

6.2. Anwaltsrecht/Droit de la profession d'avocat BGer 5A_485/2020: Zuständigkeit des Gerichts zur Beurteilung der Postulationsfähigkeit eines Anwalts im Zivilprozess

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_485/2020 vom 25. März 2021 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen B., Keine Postulationsfähigkeit des Anwalts im Prozess bei Verletzung der Interessenkonfliktregeln.



LUKAS MÜLLER*



DÉSIRÉE EGLI**

Das Bundesgericht hat im vorliegenden Fall entschieden, dass die Postulationsfähigkeit eine Prozessvoraussetzung darstellt, die sich aus Art. 59 ZPO ergibt. Die Leitung des Zivilprozesses obliegt zudem gemäss Art. 124 ZPO dem Gericht und dieses erlässt die notwendigen prozessleitenden Verfügungen. Deshalb muss das Gericht, welches sich mit der Hauptsache beschäftigt, – und nicht etwa die kantonale Anwaltsaufsicht oder eine andere Behörde – über die Postulationsfähigkeit eines Anwalts im laufenden Prozess urteilen. Im Falle eines Interessenkonflikts i.S.v. Art. 12 lit. c BGFA muss das Gericht von Amtes wegen intervenieren.

I. Sachverhalt und Erwägungen

Mit letztwilliger Verfügung vom 28. September 2012 hat C. seine beiden Kinder B. und A. als Erben eingesetzt und seiner Ehefrau (D.) mehrere Vermächtnisse angeordnet. Am 26. November 2019 ist C. verstorben. Mit Eingabe vom 2. Dezember 2019 hat B. gestützt auf Art. 602 Abs. 3 ZGB¹ um Einsetzung eines Erbenvertreters ersucht, weil es mit ih-

rem Bruder (A.) zu Unstimmigkeiten gekommen ist. A. hat sich gegen das Begehren um Einsetzung eines Erbenvertreters gewehrt und stattdessen verlangt, dass der Notar E. ein Inventar über den Nachlass seines Vaters aufnimmt.² Mangels Einigung zwischen den Geschwistern wurde mit Entscheidung vom 27. Januar 2020 der Notar E., der in der Kanzlei F. tätig ist, zur Errichtung eines Inventars eingesetzt. Am 10. Februar 2020 hat B., vertreten durch Rechtsanwalt X., gegen diesen Entscheid Berufung eingelegt und verlangt, dass ein anderer Notar, der nicht in der Kanzlei F. tätig ist, das Inventar errichtet.³

Im Gegenzug hatte A. mit der Klageantwort die Abweisung der Berufung begehrt und in prozessualer Hinsicht verlangt, dass X. die anwaltliche Tätigkeit zu untersagen sei. A. behauptete, Rechtsanwalt X. habe einen Interessenkonflikt, weil er in der gleichen Kanzlei tätig sei wie ein anderer Rechtsanwalt, der das Vermögen der am vorliegenden Streit beteiligten Parteien, des Verstorbenen und im Rahmen von einem Nachlass auch Vermögen von einem Onkel und einer angeheirateten Tante betreute und in diesem Zusammenhang vor allem steuerrechtliche Fragen beurteilt habe.⁴

B. behauptete, dass der prozessuale Antrag auf Untersagung der Tätigkeit seines Anwalts in diesem Streit unzulässig sei, eventualiter, dass die Ansprüche von A. abzuweisen seien, und subeventualiter, dass die Genfer Anwaltskommission zuständig sei, um über den Interessenkonflikt zu entscheiden. Begründet wurde dieser Antrag damit, dass der Cour de Justice – als angerufenes Gericht – nicht über die Zuständigkeit verfüge, um über die Postulationsfähigkeit des Rechtsanwalts X. zu entscheiden. A. vertrat dahingegen, dass das angerufene Gericht über die Postulationsfähigkeit des Gegenanwalts entscheiden könne, da dies eine Frage der Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO⁵ sei.⁶

Mit Entscheid vom 7. Mai 2020 hat der Cour de Justice die Berufung von B. betreffend Einsetzung des Notars E. für die Inventaraufnahme für zulässig, das Rechtsbegehren von A. betreffend Postulationsfähigkeit von Rechtsanwalt X. für unzulässig erklärt und sich weitere Verfahrensschritte für die Hauptsache vorbehalten.⁷

Am 9. Juni 2020 hat A. gegen dieses Urteil beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen eingelegt. Vor Bundesgericht strittig war, ob die Anwaltskommission – und

* LUKAS MÜLLER, Dr. oec. HSG, Rechtsanwalt, lic. iur., LL.M., MA UZH, Lehrbeauftragter an den Universitäten Freiburg, St. Gallen und Zürich, Partner bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug.

** DÉSIRÉE EGLI, MLaw, Hochschulpraktikantin, Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, St. Gallen.

Die Autoren danken SIMON GASSER, Hochschulpraktikant, Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, St. Gallen, für die kritische Durchsicht des Beitrags.

¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

² Vgl. Cour de Justice GE, C/26978/2019, 7.5.2020, A.c.

³ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, B.b.

⁴ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, B.b.b, und Cour de Justice GE, C/26978/2019, 7.5.2020, B.c.

⁵ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272).

⁶ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, B.b.c und B.b.d.

⁷ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, B.b.e.

nicht die Vorinstanz selbst – gestützt auf Art. 43 LPAv/GE⁸ zur Beurteilung der Postulationsfähigkeit des Anwalts in einem hängigen Zivilverfahren zuständig ist.⁹ Die Vorinstanz ist nach ihrer Beurteilung der kantonalen und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, der Doktrin und der Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen (Art. 49 Abs. 1 BV¹⁰, Art. 59 ZPO, Art. 12 und 34 BFGA¹¹ und Art. 43 LPAv/GE) zum Schluss gelangt, dass mangels abschliessender Bestimmung in der ZPO den Kantonen eine Regelungskompetenz verbleibe. Im Kanton Genf sei daher gestützt auf Art. 43 LPAv/GE die Anwaltskommission zur Beurteilung der Postulationsfähigkeit zuständig.¹²

Wie nachfolgend dargelegt wird, teilte das Bundesgericht diese Ansicht nicht. Entsprechend hat das Bundesgericht die Beschwerde von A. gutgeheissen, den vorinstanzlichen Entscheid aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.¹³

II. Bemerkungen

Gerichts- und Verwaltungsbehörden müssen der Aufsichtsbehörde ihres Kantons Vorfälle melden, welche die Berufsregeln verletzen könnten oder wenn Verdacht besteht, dass die persönlichen Voraussetzungen nach Art. 8 BGFA nicht erfüllt sind.¹⁴ Eine Aufsichtsbehörde kann Anwälten keine Verhaltensanweisungen erteilen und auch nicht direkt in laufende Mandate eingreifen. Lediglich im Falle der Verletzung der Berufsregeln ist eine Disziplinierung und somit eine indirekte Beeinflussung des Verhaltens möglich. Das Gericht kann in einem laufenden Prozess aber einem Anwalt, der nicht gemäss BGFA berechtigt ist, Parteien vor schweizerischen Gerichten oder kantonalen Verwaltungsbehörden zu vertreten, die Postulationsfähigkeit absprechen.¹⁵ Eingaben des entsprechenden Anwalts werden somit in einem Prozess vom Gericht nicht entgegengenommen.

A. Gericht hat über Postulationsfähigkeit des Anwalts zu entscheiden

In E. 6.1.3 des hier besprochenen Urteils ruft das Bundesgericht die einschlägigen Normen im Umgang mit Interessenkonflikten in Erinnerung. Anwälte haben gemäss Art. 12 lit. c BGFA jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen zu meiden, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen. Dem Anwalt, der gegen diese Vorschrift verstösst, drohen einerseits Disziplinar massnahmen und andererseits wird ihm die Postulationsfähigkeit abgesprochen. Das Interessenkonfliktverbot und die Treuepflicht des Anwalts gelten grundsätzlich zeitunabhängig; d.h., auch wenn das erste Mandat bereits abgeschlossen wurde und das zweite noch nicht begonnen hat.¹⁶ Es soll in jedem Fall das Problem vermieden werden, dass beispielsweise der Anwalt zweien Klienten mit sich konfligierenden Interessen dient, wobei er beispielsweise Erkenntnisse aus dem ersten Mandat im zweiten Mandat zum Nachteil des ersten Klienten verwendet. Interessenkonflikte können auch mit der Zeit entstehen oder erst dann erkannt werden, wenn die Argumente vor Gericht vorgebracht werden. Dabei stellt sich die Frage, wie die Verfahrensleitung bzw. das Gericht oder die Behörde vorzugehen hat, wenn im laufenden Verfahren ein Interessenkonflikt erkannt wird.

Da der angefochtene Zwischenentscheid i.S.v. Art. 92 BGG Teil eines Hauptverfahrens über die Inventaraufnahme und Einsetzung eines Notars war, stellt der Zwischenentscheid eine vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 98 BGG dar. Deswegen konnte das Bundesgericht lediglich die Verletzung verfassungsmässiger Rechte prüfen.¹⁷ Die Berufung auf die Beschwerdegründe nach Art. 95–97 BGG war demnach ausgeschlossen.¹⁸ Das Bundesgericht prüft nach Art. 98 BGG die Vereinbarkeit einer kantonalen Rechtsnorm mit dem Bundesrecht im Hinblick auf die Rüge einer Verletzung von Art. 49 Abs. 1 BV.¹⁹ Gemäss Art. 49 Abs. 1 BV geht das Bundesrecht dem entgegenstehenden kantonalen Recht vor. Der Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts steht dem Erlass oder der Anwendung kantonaler

⁸ Loi genevoise sur la profession d'avocat du 23 juin 2000 (LPAv/GE; RS/GE E 6 10).

⁹ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, E. 6.

¹⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

¹¹ Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61).

¹² Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, E. 3.

¹³ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, E. 7.

¹⁴ Art. 15 BGFA; vgl. TOMAS POLEDNA, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, Art. 15 BGFA N 4.

¹⁵ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, E. 6.3; WALTER FELLMANN/YVONNE BURGER, Verbot von Interessenkollisionen und seine Durchsetzung im Prozess, Anwaltsrevue 2020, 14 ff.

¹⁶ Vgl. BGE 134 II 108 E. 3; BGer, 2C_885/2010, 22.2.2011, E. 3.1.

¹⁷ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, E. 2.2.

¹⁸ Vgl. BSK BGG-SCHOTT, Art. 98 N 9 und N 21, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2018 (zit. BSK BGG-Verfasser).

¹⁹ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, E. 6.1.1; BGE 143 I 352 E. 2.2; BGE 131 I 394 E. 3.2.

Vorschriften entgegen, wenn diese bundesrechtlichen Vorgaben widersprechen.²⁰

Das Bundesgericht führte aus, dass im BGFA nicht geregelt sei, welches die zuständige Behörde sei, um über einen Interessenkonflikt in einem laufenden Verfahren zu entscheiden. Nach Art. 34 Abs. 1 BGFA sei vielmehr vorgesehen, dass die Kantone für die Regelung sämtlicher Verfahren nach dem BGFA zuständig seien.²¹ Gewisse kantonale Gesetze sprechen der Anwaltskommission oder Aufsichtsbehörde die Möglichkeit zu, verbindliche Weisungen auszusprechen.²² Gemäss Art. 43 Abs. 3 LPAV/GE kann die Genfer Anwaltskommission Anordnungen erlassen, um den Anwalt zur Einhaltung der Berufsregeln zu verpflichten. In dringenden Fällen kann die Anwaltsaufsicht gemäss Art. 43 Abs. 3 LPAV/GE auch vorsorgliche Massnahmen erlassen. Der Cour de Justice hatte erwogen, dass das Bundesgericht in Urteil 2C_755/2010 vom 10. Dezember 2010 in E. 2.4 zum Schluss gekommen sei, dass es sinnvoller sei, wenn die Aufsichtscommission über das Vertretungsverbot und über das Disziplinarverfahren entscheide.²³ Das vorerwähnte Urteil erging indessen vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung.

Wer postulationsfähig ist, kann vor einem Gericht oder einer Behörde Anträge stellen und schriftliche oder mündliche Parteivorträge halten. Gemäss Art. 68 Abs. 1 ZPO kann sich jede prozessfähige Partei im Zivilprozess vertreten lassen.²⁴ Laut Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO sind Anwälte, die nach dem BGFA berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten, zur berufsmässigen Vertretung in allen zivilprozessualen Verfahren befugt.²⁵

Im vorliegenden Fall stellt sich die zentrale Frage, welche Behörde in einem laufenden Zivilprozess zuständig ist, um über die Postulationsfähigkeit eines Anwalts zu entscheiden, der nicht befugt ist, Parteien zu vertreten. In der bisherigen Rechtsprechung zur ZPO hat sich das Bundes-

gericht dazu und zur Natur der Postulationsfähigkeit noch nicht definitiv geäussert. Entschieden hat das Bundesgericht aber bereits, dass die Postulationsfähigkeit eine Prozessvoraussetzung nach Art. 59 ZPO darstellt²⁶ und dass die zuständige Verfahrensleitung des Gerichts über den ordnungsgemässen und rechtmässigen Fortgang des Gerichtsverfahrens nach Art. 124 ZPO zu entscheiden habe.²⁷

In der Lehre werden zur zentralen Frage, welches die zuständige Behörde ist, um über die Postulationsfähigkeit zu entscheiden, unterschiedliche Positionen vertreten. Einige Autoren (so insbesondere: CHAPPUIS/PELLATION, REISER/VALTICOS, JORDAN, JEQUIER)²⁸ sind der Auffassung, dass den Kantonen auch nach dem Inkrafttreten der ZPO die Möglichkeit verbleibt, die Zuständigkeit für die Aussprechung eines Postulationsverbots kantonale zu regeln bzw. die Zuständigkeit für den Entscheid über die Postulationsfähigkeit der Aufsichtsbehörde zuzuweisen. Begründet wird diese Auffassung damit, dass sich die Postulationsfähigkeit aus der Umsetzung der im BGFA statuierten Regeln des Anwaltsberufs ergebe und dessen Anwendung nicht durch die ZPO geregelt sei. Zudem regle die ZPO nicht alle Verfahrensfragen abschliessend, so dass eine parallele kantonale Kompetenz vorliege.²⁹ Andere Autoren (BOHNET, FELLMANN, FELLMANN/BURGER, GRODECKI/JEANDIN)³⁰ vertreten hingegen die Ansicht, dass das Gericht, welches über die Hauptsache entscheide, auch für die Beurteilung der Postulationsfähigkeit zuständig sei. Als Argument wird hier angeführt, dass die ZPO den Zivilprozess und insbesondere die Postulationsfähigkeit in Art. 58 ZPO abschliessend regle. Im Übrigen leite das Gericht gemäss Art. 124 ZPO den Prozess und erlasse die prozessleitenden Verfügungen, um alles Notwendige für die korrekte Leitung des Prozesses vorzukehren. Dazu gehöre auch die Frage, wer als Anwalt eine Partei vertrete. Damit verbleibe den Kantonen kein

²⁰ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, E. 6.1.1; BGE 143 I 109 E. 4.2.2; BGer, 2C_425/2019, 26.2.2020, E. 4.1.

²¹ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, E. 6.1.3.

²² So etwa Art. 15 Abs. 3 des Gesetzes des Kantons Obwalden vom 24. Mai 2002 über die Ausübung des Anwaltsberufes (GDB 134.4); § 10 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Luzern vom 4. März 2002 über das Anwaltspatent und die Parteivertretung (SRL 280); Art. 37 des Anwaltsgesetzes des Kantons St. Gallen vom 11. November 1993 (sGS 963.70).

²³ Vgl. Cour de Justice GE, C/26978/2019, 7.5.2020, E. 2.1.3.

²⁴ Siehe auch BGE 132 I 1 E. 3.2; BGer, 5A_469/2019, 17.11.2020, E. 1.2.1.

²⁵ In Strafverfahren ist die Verteidigung der beschuldigten Person und bei Verfahren vor Bundesgericht betreffend Zivil- und Strafsachen ist die anwaltliche Vertretung ebenfalls Personen vorbehalten, die nach dem BGFA berechtigt sind, Parteien vor Gerichtsbehörden zu vertreten; vgl. Art. 127 Abs. 5 StPO; Art. 40 Abs. 1 BGG.

²⁶ Vgl. BGer, 5A_469/2019, 17.11.2020, E. 3.2.

²⁷ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, E. 6.2.2; BGE 138 II 162 E. 2.5.1.

²⁸ Vgl. BENOÎT CHAPPUIS/NICOLAS PELLATION, *Conflit d'intérêts: autorité compétente pour en juger et voies de recours*, Anwaltsrevue 2012, 320 f.; CHRISTIAN M. REISER/MICHEL VALTICOS, *Il faut sauver l'art. 43 al. 3 LPAV/GE!*, *Les conflits d'intérêts et la commission du barreau*, *La lettre du Conseil* 66/2018, 56 ff.

²⁹ Vgl. BGE 141 II 280 E. 7.2 i.f.; BGer, 5A_710/2016, 2.3.2017, E. 4.2.

³⁰ Vgl. FRANÇOIS BOHNET, *Conflits d'intérêts de l'avocat et qualité pour recourir du client et de son adversaire: derniers développements*, SJZ 2014, 234 ff.; WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, 2. A., Bern 2017, N 691; FELLMANN/BURGER (FN 15), 17; STÉPHANE GRODECKI/NICOLAS JEANDIN, *Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts*, SJ 2015 II, 107 ff., 127.

Raum mehr, um eine abweichende kantonale Zuständigkeit vorzusehen.³¹

Das Bundesgericht schliesst sich der letzten Auffassung an und kommt in E. 6.3 zum Schluss, dass das Gericht, welches in der Hauptsache zuständig sei, auch über die Postulationsfähigkeit zu entscheiden habe. Das Bundesgericht begründet diese Auffassung damit, dass die Postulationsfähigkeit für den guten Fortgang des Prozesses vorausgesetzt sei und unter die Prozessleitung nach Art. 124 ZPO falle. Weiter sei die Postulationsfähigkeit eine Prozessvoraussetzung nach Art. 59 Abs. 1 ZPO, welche innert Frist geheilt werden müsse, wenn sie während des Prozesses entfalle.³² Weil die Postulationsfähigkeit in der ZPO abschliessend geregelt sei, verbleibe den Kantonen keine Kompetenz, um kantonal eine andere Zuständigkeit als das mit der Hauptsache befasste Gericht vorzusehen. Indem der Cour de Justice, welcher in der Hauptsache zuständig gewesen sei, seine Zuständigkeit betreffend Beurteilung der Postulationsfähigkeit verneint habe und stattdessen die Anwaltskommission für zuständig befunden habe, habe er Art. 49 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 124 Abs. 1 ZPO verletzt.³³ Das Bundesgericht konnte nämlich, wie einleitend erwähnt, nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte prüfen, worunter Art. 49 BV fällt.

Das Bundesgericht sah beim angefochtenen Entscheid eine Verletzung von Art. 49 Abs. 1 i.V.m. Art. 122 BV gegeben. Nach Art. 122 Abs. 1 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts Sache des Bundes. Der Vorbehalt von Art. 122 Abs. 2 BV, wonach die Kantone für die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen zuständig sind, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht, ist gemäss Bundesgericht kein echter Vorbehalt. Die Autonomie der Kantone ist insofern restriktiv und auf das Notwendige zu beschränken.³⁴

B. Folgen bei fehlender Postulationsfähigkeit und Behebung des Mangels

Vertretungshandlungen von Personen ohne Postulationsfähigkeit sind unwirksam. Entsprechende Eingaben oder Vorbringen müssen vom zuständigen Gericht oder von der Schlichtungsbehörde aus dem Recht gewiesen werden. Weiter hat das Bundesgericht entschieden, dass der Partei, die von einem Anwalt ohne Postulationsfähigkeit vertreten wird, eine Nachfrist zu setzen ist, innert welcher sie einen Vertreter zu benennen hat, der den gesetzlichen Anforderun-

gen entspricht.³⁵ Dabei darf die Nachfrist nicht dazu verwendet werden, die Eingabe zu ergänzen; stattdessen soll die bisher unzulässig vertretene Partei die (unveränderte) Rechtsschrift selbst unterzeichnen oder ein neuer, von ihr bestellter Rechtsanwalt soll dies tun.³⁶

Sofern ein unbefugter Rechtsvertreter weiterhin Rechtsschriften einreicht oder bereits aus dem Verhalten der Partei offenkundig wird, dass diese sich durch einen unzulässigen Rechtsbeistand vertreten lässt, sollten die entsprechenden Eingaben ohne weitere Nachfrist aus dem Recht gewiesen werden.³⁷ Wenn eine Rechtsschrift mit Ablauf einer gesetzlichen Frist beim Gericht eintrifft, kann der Mangel nach Ablauf der gesetzlichen Frist nicht mehr behoben werden. Das ist etwa der Fall, wenn sich eine Partei durch einen unbefugten Anwalt vertreten lässt und am letzten Tag einer gesetzlich geregelten Frist eine Eingabe beim Gericht macht. Der Fehler in der Postulationsfähigkeit darf nicht dazu verwendet werden, eine gesetzliche Frist mittels Nachfrist zu verlängern.

C. Postulationsfähigkeit im Straf- und im Verwaltungsverfahren

Aus den Erwägungen des Bundesgerichts lassen sich generelle Leitlinien für sämtliche Prozessordnungen entwickeln. Im Zivilprozess sind, wie bereits erwähnt, nach Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO nur jene Anwälte zur berufsmässigen Vertretung befugt, die nach dem BGFA berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten. Die Interessenkonfliktregeln sind auch im Schlichtungsverfahren³⁸ zu beachten; in der Rechtsberatung, wenn sämtliche betroffenen Parteien damit einverstanden sind und solange keine ernsthaften Meinungsverschiedenheiten auftauchen.³⁹

Im Strafverfahren ist zusätzlich zu Art. 12 lit. c BGFA auch Art. 127 und Art. 129 StPO zu beachten. Dabei sind mehrfache Verteidigungsmandate desselben Rechtsvertreters problematisch. Die Verteidigung mehrerer Mitangeklagter ist grundsätzlich nicht möglich. Eine Doppelvertretung ist auch dann ausgeschlossen, wenn die Mandanten einer Doppelvertretung zustimmen würden oder der Verteidiger für beide Beschuldigten auf Freispruch plädieren wollte.⁴⁰ In BGE 141 IV 257 hat das Bundesgericht in E. 2.2 bereits entschieden, dass die verfahrenslei-

³¹ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, E. 6.2.3.

³² Art. 132 ZPO analog.

³³ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, E. 6.4.

³⁴ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, E. 6.1.2; BGE 141 II 280 E. 7.2.

³⁵ Vgl. BGer, 5A_485/2020, 25.3.2021, E. 6.2.1; BGer, 4A_87/2012, 10.4.2012, E. 3.2.3.

³⁶ Analog BSK BGG-MERZ (FN 18), Art. 40 N 34 ff. und N 37 ff.

³⁷ Analog BSK BGG-MERZ (FN 18), Art. 40 N 32 f.

³⁸ Vgl. BGer, 2A.594/2004, 28.10.2004, E. 1.3.

³⁹ Vgl. FELLMANN (FN 30), N 377.

⁴⁰ Vgl. BGer, 1B_7/2009, 16.3.2009, E. 5.2, E. 5.3 und E. 5.5; BGer, 1A.223/2002, 18.3.2003, E. 3.2; FELLMANN/BURGER (FN 15), 15.

tende Behörde jederzeit und von Amtes wegen über die Vertretungsbefugnis entscheide. Beim Entscheid über die Nichtzulassung oder den Ausschluss von Anwälten aus einem Verfahren hat der verfahrensleitende Richter oder Staatsanwalt den entsprechenden Interessenkonflikten vorausschauend Rechnung zu tragen. Dabei ist etwa schon das Prozessieren gegen einen früheren Klienten untersagt, wenn beispielsweise die konkrete Möglichkeit besteht, aus einem früheren Mandatsverhältnis Kenntnisse bewusst oder unbewusst zu verwenden. Dieses Interessenkonfliktrisiko kann sich bereits aus den Umständen ergeben. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sich das Interessenkonfliktrisiko bereits realisiert hat oder der Anwalt sein Mandat unsorgfältig oder zum Nachteil des Klienten ausgeführt hat.⁴¹

Im Verwaltungsverfahren ist das Berufsrecht ebenfalls für die berufsmässige Vertretung zu beachten. Einige Kantone sehen für die Verfahren vor kantonalen Behörden beispielsweise vor, dass Anwälte, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, zur berufsmässigen Vertretung zugelassen sind. Die berufsmässige Vertretung ist im bundesrechtlichen Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahren indessen nicht den in einem kantonalen Register eingetragenen Rechtsanwälten vorbehalten. Obschon es keine konkrete gesetzliche Grundlage im bundesrechtlichen Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahren gibt, welche das Gericht oder die Behörde dazu verpflichtet, die berufsmässige Vertretung von Anwälten zu verbieten, so bleibt die Vertretung dennoch kein rechtsfreier Raum. Es gibt einen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, bei dem ein gegen eine Anwältin im vorinstanzlichen Verfahren ausgesprochenes Vertretungsverbot gestützt auf Art. 12 lit. c BGFA geschützt wurde. Eine Anwältin hatte einen unerlaubten Parteiwechsel vorgenommen, weshalb die erstinstanzliche Bundesbehörde die Anwältin vom Verfahren als Vertreterin ausgeschlossen hatte.⁴²

D. Aussergerichtliche Interessenkonfliktverletzungen

Das vorliegende Urteil äussert sich nicht zur Frage, wer ausserhalb eines Gerichtsverfahrens bzw. ausserhalb des Anwaltsmonopols dafür zu sorgen hat, dass ein Anwalt Interessenkonfliktregeln einhält. In diesem Fall gibt es keine Gerichtsinstanz, die im laufenden Verfahren einem Anwalt die Postulationsfähigkeit absprechen kann. Die Durchset-

zung der Interessenkonfliktregeln hat daher primär über das Aussprechen von Disziplinarsanktionen nach Art. 17 BGFA zu erfolgen. Immerhin gibt es zum Teil Kantone, die gestützt auf Art. 34 Abs. 1 BGFA kantonale Regelungen geschaffen haben. Der Kanton Genf kennt ausführliche Regelungen in Art. 14 i.V.m. Art. 42 ff. LPAv/GE. Art. 15 Abs. 3 des Gesetzes des Kantons Obwalden über die Ausübung des Anwaltsberufs sieht beispielsweise die Kompetenz vor, dass die kantonale Anwaltskommission einem Anwalt verbindliche Anweisungen erteilen kann. Eine ähnlich formulierte Regelung kennt der Kanton St. Gallen in Art. 37 Abs. 1 seines Anwaltsgesetzes.

E. Empfehlung für Anwaltskanzleien

Der vorliegende Bundesgerichtsentscheid zeigt in anschaulicher Art und Weise die Konsequenzen auf, die mit der mangelnden Einhaltung der Berufsregeln einhergehen können. Art. 12 lit. c BGFA verbietet bereits die Mandatsübernahme. Ein potenzieller Klient soll nicht bereits vor der Mandatsannahme bei der Erörterung des Streits einem Anwalt Geheimnisse anvertrauen, die der Anwalt später für die Gegenseite gegen den potenziellen Klienten verwendet. Das Verbot, widerstreitende Interessen zu vertreten, greift somit bereits vor Abschluss des Anwaltsvertrags und geht weiter als die auftragsrechtliche Treuepflicht.⁴³ Aus Art. 12 lit. c BGFA ergibt sich im Endeffekt die Pflicht, organisatorische Vorkehrungen zu treffen, um allfällige Interessenkollisionen frühzeitig zu entdecken und zu vermeiden.⁴⁴ Eine Anwaltskanzlei muss einen organisatorischen Mechanismus führen, um die Mandate auf Interessenkonflikte hin zu prüfen. Entsprechend ist die Interessenkonfliktprüfung ein zentrales Managementthema einer Anwaltskanzlei. Wenn zwischen zwei konfligierenden Mandaten ein grosser Zeitraum liegt, erschwert dies unter Umständen die Identifikation von Interessenkonflikten. Daraus folgt, dass auch historische Mandatsstammdaten (insbesondere Mandatsbeteiligte und Gegenstand) zu prüfen sind.⁴⁵ Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich Interessenkonflikte erst auch mit der Zeit ergeben können.

Aus berufsrechtlicher Sicht sind nicht nur die Regelungen des Anwaltsrechts, sondern auch nebenberufliche oder strategische Interessenkonflikte zu berücksichtigen.⁴⁶ Aus nebenberuflicher Sicht sind insbesondere Beratungs- und

⁴³ Vgl. FELLMANN (FN 30), N 352.

⁴⁴ Vgl. FELLMANN (FN 30), N 351.

⁴⁵ Vgl. MARCEL KLUGMANN, Das Management rechtlicher Risiken in der Anwaltskanzlei, NJW 2018, 1633 ff., 1634.

⁴⁶ Vgl. MARKUS HARTUNG, Mandatsannahme in Kanzleien – Berufsrechtliche und sonstige Interessenkonflikte, NJW 2020, 1772 ff., 1772.

⁴¹ Vgl. BGer, 1B_263/2016, 4.10.2016, E. 2.1.

⁴² Vgl. BVGer, A-6040/2018, 2.5.2019, E. 3.2, E. 3.4, E. 3.7.2 bis E. 3.7.4. Im Entscheid BVGer, A-3612/2019, 29.7.2019, E. 7.3, beurteilte das BVGer das Vertretungsverbot im konkreten Fall als nicht gerechtfertigt.

Notariatsmandate relevant. Sämtliche Mandate sind in einem geeigneten Risikomanagementsystem zu erfassen. Falls ein Anwalt zugleich als Notar tätig ist, gilt für die Interessenkonfliktregeln nach Art. 12 lit. c BGFA ein strengerer Massstab, da die Berufsregeln des Beurkundungsrechts und jene des Anwaltsrechts kumulativ zu beachten sind.⁴⁷ Unzulässig ist die anwaltliche Vertretung einer Partei, wenn das eigene notarielle Handeln Gegenstand eines Streits wird.⁴⁸ Ein Notar muss nicht nur die tatsächliche Befangenheit im Einzelfall vermeiden, sondern jeden Anschein einer möglichen Befangenheit. Aus beurkundungsrechtlicher Sicht gilt dies im Interesse des öffentlichen Ansehens, der Autorität der Urkundsperson und des Beurkundungswesens.⁴⁹ Das ist deswegen zentral, weil der Notar später allen Beteiligten und dem Gericht als unparteilicher Zeuge zur Verfügung stehen muss.⁵⁰

Von den eigentlichen Interessenkonflikten abzugrenzen sind die strategischen Interessenkonflikte. Solche liegen etwa vor, wenn sich eine Anwaltskanzlei für ein Mandat einsetzt, das ihr eine negative Reputation bringen könnte. Sie können vor allem den kommerziellen Interessen einer Kanzlei schaden, obschon mit dem Mandat keine Berufsregeln verletzt werden.⁵¹

Das Verbot der Interessenkonflikte gilt auch zwischen verschiedenen Anwälten und Notaren, wenn diese in einer Kanzleigesellschaft zusammenarbeiten. Anwälte und Notare einer Kanzlei werden somit als wirtschaftliche Einheit betrachtet.⁵² Sie dürfen in der gleichen Sache keinen Klienten mit gegensätzlichen Interessen vertreten. Demnach dürfen Anwälte und Notare keine Mandate annehmen, mit

denen sie sich in Konflikt zu Klienten ihrer Kanzleipartner begeben könnten.⁵³

Darf nun der Anwalt in Verletzung der Berufsregeln sein Mandat fortsetzen, bis der Prozess beendet wurde, oder muss er das Mandat sofort – während des laufenden Prozesses und somit in der Regel zur Unzeit gemäss Art. 404 Abs. 2 OR – niederlegen? Die Praxis ist eindeutig und streng. Sobald ein Interessenkonflikt nach Art. 12 lit. c BGFA erkannt wird, sind sämtliche konfligierende Mandate sofort niederzulegen. Aus zivilrechtlicher Sicht drohen Schadenersatzansprüche gegen den Anwalt und eine Minderung der Vergütung.⁵⁴ Das ist umso kritischer, als der Anwalt mit der aktuellen Praxis postulationsunfähig wird und gar nicht mehr für seine Klientschaft vor Gericht handeln kann, da die Rechtsschriften des postulationsunfähigen Rechtsanwalts aus dem Recht zu weisen sind. Berufsrechtlich drohen die Sanktionen gemäss Art. 17 Abs. 1 BGFA, d.h. eine Verwarnung, ein Verweis, eine Busse, ein befristetes oder ein dauerndes Berufsausübungsverbot.

III. Fazit

Das Bundesgericht hat mit diesem Entscheid die zentrale Frage der Zuständigkeit dahingehend beantwortet, dass in einem laufenden Zivilprozess das mit der Hauptsache befasste Gericht auch über die Postulationsfähigkeit entscheidet. Dass die Frage der Postulationsfähigkeit nicht von einer Anwaltskommission oder Aufsichtsbehörde entschieden wird, ist begrüssenswert und dient auch den Interessen der Rechtsschutzsuchenden und der Justiz. Aus prozessökonomischer Sicht ist zu betonen, dass damit einerseits kein zweites Verfahren koordiniert und abgewartet werden muss und sich andererseits keine zweite Behörde in den Fall einlesen und umfangreiche Akten studieren muss. Aus Klientenperspektive ist darüber hinaus von Vorteil, dass im laufenden Verfahren verbindlich entschieden werden kann, ob bereits vorgenommene Handlungen in ihrer Gültigkeit tangiert werden. Dies ist umso sinnvoller, als sich das Disziplinarverfahren ebenfalls in die Länge ziehen kann und ein Entscheid aus dem Disziplinarverfahren ohnehin keine Rückwirkung auf den Zivilprozess haben kann. Im Disziplinarverfahren geht es nur um die Sanktionierung eines Anwalts, wenn er gegen die Berufsregeln verstossen hat; weitergehende Aussagen können aus dem Disziplinarverfahren

⁴⁷ Vgl. BGer, 2C_518/2009, 9.2.2010, E. 4.1; BGer, 2C_26/2009, 18.6.2009, E. 3.1; BGer, 2C_407/2008, 23.10.2008, E. 3.3; FELLMANN (FN 30), N 411 f.

⁴⁸ Vgl. BGer, 2C_518/2009, 9.2.2010, E. 4.1; CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 902 ff.; FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, N 3624 ff.

⁴⁹ Vgl. BGer, 2C_518/2009, 9.2.2010, E. 4.1; OGer OW, 8.11.2002, AbR 2000/2001, Nr. 2, S. 43, E. 4dd; LUKAS MÜLLER, AK 2019 4: Fehlverhalten des Anwalts und Notars bei der öffentlichen Beurkundung und unsorgfältiges Verhalten gegenüber Dritten; § 10b BeurkG/ZG, AJP 2020, 1075 ff., 1079; BOHNET/MARTENET (FN 48), N 3629.

⁵⁰ Ein Notar kann vom Gericht zur Zeugenaussage verpflichtet werden, sofern er vom Berufsgeheimnis entbunden wird; als Anwalt muss er nicht aussagen. Wenn ein Notar jedoch nicht im Rahmen eines Prozesses aussagt und gestützt auf das Anwaltsgeheimnis die Aussage verweigert, kann die öffentliche Beurkundung nicht ihre Funktion erfüllen und entsprechend ist einem Beurkundungsakt der öffentliche Glaube gemäss Art. 9 ZGB bzw. Art. 179 ZPO abzuspochen; MÜLLER (FN 49), 1078 ff.

⁵¹ Vgl. HARTUNG (FN 46), 1774.

⁵² Vgl. BGer, 2C_885/2010, 22.2.2011, E. 3.1.

⁵³ Vgl. ALEXANDER BRUNNER/MATTHIAS CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRIESI, Anwaltsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, Kapitel 4 N 162; FELLMANN (FN 30), N 356; BOHNET/MARTENET (FN 48), N 1435.

⁵⁴ Vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020.

nicht gezogen werden, da sich der Streitgegenstand von einem Gerichtsverfahren von jenem des Disziplinarverfahrens (wo es nur um eine Sanktion nach Art. 17 BGFA geht und keine weitergehenden Feststellungen gemacht werden können) unterscheidet. Umgekehrt kann eine Sanktionierung durch die Aufsichtsbehörde erfolgen, wenn die Verfahrensleitung bzw. das Gericht im Zivilprozess mit prozessleitender Verfügung ein Vertretungsverbot gegen einen Anwalt ausspricht. Die Feststellungen im Zivilprozess binden die Aufsichtsbehörde grundsätzlich, soweit der Sachverhalt eine Vorfrage des Disziplinarverfahrens bildet.⁵⁵ Für

das Risikomanagement einer Anwaltskanzlei bedeutet das, dass ihre Mandate systematisch und laufend auf Interessenkonflikte hin überprüft werden müssen, um zivilrechtliche oder disziplinarische Konsequenzen zu vermeiden.

⁵⁵ Vgl. BGE 108 II 456 E. 2; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 18 N 10 f.