004).

⁴⁷ HORST EYLMANN, in: HENSSLER/PRÜTTING, a.a.O., S. 429 und dort zitierte Entscheidungen.

⁴⁸ ROLAND FANKHAUSER, Die einverständliche Scheidung nach neuem Scheidungsrecht, Voraussetzungen, Verfahren, Nebenfolgenvereinbarungen, Rechtsmittel, Basel 1999, S. 13 f.; CAROLINE BONO-HÖRLER, Das Mediationsverfahren im Unterschied zu Konventionsverhandlungen bei Trennung und Scheidung, in: AJP 5/1998 S. 555 ff; ROLAND FANKHAUSER, in FamKomm, Scheidung, herausgegeben von Ingeborg Schwenzer, N 45 zu Art. 111, Bern 2005.

⁴⁹ Siehe die Nachweise bei TESTA, a.a.O., S. 104.

Eine Doppelvertretung bei Scheidungsmandaten ist jedoch überdies unproblematisch, wenn sich beide Parteien materiell bereits geeinigt haben und nur noch deshalb einen Anwalt aufsuchen, um die abgeschlossene Konvention in eine juristisch korrekte Form zu bringen. Ein solches Mandat hat weder eine materielle Überprüfung noch eine Beratung zum Inhalt, deshalb darf der Anwalt für beide Parteien gleichzeitig tätig werden.⁵⁰

Bei übereinstimmenden Interessen ist eine Doppelvertretung im Zivilprozess möglich. Zu denken ist etwa an die Vertretung eines Baukonsortiums oder mehrerer Erben in einem Erbteilungsprozess. Solange unter den Erben die übereinstimmende Zielsetzung anhält, ist gegen die gruppenweise Vertretung der Erben nichts einzuwenden. Trotz Übereinstimmung in den hauptsächlichen Streitpunkten können aber innerhalb von Erbengruppen unterschiedliche Interessen auftreten. Geht es dabei nur um unbedeutende Nebenpunkte, erscheint die gemeinsame Vertretung trotz geringfügiger Nachteile nicht von vornherein als unzulässig, solange die Vorteile gemeinsamen Vorgehens auch aus verfahrens- und kostenmässigen Gründen überwiegen.⁵¹ Nicht zulässig ist indessen eine Doppelvertretung in einer Erbschaftsstreitigkeit, bei welcher sich zwei Personen in einem von zwei Verfahren als Kläger bzw. Beklagter gegenüberstehen. Eine solche Doppelvertretung durch einen Anwalt ist im Grundsatz ausgeschlossen, ohne dass geprüft werden muss, wo konkret tatsächliche Interessengegensätze bestehen.⁵²

Bei der Doppelvertretung in *Haftpflichtprozessen* wurde die Zulässigkeit der Vertretung verschiedener Personen bzw. Ansprüche in der Praxis verschärft.⁵³ Es rechtfertigt sich, bei der Übernahme eines Mandats gegen den eigenen Klienten trotz fehlendem Sachzusammenhang auf den Anschein möglicher Befangenheit und damit auf einen Interessenkonflikt zu schliessen und zwar selbst dann, wenn der Klient seine Zustimmung zur Mandatsübernahme erteilen sollte. Eine gefestigte gesamtschweizerische Praxis besteht indessen noch nicht.

Der Anwalt darf grundsätzlich *mehrere Mandanten* bei der Durchsetzung ihrer gleichgerichteten Ansprüche gegen den gleichen Gegner vertreten, so für mehrere

⁵⁰ Besondere Regeln gelten bei der Mediation, siehe nachstehend Ziff. XII.

⁵¹ TESTA, a.a.O., S. 110f., mit Bezug auf die Praxis im Kanton Zürich. Eine Doppelvertretung erfordert stets ein besonders sorgfältiges Vorgehen, weil der Anwalt nie den Eindruck erwecken darf, er habe die eine Partei gegenüber der anderen bevorzugt. Bei Beratungsmandaten ist die Doppelvertretung in der Regel zulässig, sofern beide Parteien die Aufgabe an den Anwalt übertragen und dieser nicht bereits vorher eine Partei in derselben Sache vertreten hat (AGVE 2001 S. 67).

⁵² BGE vom 28. Oktober 2004, II. öffentlichrechtliche Abteilung, 2A.594/2004.

⁵³ HANS NATER, Neue Entwicklungen im Anwaltsrecht, SJZ 100 (2004) S. 235 f. Gemäss Entscheidung der Anwaltskammer des Kantons Bern verstösst ein Anwalt, der in zwei voneinander unabhängigen Haftpflichtprozessen gleichzeitig die Klägerschaft und das beklagte Spital vertritt, gegen die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten (Entscheidung Nr. 3899 der Anwaltskammer des Kantons Bern vom 8./11. Juli 2002; SJZ 98 [2002] S. 578 f.).

Gläubiger Forderungen gegen den gleichen Schuldner geltend machen, auch im Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren. Hier fehlt es an einer Identität des Lebenssachverhaltes. Geraten aber die Ansprüche in ein echtes Konkurrenzverhältnis, so widerstreiten sie sich. Das kann bei der Durchsetzung der Ansprüche in der Zwangsvollstreckung eintreten. Das einheitliche Lebensverhältnis wird dann dadurch hergestellt, dass sich die kollidierenden Ansprüche auf die gleiche Vermögensmasse des Schuldners richten. Sobald der Anwalt die Möglichkeit hat, einem seiner Mandanten einen Vorteil gegenüber dem anderen zu verschaffen, in dem er z.B. dessen Rang bestreitet, darf er beide Mandanten nicht weiter vertreten.

Das Verbot der Doppelvertretung in Gerichtsverfahren gilt bereits im Verfahren vor dem *Friedensrichter*.⁵⁴ In diesem Verfahren ist das Stadium der Beratung und der privaten Einigungsversuche beendet. Es wird vor einer staatlichen Behörde der förmliche Prozess eingeleitet. Dabei stellen die Parteien bereits ihre Rechtsbegehren.

IX. Rechtsanwalt als Mitglied eines Verwaltungsrates

Die Übernahme von Doppelfunktionen als Rechtsanwalt (Parteivertreter) und als Verwaltungsrat fordert ein vorgängiges, sorgfältiges Abwägen der sich zum Teil widerstrebenden Interessen.⁵⁵ Mit dem Eintritt in den Verwaltungsrat wird der Rechtsanwalt Mitglied eines Gesellschaftsorgans. Vom anwaltlichen Beistand, Berater und Vertreter wechselt er als Verwaltungsrat in eine Aufsichts- und Führungsposition. Er handelt dabei nicht mehr im Rahmen seiner Anwaltstätigkeit, sondern nach ständiger Gerichtspraxis als Geschäftsmann, bei dem das kaufmännische gegenüber dem anwaltlichen Element überwiegt.⁵⁶ Entsprechend untersteht der Rechtsanwalt in seiner Eigenschaft als Verwaltungsratsmitglied, das heisst als Geschäftsmann, nicht mehr dem Anwaltsgeheimnis. Mitglieder des Verwaltungsrates müssen die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren (Art. 717 OR). Sie haben alles zu unterlassen, was der Gesellschaft schaden könnte. Abgesteckt werden die Interessen der Gesellschaft durch den Gesellschaftszweck. Er umschreibt in allgemeiner Form, was eine Gesellschaft im Besonderen zu tun und zu erreichen beabsichtigt. Diese

⁵⁴ BGE vom 28. Oktober 2004, II. öffentlichrechtliche Abteilung, 2A.594/2004.

⁵⁵ GEORG KRNETA, Der Rechtsanwalt als Verwaltungsrat, in: SJZ 97 (2001) S. 289 ff.; WALTER FELLMANN, Kollision von Berufspflichten mit anderen Gesetzespflichten am Beispiel des Anwaltes als Verwaltungsrat, in: Das Anwaltsrecht nach dem BGFA, Schriftenreihe IRP-HSG, Bd. 18, S. 173 f. Vergleichbare Interessengegensätze ergeben sich auch, wenn ein Anwalt ein Gemeinwesen oder eine öffentlichrechtliche Körperschaft vertritt, deren Behörde er selber angehört (vgl. dazu: LUCAS DAVID, Der Anwalt als Behördenmitglied, in: Das Anwaltsgeheimnis, Zürich 1997, S. 37 ff).

⁵⁶ BGE 115 Ia 199; BGE 114 III 107; BGE 112 Ib 608.

Gesellschaftsinteressen, können mit Klienteninteressen kollidieren. Ein eigentlicher Interessenkonflikt begründet im Verwaltungsrat eine Ausstandspflicht.⁵⁷

Potenzielle und latente Interessenkonflikte stellen indessen (noch) keine konkrete Gefährdung des Gesellschaftsinteresses dar. Dagegen besteht bei akuten Interessenkonflikten, seien es rein punktuell auftretende oder permanent bestehende, eine konkrete Gefährdung des Gesellschaftsinteresses. Dem betroffenen Verwaltungsratsmitglied, insbesondere auch dem fiduziarisch tätigen, empfiehlt es sich in solchen Konfliktsituationen mittels geeigneter Massnahmen der Gefährdung entgegenzuwirken, um sich bei seinem Handeln unter Interessenkonflikt nicht möglichen Haftungsrisiken auszusetzen.⁵⁸ Die Eignung der Massnahme richtet sich nach der Intensität und Häufigkeit des Interessenkonflikts. Bei blossen Interessenberührungen drängen sich noch keine Massnahmen auf. Als Massnahmen zur Konfliktbewältigung stehen im Vordergrund:

- Abstellen auf Markt- oder Börsenpreise
- Überprüfung eines Geschäfts auf seine materielle Angemessenheit (sog. Fairness Opinion) durch einen unabhängigen Sachverständigen (z.B. Revisionsgesellschaft)
- Genehmigung durch neben- oder übergeordnete Organe
- Genehmigungsbeschlüsse durch Minderheitsaktionäre.

Heikel wird die Doppelfunktion des Rechtsanwaltes und Mitgliedes des Verwaltungsrates, wenn die Geschäftsleitung oder der Verwaltungsrat dem VR-Anwalt ein Prozessmandat übergibt, das einen die Gesellschaft betreffenden Sachverhalt zum Gegenstand hat, den der Rechtsanwalt auch als Mitglied des Verwaltungsrates kennt. Das Bundesgericht hat in solchen Fällen richtigerweise darauf hingewiesen,

⁵⁷ WALTER FELLMANN, Kollision von Berufspflichten mit anderen Gesetzespflichten am Beispiel des Anwaltes als Verwaltungsrat, in: BERNHARD EHRENZELLER (Hrsg.), Das Anwaltsrecht nach dem BGFA, Fragen und Entwicklungen der Rechtsvertretung und Rechtsberatung in der Schweiz, St. Gallen 2003, S. 175 ff. Eine Ausstandspflicht des Verwaltungsratsmitglieds erfordert einen *akuten* Interessenkonflikt. Potenzielle und latente Interessenkonflikte können keine Ausstandspflicht begründen. Auch ein akuter Interessenkonflikt muss aber für den Verwaltungsrat nicht zwangsläufig zu einem Verbot, an der Beschlussfassung und der vorgängigen Willensbildung zum fraglichen Geschäft teilnehmen zu dürfen, führen. Der Aktiengesellschaft ist unter Umständen mit der Teilnahme des Verwaltungsrates an den entsprechenden Sitzungen mehr gedient als ein Fernbleiben. Nur auf diese Weise können die übrigen Verwaltungsratsmitglieder nähere Einzelheiten zum konkreten Geschäft erfahren und von seinen persönlichen Erfahrungen und besonderen Kenntnissen profitieren. A.M. PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 8 N 26, der bereits bei potenziellen Interessenkonflikten das betroffene Verwaltungsratsmitglied sowohl bei der Beratung als auch von der Beschlussfassung ausgeschlossen sehen will (relativierend allerdings in § 12 N 123, wo der Autor eine Ausstandspflicht auf den Fall eines *echten* Interessenkonflikts reduziert.)

⁵⁸ MICHAEL LAZOPOULOS, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Zürich 2004, S. 97 ff.

dass bei der Vereinigung der beiden Funktionen in einer Person die ständige Gefahr bestehe, dass der als Verwaltungsrat angesprochene Rechtsanwalt Wissen preisgeben müsse, welches, wäre er als Anwalt angesprochen, dem Anwaltsgeheimnis unterstehen würde.⁵⁹ In einem solchen Falle wäre es der Gegenpartei somit unbenommen, den mit dem Prozessmandat beauftragten VR-Anwalt in seiner Organeigenschaft als Zeuge einvernehmen zu lassen, weil er sich in seiner Funktion als Mitglied des Verwaltungsrates nicht auf das Anwaltsgeheimnis berufen kann.

In Anbetracht der Schwierigkeiten, die eine Doppelfunktion als Rechtsanwalt und Mitglied des Verwaltungsrates verursachen kann, ist der Rechtsanwalt gut beraten, in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob er den anwaltlichen oder «kaufmännischen» Beruf eines Verwaltungsrates ausüben will.

X. Rechtsanwalt als Willensvollstrecker

Übernimmt der Rechtsanwalt Willensvollstreckermandate, begibt er sich in Spannungsfelder verschiedener Interessen.⁶⁰ Öffentliche Interessen spielen eine Rolle, wenn es darum geht, ungültige Verfügungen von Todes wegen nach ihrem unsittlichen oder rechtswidrigen Inhalt zu prüfen (Art. 519 Abs. 2 ZGB). Bei der Vorbereitung der Nachlasteilung haben auch Erblasserinteressen, z.B. dessen Geheimhaltungsinteressen, das Interesse nach der effektiven Durchsetzung der letztwilligen Verfügung und Beachtung allfälliger Anordnungen betreffend Vollzug der Erbteilung eine massgebliche Bedeutung. Der Willensvollstrecker befindet sich in einer Art Schiedsrichterstellung in beschränktem Ausmass, wenn es um die Interpretation des Willens des Erblassers geht. Sodann spielen die Erbeninteressen eine massgebliche Rolle, z.B. deren Auskunftsinteressen, die Durchsetzung der gesetzlichen Erbfolge nach Art. 481 Abs. 2 ZGB, allenfalls in Abweichung der Verfügung von Todes wegen, die Beachtung der Pflichtteile vor Ausrichtung der Legate sowie weitere divergierende oder gleichgerichtete Erbeninteressen. Zuletzt

⁵⁹ BGE 115 Ia 200; BGE 101 Ib 248.

⁶⁰ Siehe dazu insbesondere: CLAUDE WETZEL, Interessenkonflikte des Willensvollstreckers, unter besonderer Berücksichtigung seines Anspruchs auf Erbschaftsverwaltung gemäss Art. 554 Abs. 2 ZGB, Zürich 1985; ANSGAR SCHOTT, Insichgeschäft und Interessenkonflikt, Zürich 2002, S. 58 ff.; CLAUDE WENGER, Der Anwalt als Willensvollstrecker, in: Das Anwaltsgeheimnis, Zürich 1997, S. 51 ff. Die Stellung des Willensvollstreckers ist eng mit seiner Rechtsnatur verknüpft und umfasst folgende wichtige Merkmale:

- Entstehung mit Wirkung per Todestag durch den Willen des Erblassers in dem von ihm bestimmten Umfang im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten
- Privatrechtliche, von den Erben unabhängige und autonome Stellung (externe Wirkung)
- Abberufung nur bei grobem Fehlverhalten durch die Aufsichtsbehörde
- Schadenersatzpflicht bei fehlerhaftem Verhalten. (RENÉ BIBER, Der Umgang des Willensvollstreckers mit Liegenschaften im Nachlass, in: ZBGR 86 [2005] S. 2 f.)

sind auch die Gläubigerinteressen zu beachten, insbesondere nach Tilgung der Schulden vor Zuteilung der Aktiven an die Erben und weiteren bedachten Personen. Interessenkonflikte sind auch in der Person des Willensvollstreckers selbst begründet, beispielsweise beim Selbstkontrahieren des Willensvollstreckers und der damit möglicherweise verbundenen Ausnützung seiner Machtposition. Selbstkontrahieren und Doppelvertretung sind für den Willensvollstrecker im Zweifelsfalle unzulässig.⁶¹ Sie können nur in Frage kommen, wenn ein Interessenkonflikt zwischen den eigenen und den Erbschaftsinteressen ausgeschlossen ist. Eine Verletzung des Verbots des Selbstkontrahierens bzw. eine Doppelvertretung macht das fragliche Geschäft anfechtbar und den Willensvollstrecker ersatzpflichtig.⁶²

Der Willensvollstrecker kann sein Amt auch ausüben, wenn er selber entweder als Vor- oder als Nacherbe eingesetzt wurde. Dazu hat der Erblasser unter Umständen besonders gute Gründe, z.B. bei der Regelung von Unternehmensnachlässen. Hier können unterschiedliche Interessen auf besondere Art und Weise unter einem Hut vereint werden.

Wenn eine Erbengemeinschaft Grundeigentum an einen Dritten veräussert, wird es als zulässig erachtet, dass ein Notar selber als Urkundsperson amtiert, obwohl er vorgängig als Willensvollstrecker eingesetzt wurde. Allerdings haben sämtliche Erben den Kaufvertrag zu unterzeichnen. Ein vorgängiger ausdrücklicher Verzicht des beurkundenden Notars auf sein Willensvollstreckermandat ist nicht erforderlich.⁶³

⁶¹ Die Frage, ob der Willensvollstrecker (und andere erbrechtliche Vermögensverwalter wie Erbschaftsverwalter, Erbschaftsliquidator und Erbenverwalter) der Verbotsregel zum Insichgeschäft unterstehen, hat besonders im deutschen Recht zu einer Kontroverse geführt, die mit dem Theorienstreit zur jeweiligen rechtlichen Stellung der betreffenden Verwalter einhergeht. Im Vordergrund stehen dabei die Insichgeschäfte des Willensvollstreckers. Das Bundesgericht hat die Willensvollstreckung wiederholt als *privatrechtliches Institut* sui generis bezeichnet und sich nie auf eine der verschiedenen Theorien festgelegt (BGE 90 II 380, 108 II 539; ANSGAR SCHOTT, a.a.O., S. 58 ff.).

⁶² MARTIN KARRER, in: BSK, N 48 zu Art. 518 OR. Von Selbstkontrahieren spricht man, wenn ein Stellvertreter ein Rechtsgeschäft mit sich selbst abschliesst. Die Problematik des Selbstkontrahierens ist offenkundig: In der Regel besteht ein manifester Interessenkonflikt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist Selbstkontrahieren wegen der Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen grundsätzlich verboten. Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte, bei denen die Natur des Geschäfts die Gefahr der Benachteiligung des Vertretenen ausschliesst oder wo der Vertretene den Vertreter zum Geschäftsabschluss besonders ermächtigt oder diesen nachträglich genehmigt hat (BGE 127 III 332 ff.; 95 II 453; 89 II 326; 82 II 392 ff.); ANSGAR SCHOTT, a.a.O., S. 30 ff.

⁶³ Mitteilungen der Aargauischen Notariatsgesellschaft, Nr. 34, Juli 1999.

XI. Doppelberuf als Rechtsanwalt und Notar

Ein besonderer Fall der Vorbefassung liegt vor, wenn ein Notar nach Abschluss seiner Beratung oder Beurkundung eine Partei dieses Rechtsgeschäfts später als Rechtsanwalt berät oder vertritt. Ein Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, wenn es sich um den Rechtsbestand oder die Auslegung einer Urkunde handelt, die er als Notar aufgenommen und redigiert hat. Nach allgemeiner Ansicht ist dabei der Begriff Auslegung nicht eng zu fassen.⁶⁴ Diese Vorschrift gilt auch, wenn der Notar bei Errichtung eines Testaments nur die Übergabe der offenen Schrift beurkundet, da er in aller Regel deren Inhalt zu prüfen und Bedenken mit den Beteiligten zu erörtern hat, aber wohl nicht bei der Beurkundung der Übergabe eines verschlossenen Briefcouverts. Wesentlich kann auch nicht sein, ob ein Rechtsgeschäft tatsächlich durch den Notar beurkundet wurde, es genügt, dass der Notar gegebenenfalls lediglich einen Urkundenentwurf vorgelegt hat, welcher von den Parteien nicht unterzeichnet wurde. Der Notar soll seine eigene Arbeit (Urkunde) generell nicht beurteilen müssen.⁶⁵ Der Notar darf sich nicht einseitig verhalten, wenn er ein Mehrparteiengeschäft zu beurkunden hat. Er muss alle Parteien gleichmässig behandeln.⁶⁶ Bei gegenläufigen Interessen einzelner Beteiligter muss der Notar unparteiisch bleiben und die Interessen der Parteien gleichmässig wahren.⁶⁷ Der Anwalt-Notar tut gut daran, die Parteien von Anfang an auf unterschiedliche Interessenwahrungspflichten hinzuweisen, vor allem wenn er vor der Beratung und Beurkundung eine der Vertragsparteien bereits als Rechtsanwalt beraten hat. Der Notar darf nach dieser Beurkundung des Rechtsgeschäfts im Streit der Vertragsparteien nicht einseitig für eine von ihnen Stellung beziehen.⁶⁸

Zulässig ist es hingegen, wenn ein Anwalt bei einer Gesamtüberbauung zunächst den Investor und die Bauherrschaft berät und später notarielle Verträge mit Nachbarn, Unternehmern und Käufern ausarbeitet und beurkundet.⁶⁹

⁶⁴ JESSNITZER/BLUMBERG, a.a.O., S. 170; siehe auch AGVE 2002 S. 80 f.

⁶⁵ CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz. 904.

⁶⁶ BGE 90 II 284; KURT SIDLER, Kurzkommentar zum Luzernischen Beurkundungsrecht, S. 36, Rz. 57 und S. 85.

⁶⁷ BEAT HESS, Das Anwaltsgesetz des Bundes (BGFA) und seine Umsetzung durch die Kantone am Beispiel des Kantons Bern, in: ZBJV 140 (2004) S. 110; CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, a.a.O., Rz. 883 und 895 ff.; HANS MARTI, Bernisches Notariatsrecht, Art. 32, Rz. 5; AGVE 2002 S. 372.

⁶⁸ LGVE 1996 I Nr. 9.

⁶⁹ BEAT HESS, Verbot von Interessenkollisionen bei Prozessvertretungen und bei beratender Tätigkeit, in: Anwaltsrevue 1/2005 S. 24 f.

XII. Einverständnis des Mandanten

Das Gebot zur Vermeidung von Interessenkonflikten liegt im *öffentlichen Interesse* und kann nicht durch Einwilligung der Parteien aufgehoben werden.⁷⁰ Grundsätzlich beseitigt die Einwilligung des Mandanten die pflichtwidrige Vertretung widerstreitender Interessen nicht, wie es andererseits auch nicht darauf ankommt, ob die Mandanten einen Schaden erleiden.⁷¹ Es ist anerkannt, dass bei gemeinsamer Beauftragung eines Anwaltes der Wille des Mandanten gegenläufige Interessen und damit pflichtwidriges Handeln ausschliessen kann. So können die Parteien über das geschützte Rechtsgut – die unabhängige Aufgabe des Anwaltes in der Rechtspflege – nicht verfügen. Dieses ist aber nur dann gefährdet, wenn *tatsächlich* gegensätzliche Interessen wahrgenommen werden. Ist der Streitstoff für die Partei disponibel, also insbesondere in (zivilrechtlichen) Vermögensangelegenheiten, können die Parteien die Grenzen festlegen, innerhalb derer der Anwalt ihre Interessen wahrnehmen soll. Das kann dazu führen, dass der Anwalt, obwohl von zwei Mandanten mit objektiv gegenläufigen Interessen beauftragt, keine widerstreitenden Interessen im Sinne des BGFA vertritt. So begeht der Rechtsanwalt keine Verletzung einer Berufspflicht, wenn er von beiden Parteien beauftragt wird, ihnen – gleichsam als Schiedsrichter – einen Rat zur Beilegung ihres Streites zu legen oder als Mediator einen einverständlichen Interessenausgleich herbeizuführen. Scheitern seine Bemühungen, darf er in einem späteren Streit allerdings keinen der beiden Mandanten vertreten. Beauftragen zwei Parteien mit entgegengesetzten Interessen zunächst denselben Anwalt mit ihrer Vertretung gegen einen Dritten, gerät der Rechtsanwalt dadurch noch nicht in einen Interessenkonflikt. Auch hier darf er später beide Mandanten nicht gegeneinander vertreten.⁷²

Ob der Wille der Mandanten den Interessengegensatz tatsächlich aufhebt, ist eine häufig schwer zu entscheidende Tatfrage. Geht die Willensrichtung beider Mandanten dahin, unter Zurückstellung gegensätzlicher disponibler Positionen dem Anwalt einen gleichlautenden Auftrag zu erteilen, fehlt es an kollidierenden Interessen. Glaubt der Mandant, der Rechtsanwalt würde ihn trotz der Tätigkeit für den Gegner wohl doch noch gut vertreten, liegen widerstreitende Interessen vor.

⁷⁰ HANS NATER, Anwaltsrubrik, SJZ 2002 S. 579; Beat Hess, Verbot von Interessenkollisionen bei Prozessvertretungen und bei beratender Tätigkeit, in: Anwaltsrevue 1/2005 S. 23; Bundesgerichtsentscheid vom 1. Februar 2002, II. öffentlichrechtliche Abteilung, Nr. 2A.560/2004.

⁷¹ HORST EYLMANN, in: HENSSLER/PRÜTTING, a.a.O., S. 431.

⁷² Bei einem Abbruch oder nach Beendigung der Mediation darf der Anwaltsmediator in der Regel keine der Parteien vor Gericht vertreten oder einseitig anwaltlich beraten (Ziff. 5 Abs. 2 Richtlinien des SAV für Anwaltsmediatoren, beschlossen vom Vorstand des SAV am 30. August 1998). Die neuen Richtlinien des SAV sehen keine derartige rigorose Vorschrift mehr vor (Richtlinien des SAV für die Mediation vom 1. Juli 2005). Ziffer 4.5 sieht indessen für solche Vertretungen die vorgängige schriftliche Zustimmung aller Konfliktparteien vor.

Eine solche Konstellation wird insbesondere bei unerfahrenen und rechtsunkundigen Mandanten gegeben sein, weil sie die Möglichkeit einer Interessenkollision nicht erkennen. Von entscheidender Bedeutung für die Gewichtung des Parteiwillens ist daher, dass die Parteien eingehend – am besten schriftlich – über die Problematik belehrt werden und ihre Entscheidung auf dieser Grundlage treffen.

Den Rechtsanwälten ist die Tätigkeit als *Mediator* ausdrücklich erlaubt.⁷³ Mediation lässt sich als Prozess verstehen, in welchem versucht wird, zwischen Konfliktparteien ein Klima der Kommunikation herzustellen, in welchem sie befähigt werden, den zwischen ihnen entstehenden Konflikt eigenkompetent zu bearbeiten und, wenn möglich, zu lösen.⁷⁴ Dabei geht es in der Regel nicht darum, denjenigen Normenkonflikt zu lösen, der an der Wurzel des Disputs und der Entfremdung stand, sondern denjenigen Konflikt, der sich sozusagen als Folge dieser Entfremdung erst ergibt. Dabei gilt die volle Informiertheit der Parteien als wichtiger Grundsatz. Die Parteien müssen zum geeigneten Zeitpunkt erfahren, welche Regeln, welche kodifizierten Normen und welche Rechtspraxis bezüglich ihres konkreten Konflikts bestehen. Das heisst noch lange nicht, die in der Mediation

⁷³ Ob es sich bei der Mediation um eine originär anwaltliche Tätigkeit handelt, hängt von der Rolle des anwaltlichen Mediators ab. Nach der Theorie der (inhaltlich) *passiven Mediation* trägt der Mediator die Verantwortung für das Verfahren, nicht aber für den Inhalt (THOMAS GEISER, *Mediation ist der Weg zum Ziel, Ängste und Probleme in der Familienmediation*, in: *Psychoscope* 1/1998, Zeitschrift der Föderation der Schweizer Psychologinnen und Psychologen, Bern 1998, S. 8). Weder wertet er diesen, noch bestimmt er ihn selber. Der Mediator gestaltet den Rahmen, in welchem die Parteien ihr Problem eigenverantwortlich lösen. Aufgrund der Theorie der (inhaltlich) *aktiven Mediation* arbeitet der Mediator auf eine rechtlich einwandfreie Lösung hin (EDGAR J. HABSCHEID, *Die aussergerichtliche Vermittlung [Mediation] als Rechtsverhältnis*, in: *AJP* 8/2001 S. 942) oder nimmt zumindest eine Überprüfung der Vergleichslösung auf eine offensichtliche rechtliche Unwirksamkeit vor (HORST EIDENMÜLLER, *Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation: Mediationsvereinbarung, Mediationsverträge, Mediationsvergleiche, internationale Mediationsfälle*, Köln 2001, S. 36). Im Hinblick auf die Vertragsautonomie sind die Konfliktparteien frei, die Rechtsberatung zum Teilinhalt der konkreten Vertragsbeziehung mit dem anwaltlichen Mediator zu machen. Per se übt der anwaltliche Mediator dabei aber keine anwaltliche Tätigkeit aus. Die Rechtsberatung ist kein (abstraktes) Wesensmerkmal der (anwaltlichen) Mediation (MARC L. GOETZ, «Anwaltliche Mediation» – eine originär anwaltliche Tätigkeit?, in: *AJP* 3/2005 S. 286).

Sofern beide Parteien dies wünschen, kann der gemeinsame Anwalt die Parteien vor Gericht vertreten, unter der Voraussetzung, dass das kantonale Prozessrecht dies nicht verwehrt. Im Kanton Aargau ist es zulässig, beide Ehegatten bei der Einreichung des gemeinsamen Ehescheidungsbegehrens zu vertreten (Art. 111 ZGB), sofern sie eine umfassende Ehescheidungskonvention abgeschlossen haben, welche der richterlichen Genehmigung unterliegt (Art. 140 ZGB). Diejenigen Informationen, welche der Anwalt dabei erhalten hat, gelten als vertraulich und dürfen im gerichtlichen Verfahren nicht gegen eine der Parteien verwendet werden. Der Anwalt dürfte somit im Prozess nur im gemeinsamen Einverständnis der Parteien als Zeuge oder Auskunftsperson aussagen.

⁷⁴ LOUIS B. BUCHMAN, *Die Mediation, alternative Arten der Beilegung internationaler Prozesse aus französischer Sicht*, in: *Anwaltsrevue* 4/2000 S. 12 ff.

erarbeitete Lösung müsse mit einer, wie sie der Richter gefunden hätte, identisch oder ihr doch zumindest möglichst nahe sein. Zum Grundsatz der vollen Informiertheit der Parteien gehört es aber unabdingbar, dass jede Partei weiss, worauf sie Recht hätte. Wenn sie von diesem Recht keinen Gebrauch macht, dann soll das ein bewusster Akt sein, der auch der anderen Partei offenbar wird, was Medianten auch in die Lage versetzt, dem Gegenüber für sein Nachgeben zu danken. Mit anderen Worten: Verzicht auf Ansprüche, wie sie von der Rechtsordnung eingeräumt würden, sollen zwar möglich sein, aber immer nur als bewusster und wohlüberlegter Entscheid.⁷⁵

Wo die Normierungsdichte hoch ist, zum Beispiel in Scheidungsfällen, kommen die Parteien nicht um die sorgfältige und umfassende Einführung des Rechts herum. Viele Mediatoren lassen deshalb das Recht durch Dritte (durch aussenstehende Rechtsanwälte) einführen, mit dem Vorteil, dass sie selbst von keiner Partei mehr für das verantwortlich gemacht werden, was ihr an der Rechtsordnung missfällt.

Es ist zu einem standardisierten Qualitätsmerkmal geworden, vor der Formalisierung der Mediationslösung eine Fairnesskontrolle durchzuführen, also die Parteien das erarbeitete Resultat extern auf seine Stimmigkeit, namentlich auf seine juristische Haltbarkeit hin, überprüfen zu lassen.

Wo mediativ gefundene Lösungen zu ihrer Umsetzung der gerichtlichen oder behördlichen Genehmigung bedürfen, sind das Recht und die durch das Recht bedingten Formen und notwendigen Inhalte besonders zu beachten. Gerade unter dem neuen Scheidungsrecht bedarf die Konvention in Teilbereichen besonderer Formen und spezieller Inhalte, von welchen nicht oder nur in engen Grenzen abgewichen werden darf.

Wer versucht, die Anwartschaften aus der beruflichen Vorsorge zu teilen, wenn die eine Partei bereits AHV bezieht, wer ohne hinlängliche Begründung auf die hälftige Teilung der beruflichen Vorsorge verzichtet, wer ungenügende Kinderunterhaltsbeiträge festlegt, oder wer den gemeinsamen Scheidungsantrag nicht klar formuliert, wird die Genehmigung der Konvention vor Gericht nicht erhalten.

⁷⁵ Der Mediationsprozess beinhaltet im Familienrecht die folgenden Grundregeln:

1. Freiwilligkeit der Teilnahme
2. Neutralität des Mediators
3. Unabhängigkeit des Mediators
4. Volle Informiertheit der Parteien
5. Offenlegung aller entscheidungserheblichen Tatsachen
6. Vertraulichkeit
7. Kenntnis des Rechts
8. Vorrang der Mediation
9. Interdisziplinarität der Mediation.

(CAROLINE BONO-HÖRLER, Familienmediation im Bereich von Ehetrennung und Ehescheidung, Zürich 1999, S. 64 ff.).

Der Mediator haftet für eine fehlerhafte oder erheblich rechtsferne Lösung, wenn ihm der Nachweis nicht gelingt, dass diese Rechtsferne und der damit verbundene Verzicht der Parteien innerhalb der Mediation thematisiert worden ist. Die Mediationsperson tut also gut daran, sich ihrer eigenen Verantwortung nicht nur in der eigentlichen engeren Prozessbegleitung bewusst zu sein, sondern auch sorgfältig darauf zu achten, für die Informiertheit der Parteien besorgt zu sein. Wo nötig, sind Verzichte schriftlich festzuhalten, womöglich in der schriftlichen Vereinbarung der Streitparteien.⁷⁶

Der wesentlichste Unterschied zwischen dem Anwalt und dem Mediator ist der, dass der Rechtsanwalt einen Sachverhalt sehr schnell einem rechtlichen Rahmen zuordnet. Der Mediator bleibt hingegen offen und beurteilt und wertet den Sachverhalt nicht. Er legt sich diesbezüglich nicht fest und konzentriert sich auf die Struktur und die Dynamik des Konflikts. Sowohl der Rechtsanwalt wie auch der Mediator sind dabei bestrebt, dem Klienten bei der Lösung von Problemen und Konflikten hilfreich zur Seite zu stehen. Von beiden Berufsgattungen werden Integrität, Professionalität, Ehrlichkeit, Sorgfalt und Engagement erwartet. Vertrauen in die professionellen Fähigkeiten von Rechtsanwalt bzw. Mediator bildet ein grundlegendes Element der Beziehungen zum Mandanten. Der Mediator ergreift nie Partei. Er bringt den Klienten Neutralität, das heisst eine ausbalancierte und empathische Wertschätzung entgegen. Er schafft und fördert die Möglichkeit zum Dialog. Beide, Mediator wie begleitender Rechtsanwalt erbringen mit Blick auf die Förderung der Dynamik zu einer Konfliktlösung Dienstleistungen für Klienten.⁷⁷

XIII. Kanzleigemeinschaften

Gemäss Art. 14 der Richtlinien des SAV für die Berufs- und Standesregeln⁷⁸ sind die Bestimmungen über die Vermeidung von Interessenkonflikten auf Kanzleigemeinschaften und alle ihre Mitglieder anwendbar.⁷⁹ Bei Eintritt neuer Mitarbei-

⁷⁶ PETER LIATOWITSCH, Die Bedeutung des Rechts in der Mediation, oder: Wie viel Recht erträgt die Mediation?, in: *Anwaltsrevue* 4/2000 S. 4 ff.

⁷⁷ MONIKA ROTH, Der Anwalt als Berater und Begleiter seines Klienten in einer Mediation – Chance oder Bedrohung?, in: *Anwaltsrevue* 2/2004 S. 40 f.

⁷⁸ vom 1. Oktober 2002.

⁷⁹ Als Folge der Globalisierung ergeben sich grundlegende Veränderungen auf dem Anwaltsmarkt. Fusionen unter den Anwaltsvereinigungen, neue anwaltliche Kooperationsformen, aber auch eine grössere Mobilität der Anwaltschaft, bei welcher der Wechsel der Anwaltsvereinigung keine Besonderheit ist, haben neue Fragen aufgeworfen. Vgl. dazu: WALTER FELLMANN, Rechtsformen der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten, in: *Anwaltsrevue* 10/2003 S. 339 ff. In Deutschland arbeiten ca. 7000 Anwälte in grossen Gemeinschaften mit 30 bis 500 Rechts-

ter sowie beim Zusammenschluss mehrerer Rechtsanwälte treffen die Beteiligten bezüglich der bisher von ihnen betreuten Mandate die erforderlichen Vorkehrungen zur Wahrung des Anwaltsgeheimnisses und zur Vermeidung von Interessenkollisionen. Im BGFA ist diese Ausdehnung auf alle Mitglieder der Kanzleigemeinschaft nicht ausdrücklich festgehalten. Die Rechtsprechung hält indessen fest, dass eine die anwaltliche Treuepflicht verletzende Interessenkollision vorliegt, wenn Anwälte derselben Anwaltskanzlei im selben Sachzusammenhang verschiedene Personen mit widerstreitenden Interessen vertreten.⁸⁰ Massgebend ist, ob aufgrund der konkreten Konstellation die Gefahr besteht, dass der eine Anwalt Kenntnisse aus dem Anwaltsmandat seinem Bürokollegen weitergeben und dieser das so erworbene Wissen gegen seinen Klienten verwenden könnte oder umgekehrt. Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass ein Klient im Rahmen eines Prozessmandats einem Anwalt auch ausserhalb des Prozesses liegende Tatsachen, wie beispielsweise Einkommens- oder Vermögensverhältnisse, Steuerangaben usw. mitteilt. Der Gebrauch solcher Kenntnisse durch den Anwalt in einem gegen den Klienten gerichteten Verfahren kann diesem ebenfalls schaden.

Aus der latenten Gefahr, innerhalb einer Anwaltsgemeinschaft widerstreitende Interessen zu vertreten, ergibt sich für jeden Rechtsanwalt und ganz besonders für Anwaltsgemeinschaften gleich welcher Rechtsform der Zwang zur Vorbeugung und der entsprechenden Ablehnung widerstreitender (Neu-)Mandate.⁸¹ Wird ein Interessenwiderstreit erst nach der Übernahme eines neuen Mandats – oder sonst zwischen laufenden Mandaten – bemerkt, so sind alle widerstreitenden Mandate unverzüglich niederzulegen. Eine sofortige Niederlegung ist in diesen Fällen in der Regel keine Mandatsbeendigung zur Unzeit (Art. 404 Abs. 2 OR).

Ein Anwalt verletzt sodann das Verbot der Interessenkollision, wenn er in einer Streitigkeit über eine vorher durch seinen Bürokollegen (Notar) öffentlich beurkundeten Vertrag einer Partei dieser Vereinbarung betreut oder vertritt.⁸²

Die *Arbeitsteilung* in der Kanzlei- oder Anwaltsgemeinschaft durch räumliche Trennung (z.B. bei überörtlichen Sozietäten und bei Bürogemeinschaften), durch organisatorische Vorkehrungen («Chinese Walls»), durch die besondere Ausgestaltung des

anwältinnen zusammen. Fast 20 000 Rechtsanwälte gehen in Kanzleien mit 4 bis 30 Rechtsanwälten ihrem Beruf nach. Viele von ihnen arbeiten im Anstellungsverhältnis oder sind freie Mitarbeiter. Mittlere Kanzleien gehen überörtliche Gemeinschaften ein oder benennen feste Kooperationspartner in anderen Regionen oder im europäischen Ausland (BVerfGE vom 3. Juli 2003, 1 BvR 238/01).

⁸⁰ AGVE 1996 S. 75 ff.; ZR 88 (1989), Nr. 84, S. 257 f. Der wechselnde Partner darf widerstreitende Mandate in der aufnehmenden Anwaltskanzlei selbst dann nicht führen, wenn er im ehemaligen Anwaltszusammenschluss nicht selbst die gleiche Rechtssache vertreten hat. Für wechselnde angestellte Anwälte und freie Mitarbeiter sollte das Verbot jedoch nur dann gelten, wenn sie in der abgebenden Kanzlei selbst mit der Sache befasst waren.

⁸¹ Auch nach der Mandatsübernahme besteht die Verpflichtung zur ständigen Kollisionsprüfung.

⁸² AGVE 2002 S. 80 ff.

Vertragsverhältnisses (Partner, Angestellter oder freier Mitarbeiter), durch die erhebliche Grösse oder die fachliche Abschottung der verschiedenen Bereiche einer Kanzlei (beispielsweise Baurecht, Familienrecht, Patentrecht), kann Interessenkonflikte zwischen den verschiedenen Klienten einer Kanzlei nicht wirksam verhindern.⁸³

Nach Praxis der Aufsichtskommission des Kantons Zürich ist die gleichzeitige Vertretung von Mandanten mit kollidierenden Standpunkten durch Anwälte, die dem gleichen Verbund (in casu: Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung, EWIV) angehören, unzulässig.⁸⁴ Dieser Verbund wird wie eine einzige Anwaltskanzlei behandelt. Im Sinne einer negativen Abgrenzung kann festgestellt werden, dass die in der Praxis oftmals vorkommenden internationalen Netzwerke unabhängiger Kanzleien (Lexwork, lex mundi usw.) nicht als Verbund bzw. nicht wie eine einzige Kanzlei behandelt werden.⁸⁵

Bei einem Wechsel eines *selbständigen* Rechtsanwaltes von einer Kanzlei in eine andere ergeben sich besondere Sorgfaltspflichten. Es kann der Fall eintreten, dass beide Kanzleien in einem Zivilprozess auf der Gegenseite als Anwalt tätig waren. Dabei ist zu prüfen, ob in solchen Situationen eine effektive Gefährdung von Klienteninteressen vorliegen. Es kann dabei nicht generell und abstrakt von einer Gefährdung ausgegangen werden. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein Interessenkonflikt vorliegt.⁸⁶ Wenn bei einem Wechsel des Rechtsanwaltes in eine andere Anwaltskanzlei bei allgemeiner Betrachtung eine Gefahr für die Verschwiegenheit und die geradlinige Interessenvertretung ergibt, obliegt die Einschätzung, ob eine Interessenkollision konkret droht, in erster Linie den Mandanten beider Kanzleien. Diese sind somit wahrheitsgemäss und umfassend zu informieren. Daneben obliegt es der pflichtgemässen Einschätzung der betroffenen Rechtsanwälte, ob die Konfliktsituation oder doch jedenfalls des Ziel der Vermeidung zukünftiger Störungen des Vertrauensverhältnisses eine Mandatsniederlegung gebietet. Ein verantwortlicher Umgang mit einer solchen Situation kann von einem Rechtsanwalt ebenso erwartet werden wie von einem Richter bei der Offenlegung von Ablehnungsgründen.⁸⁷

⁸³ WALTER FELLMANN, in: FELLMANN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N 89 zu Art. 12 BGFA. In BVerfGE vom 3. Juli 2003 (1 BvR 238/01) wird stattdessen davon ausgegangen, dass derartige rigorose Arbeitsteilungen gewährleisten können, dass die Verschwiegenheitspflicht nicht gefährdet ist.

⁸⁴ Dieser internationale Verbund hat sich gemäss EG-Verordnung Nr. 2137/1985 zusammengeschlossen. Siehe dazu: Beschluss der Aufsichtskommission des Kantons Zürich vom 6. November 2003, in: ZR 103 (2004) Nr. 9.

⁸⁵ HANS NATER, Unabhängigkeit und Interessenkollision: Entscheide aus Genf und Zürich, in: SJZ 100 (2004) S. 67 ff.

⁸⁶ NIKLAUS STUDER, Neue Entwicklungen im Anwaltsrecht, in: SJZ 100 (2004) S. 236.

⁸⁷ BVerfGE 46, 34, 41f.

Besondere Vorsicht ist auch am Platz, wenn ein *angestellter* Anwalt die Anwaltskanzlei wechselt. Dabei geht es um die Vermeidung von Verletzungen des Berufsgeheimnisses am neuen Arbeitsort. Wenn der wechselnde Anwalt mit dem betreffenden Mandat befasst war, müssen beide Anwälte ihre Mandate beenden. Nach deutschem Recht besteht indessen bei Mitarbeitern, die mit dem fraglichen Mandat nicht persönlich befasst waren, keine generelle Pflicht zur beidseitigen Mandatsniederlegung, indessen eine umfassende Informationspflicht der Klienten durch die involvierten Rechtsanwälte.⁸⁸

⁸⁸ BVerfGE vom 3. Juli 2003, 1 BvR 238/01. Ausschlaggebend bei diesem Urteil war der Umstand, dass im deutschen Recht für eine derart gravierende Erschwerung des Kanzleiwechsels und damit verbunden des Rechts auf freie Berufsausübung keine klare gesetzliche Grundlage bestand und der Eingriff als unverhältnismässig betrachtet wurde. Auch das schweizerische Bundesgericht misst der in Art. 27 BV garantierten Wirtschaftsfreiheit im Bereich des Anwaltsrechts einen hohen Stellenwert bei, so bei der Frage der Registrierung angestellter Anwälte (BGE 130 II 92) und beim Verbot der Prozessfinanzierung (BGE vom 10. Dezember 2004, 2P.4/2004).

