

Rechtsschutz in Theorie und Praxis

**Festschrift für
Stephan Breitenmoser**

Herausgegeben von

Claudia Seitz
Ralf Michael Straub
Robert Weyeneth

Helbing Lichtenhahn

Rechtsschutz in Theorie und Praxis

Festschrift für Stephan Breitenmoser



Hydan Feisner

Rechtsschutz in Theorie und Praxis

**Festschrift für
Stephan Breitenmoser**

Herausgegeben von

Claudia Seitz
Ralf Michael Straub
Robert Weyeneth

Helbing Lichtenhahn

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet unter <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-4582-1

© 2022 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch



Vorwort der Herausgeber

«Rechtsschutz in Theorie und Praxis». Dieser Titel der vorliegenden Festschrift zu Ehren von Stephan Breitenmoser bringt den Austausch und die wechselseitigen Bezüge zwischen Wissenschaft und Praxis zum Ausdruck, der das langjährige berufliche Wirken des Jubilars in besonderer Weise auszeichnet und zugleich ein wesentliches Element seiner Persönlichkeit kennzeichnet. Mit seinen vielfältigen Tätigkeiten hat er beide Bereiche in geradezu idealer Weise miteinander verbunden, wobei ihn sein ausgeprägtes Streben nach dem Richtigen und Gerechten ständig begleitet und zur Sicherstellung einer sachgerechten Anwendung und Entwicklung des Rechts verpflichtet hat.

In Basel geboren und aufgewachsen, war der Jubilar nach seinem Rechtsstudium an der Universität Basel von 1980 bis 1983 Assistent bei Professor Luzius Wildhaber, der sich zunächst als Mentor und über die Jahre hinweg auch als Freund erwies. Gemeinsam mit ihm hat er zahlreiche Publikationen im Völker- und Europarecht sowie im Staats- und Verwaltungsrecht verfasst, allen voran zum Schutz der Grund- und Menschenrechte. Diese Rechtsgebiete sollten sich – entsprechend seinem gesellschaftspolitischen Interesse und Engagement unter anderem als Mitglied des Verfassungsrats für eine neue Kantonsverfassung des Kantons Basel-Stadt – denn auch zu seinen fachlichen Schwerpunkten entwickeln.

1985 promovierte der Jubilar *summa cum laude* mit einer Dissertation über den Schutz der Privatsphäre nach der Europäischen Konvention für Menschenrechte. Diese Arbeit fand weit über die Schweiz hinaus Beachtung und wurde mehrfach ausgezeichnet, war sie doch eine der ersten Analysen der frühen Rechtsprechung der damaligen Europäischen Kommission für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

Beflügelt durch diesen Erfolg widmete er sich nach dem zwischenzeitlichen Abschluss des Advokaturexamens in Basel seinen weiteren wissenschaftlichen Studien, indem er mit Unterstützung eines Nachwuchsstipendiums des Schweizerischen Nationalfonds seine Habilitationsschrift über den Rechtsschutz im völker- und landesrechtlichen Mehrebenensystem der internationalen Amts- und Rechtshilfe in Angriff nahm. Diese Studien führten ihn im Rahmen von Forschungsaufenthalten an das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i.Br. (1988), an die University of California in Berkeley (1988–1989) sowie an das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg (1989–1990), wodurch er mit ganz verschiedenen Rechtskulturen in Kontakt kam. Sein Rechtsdenken wurde durch diesen Austausch wesentlich erweitert und massgeblich geprägt. Der dadurch gewonnene internationale Aus- und Überblick, der seiner positiven Lebenseinstellung, Offenheit und Neugierde entsprach, wurde seither zu seinem ständigen Begleiter.

Ein weiterer Forschungsaufenthalt am Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne (1991) führte dann zu einer ebenfalls wichtigen Weichenstellung für sein weiteres Leben. Denn dort lernte er seine erste Ehefrau

Karolina Stransky kennen, mit der er eine Familie gründete, aus der die drei Kinder Jan, Basil und Thea hervorgingen.

1992 wurde dem Jubilar von der Universität Basel eine Assistenzprofessur für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht übertragen, die er bis 1998 inne hatte. Im selben Jahr wurde er vom Regierungsrat Basel-Stadt auch zum Stellvertreter des Präsidenten der Expropriationskommission ernannt und in einer Volkswahl zum ordentlichen nebenamtlichen Richter am Appellationsgericht Basel-Stadt gewählt. Diese beiden richterlichen Tätigkeiten übte er bis zu seiner Wahl an das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2007 aus.

1995 erfolgte die Habilitierung des Jubilars durch die Juristische Fakultät der Universität Basel und die Erteilung der *venia docendi* auf den Gebieten des öffentlichen Rechts sowie des Völker- und Europarechts. In der Folge wurden ihm 1996 eine Jean Monnet-Gastprofessur am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Universität Bonn und danach Lehraufträge am Europainstitut der Universität Basel, an der Universität St.Gallen, an der Universität Krakau sowie an mehreren chinesischen Universitäten erteilt.

In den Jahren von 1999 bis 2006 war er mit einem Pensum von 50% Wissenschaftlicher Adjunkt beim Bundesamt für Justiz. Dort wirkte er massgeblich an den Vorbereitungsarbeiten zu den Bilateralen II-Verträgen mit der EU mit, die der Schweiz unter anderem die Teilnahme am Schengen- und Dublin-Recht ermöglichte.

2001 erfolgte dann die Berufung des Jubilars zum Ordinarius für Europarecht an der Universität Basel mit einem Pensum von 50%. Diese Professur hatte er bis zu seiner Emeritierung im Sommer 2022 inne. Seit der Ablehnung eines Beitritts der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum in einer Volksabstimmung im Jahr 1992 kam diesem Rechtsgebiet eine immer grösser werdende Bedeutung für die Schweiz zu. Der Jubilar hat diese Entwicklung in mehrfacher Weise begleitet. So hat er zum einen das Europarecht und das komplexe Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU in mehreren Lehrbüchern und zahlreichen Beiträgen fundiert und umsichtig ausgeleuchtet und mit klarer Sicht analysiert. Zum anderen hat er sich immer wieder am öffentlichen Diskurs beteiligt und auch eigene Vorschläge eingebracht, wie etwa in der Diskussion über ein institutionelles Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der EU. Dabei hat er sich nie gescheut, eigenständige und konstruktive Positionen zu vertreten und gemeinhin übersehene Fragen in das Blickfeld der Öffentlichkeit zu rücken. Damit verfügt eine neue Generation von Juristinnen und Juristen über ein umfassendes europarechtliches Grundlagenwissen dank des von ihm mit aufgebauten Studienangebots im Europarecht. In seinen stets gut besuchten Lehrveranstaltungen und Seminaren war es ihm denn auch ein grundlegendes Anliegen, den Studierenden das Zusammenwirken von nationalem und internationalem Recht verständlich und praxisbezogen zu vermitteln sowie ihren Sinn für kritisches und differenziertes Denken zu entwickeln und zu stärken.

2007 wurde der Jubilar von der Bundesversammlung zum Richter am Bundesverwaltungsgericht mit einem Pensum von 50% ernannt. Diese Tätigkeit wird er mit dem ihm eigenen Elan noch bis Ende 2023 ausüben. In dieser Zeit hat sich der Jubilar von den in der Öffentlichkeit unbeachteten Sachverhalten einer Über-

prüfung von Berufsabschlüssen und Diplomanerkenntnissen bis hin zu den «Causés Célèbres» der national beachteten Finanzmarkt- und Kartellrechtsfälle immer mit grosser Sorgfalt und Leidenschaft für das richtige Urteil eingesetzt, um die dem Einzelfall gerecht werdende Lösung zu finden. Dabei war er immer bestrebt, im Rahmen von Instruktions- und Vergleichsverhandlungen einen pragmatischen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Parteien und Interessen zu erreichen. Unvergessen sind zum Beispiel im Landwirtschaftsrecht die erfolgreichen Abschlüsse von Vergleichen, mit denen rasche Veränderungen beim Pestizideinsatz anstelle von weiteren langjährigen Rechtsverfahren erreicht werden konnten. Die intensive Zusammenarbeit mit seinen Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern beruhte dabei auf einem gelebten Verhältnis des gegenseitigen Vertrauens und Respekts, das eine konstruktive, auf Augenhöhe und zuweilen mit viel Herzblut geführte Auseinandersetzung mit den zu lösenden, nicht selten präjudiziellen Rechtsfragen ermöglichte.

Mit Professur und Richteramt hat der Jubilar die höchsten Stufen von Theorie und Praxis erklommen. Seine jeweiligen Funktionen in Wissenschaft und Praxis standen in einem wechselseitigen und fruchtbaren Dialog, durch den mitunter wichtige Weiterentwicklungen der Rechtsprechung angestossen wurden. So wird in der Fachliteratur eine der von ihm instruierten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts im Kartellrecht sogar den Gerichten der EU als Vorbild für deren Rechtsprechung angedient.

Die Symbiose von Praxis und Wissenschaft zeigt sich nicht zuletzt im reichhaltigen Schrifttum des Jubilars. Dieses zeichnet sich nicht nur durch eine thematische Breite und dogmatische Tiefe, sondern insbesondere auch durch seinen praxis- und problemorientierten Ansatz aus. So behandeln seine Publikationen oft auch Fragen des Rechts- und Verfahrensschutzes der von nationalen oder internationalen Massnahmen betroffenen Menschen und Unternehmen.

Die ausgesprochene Freude, mit welcher der Jubilar seinen Tätigkeiten ein Leben lang nachgegangen ist, und die sich daraus ergebende Schaffenskraft lassen sich anhand einiger Aspekte aufzeigen. So hat er mit der von ihm initiierten Tagungsreihe zu Fragen des Schengener und Dubliner Rechts für Wissenschaft und Praxis ein Forum geschaffen, in welchem die Entwicklungen in diesen komplexen Bereichen kontrovers diskutiert und analysiert werden können. Mittlerweile liegen sechs Tagungsbände vor, die auch in zahlreichen Bibliotheken europäischer und internationaler Institutionen vorhanden sind. Und zusammen mit Bundesrichter Thomas Stadelmann hat er jüngst zwei viel beachtete internationale Tagungen über die rechtsstaatlichen Anforderungen an eine unabhängige Justiz durchgeführt.

Und auch die Unterstützung und Förderung von zukünftigen und gestandenen Juristinnen und Juristen war ihm ein wichtiges Anliegen. So geht eine Vielzahl von wissenschaftlichen Publikationen auf seine Anregung und seinen Zuspruch zurück. Darüber hinaus hat er während vielen Jahren den Advokatenprüfungskommissionen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft angehört. In der Einsicht, dass die Ausbildung nicht vor Landesgrenzen Halt machen sollte, hat der Jubilar zudem die Zusammenarbeit mit Universitäten in Deutschland und Frankreich entscheidend vorangebracht. So führte er während 20 Jah-

ren gemeinsam mit den Universitäten Strassburg (Prof. Constance Grewe und Prof. Catherine Haguenu-Moizard) und Freiburg i.Br. (Prof. Thomas Würtenberger und Prof. Matthias Jestaedt) Eucor-Seminare durch und veranstaltete zusammen mit Prof. Matthias Herdegen (Universität Bonn), Prof. Stefan Oeter (Universität Hamburg) und Prof. Bernhard Ehrenzeller (Universität St.Gallen) zunächst in Sils-Maria, danach auf dem Arenenberg am Bodensee und schliesslich in Castelen bei Kaiseraugst alljährlich ein Doktorandenseminar, an dem oft auch der Schweizer Richter und Präsident des EGMR, Prof. Luzius Wildhaber, über die neuesten Entwicklungen in der Strassburger Rechtsprechung referierte. Zu erwähnen ist auch das gemeinsam mit Prof. Peter Uebersax während fast zwei Jahrzehnten durchgeführte Seminar zum Migrationsrecht. Zudem betreute er während vielen Jahren erfolgreich das Team der Universität Basel am EMRK-Moot Court in Strassburg. Legendär sind schliesslich seine über 30 Studienreisen nach Strassburg, Luxemburg und Brüssel, mit denen er den Studierenden die Institutionen der EU näher brachte.

Zu allen Zeiten und in allen Funktionen offenbarte sich aber die wichtigste und prägendste Eigenschaft des Jubilars, die mit Fug und Recht als seine eigentliche Berufung bezeichnet werden kann: Stephan Breitenmoser ist ein Menschenfreund, der allen, die danach verlangen, aufrichtig mit Rat und Tat zur Seite steht. Sichtbarer Beleg hierfür waren etwa die Warteschlangen bei seinen wöchentlichen Sprechstunden an der Universität, in denen die Studierenden alleweil ein offenes Ohr und praktische Entscheidungshilfen bei Fragen des Studiums, des Berufseinstiegs und der Karriereplanung vorfanden. Und auch sein Umgang mit Kollegen und Mitarbeitern an Universität und Gericht war jederzeit von Respekt und Einfühlsamkeit geprägt. Er ist bekannt für seine vermittelnden und ausgleichenden Bemühungen, allfällig auftretende Probleme jeglicher Art zur Zufriedenheit aller Beteiligten pragmatisch aufzulösen.

Sinnbild für seine humanistische Grundhaltung ist auch sein während vieler Jahre als Vertreter der Juristischen Fakultät in der universitären Stipendienkommission ausgeübtes grosses Engagement für finanziell schwächer gestellte Studierende.

Letztlich sind diese Eigenschaften wohl auch einer der Hauptgründe dafür, dass sich eine solch grosse Anzahl an Personen, die den Jubilar auf dessen Berufs- und Lebensweg ein kürzeres oder längeres Stück begleiten konnten, für das vorliegende Werk engagiert haben, und den Unterzeichnern die Ehre zukommt, dieses herausgeben zu dürfen. Allen Autorinnen und Autoren sei deshalb für die Abfassung ihrer fachlich fundierten und mitunter auch originellen persönlichen Beiträge zur Festschrift gedankt. Denn ohne ihre Mitwirkung wäre das Erscheinen dieses Werks nicht möglich gewesen.

Ein herzlicher Dank gilt dabei auch Frau MLaw Stephanie Giese vom Helbing Lichtenhahn Verlag für ihre professionelle und konstruktive Zusammenarbeit bei der Erstellung der Festschrift. Mit viel Um- und Nachsicht hat sie die rollierende Planung des Werks auf Seiten der Herausgeber souverän bis zur tatsächlichen Auslieferung der gedruckten Bücher umgesetzt.

Unser ganz besonderer Dank gilt Frau Martine Conus, langjährige und verschwiegene «Perle» am Lehrstuhl des Jubilars, für ihre umsichtige, kompetente

und engagierte Betreuung aller anfallenden, sehr umfangreichen administrativen Arbeiten von Anbeginn bis zum Abschluss der Festschrift. Ihr ist es in herausragender Weise gelungen, die Herausforderungen der Koordinierung einer Hundertschaft von Autoren und von drei Herausgebern erfolgreich zu meistern.

Schliesslich wurde die Herausgabe dieser Festschrift erst durch die grosszügigen finanziellen Zuwendungen verschiedener Förderer ermöglicht. Es sind dies die Pro Iure-Alumni-Vereinigung der Juristischen Fakultät, der Emil Dreyfus-Fonds II, die Stiftung für Schweizerische Rechtspflege, die Berta Hess-Cohn-Stiftung, die Stiftung zur Förderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Forschung an der Universität Basel, der Swisslos-Fonds des Kantons Basel-Landschaft, der Basler Juristenverein sowie die Anwaltskanzleien Böckli Bühler Partner, Basel, LEXPARTNERS, Muttenz, und Schellenberg Wittmer Rechtsanwälte. Ihnen allen sei unser aufrichtiger Dank für das äusserst geschätzte Engagement nachdrücklich versichert.

Wir wünschen unserem früheren Lehrer und heutigen Freund Stephan Breitenmoser und seiner Ehefrau Marianne für die Zukunft alles erdenklich Gute, beste Gesundheit und noch viele gemeinsame glückliche Stunden im Kreise ihrer Familie und Freunde.

Claudia Seitz

Ralf Michael Straub

Robert Weyeneth

Das Verbot von Interessenkonflikten nach Art. 12 lit. c BGFA und seine Durchsetzung im Verwaltungsverfahren

*Eine Analyse am Beispiel des Verfahrens
vor Bundesverwaltungsgericht*

Lukas Müller/Philipp Velder

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Problemstellung | 869 |
| II. | Anspruch auf Rechtsvertretung | 870 |
| III. | Verfahrensleitung im Verwaltungsverfahren | 872 |
| IV. | Interessenkonflikt nach Art. 12 lit. c BGFA | 873 |
| V. | Gültige Prozesshandlung des Rechtsvertreters | 873 |
| | 1. Unterscheidung Grundverhältnis und Vollmacht | 874 |
| | 2. Widerruf der Vollmacht (Art. 34 OR) | 874 |
| | 3. Umfang und Auslegung der Vollmacht | 875 |
| | 4. Schranken der Vollmacht (Art. 19f. OR) | 875 |
| | 5. Zwischenfazit | 877 |
| VI. | Folgen der ungültigen Prozesshandlung | 877 |
| VII. | Fazit | 878 |

I. Problemstellung

Rechtsanwälte sind gemäss dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23.6.2000 (Anwaltsgesetz, BGFA) verpflichtet, Interessenkonflikte in ihrer beruflichen oder nebenberuflichen Tätigkeit sowie mit den Eigeninteressen zu vermeiden und nötigenfalls laufende Mandate niederzulegen.¹ Wird ein Interessenkonflikt während eines laufenden Verfahrens vor einer Behörde oder einem Gericht entdeckt, stellt sich die Frage, wie die zuständige Verfahrensleitung mit dem Interessenkonflikt des Rechtsanwalts umzugehen hat, und ob dieser einen Einfluss auf das laufende Verwaltungs- bzw. Verwaltungsverfahren haben kann. Das Bundesgericht hat diese Fragestellungen sowohl für das Strafverfahren als auch für das Zivilverfahren bereits zufriedenstellend gelöst. Bezogen auf Strafverfahren kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Verfahrensleitung gestützt auf seine Fürsorgepflicht nach

1 Vgl. BGer, 8.12.2021, 2C_999/2020, E. 5.1.1.; BGE 134 II 108; CHAPPUIS BENOÎT/GURTNER JÉRÔME, *La profession d'avocat*, Zürich 2021, Rz. 519ff.; BRUNNER ALEXANDER/HENN MATTHIAS CHRIS-
TOPH/KRIESI KATHRIN, *Anwaltsrecht*, Zürich 2015, Kapitel 4 Rz. 157ff., 167ff.

Art. 32 Abs. 2 und Art. 31 Abs. 2 BV ein Vertretungsverbot auszusprechen hat.² Es ist zudem bereits geklärt, dass einem Rechtsanwalt die Postulationsfähigkeit abzusprechen ist, falls er im Zivil- oder Strafprozess die Berufs- bzw. Interessenkonfliktregeln verletzt. Da die Postulationsfähigkeit eine von Amtes wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung (Art. 60 ZPO) darstellt, kann der Rechtsanwalt mittels prozessleitender Verfügung (Art. 124 ZPO) vom Verfahren ausgeschlossen werden.³ Wie es sich im Verwaltungsverfahren verhält, ist noch nicht mit einer klaren Praxis durch das Bundesgericht entschieden worden.⁴ Daher wird mit diesem Aufsatz eine Lösung vorgeschlagen, die neben dem Verwaltungsverfahren auch auf den Zivil- und Strafprozess und insbesondere auf Beschwerdeverfahren vor eidgenössischen Gerichten, namentlich dem Bundesverwaltungsgericht, angewendet werden kann. Die in diesem Aufsatz entwickelten Überlegungen könnten jedoch auch auf kantonale Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren angewandt werden.

Verstösse gegen die Berufsregeln des Anwaltsgesetzes sind von der Verfahrensleitung gemäss Art. 15 BGFA bei der zuständigen Anwaltsaufsicht anzuzeigen. Die disziplinarische Sanktionierung fällt in die Zuständigkeit der kantonalen Anwaltsaufsichtsbehörde. Diese Frage ist getrennt von der Frage zu behandeln, ob eine Prozesshandlung gültig vorgenommen werden kann. Für die Beurteilung der Prozesshandlungen des Anwalts ist die Verfahrensleitung im konkreten Fall zuständig.⁵

II. Anspruch auf Rechtsvertretung

Damit die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zum Tragen kommen (Art. 35 Abs. 1 BV), definiert die Bundesverfassung Grundregeln, die in einem Prozess zur Anwendung gelangen müssen (z.B. Art. 29, Art. 29a und Art. 30 BV). Dieselben Regelungsgehalte sind auch in Art. 6 EMRK enthalten. Die in der Europäischen Menschenrechtskonvention verwendeten Begriffe «zivilrechtliche[n] Ansprüche[n] und Verpflichtungen» sowie «strafrechtliche Anklage[n]» werden weit ausgelegt und erfassen einzelne verwaltungsrechtliche Verfahren.⁶

Aus den allgemeinen Verfahrensgarantien fliesst, unter Beizug des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV), eine «Fürsorgepflicht»

2 Vgl. BGE 131 I 350, 361; 138 II 162; FELLMANN WALTER/BURGER YVONNE, Das Verbot von Interessenkollisionen und seine Durchsetzung im Prozess, *Anwaltsrevue* 2020, 16.

3 Siehe zum Ganzen BGE 147 III 351; 138 II 162.

4 Vgl. BVGer, 2.5.2019, A-6040/2018; hiervon abweichend: BVGer, 29.7.2019, A-3612/2019, E. 7.2.1, 7.2.2 und 7.3.

5 Vgl. MÜLLER LUKAS/EGLI DESIRÉE, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_485/2020 vom 25.3.2021 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen B., Keine Postulationsfähigkeit des Anwalts im Prozess bei Verletzung der Interessenkonfliktregeln, *AJP* 2021, 1061 ff. mit ausführlichen Hinweisen.

6 Vgl. BGer, 3.8.2020, 2C_204/2020, E. 2.3.4; BGE 131 I 467, E. 2.5; 126 I 228, E. 2a/aa; 124 I 322, E. 4b; MÜLLER LUKAS/UFFER MATTHIAS, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 2C_204/2020 vom 3.8.2020 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern, Anwaltsaufsicht, Disziplinarverfahren, Verwarnung, *AJP* 2020, 1616 m.H.

oder auch eine «Schutzpflicht».⁷ Wie der Staat dieser Schutzpflicht nachkommt, zeigt sich beim Anspruch auf Vertretung: Art. 29 Abs. 2 BV garantiert dem Grundrechtsträger Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Gehörsanspruch gibt den Parteien unter anderem grundsätzlich das Recht, sich in Gerichts- oder Verwaltungsverfahren durch einen Rechtsvertreter ihrer Wahl vertreten lassen zu dürfen.⁸ Ein Rechtsvertreter ist dabei einer der zentralen Akteure der Gerichtsbarkeit, um das rechtliche Gehör effektiv wahrzunehmen.⁹

Die Verfahrensordnungen schränken die Wahl des Rechtsvertreters indes ein. Im Zivilverfahren ist die berufsmässige Vertretung nach Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO Anwälten vorbehalten, die nach dem Anwaltsgesetz berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten. Mit dieser Einschränkung soll die vertretene Person geschützt und ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sichergestellt werden.¹⁰

Im Strafverfahren darf sich die beschuldigte Person in den Fällen der notwendigen, amtlichen oder erbetenen Verteidigung ausschliesslich von einem Anwalt vertreten lassen, der in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist und nach dem Anwaltsgesetz berechtigt ist, Parteien vor Gericht zu vertreten (Art. 127 Abs. 5 StPO). Im Strafverfahren wird der Grundsatz der freien Wahl der Rechtsvertretung mit der zentralen Bedeutung des Rechtsvertreters für eine Rechtsschutz suchende Partei begründet.¹¹

Schliesslich sind auch vor Bundesgericht im Zivil- und Strafverfahren nur in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragene Anwälte bzw. nach dem Anwaltsgesetz zugelassene Rechtsvertreter zugelassen (Art. 40 Abs. 1 BGG). Selbstverständlich kommt auch hier die Einschränkung der Freiheit, einen beliebigen Rechtsvertreter zu wählen, dem Schutz der vertretenen Partei zugute.

Anders als das Zivil- und Strafverfahren kennt das Verwaltungsverfahren zumindest auf Bundesebene keinerlei Einschränkungen bei der freien Wahl des Rechtsvertreters. Auf kantonaler Ebene stellt sich dieses Problem nicht, wenn in einem kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetz nur Rechtsvertreter nach dem Anwaltsgesetz zugelassen sind.¹² Wenn eine solche Regelung vorgesehen ist, dürfen Rechtsvertreter, die gegen Interessenkonfliktregeln verstossen, selbstverständlich im konkreten Fall keine Parteien vor Gericht vertreten. Soweit nach dem einschlägigen Verfahrensrecht nur eine in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragene Rechtsvertretung mandatiert werden darf, die nach den Regeln des Anwaltsgesetzes zugelassen ist, liegt zweifellos ein zulässiger staatlicher

7 Vgl. WALDMANN BERNHARD, Kommentierung zu Art. 29 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 29 BV N 39.

8 Vgl. BGE 132 V 443, 445, E. 3.3; FELLMANN WALTER, Anwaltsrecht, 2. Aufl., Bern 2017, Rz. 53.

9 Vgl. BRUNNER/HENN/KRIESI, a.a.O., Kapitel 1 Rz. 5ff.

10 Vgl. BGE 140 III 555, 560, E. 2.3.

11 Vgl. RUCKSTUHL NIKLAUS, Kommentierung zu Art. 127 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 127 StPO N 20.

12 Vgl. z.B. Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Ausübung des Anwaltsberufes vom 24.5.2002, GDB 134.4, des Kantons Obwalden.

Eingriff in die freie Wahl des Vertreters vor. Das lässt sich damit begründen, dass das Vertrauen in die Rechtspflege geschützt und der Anspruch auf rechtliches Gehör verwirklicht werden soll (Art. 29 Abs. 2 BV).

Die Frage, ob ein sich im Interessenkonflikt befindender Rechtsanwalt, der eine Partei in einem Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht vertritt, vom Prozess ausgeschlossen werden muss (oder ob er postulionsfähig ist), wurde bislang noch nicht abschliessend geklärt. Die Rechtsprechung zum Zivil- und Strafverfahren kann nicht ohne Weiteres übernommen werden, da die diesbezüglich anwendbaren Bestimmungen im Verwaltungsverfahrensgesetz und im Verwaltungsgerichtsgesetz anders lauten als jene in der Zivilprozessordnung und Strafprozessordnung. Es ist jedoch sinnvoll, in einem Verwaltungsverfahren die gleichen Verfahrensgarantien nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK anzuwenden, wenn es um «Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» geht, da es in der Substanz um die Klärung eines zivilrechtlichen Anspruchs geht.¹³ So betrifft beispielsweise der Streit über die Auslegung einer nachbarrechtlichen Dienstbarkeit vor Zivilgericht in der Substanz ebenso eine Frage des grundrechtlich garantierten Eigentums wie etwa die verwaltungsrechtliche Beurteilung eines Baugesuchs. In einem solchen Fall ist keine sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung der Regeln für die Anwaltsstätigkeit erkennbar, zumal die anwaltsrechtlichen Einschränkungen gerade die Rechtspflege und die Rechtsschutzsuchenden schützen.

Art. 31 f. BV findet demgegenüber auf das Verwaltungsverfahren (mit Ausnahme des Verwaltungsstrafrechts) nicht direkt Anwendung. Eine Möglichkeit bestünde darin, Art. 29 Abs. 2 BV analog Art. 31 f. BV auszulegen, womit die Fürsorgepflicht des Gerichts von Amtes wegen gilt. Daraus könnte sich ergeben, dass die Verfahrensleitung auch in jedem Verwaltungsverfahren eingreifen muss, wenn Rechtsvertreter gegen zwingende Gesetze verstossen. Dabei ist insbesondere auch die Prozessvollmacht sorgfältig zu prüfen. Ohne gültige Prozessvollmacht kann und darf ein Rechtsvertreter gar nicht gültige Prozesshandlungen für eine Partei vornehmen.

III. Verfahrensleitung im Verwaltungsverfahren

Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht wird vom Instruktionsrichter mittels prozessleitender Verfügungen geleitet. Damit soll das Beschwerdeverfahren zur Spruchreife gebracht werden. Zur Aufgabe des Instruktionsrichters gehört unter anderem das gegenstandslos gewordene Verfahren abzuschreiben, auf offensichtlich unzulässige Rechtsmittel nicht einzutreten (Art. 23 Abs. 1 VGG) sowie den Schriftenwechsel durchzuführen (Art. 57 VwVG). Die Verfahrensleitung hat den Sachverhalt unter der Mitwirkung der Parteien (Art. 13 VwVG) von Amtes wegen festzustellen (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Die Behörde bzw. das

13 Vgl. BGer, 3.8.2020, 2C_204/2020, E. 2.3.4; BGE 131 I 467, E. 2.5; 126 I 228, E. 2a/aa; 124 I 322, E. 4b; MÜLLER LUKAS/UFFER MATTHIAS, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 2C_204/2020 vom 3.8.2020 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern, Anwaltsaufsicht, Disziplinarverfahren, Verwarnung, AJP 2020, 1616 m.H.

Gericht wendet zudem das Recht von Amtes wegen an (*iura novit curia*). Es obliegt daher auch der Verfahrensleitung, zu prüfen, ob die Rechtsvertretung rechtsgültig ist. Dazu muss das Gericht, wie noch aufgezeigt wird, von Amtes wegen feststellen, ob sich der Rechtsanwalt in einem Interessenkonflikt gemäss Art. 12 lit. c BGFA befindet.

IV. Interessenkonflikt nach Art. 12 lit. c BGFA

Anwälte müssen gemäss Art. 12 lit. c BGFA jeden Konflikt «zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen»¹⁴ meiden. Dabei reicht die bloss abstrakte Möglichkeit des Auftretens gegensätzlicher Interessenlagen nicht aus, um auf eine unzulässige Vertretung zu schliessen. Stattdessen wird ein sich aus den gesamten Umständen ergebendes konkretes Risiko eines Interessenkonflikts vorausgesetzt, damit nach Art. 12 lit. c BGFA ein verbotener Interessenkonflikt vorliegt.¹⁵ Umgekehrt ist auch nicht erforderlich, dass sich das konkrete Risiko realisiert hat und der Anwalt sein Mandat schlecht oder für den Klienten nachteilig ausgeführt hat.¹⁶

Möglich ist zudem, dass sich der Interessenkonflikt erst während der Mandatsführung erkennen lässt oder gar erst dann auftritt.¹⁷ Die Regeln zum Interessenkonflikt sind zeitlich unbeschränkt anwendbar und gelten auch nach Ende eines Mandats. Dem Anwalt ist es verboten, nach Ende eines Mandats ein anderes Mandat anzunehmen, das mit den Interessen des bereits beendeten Mandats im Widerspruch steht.¹⁸ Der Anwalt ist also dazu gehalten, seine Mandate regelmässig und sorgfältig auf einen Interessenkonflikt zu überprüfen. Sobald sich ein Interessenkonflikt erkennen lässt, hat der Anwalt sein Mandat niederzulegen. Der Rechtsanwalt läuft ansonsten Gefahr, die Interessen eines Klienten zu verraten. Mit anderen Worten: Der Anwalt würde seine Treuepflicht gegenüber seinen aktuellen oder früheren Klienten verletzen. Aus der zivilrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht des Auftragsrechts folgt ebenfalls die Pflicht, Interessenkonflikte zu vermeiden,¹⁹ wie aufsichtsrechtlich in Art. 12 lit. c BGFA festgelegt.

V. Gültige Prozesshandlung des Rechtsvertreters

Gültige Prozesshandlungen können nach Art. 11 Abs. 1 VwVG entweder die Partei selbst oder, wenn persönliches Handeln nicht erforderlich ist, ihre Rechtsvertretung vornehmen. Lässt sich eine Partei vertreten, muss die Verfahrensleitung die Prozessführungsvollmacht nicht nur auf ihren Bestand prüfen, sondern «bei Zweifeln über den Umfang» auch diesbezüglich «entsprechend Klarheit [...]

14 Art. 12 lit. c BGFA.

15 Vgl. BGer, 8.12.2021, 2C_999/2020, E. 5.1.1; BGE 145 IV 218, 223, E. 2.1; 135 II 145, 154, E. 9.1; 134 II 108, 112, E. 4.2.2; CHAPPUIS/GURTNER, a.a.O., Rz. 554 ff.

16 Vgl. BGer, 8.12.2021, 2C_999/2020, E. 5.1.1.

17 Vgl. BGE 147 IV 257, 261, E. 2.2.

18 Vgl. BGE 134 II 108, 110, E. 3.

19 Dazu eingehend: MÜLLER LUKAS/HENRY DAVID P., Transaktionen mit nahestehenden Personen im Unternehmensalltag – Eine praxisorientierte Perspektive und Empfehlungen, in: Forrer Lucas/Zuur Floris/Müller Matthias P.A. (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 48 ff. m.H.

schaffen».²⁰ Hierfür kann sie eine schriftliche Vollmachtsurkunde verlangen (Art. 11 Abs. 2 VwVG), was denn auch im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht die Regel ist. Die vertretene Partei hat die Vollmachtsurkunde rechtsgültig zu unterschreiben.

1. Unterscheidung Grundverhältnis und Vollmacht

Das Rechtsgeschäft, das der Vollmacht zugrunde liegt, wird als Grundverhältnis bezeichnet. Es handelt sich im Rahmen von Prozessen regelmässig um einen Anwaltsvertrag, es sei denn, das Grundverhältnis leite sich aus öffentlichem Recht ab. Letzteres ist im Falle der unentgeltlichen Verbeiständung der Fall. Wenn einer Person, die um Rechtsschutz ersucht, unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Verbeiständung gewährt werden soll, muss die Verfahrensleitung prüfen, ob die unentgeltliche Verbeiständung nicht gegen Interessenkonfliktregeln nach Art. 12 lit. c BGFA verstösst. Falls sie gegen die Berufsregeln des Anwaltsberufs verstösst, ist die Rechtsvertretung rechtswidrig.

Anders als das Grundverhältnis in Form des Anwaltsvertrags stellt die Vollmacht ein einseitiges Rechtsgeschäft dar.²¹ Das Verhältnis zwischen der Vollmacht und dem Grundverhältnis lässt sich aus Art. 33 Abs. 2 OR ableiten, welcher wie folgt lautet: «Ist die Ermächtigung durch Rechtsgeschäft eingeräumt, so beurteilt sich ihr Umfang nach dessen Inhalt». Diese Norm unterscheidet also zunächst zwischen dem Rechtsgeschäft und der Ermächtigung. Es handelt sich dabei um eigenständige Rechtsinstitute, welche unabhängig voneinander betrachtet werden müssen (sogenanntes Abstraktionsprinzip).²² Folge hiervon ist, dass die Vollmacht trotz Dahinfallens des Grundverhältnisses fortbestehen kann. Umgekehrt gilt auch, dass die Vollmacht widerrufen werden kann, ohne das Grundverhältnis zu tangieren. Schliesslich regelt Art. 33 Abs. 2 OR auch das Verhältnis des Umfangs dieser beiden Rechtsinstitute. Der Umfang der Vollmacht richtet sich nach dem Grundverhältnis.

2. Widerruf der Vollmacht (Art. 34 OR)

Gemäss Art. 34 Abs. 1 OR kann eine durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung vom Vollmachtgeber jederzeit widerrufen werden. Auf dieses Recht im Voraus zu verzichten, ist unzulässig (Art. 34 Abs. 2 OR). Der Widerruf muss nicht ausdrücklich erfolgen; er kann auch stillschweigend erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR).²³ Von einem stillschweigenden Widerruf ist beispielsweise auszugehen, wenn sich die Umstände wesentlich verändert haben.²⁴

Tritt nach Kundgabe der Vollmacht ein Interessenkonflikt zum Vorschein, der zuvor nicht erkennbar war, handelt es sich um eine wesentliche Veränderung der

20 Vgl. BGE 117 Ia 440, 444, E. 1b; BGer, 25.5.2011, 1C_30/2011, E. 4.2.

21 Vgl. WATTER ROLF, Kommentierung zu Art. 33 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 7. Aufl., Basel 2019, Art. 33 OR N 8.

22 Vgl. BGE 97 IV 46, 51, E. 4b; 78 II 369, 372, E. 2a; WATTER, a.a.O., Art. 33 OR N 8.

23 Vgl. BGer, 8.5.2009, 4A_457/2008, E. 2.1; WATTER, a.a.O., Art. 34 OR N 5.

24 Vgl. BGE 135 III 464, 468, E. 3.3.3; WATTER, a.a.O., Art. 34 OR N 2 und 5.

Umstände, die auch einen Einfluss auf die Vertretungsmacht haben kann. Einerseits ist der Anwalt in diesem Fall in seiner Entscheidungsfreiheit nicht mehr frei und kann sich nicht mehr allein auf die Interessen seines Klienten fokussieren. Andererseits gebietet das Anwaltsgesetz, das Anwaltsmandat niederzulegen. Diesfalls ist die Vollmacht durch Stillschweigen widerrufen und erloschen. Soweit sich der Interessenkonflikt bereits vor Erteilung der Vollmacht erkennen liess, bleibt im Einzelfall zu prüfen, ob sich die Umstände genügend verändert haben.

3. Umfang und Auslegung der Vollmacht

Falls die Vollmacht nicht schon durch einen stillschweigenden Widerruf erloschen ist (beispielsweise, weil sich der Interessenkonflikt nach Art. 12 lit. c BGFA bereits bei der Vollmachtkundgabe abzeichnete), muss die Vollmacht in einem nächsten Schritt ausgelegt werden. Der Inhalt der Vollmacht ergibt sich aus jenem des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts (Art. 33 Abs. 2 OR).²⁵ Die Auslegung der Vollmacht folgt aber dem Vertrauensprinzip,²⁶ welches seine Basis im Grundsatz von Treu und Glauben findet.²⁷ Konkret ist mit der Anwendung des Vertrauensprinzips danach zu fragen, wie ein nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) handelnder Empfänger die Vollmachtsurkunde verstehen musste und durfte.²⁸ Dem Bevollmächtigten muss es einleuchten, dass er nicht für Handlungen, die den Interessen des Vollmachtgebers zuwiderlaufen, bevollmächtigt wird.²⁹

Der bevollmächtigte Rechtsanwalt muss folglich davon ausgehen, dass sein Klient ihn im Falle eines Interessenkonfliktes im Sinne des Art. 12 lit. c BGFA nicht bevollmächtigen will und kann. Selbst die Zustimmung des Klienten oder einer Behörde (inkl. Gerichte) könnte den Interessenkonflikt nicht heilen.³⁰

4. Schranken der Vollmacht (Art. 19f. OR)

a) *Widerrechtlichkeit (Art. 20 Abs. 1 OR)*

Wie erwähnt, sind die Ermächtigung und das Grundverhältnis auseinanderzuhalten. Die Ungültigkeit des Grundverhältnisses berührt die Vollmacht nicht und der Widerruf der Vollmacht bedeutet nicht sogleich die Kündigung des Grundverhältnisses. Dies ist allerdings kein Freipass für die Vollmacht, denn auch sie unterliegt gewissen Schranken, namentlich muss sie den Rahmen der Privatautonomie einhalten.³¹ Insbesondere darf die Vollmacht keinen widerrechtlichen Inhalt aufweisen (Art. 20 Abs. 1 OR). Falls nur ein Teil der erteilten Vollmacht an

25 Vgl. WATTER, a.a.O., Art. 33 OR N 12.

26 Vgl. BGE 93 II 461, 482, E. 6a.

27 Vgl. GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 211.

28 Vgl. BGE 138 III 659, 666, E. 4.2.1; 136 III 186, 188, E. 3.2.1; 135 III 295, E. 5.2.

29 Vgl. BGer, 19.6.2013, 9F_5/2013, E. 4.1.

30 Vgl. OGer OW, 24.11.2000, in: AbR 2000/2001, Nr. 2, E. 4c; BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz. 818 ff.

31 Vgl. KUT AHMED/SCHNYDER ANTON K., in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 33 OR N 13; BOOG CHRISTOPHER/ESCHMENT JÖRN, Der Auftrag nach Schweizer Recht, RIW 2005, 245 ff., 246.

einem Mangel leidet, wird nur dieser von der Nichtigkeit beschlagen (Art. 20 Abs. 2 OR).

Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 OR liegt vor, wenn Gegenstand, Inhalt oder mittelbarer Zweck nicht mit dem objektiven Recht vereinbar ist.³² Der Verstoss gegen eine Norm, die sich gegen die subjektive Beteiligung einer Partei richtet, begründet grundsätzlich noch keine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 OR. Sofern die Norm bezweckt, die Interessen der Allgemeinheit zu schützen, ist gemäss Bundesgericht ausnahmsweise die Nichtigkeit als Rechtsfolge geboten: «[...] si la loi interdit à une personne la conclusion d'un contrat et si les intérêts de la collectivité sont en cause comme par exemple la santé publique, le contrat sera nul».³³ Eine solche Ausnahme ist insbesondere dann geboten, wenn es um Rechtsanwältin geht: «[...] l'avocat et le notaire notamment devraient ainsi bénéficier d'une autorisation pour conclure valablement un contrat».³⁴ Weiter würde mit der Akzeptanz von Interessenkonflikten das öffentliche Interesse, bestehend aus dem Vertrauen in die Rechtspflege, beschädigt.³⁵ Schliesslich ist mit Blick auf die Vereinbarung des Erfolgshonorars anerkannt, dass auch Verstösse gegen das Anwaltsgesetz die Nichtigkeit zur Folge haben können.³⁶ Aus den voranstehenden Überlegungen ergibt sich, dass der Klient einen Anwalt, der sich in einem erkennbaren Interessenkonflikt befindet, nicht bevollmächtigen kann.

b) Rechtsfolgen der Widerrechtlichkeit

Grundsätzlich kann bei einem Verstoss gegen das öffentliche Recht von Nichtigkeit ausgegangen werden.³⁷ Zu prüfen bleibt aber, ob die Nichtigkeit auch dem Sinn und Zweck der Norm entspricht.³⁸ Es handelt sich dabei um eine Einzelfallprüfung, bei welcher die konkreten Umstände berücksichtigt werden müssen. Ebenso ist Nichtigkeit der Vollmacht zu prüfen. Die Nichtigkeit zeichnet sich dadurch aus, dass dem betroffenen Rechtsgeschäft keine Wirkung zukommt,³⁹ dieses nicht geheilt werden kann⁴⁰ und die Nichtigkeit von Amtes wegen zu berücksichtigen ist.⁴¹ Schliesslich steht es auch jedermann offen, sich auf die Nichtigkeit zu berufen.⁴² Eine andere Rechtsfolge wäre beispielsweise dann geboten, wenn jene Partei, welche durch die verletzte Norm geschützt werden soll, mit der Nichtigkeit schlechter gestellt würde.⁴³

32 Vgl. BGE 121 IV 365, 371, E. 9a; 119 II 222, 224, E. 2; 117 II 286, 287, E. 4a.

33 Vgl. BGE 117 II 47, 48, E. 2a.

34 Vgl. BGE 117 II 47, 48, E. 2a.

35 Vgl. BGH, Urt. v. 12.5.2016, IX ZR 241/14, N 16.

36 Vgl. FELLMANN, a.a.O., Rz. 451 m.w.H.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 684.

37 Vgl. BGE 102 II 401, 408, E. 3d.

38 Vgl. BGE 134 III 52, 54, E. 1.1; 123 III 292, 299, E. 2e/aa; 119 II 222, 224, E. 2.

39 Vgl. BGE 134 III 438, 442f., E. 2.3; MEISE BARBARA/HUGUENIN CLAIRE, Kommentierung zu Art. 20 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 7. Aufl, Basel 2019, Art. 20 OR N 53 m.w.H.

40 Vgl. BGE 97 II 108, 115 E. 4; MEISE/HUGUENIN, a.a.O., Art. 20 OR N 53.

41 Vgl. BGE 129 III 209, 213 E. 2.2; 123 III 60, 62 E. 3b; MEISE/HUGUENIN, a.a.O., Art. 20 OR N 53.

42 Vgl. BGer, 19.1.2001, 4C.304/1999, E. 4a; MEISE/HUGUENIN, a.a.O., Art. 20 OR N 53.

43 Vgl. BGE 111 II 52, 54.

Könnte der Rechtsanwalt seine Klientschaft trotz Interessenkonflikt vertreten, würden die wichtigen Zwecke von Art. 12 lit. c BGFA – der Publikumsschutz und die Wahrung des Vertrauens in die Rechtspflege – untergraben. Schliesslich könnten die Interessen eines Klienten geschädigt werden, wenn das Gericht einen Anwalt zur Rechtsvertretung zuliesse, obschon dieser einen Interessenkonflikt hat.

Folglich findet die Vollmacht ihre Grenzen in den Berufsregeln nach Art. 12 BGFA. Der Anwalt und der vertretene Klient können sich daher nicht auf eine gültige Vollmacht berufen, wenn sich der Anwalt in einem Interessenkonflikt befindet. Eine andere Abrede wäre widerrechtlich und nichtig (Art. 20 Abs. 2 OR).

5. Zwischenfazit

Tritt nach der Kundgabe der Vollmacht ein Interessenkonflikt hervor, der zuvor nicht erkennbar war, gilt die Vollmacht als widerrufen. Sofern die Vollmacht nicht bereits durch Stillschweigen widerrufen wurde, ist sie auszulegen. Die Auslegung ergibt regelmässig, dass die Ermächtigung für den Fall eines Interessenkonfliktes nicht gelten soll und kann. Beansprucht die Vollmacht ihre Geltung auch für den Fall eines Interessenkonfliktes, liegt ein Verstoss gegen Art. 12 lit. c BGFA vor, weshalb die entsprechende Abrede nichtig im Sinne von Art. 20 OR ist. Befindet sich der Anwalt in einem Interessenkonflikt, kann er sich keinesfalls auf eine gültige Vollmacht berufen.

VI. Folgen der ungültigen Prozesshandlung

Da sich ein Anwalt im Falle eines Interessenkonflikts nicht auf eine gültige Vollmacht stützen kann, ist danach zu fragen, wie mit bereits erfolgten Prozesshandlungen umzugehen ist.

Befand sich der Anwalt zum Zeitpunkt der Prozesshandlung noch nicht in einem Interessenkonflikt (bzw. hätte diesen auch noch nicht erkennen können oder erkennen müssen), dann war er zur Prozesshandlung ermächtigt, weshalb die Prozesshandlung gültig ist. Sobald aber der Rechtsanwalt Kenntnis vom Interessenkonflikt hatte oder haben musste, ist keine gültige Prozessvollmacht (mehr) vorhanden. Damit fallen die bereits vorgenommenen Prozesshandlungen dahin. Sofern die Frist zur Prozesshandlung bereits abgelaufen ist, hat das Gericht der Partei eine kurze Nachfrist zu gewähren, um einen anderen Rechtsvertreter zu bezeichnen.⁴⁴ Jedenfalls muss die Eingabe unverändert eingebracht werden, zumal die Nachfrist nicht dazu dient, die Eingabe abzuändern oder zu ergänzen.⁴⁵ Bei Streitigkeiten über das Vorliegen eines Interessenkonflikts hat das Gericht eine prozessleitende Verfügung zu erlassen (vgl. Art. 39 Abs. 3 VGG) und ein Vertretungsverbot auszusprechen.

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

45 Vgl. MÜLLER/EGLI, a.a.O., 1064.

VII. Fazit

Im Verwaltungsverfahren des Bundes haben Behörden und das Bundesverwaltungsgericht die Pflicht, den Sachverhalt inklusive der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen abzuklären (Art. 12 VwVG). Dazu gehört auch die Frage, ob die Vertretung in der Lage ist, gültig für die vertretene Partei zu handeln. Der Rechtsanwalt kann grundsätzlich für seinen Klienten als Rechtsvertreter handeln (Art. 11 Abs. 1 VwVG). Dafür muss ihm eine rechtsgültige Vollmacht erteilt worden sein. Sofern der Interessenkonflikt erst nach Erteilung der Vollmacht entsteht oder bekannt wird, gilt die Vollmacht als stillschweigend widerrufen, da sich die Verhältnisse massgeblich verändert haben. Sollte die Vollmacht nicht bereits durch Stillschweigen widerrufen worden sein, ist der Inhalt der Vollmacht ausulegen. Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip kommt regelmässig zum Schluss, dass der Rechtsanwalt nicht erwarten durfte, dass er auch für den Fall eines Interessenkonfliktes bevollmächtigt ist. Umgekehrt kann der Rechtsanwalt einen Klienten nicht rechtsgültig durch seine Handlungen und Vorbringen vor Gericht binden, wenn sich der Rechtsanwalt in einem Interessenkonflikt befindet. Der Rechtsanwalt, der einen Interessenkonflikt hat, kann sich daher nicht auf eine gültige Vollmacht berufen und vermag daher seinen Klienten nicht zu vertreten. Entsprechend muss das Gericht den Anwalt mit prozessleitender Verfügung vom Verfahren ausschliessen. Die Rechtsschriften und Äusserungen des Rechtsanwalts, die er in Verletzung des Interessenkonflikts gemacht hat, können nicht berücksichtigt werden, da sie gegen Art. 12 lit. c BGFA verstossen.

