



Die anwaltliche Doppel- und Mehrfachvertretung im erbrechtlichen Mandat – einige Streiflichter aus der Praxis¹

René Strazzer²

Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. Die Doppel- und Mehrfachvertretung
 - 1. Allgemeines
 - 2. Doppel- und Mehrfachvertretung bei der Rechtsberatung
 - 3. Doppel- und Mehrfachvertretung im Prozess
 - a) Doppelvertretung von gegnerischen Parteien im nämlichen Prozess
 - b) Doppelvertretung von gegnerischen Parteien in mehreren Verfahren
 - c) Doppel- und Mehrfachvertretung mehrerer Parteien im nämlichen Prozess
 - d) Doppel- und Mehrfachvertretung gleicher Parteien im erbrechtlichen Aktivprozess im Besonderen
- III. Anwaltliches Handeln nach dem Tod des Klienten
 - 1. Die Schnittstelle Doppelvertretung/ Willensvollstreckung
 - 2. Die Vertretung des überlebenden Ehegatten gegen die übrigen Erben
- IV. Anwalt und Notar

I. Einleitung

Gemäss Art. 12 lit. c BGFA meiden Anwältinnen und Anwälte³ jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen. Diese Kardinalsnorm des anwaltlichen Berufsrechts hat (auch) im Erbrecht unterschiedlichste Ausprägungen⁴. Eine besondere Bedeutung kommt ihr aufgrund des Umstands zu, dass im Erbrecht die gleichzeitige Beratung oder Vertretung mehrerer Personen erfahrungsgemäss häufiger anzutreffen ist als in anderen Rechtsgebieten. Letztlich ist dies eine Folge des Prinzips der Universalsukzession, das in der überwiegenden Anzahl von Erbfällen mehrere Personen in der Erbengemeinschaft als Zufalls- und Zwangsgemeinschaft zusammenführt, wobei die Erben teils übereinstimmende, teils aber auch widerstreitende Interessen verfolgen.

Im Folgenden sollen einige Konstellationen von anwaltlicher Doppel- und Mehrfachvertretung von Erben aus der Sicht des Praktikers näher beleuchtet werden⁵. Im Vordergrund steht dabei der erbrechtliche Prozess. Daran schliessen sich Bemerkungen zum anwaltlichen Handeln nach dem Tode des Klienten an⁶. Am Schluss drängt sich ein Hinweis zum Anwalt auf, der gleichzeitig als Notar tätig gewesen ist⁷.

1 Der Beitrag geht auf ein Referat zurück, das der Autor in seiner Eigenschaft als Präsident der Fachkommission SAV Erbrecht am 10. Januar 2013 im Rahmen des fünften Spezialisierungskurses Fachanwalt SAV Erbrecht gehalten hat. Die Ausführungen geben ausschliesslich die persönliche Auffassung des Autors wieder und binden weder die Fachkommission SAV Erbrecht noch das Landesgericht des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV), dem der Autor angehört.

2 Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Sticher Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich, www.sszlaw.ch.

3 Im Folgenden wird der besseren Lesbarkeit wegen nur die männliche Ausdrucksweise gewählt, wobei die weibliche Form selbstverständlich stets als miteingeschlossen gilt.

4 Vgl. dazu die illustrativen Ausführungen von BALTHASAR BESSENICH, Interessenkonflikte in erbrechtlichen Mandaten, in: *successio* 7 (2013), 128 ff.

5 Vgl. Ziffer II. nachstehend.

6 Vgl. Ziffer III. nachstehend.

7 Vgl. Ziffer IV. nachstehend.



Die anwaltliche Doppel- und Mehrfachvertretung im erbrechtlichen Mandat – einige Streiflichter aus der Praxis

II. Die Doppel- und Mehrfachvertretung

1. Allgemeines

Bei der Doppel- und Mehrfachvertretung wird herkömmlicherweise unterschieden zwischen der rechtsberatenden Tätigkeit des Anwalts und der Prozessführung⁸. Während im Rahmen der Rechtsberatung ein Anwalt auch für mehrere Personen tätig werden kann, deren Interessen sich widersprechen, setzt im forensischen Bereich eine gemeinsame Vertretung mehrerer Parteien voraus, dass deren Interessen grundsätzlich gleichgerichtet sind.

2. Doppel- und Mehrfachvertretung bei der Rechtsberatung

Wie soeben erwähnt⁹, ist es grundsätzlich zulässig, dass ein Anwalt gleichzeitig mehrere Personen berät, auch wenn diese widerstreitende Interessen verfolgen. Vorausgesetzt ist allerdings stets, dass alle Personen mit dem gemeinsamen Mandat im Wissen um sämtliche Umstände einverstanden sind¹⁰. Ein Anwalt kann daher zum Beispiel im Auftrag mehrerer Erben einen Erbteilungsvertrag erarbeiten, und zwar unabhängig davon, ob diese Erben gleiche oder unterschiedliche Erbquoten haben oder auch etwa ausgleichspflichtige Tatbestände nur bei einem oder einzelnen Erben zu berücksichtigen sind.

Als Praxisrat empfiehlt sich, bei Mandatsbeginn beweisbar und damit schriftlich festzuhalten, ob ein Mandat für alle Beteiligten vorliegt oder ob das Mandatsverhältnis nur zu einer oder einzelnen beteiligten Personen besteht¹¹. Ebenso ist eine klare Regelung der Honorierung des Anwalts angezeigt. Das liegt in dessen eigenem Interesse, denn Solidarschuldnerschaft bei mehreren Klienten entsteht gemäss Art. 143 OR nicht ex lege.

Tritt im Verlaufe der Rechtsberatung nicht zu behobender Dissens unter den Klienten zu Tage, muss der Anwalt *alle* Mandate niederlegen¹². Klar unzulässig ist auch die nachträgliche Vertretung einer

der Parteien bei der Anfechtung des im vorgenannten Beispiel erwähnten Erbteilungsvertrages gegen die übrigen Vertragsparteien¹³.

3. Doppel- und Mehrfachvertretung im Prozess

Bei der Doppel- und Mehrfachvertretung im forensischen Bereich können drei Fallkonstellationen auseinander gehalten werden, nämlich die Doppelvertretung von gegnerischen Parteien im nämlichen Prozess, die Doppelvertretung von gegnerischen Parteien in mehreren Verfahren und – hier im Vordergrund stehend – die Doppel- und Mehrfachvertretung mehrerer Parteien im gleichen Prozess.

a) Doppelvertretung von gegnerischen Parteien im nämlichen Prozess

Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass die gleichzeitige Vertretung von Parteien im Prozess, den diese gegeneinander als Kläger und Beklagter führen, gegen Art. 12 lit. c BGFA verstösst. Eine derartige Doppelvertretung, die als Prävarikation¹⁴ bezeichnet wird, ist ausnahmslos verboten¹⁵.

b) Doppelvertretung von gegnerischen Parteien in mehreren Verfahren

In einem klaren Interessenkonflikt befindet sich auch derjenige Anwalt, der für zwei Klienten gleichzeitig zwei verschiedene Verfahren führt, in welchen sich die Klienten je als Kläger und Beklagter gegenüberstehen. Diese Konstellation hatte das Bundesgericht in einem Urteil vom 28. Oktober 2004 zu beurteilen¹⁶. Der Sachverhalt war im Kern der folgende:

Der Erblasser X hinterliess zwei Erben A und B. In einem Testament richtete er zugunsten von C ein Vermächtnis aus. Rechtsanwalt Y führte für den Erben A Erbteilungsklage gegen den Erben B. Gleichzeitig vertrat Rechtsanwalt Y die C in deren Vermächtnisklage, die sich gegen A und B richtete.

Es erstaunt nicht, dass das Bundesgericht eine solche Doppelvertretung als unzulässig qualifizierte

8 Vgl. statt aller GIOVANNI ANDREA TESTA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Band 122 der Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Zürich 2001, 104.

9 Vgl. Ziffer II.1. vorstehend.

10 Vgl. WALTER FELLMANN, in: WALTER FELLMANN/GAUDENZ ZINDEL (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, Zürich 2011, N 99 zu Art. 12 BGFA.

11 Vgl. GEORG PFISTER, Neues aus der Praxis der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich, in: SJZ 108 (2012), 157 ff., insb. 163.

12 Vgl. WALTER FELLMANN (Fn. 10), N 99 zu Art. 12 BGFA.

13 So ausdrücklich die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich in einem Beschluss vom 7. April 2011 mit Bezug auf einen Aktienkaufvertrag; zitiert nach GEORG PFISTER (Fn. 11), 163 und Fn. 52.

14 Gemäss Fremdwörter-Duden «Amtsuntreue, Parteiverrat».

15 Vgl. WALTER FELLMANN (Fn. 10), N 101 zu Art. 12 BGFA, mit weiteren Hinweisen.

16 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.594/2004 vom 28. Oktober 2004.

und die entsprechende Rechtsauffassung der Vorinstanz, des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau, schützte. Das Bundesgericht führte aus, dass das Verwaltungsgericht zu Recht angenommen hatte, «dass eine derartige Doppelvertretung in einem Prozess im Grundsatz ausgeschlossen ist, ohne dass geprüft werden muss, wo konkret tatsächliche Interessengegensätze bestehen»¹⁷. Das Urteil gab dem Bundesgericht gleich auch noch Gelegenheit, um klarzustellen, dass das Verbot der Doppelvertretung schon im Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde (in casu vor dem Friedensrichter) und nicht erst im gerichtlichen Verfahren greift¹⁸. Das ist nicht mehr als eine Selbstverständlichkeit.

c) Doppel- und Mehrfachvertretung mehrerer Parteien im nämlichen Prozess

Nach übereinstimmender Lehre und Rechtsprechung ist die Vertretung mehrerer Klienten im gleichen Prozess zulässig, soweit und solange deren Interessen übereinstimmen¹⁹. Gemäss Bundesgericht reicht dabei die bloss abstrakte Möglichkeit, dass zwischen den mehreren Vertragsparteien des Anwalts Differenzen auftreten, nicht aus, um auf eine unzulässige Doppelvertretung zu schliessen. Ansonsten – so das Bundesgericht – «wäre es einem Rechtsanwalt überhaupt nie möglich, zwei Personen zugleich zu vertreten, da immer denkbar ist, dass es zwischen diesen auf die eine oder die andere Art zu Meinungsverschiedenheiten bezüglich des Streitgegenstands kommt»²⁰. Der Anwalt hat indes stets sorgfältig zu prüfen, ob die Interessen seiner mehreren Klienten gleichgerichtet sind und bleiben²¹.

Während sich das Bundesgericht schon mehrfach zur Verteidigung verschiedener Angeklagter durch denselben Rechtsanwalt im Strafverfahren geäussert hat²², liegen für das Erbrecht – soweit ersicht-

lich – deutlich weniger höchstrichterliche Entscheidungen vor. Im bereits erwähnten Urteil vom 28. Oktober 2004²³ führte das Bundesgericht immerhin aus, dass auch in Erbschaftsstreitigkeiten eine Doppelvertretung nur bei gewissen Konstellationen zulässig sei; «erforderlich wäre immer, dass noch eine übereinstimmende Zielsetzung der gemeinsam vertretenen Parteien in den hauptsächlichen Streitpunkten angenommen werden kann»²⁴. Das Erfordernis, dass die mehreren Parteien in den hauptsächlichen Streitpunkten übereinstimmenden Ziele verfolgen, betont auch ein Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich²⁵ vom 5. September 1996. Darin wird Folgendes ausgeführt:

«Das Verbot der Doppelvertretung geht von der Vorstellung zweier im Streite liegender Parteien aus, deren Interessen durchwegs gegenläufig sind. Die Erbteilungsklage indes weist Besonderheiten auf: Zum einen ist es eine doppelseitige Klage, bei der auch die beklagte Partei selbständige Begehren stellen kann, ohne selber Widerklage zu erheben; zum anderen ist sie oft verbunden mit Zusatzbegehren, die auf Ungültigerklärung einer letztwilligen Verfügung oder namentlich auf Ausgleichung oder Herabsetzung abzielen. Bei komplexen Streitlagen mit mehreren Erben bilden sich daher oft Gruppen mit gleichen prozessualen Zielen. Solange die übereinstimmende Zielsetzung anhält, ist gegen die gruppenweise Vertretung 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 aus verfahrens- und kostenmässigen Gründen überwiegen. Selbstverständliche Voraussetzung ist dabei, dass die verbundenen Klienten die gemeinsame Vertretung in Kenntnis aller Umstände billigen.»²⁶

In casu verneinte die Aufsichtskommission einen Verstoss gegen das Verbot der Doppelvertretung,

gegen Treu und Glauben verstossend, weil die sechs Beschwerdeführer während drei Jahren vorbehaltlos die Mehrfachverteidigung akzeptiert hätten, obwohl sie schon den Entscheid, in welchem der Anwalt zum amtlichen Verteidiger ernannt worden war, hätten anfechten können. Das Bundesgericht verneinte auch, dass die amtliche Verteidigung in casu nicht effektiv bzw. nicht wirksam gewesen sei.

17 Vgl. BGer (Fn. 16), E. 1.2.

18 Vgl. BGer (Fn. 16), E. 1.3.

19 Vgl. WALTER FELLMANN (Fn. 10), N 105 ff. zu Art. 12 BGFA, mit weiteren Hinweisen.

20 Vgl. BGE 134 II 108 ff., insb. 112.

21 Zu Recht weist HANS NATER, Dynamische Entwicklung des Anwaltsrechts, in: SJZ 109 (2013), 245 ff., insb. 248, darauf hin, dass es in der Praxis wichtig sei, heiklen Situationen mit Augenmass zu begegnen.

22 Vgl. WALTER FELLMANN (Fn. 10), N 107 ff. zu Art. 12 BGFA, mit entsprechenden Hinweisen, sowie etwa das Urteil BGer 6B_1076/2010 vom 21. Juni 2011, in welchem Fall ein Anwalt als amtlicher Verteidiger vor Vorinstanz (Glerner Obergericht) neun Angeklagte (!) vertrat. Das Bundesgericht wertete die ihm unterbreitete Rüge der ungenügenden Verteidigung als zu spät und

23 Vgl. Ziffer II.3.b. vorstehend.

24 Vgl. BGer (Fn. 16), E. 1.2.

25 Heute die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte im Kanton Zürich; vgl. § 18 Abs. 1 des Anwaltsgesetzes des Kantons Zürich vom 17. November 2003.

26 Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich vom 5. September 1996; zitiert nach GIOVANNI ANDREA TESTA (Fn. 8), 110 f.



Die anwaltliche Doppel- und Mehrfachvertretung im erbrechtlichen Mandat – einige Streiflichter aus der Praxis

weil die beiden Beklagten in Kenntnis des Interessengegensatzes eine gemeinsame Vertretung wünschten und noch eine übereinstimmende Zielsetzung in den hauptsächlichen Streitpunkten angenommen werden konnte²⁷.

Wiederum gilt als Grundsatz, dass der Anwalt *alle* Mandate niederlegen muss, wenn sich die Doppel- oder Mehrfachvertretung im Prozess nach den vorstehenden Kriterien als unzulässig erweist²⁸. Nur (ganz) *ausnahmsweise* kann der Anwalt bei einer ursprünglich zulässigen Doppelvertretung das eine Mandat weiterführen, wenn der andere Klient das Mandatsverhältnis auflöst. Hierfür ist vorausgesetzt, dass die Interessen des nicht mehr vertretenen Klienten mit den Interessen des weiterhin Vertretenen nicht kollidieren können. Eine Zustimmung des nicht mehr Vertretenen zur weiteren Mandatsführung indiziert zwar, dass diese Voraussetzung gegeben ist, reicht jedoch für sich allein nicht aus und entbindet den Anwalt nicht von einer sorgfältigen eigenen Prüfung der Situation. Illustrativ ist in diesem Zusammenhang ein Beschluss der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte im Kanton Zürich vom 30. September 1997²⁹. Ihm lag zusammenfassend der folgende Sachverhalt zu Grunde:

Rechtsanwalt Y hatte in einem Erbteilungsprozess zunächst zulässigerweise die beiden beklagten Geschwister A und B vertreten. Nach knapp zwei Jahren Prozessdauer entzog B Rechtsanwalt Y das Mandat und verzichtete in der Folge darauf, sich anwaltlich vertreten zu lassen. Aktenmässig war erstellt, dass B das Mandat vor allem aus Kostengründen beendete; er war der Auffassung, er könne seine Interessen – zusammen mit Rechtsanwalt Y als Vertreter von A – selber genügend wahrnehmen. B gab sodann gegenüber dem Gericht die Erklärung ab, er verlange nicht, dass Rechtsanwalt Y sein Mandat für A niederlege. Des Weiteren war aktenmässig erstellt, dass anlässlich einer Gerichtsverhandlung Rechtsanwalt Y namens seiner Klientin A ausdrücklich erklärte, er schliesse sich einem von B unterbreiteten Teilungsvorschlag und der von diesem angestrebten aussergerichtlichen Einigung an.

Die Aufsichtskommission kam zum Schluss, dass die beiden Beklagten die gleichen Ziele verfolgten und damit zwischen ihnen keine «*Gegensätze beste-*

hen, die eine Gefährdung der Interessen der nicht mehr vom Anwalt vertretenen Partei überhaupt als möglich erscheinen lassen»³⁰.

Meiner Auffassung nach bleibt die Doppel- und Mehrfachvertretung im Prozess heikel. Das primäre Motiv ist erfahrungsgemäss die Kostenersparnis, und so sind (oder scheinen!) die Interessen der mehreren Klienten zu Mandatsbeginn deckungsgleich. Wie verhält es sich aber beispielsweise im Erbteilungsprozess unter vier Geschwistern, in welchem ein Anwalt drei beklagte Parteien vertritt, wenn der Kläger im zweiten Parteivortrag unerwartet und erstmals, aber substantiiert geltend macht, der Erblasser (Vater) hätte einem der Beklagten vor 20 Jahren eine lebzeitige Zuwendung ausgerichtet? Angesichts der zeitlich unbeschränkten «Rückwirkung» von Art. 626 Abs. 2 ZGB bzw. bei einem Ausgleichsdispens von Art. 527 Ziff. 1 ZGB (der objektiven Theorie folgend) ist diese Behauptung für den Prozess relevant. Kann hier der Anwalt der Beklagten die Reihen unter seinen drei Klienten *duplicando* noch geschlossen halten? In jedem Falle ist die Mehrfachvertretung sehr sorgfältig bei Mandatsbeginn zu prüfen, und alle potentiellen Klienten sind – auch dies bei Mandatsbeginn (!) – offen und nachweisbar, mithin schriftlich, über die Problematik aufzuklären.

Im Folgenden soll die Doppel- und Mehrfachvertretung im erbrechtlichen Aktivprozess näher beleuchtet werden.

d) Doppel- und Mehrfachvertretung gleicher Parteien im erbrechtlichen Aktivprozess im Besonderen

Die gleichzeitige Vertretung mehrerer Kläger im *Ungültigkeitsprozess* erscheint grundsätzlich unproblematisch. Es liegt ein Fall von (aktiver) einfacher Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 71 ZPO und nicht von notwendiger Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 70 ZPO vor³¹. Ein gemeinsames Handeln der Kläger, das zwingend die Bündelung von deren Interessen verlangt, ist prozessual nicht erforderlich. Jeder Kläger kann zum Beispiel die Klage einzeln zurückziehen, und gegen ein die Klage abweisendes Urteil kann jeder Kläger einzeln Berufung erheben oder das Urteil akzeptieren. Das Urteil im Ungültigkeitsprozess wirkt denn auch nur *inter partes*³². Wird demnach zum Beispiel

27 Vgl. GIOVANNI ANDREA TESTA (Fn. 8), 111, mit dem Hinweis in Fn. 831, dass es sich hierbei auch nach Auffassung der Aufsichtskommission um einen Grenzfall handelte.

28 Vgl. WALTER FELLMANN (Fn. 10), N 105 zu Art. 12 BGFA, mit weiteren Hinweisen.

29 Vgl. ZR 97 (1998), 56 f.

30 Vgl. ZR 97 (1998), 57.

31 Vgl. z.B. CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Auflage, Zürich 2012, Rz. 12.

32 Vgl. etwa DANIEL ABT, in: Praxiskommentar Erbrecht, 2. Auflage, Basel 2011, N 56 zu Art. 519 ZGB.

von zwei Klägern der eine prozessmüde, und zieht er die Klage zurück, wird für ihn das ursprünglich angefochtene Testament unwiderruflich rechtsbeständig. Darüber hat der Anwalt ihn selbstverständlich (vor dem Klagerückzug!) hinreichend aufzuklären. Er kann aber den Prozess mit dem verbleibenden Kläger fortführen. Mit dem Klagerückzug und dem damit verbundenen definitiven Prozessabstand kann der betreffende (ehemalige) Kläger am weiteren Verlauf des Prozesses keine schützenswerten Interessen mehr haben, die mit den Interessen des verbleibenden Klägers in Konflikt treten könnten³³.

Mit Bezug auf die *Herabsetzungsklage* ist die Rechtslage identisch wie bezüglich der Ungültigkeitsklage. Mehrere pflichtteilsberechtigte Erben können nach Wahl gemeinsam oder unabhängig voneinander gegen eine pflichtteilsverletzende Verfügung von Todes wegen oder Verfügung unter Lebenden klagen³⁴. Jeder Kläger behält wiederum seine eigene Prozesshoheit (Klagerückzug, Vergleich, Ergreifung von Rechtsmitteln).

Anders präsentiert sich die Rechtslage mit Bezug auf diejenigen Prozesse, bei welchen klägerischerseits ein gemeinsames Handeln erforderlich ist, mithin notwendige aktive Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 70 ZPO besteht. Das ist zum Beispiel der Fall bei der *Erbschaftsklage*³⁵ oder auch in bestimmten Konstellationen bei der *Vermächtnisklage*³⁶. In solchen Fällen muss der Anwalt die Interessen der mehreren Kläger bündeln können. Die Kläger sind nicht einzeln, sondern nur gemeinsam am Streitgegenstand berechtigt. Klagt zum Beispiel nur einer, fehlt es an der Aktivlegitimation, und die Klage wird abgewiesen³⁷. Prozesshandlungen, wie

zum Beispiel einen Vergleichsschluss³⁸, können die Kläger nur gemeinsam vornehmen. Auch die Ergreifung eines Rechtsmittels setzt gemäss Art. 70 Abs. 2 Halbsatz 2 ZPO grundsätzlich gemeinsames Handeln der Streitgenossen voraus. Diese aus dem materiellen Recht herrührenden prozessualen Folgen lösen für den klägerischen Rechtsvertreter zu Mandatsbeginn eine dahingehende umfassende Informationspflicht (wiederum in Schriftform) gegenüber seinen Klienten aus. Während des Prozesses zu Tage tretende Interessengegensätze bewirken eigentliche Blockadesituationen. Wie soll sich der Anwalt beispielsweise verhalten, wenn ein Kläger anlässlich der Instruktionsverhandlung den gerichtlichen Vergleichsvorschlag akzeptieren, der andere ihn aber partout ablehnen will? Ein Vergleich kann nicht zustande kommen, und es muss ausprozessiert werden. Zuzufolge des nunmehrigen offensichtlichen Interessengegensatzes unter den Klägern ist aber die Niederlegung beider Mandate durch den Anwalt unausweichlich. Analog ist die Situation bei der von den Klägern unterschiedlich eingeschätzten Frage nach der Einlegung eines Rechtsmittels gegen das erstinstanzliche Urteil. Auch hier führt kein Weg an der Mandatsniederlegung vorbei³⁹.

ein solches vorbehaltlos gegen sich gelten lassen; vgl. dazu etwa DANIEL ABT (Fn. 32), N 7 zu Art. 598 ZGB, mit weiteren Hinweisen. In einem solchen Fall ist ja der die Erklärung Abgebende gerade nicht Kläger und wird vom Anwalt im Prozess nicht vertreten.

33 Inwieweit ein Klagerückzug eines von zwei Klienten unter dem Aspekt der Glaubwürdigkeit des Standpunkts des verbleibenden Klägers nachteilig ist, ist nicht eine Frage des anwaltlichen Berufsrechts, sondern der Prozesstaktik.

34 Vgl. etwa STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, in: Praxis-Kommentar Erbrecht, 2. Auflage, Basel 2011, N 5 zu Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB.

35 Vgl. dazu ausführlich und teilweise auch kritisch THOMAS SUTTER-SOMM/AMIR MOSHE, Die Erbschaftsklage des ZGB (Art. 598–600 ZGB); in: *successio* 2 (2008), 268 ff., insb. 270 ff.

36 So wenn in der betreffenden Verfügung von Todes wegen mehreren Vermächtnisnehmern eine Sache (z.B. ein Grundstück) zur gemeinsamen Berechtigung zugewendet wird. Ob dem so ist, ist Auslegungsfrage und kann seinerseits strittig sein; vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL (Fn. 31), Rz. 254.

37 Nicht weiter eingegangen wird an dieser Stelle auf die Möglichkeit, dass einzelne Kläger dem Prozess fernbleiben können, wenn sie die förmliche Erklärung abgeben, dass sie sich im Voraus einem Urteil unterziehen bzw.

38 Vgl. statt aller ERNST STAEHELIN/SILVIA SCHWEIZER, in: THOMAS SUTTER-SOHM/Franz HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich 2013, N 44 zu Art. 70 ZPO.

39 Damit für denjenigen Kläger, welcher das Urteil anfechten will, nicht ein unwiderruflicher Rechtsverlust droht, wird vertreten, dass er vorläufig und fristwährend das Rechtsmittel allein auch mit Wirkung für den anderen Kläger einlegen kann, worauf ihm die Rechtsmittelinstanz Frist anzusetzen habe, um entweder die Zustimmung des anderen Klägers doch noch beizubringen oder aber eine amtliche Vertretung der Streitgenossen zu bestellen. Im Kontext der Erbschaftsklage wäre dies die Ernennung eines Erbenvertreters im Sinne von Art. 602 Abs. 3 ZGB. Vgl. zum Ganzen etwa TANJA DOMEJ, in: PAUL OBERHAMMER/TANJA DOMEJ/ULRICH HAAS (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, N 24 zu Art. 70 ZPO. Ausserhalb des Erbrechts ist sodann auf BGE 138 III 737 ff. hinzuweisen. In diesem Urteil bejahte das Bundesgericht entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Obergericht des Kantons Zürich), dass im Prozess betreffend Anfechtung der Vaterschaft die Mutter allein ein Rechtsmittel gegen das die Anfechtungsklage gutheissende Urteil einlegen könne, obwohl Mutter und Kind gemäss Art. 256 Abs. 2 ZGB in diesem Prozess notwendige Streitgenossen seien. Im Gegensatz zur Erbschaftsklage als Leistungsklage stellt



Die anwaltliche Doppel- und Mehrfachvertretung im erbrechtlichen Mandat – einige Streiflichter aus der Praxis

Bei der *Erbeilungsklage* schliesslich besteht notwendige Streitgenossenschaft in dem Sinne, als dass alle Erben entweder auf der Kläger- oder der Beklagten Seite in den Prozess eingebunden sein müssen⁴⁰. Der «Prozessstart» ist somit für den Anwalt erst einmal unproblematisch; er vertritt die klagewilligen Erben, deren gemeinsame Interessen natürlich vorausgesetzt, und die nicht Klagewilligen sind auf Beklagten Seite die Prozessgegner, wie viele das auch sein mögen. Heikler wird es aber im Verlaufe des oftmals nur schleppend verlaufenden Prozesses, wenn unter den Klägern Vergleichswillige mit nicht Vergleichswilligen konkurrieren. Hier bietet die Erbteilsabtretung gemäss Art. 635 Abs. 1 ZGB womöglich einen tauglichen Ausweg. Ein solcher Vertrag unter Erben wirkt bekanntlich dinglich⁴¹ und reduziert als subjektiv-partieller Erbteilungsvertrag die Erbengemeinschaft an Köpfen. Entsprechend scheidet der Abtretende von Bundesrechts wegen als Kläger aus dem Erbteilungsprozess aus, und er muss auch nicht als Beklagter in den Prozess eingebunden bleiben. Die Verhandlung und Redaktion des vorerwähnten Abtretungsvertrages durch denselben Anwalt im Auftrag für den ausscheidenden und den übernehmenden Erben ist als Anwendungsfall einer gemeinsamen Rechtsberatung grundsätzlich zulässig⁴². Meines Erachtens steht auch nichts entgegen, dass der Anwalt dann die im Prozess verbleibenden Kläger weiterhin gemeinsam vertreten kann, wiederum die andauernde Interessensübereinstimmung unter diesen restlichen Klägern natürlich vorausgesetzt. Problematisch wird es hingegen nach dem Vorliegen des erstinstanzlichen Urteils, wenn die Kläger bezüglich einer Anfechtung uneins sind. Das Bundesgericht hat entschieden, dass zwar von mehreren Klägern auch nur einer allein im Erbteilungsprozess ein Urteil anfechten kann, doch müssen dann alle übrigen Miterben und damit folgerichtig auch ehemalige nicht mehr prozesswillige Kläger auf der Beklagten Seite im Rechtsmittelverfahren eingebunden sein⁴³. Es

kommt mithin für Letztere zu einem Parteiwechsel⁴⁴. Der ursprünglich alle Kläger vertretende Anwalt sieht seine Klienten unter Umständen plötzlich «verstreut» auf Kläger- und Beklagten Seite. Gezwungenermassen wird er alle Mandate niederlegen müssen.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass die gemeinsame Vertretung mehrerer Kläger im erbrechtlichen Prozess durchaus ihre Tücken hat und vom die Kläger vertretenden Anwalt Sorgfalt und Umsicht verlangt.

III. Anwaltliches Handeln nach dem Tod des Klienten

Mitunter schwierige Fragen von anwaltlichen Interessenkollisionen stellen sich auch nach dem Tode des Klienten. Wird ein Anwalt nach dem Ableben seines Klienten tätig, kann er mit dessen Interessen, den Interessen einzelner Erben des vormaligen Klienten oder auch den Interessen anderer Klienten in Konflikt geraten. Die Praxis lehrt zudem, dass Konstellationen von unzulässigen Doppelvertretungen den Tod des einen Mandanten überdauern können. Zur Veranschaulichung sollen an dieser Stelle zwei Fälle referiert werden, mit denen sich zwei kantonale Aufsichtsbehörden zu befassen hatten.

1. Die Schnittstelle Doppelvertretung/ Willensvollstreckung

Es ist nicht weiter überraschend, dass sich oftmals Willensvollstrecker mit dem Vorwurf einer unzulässigen Interessenkollision konfrontiert sehen⁴⁵. Die Problematik der (Doppel)Tätigkeit für zwei Personen in Kombination mit einer Willensvollstreckerernennung zeigt dabei anschaulich ein Entscheid der Anwaltskammer des Kantons Solothurn vom 3. November 2005⁴⁶:

indessen die Anfechtungsklage gemäss Art. 256 ZGB eine Gestaltungsklage dar, so dass vorderhand offen bleiben muss, inwieweit BGE 138 III 737 ff. im Kontext der Erbschaftsklage einschlägig ist.

40 Vgl. statt aller THOMAS WEIBEL, in: Praxiskommentar Erbrecht, 2. Auflage, Basel 2011, N 11 zu Art. 604 ZGB und N 13 zu Art. 604 ZGB zur auch hier bestehenden Möglichkeit, dass einzelne Erben dem Prozess fernbleiben können; vgl. dazu Fn. 37 vorstehend.

41 Vgl. statt aller RAMON MABILLARD, in: Praxiskommentar Erbrecht, 2. Auflage, Basel 2011, N 15 zu Art. 635 ZGB.

42 Vgl. Ziffer II.2. vorstehend.

43 Vgl. BGE 130 III 550 ff.

44 Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL (Fn. 31), Rz. 209a.

45 Mit Bezug auf das hier nicht weiter zu vertiefende allgemeine Thema «Willensvollstreckung und Interessenkollision» sei beispielhaft verwiesen auf HANS RAINER KÜNZLE, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, Die Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die Willensvollstrecker Art. 517–518 ZGB, Bern 2001, N 7 ff. zu Art. 517–518 ZGB, sowie HANS RAINER KÜNZLE, Interessenkollision Erbrecht: Willensvollstrecker, Notar, Anwalt, in: SJZ 108 (2012), 1 ff.

46 Beschluss der Anwaltskammer des Kantons Solothurn vom 3. November 2005, zitiert nach Walter Fellmann (Fn. 10), N 100b zu Art. 12 BGFA und dort Fn. 670.

Ein Anwalt erarbeitete für zwei Lebenspartner einen Wohnungsgemeinschaftsvertrag. Nach dem Tode eines Partners machte er als dessen Willensvollstrecker und zugunsten von dessen Erben Ansprüche aus diesem Vertrag gegen den anderen Partner geltend. Gemäss der Anwaltskammer war die Androhung einer Betreibung gerade noch zulässig. Weitere Rechtshandlungen (Betreibung etc.) wären unzulässig gewesen. Gemäss WALTER FELLMANN⁴⁷ war bereits die Übernahme des Willensvollstreckermandats problematisch, wenn damals die Interessenkollision zwischen dem Nachlass und dem überlebenden Partner absehbar war.

2. Die Vertretung des überlebenden Ehegatten gegen die übrigen Erben

Es entspricht in der Beratungspraxis einem häufigen Wunsch eines Ehepaars⁴⁸, das gemeinsam seinen Vertrauensanwalt mit der Nachlassplanung beauftragt, dass der Anwalt in den jeweiligen letztwilligen Verfügungen der Ehegatten als Willensvollstrecker eingesetzt werden soll. Dieses Ansinnen sollte meines Erachtens nicht blind realisiert, sondern sorgfältig(er) reflektiert werden. Die Erwartungshaltung der Ehegatten, dass nämlich der Anwalt die Interessen des überlebenden Ehegatten beim Tode des erstversterbenden Ehegatten gegen die übrigen Erben vertreten wird, kollidiert grundsätzlich mit der Neutralitätspflicht des Willensvollstreckers. Dieser kann nicht einseitig die Interessen des überlebenden Ehegatten vertreten, schon gar nicht prozessual. Es ist daher zu erwägen, eine Drittperson als Willensvollstrecker zu bezeichnen oder auf einen solchen gänzlich zu verzichten⁴⁹. Jedenfalls ist auf diese Problematik im Beratungsgespräch hinzuweisen.

Es stellt sich sodann die Frage, ob der Anwalt, der das Ehepaar im Rahmen der Nachlassplanung beraten hat, nach dem Tode des einen Ehegatten den überlebenden Ehegatten *überhaupt* in einem erbrechtlichen Streit mit den übrigen Erben anwaltlich vertreten kann. Einem Entscheid der Aufsichtskommission über die Anwälte und Anwältinnen im Kanton Zürich vom 6. September 2007 zufolge dürfte die Frage zu bejahen sein. Gemäss diesem Entscheid ist es nämlich zulässig, dass ein Anwalt,

der den Erblasser bei der Nachlassregelung beraten hat, die Interessen der überlebenden Ehefrau gegen eines der Kinder vertritt, wenn zwischen dem Erblasser und der Ehefrau kein Interessengegensatz bestehe. Dies sei dann der Fall, wenn der Erblasser und die Ehefrau bestrebt gewesen seien, das betroffene Kind nur minimal zu begünstigen. Das Kind könne sich in Bezug auf die Treuepflicht des Anwalts nicht auf die Universalsukzession berufen und den gleichen Interessenschutz beanspruchen wie der Erblasser selbst. Es sei nämlich nicht davon auszugehen, dass die Treuepflicht des Anwalts gegenüber dem ehemaligen Klienten mit dessen Tod eo ipso auf die Erben übergehe⁵⁰.

Dieser Entscheid ist meines Erachtens nicht unproblematisch. Rein vertrags- bzw. auftragsrechtlich gesehen entscheidet zwar der Auftraggeber, ob die Treuepflicht seines Anwalts im Falle seines Todes auch gegenüber seinen Erben geschuldet ist oder erlischt. Zum Inhalt des Mandats kann es nämlich gerade zählen, dass der (nachmalige) Erblasser sich von seinem Anwalt mit Blick auf eine Benachteiligung eines seiner Kinder hat beraten lassen. Der Erblasser hat möglicherweise auch schon die spätere Rechtsvertretung der überlebenden Ehefrau durch den Anwalt gegen das betroffene Kind mit dem Anwalt ausführlich diskutiert und eine solche Rechtsvertretung ausdrücklich gewünscht. Ist dieser Sachverhalt erstellt – und darüber kann natürlich Streit entstehen –, steht der Mandatsübernahme meines Erachtens grundsätzlich nichts entgegen.

Mit Bezug auf das Anwaltsgeheimnis geht das Bundesgericht indessen davon aus, dass das öffentlich-rechtliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 13 BGFA als *lex specialis* dem privatrechtlichen Auftragsrecht vorgeht und dass der für den Erblasser tätig gewesene Anwalt das Berufsgeheimnis auch gegenüber Informationssuchenden von Erben nach dem Tode seines Klienten wahren muss⁵¹. Im Lichte

47 Vgl. WALTER FELLMANN (Fn. 10), N 100b zu Art. 12 BGFA.

48 Oder auch natürlich eines nicht verheirateten Paares.

49 Vgl. JÜRIG HONEGGER/RENÉ STRAZZER, Rezension Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, Die Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die Willensvollstrecker Art. 517–518 ZGB, in: *successio* 6 (2012), 304 ff., insb. 306.

50 Vgl. Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwälte und Anwältinnen im Kanton Zürich vom 6. September 2007; zitiert nach WALTER FELLMANN (Fn. 10), N 111h zu Art. 12 BGFA.

51 Vgl. BGE 135 III 597 ff. Diesem Urteil lag allerdings ein spezieller Sachverhalt zu Grunde: Die informationsnachsuchende Tochter lag bereits zu Lebzeiten ihres Vaters mit diesem im Streit hinsichtlich Auskünfte über Vermögenswerte der Eltern in der Schweiz. Der Vater hatte in dieser Streitsache einen Rechtsanwalt mit der Wahrung seiner Interessen beauftragt. Nach dem Ableben des Vaters verlangte die Tochter und Alleinerbin Auskunft und Rechenschaft im nämlichen Zusammenhang vom genannten Rechtsanwalt. Dieser hätte somit der vormaligen Gegenpartei Rechenschaft ablegen sollen, wozu er gemäss dem Urteil unter Berufung auf das



Die anwaltliche Doppel- und Mehrfachvertretung im erbrechtlichen Mandat – einige Streiflichter aus der Praxis

dieser Rechtsprechung ist jedenfalls dem Anwalt, der sich in einer Situation wie im obigen Beispiel geschildert vorfindet, zu raten, sich von seinem Klienten in einer ausdrücklichen schriftlichen Erklärung vom Anwaltsgeheimnis entbinden zu lassen⁵². Das Recht zur Entbindung vom Berufsgeheimnis geht nämlich nach der besagten Rechtsprechung nicht auf die Erben über, sondern erlischt mit dem Tod des Klienten⁵³.

IV. Anwalt und Notar

Unzulässige Doppelvertretungen im Erbrecht können sich schliesslich im Zusammenspiel von einem anwaltlichen mit einem notariellen Mandat erge-

ben. Dies gilt natürlich nur in denjenigen Kantonen, in welchen ein Anwalt auch als Notar tätig sein kann. Art. 12 lit. c BGFA bezieht sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgrund seiner offenen Formulierung auf die gesamte berufliche Tätigkeit eines Anwalts⁵⁴, mithin auch auf eine (vorgängige) notarielle Beurkundung beispielsweise eines Ehevertrags, Erbvertrags oder eines Testaments. Das Bundesgericht hat deshalb wiederholt und folgerichtig entschieden, dass ein Anwalt in einer Streitsache, die einen von ihm zuvor öffentlich beurkundeten Sachverhalt betrifft, keine der beteiligten Parteien vertreten kann⁵⁵. Dieses Verbot kann naheliegenderweise auch nicht dadurch unterlaufen werden, dass ein Bürokollege des «gesperrten» Anwalts oder Notars mandatiert wird⁵⁶.

Anwaltsgeheimnis nicht verpflichtet war. Vgl. zu diesem Urteil etwa JÖRG SCHMID/JONAS RÜEGG, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2009 und 2010, in: ZBJV 148 (2012), 885 ff., insb. 950 ff., ANDREA DORJEE-GOOD, Das Anwaltsgeheimnis ist auch gegenüber den Erben des Klienten zu wahren, in: *successio* 4 (2010), 299 ff., und JEAN NICOLAS DRUEY, Das Informationsrecht des Erben – die Kunst, Einfaches kompliziert zu machen, in: *successio* 5 (2011), 183 ff., insb. 187. Nach dem Gesagten darf das Urteil wohl nicht überbewertet werden. Ein genereller Vorrang des Anwaltsgeheimnisses vor Informationssuchen von Erben des verstorbenen Klienten geht jedenfalls meines Erachtens zu weit und widerspricht insoweit dem Prinzip der Universalsukzession.

52 Vgl. ANDREA DORJEE-GOOD (Fn. 51), 305, mit dem (diskutablen) Hinweis in Fn. 34, dass eine solche schriftliche Erklärung ihres Erachtens den Formvorschriften für die Verfügungen von Todes wegen genügen muss, soll sie erst nach dem Tod des Klienten gelten.

53 Vgl. HANS NATER/GAUDENZ ZINDEL, in: WALTER FELLMANN/GAUDENZ ZINDEL (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2. Auflage, Zürich 2011, N 160 zu Art. 13 BGFA.

54 Vgl. BGE 131 I 223 ff., insb. 228.

55 Vgl. sehr illustrativ BGer 2C_518/2009 vom 9. Februar 2010 mit Verweisen in E.4.1 auf BGer 2C_26/2009 vom 18. Juni 2009 E.3.1 und BGer 2C_407/2008 vom 23. Oktober 2008 E.3.3. Dem erstgenannten dieser drei BGer lag eine Ungültigkeitsklage zu Grunde, die ein Anwalt im Auftrage zweier Kläger gegen ein Testament erhoben hatte, um einem früheren Testament zum Durchbruch zu verhelfen, welches derselbe Anwalt als Notar beurkundet hatte und in welchem er überdies als Willensvollstrecker eingesetzt worden war. Das Bundesgericht erkannte mit der Vorinstanz (Obergericht des Kantons Luzern) auf einen Verstoss gegen Art. 12 lit. c BGFA.

56 Vgl. BALTHASAR BESSENICH (Fn. 4), 132.