

Dr. iur. René Strazzer
Fachanwalt SAV Erbrecht *

Dr. iur. Alexandra Zeiter
Fachanwältin SAV Erbrecht *

Dr. iur. Philip R. Bornhauser
LL.M. (Berkeley), MCI Arb *

lic. iur. Salome Barth
Rechtsanwältin *

Konsulent
Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid

Rüdigerstrasse 15
Postfach
CH-8027 Zürich
tel +41 43 266 55 44
fax +41 43 266 55 40
office@szlaw.ch
www.szlaw.ch

Fachanwalt / Fachanwältin SAV Erbrecht

8. Spezialisierungskurs 2020 / 2021

Orientierung über das Fachgespräch und Interessenkollision

Kartause Ittingen, Warth (TG)

3. Dezember 2020

I. Vorbemerkungen (Statistik):

Stand November 2020 (www.sav-fsa.ch):

- Anzahl Aktivmitglieder SAV: 11'201
- Anzahl Fachanwältinnen / Fachanwälte in allen sieben Disziplinen: 926
- Anzahl Fachanwältinnen / Fachanwälte SAV Erbrecht: 138

→ 8.26% aller Aktivmitglieder haben einen Fachanwaltstitel

→ **1.23%** aller Aktivmitglieder sind Fachanwältinnen /Fachanwälte SAV Erbrecht

→ der Fachanwaltstitelträger ist der Spezialist unter den Generalisten

→ gesteigerte Erwartungshaltung des Publikums und der Behörden und Gerichte

→ vgl. für das Erbrecht BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013

II. Merkpunkte für das Fachgespräch

- Vgl. das Dokument "Merkpunkte für das Fachgespräch" vom 28. September 2020
- Zwei Kommissionsmitglieder mit Referentensystem
- Dauer: „*mindestens 30, in der Regel höchstens 60 Minuten*“ (vgl. § 15 Abs. 2 Regl FA)
- Funktion des FG: anhand der beiden Fälle ist im Gespräch „*zu erörtern, wie die gesuchstellende Person die Fälle gelöst hat, was die Behandlung anderer Themen nicht verbietet*“ (vgl. § 15 Abs. 3 des Regl FA)
- Im Vordergrund steht die *konkrete Fallbearbeitung* durch den mandatierten Anwalt (oder den beauftragten Notar); es interessiert das anwaltliche Handwerk, die praktische Tätigkeit
- Vor- und Nachteile einer getroffenen Lösung (z.B. zwei Testamente vs. Erbvertrag; Kombinationen von Eheverträgen und Erbverträgen; Vor- und Nacherbeneinsetzung vs. Nutzniessung etc.)
- Kommunikation mit und Aufklärung der Klientschaft
- Interessenkollisionsproblematiken: siehe nachfolgend Ziffer IV.
- Praktische Handhabung von Willensvollstreckermandaten (Information und Kommunikation mit Erben, Neutralitätspflicht, Erarbeitung Teilungsvertrag, Honorarfragen etc.)
- Prozessuale Tätigkeiten (z.B. Prozesschancenbeurteilung der klagenden Partei, Konzept der Rechtsbegehren, klageweise oder einredeweise Geltendmachung der Herabsetzung oder Ungültigkeit, prozessuale Anträge, Rechtsmittelverfahren etc.)
- Ketzerische Frage: *Würden Sie heute (das heisst nach dem Fachanwaltskurs) das Mandat gleich führen? Inwiefern würden Sie anders agieren?*

III. Weiterbildungsverpflichtung

- Reglement Weiterbildung Fachanwalt/Fachanwältin SAV vom 9. November 2007 mit seitherigen Änderungen (www.sav-fsa.ch)
- Beginn der Weiterbildungsverpflichtung: 1. Januar 2022 bei Titelverleihung im Jahre 2021; Weiterbildungen aus dem Jahr vor Beginn der Weiterbildungsverpflichtung, das heisst vor dem 1. Januar 2022, sind zum Vorholen nicht anrechenbar.
- erforderlich sind 12 credits pro Kalenderjahr (Grundregel: Teilnahme an anrechenbarem Referat im Fachgebiet von 45 Minuten = 1 credit)
- elektronische Deklaration jeweils bis 28. Februar des Folgejahres mit Formular und Teilnahmebescheinigungen (vgl. nochmals www.sav-fsa.ch) gegenüber dem Generalsekretariat SAV
- (stichprobenweise) Kontrolle durch das Generalsekretariat SAV

IV. Problematik von Interessenkollisionen

1. Doppel- oder Mehrfachvertretung im Rahmen der Rechtsberatung

Grundsätzlich zulässig, auch bei widerstreitenden Interessen, soweit alle Parteien zustimmen¹.

Beispiel: Anwalt erarbeitet im Auftrag mehrerer Erben – mit gleichen oder unterschiedlichen Erbquoten – einen Erbteilungsvertrag.

Praxisrat:

- Beweisbare (mithin schriftliche) Klärung, ob ein Mandat für alle Beteiligten vorliegt oder ob das Mandatsverhältnis nur zu einer oder einzelnen beteiligten Personen besteht²
- Klare Regelung der Honorierung (Solidarschuldnerschaft bei mehreren Klienten entsteht gemäss Art. 143 OR nicht ex lege)

Tritt (später) Dissens zu Tage, müssen *alle* Mandate niedergelegt werden. Klar unzulässig ist auch die nachträgliche Vertretung einer der Parteien bei der Anfechtung des im vorgenannten Beispiel erwähnten Erbteilungsvertrages gegen die übrigen Vertragsparteien³.

2. Doppel- und Mehrfachvertretungen im Prozess

- a) Doppelvertretung von gegnerischen Parteien im nämlichen Prozess (Prävarikation⁴)
Ausnahmslos verboten⁵.

¹ Vgl. WALTER FELLMANN, in: WALTER FELLMANN/GAUDENZ ZINDEL (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, Zürich 2011, N 99 zu Art. 12 BGFA, mit weiteren Hinweisen.

² 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.

³ 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. 2), 163 und Fn. 52.

⁴ Gemäss Fremdwörter-Duden „*Amtsuntreue, Parteiverrat*“.

⁵ Vgl. WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, 2. Auflage, Bern 2017, N 380, mit dem wichtigen Hinweis, dass die Billigung der Doppelvertretung durch die Parteien das Verbot nicht aufhebt.

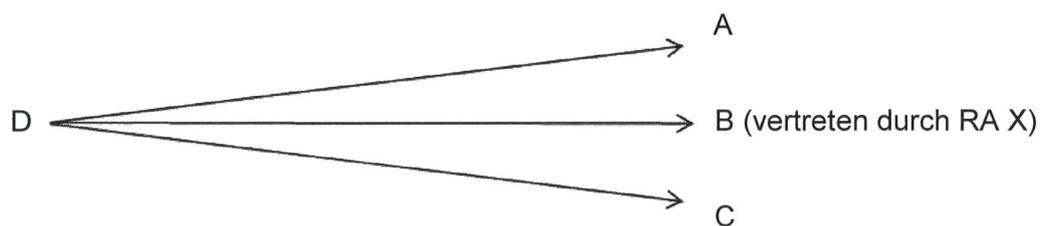
Beispiel:

Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Januar 2014 im Verfahren Nr. LF130072 (Urteil vom 31. Juli 2014 betreffend Einsetzung eines Erbenvertreters nach Art. 602 Abs. 3 ZGB)⁶:

Verfahren 1. Instanz (Bezirksgericht Meilen):

Gesuchsteller:

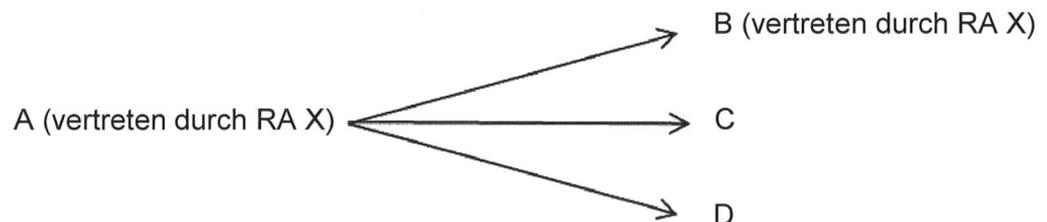
Gesuchsgegner:



Berufungsverfahren (Obergericht des Kantons Zürich):

Berufungskläger:

Berufungsbeklagte:



b) Doppelvertretung von gegnerischen Parteien in mehreren Verfahren

Beispiel⁷:

Kläger:

Beklagte(r):

Klageart:

A —————> B
(vertreten durch RA X)

Erteilungsklage

C —————> A und B
(vertreten durch RA X)

Vermächtnisklage

⁶ Abrufbar unter www.gerichte-zh.ch.

⁷ Vgl. BGer 2A.594/2004 vom 28. Oktober 2004.

Doppelvertretung in dem Sinne, als dass die beiden Klienten von RA X sich in einem von zwei Verfahren als Kläger bzw. Beklagte gegenüberstehen.

Klar unzulässig.

Bundesgericht:

„Das Verwaltungsgericht nimmt zu Recht an, dass eine derartige Doppelvertretung in einem Prozess im Grundsatz ausgeschlossen ist, ohne dass geprüft werden muss, wo konkret tatsächliche Interessengegensätze bestehen“⁸.

Das Verbot der Doppelvertretung greift (selbstverständlich) schon im Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde (z.B. Friedensrichter) und nicht erst im gerichtlichen Verfahren⁹.

c) Doppel- und Mehrfachvertretung gleicher Parteien im nämlichen Prozess

Das Bundesgericht hat sich schon mehrfach zur Verteidigung verschiedener Angeklagter durch denselben Rechtsanwalt im Strafverfahren geäußert¹⁰. Für das Erbrecht liegen – soweit ersichtlich – deutlich weniger höchstrichterliche Entscheidungen vor.

Beispiele:

Bundesgericht:

„...auch in Erbschaftsstreitigkeiten kann eine Doppelvertretung nur bei gewissen Konstellationen zulässig sein; erforderlich wäre immer, dass noch eine übereinstimmende Zielsetzung der gemeinsam vertretenen Parteien in den hauptsächlichen Streitpunkten angenommen werden kann...“¹¹

⁸ Vgl. BGer (Fn. 7), E. 1.2.

⁹ Vgl. BGer (Fn. 7), E. 1.3.

¹⁰ Vgl. WALTER FELLMANN (Fn. 5), N 407, mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Fn. 945. Danach sind Mehrfachverteidigungen durch denselben Anwalt, von besonderen Ausnahmefällen abgesehen, unzulässig.

¹¹ Vgl. BGer (Fn. 7), E. 1.2.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich:

„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.“¹²

In casu kein Verstoß gegen das Verbot der Doppelvertretung, weil die beiden Beklagten in Kenntnis des Interessengegensatzes eine gemeinsame Vertretung wünschten und noch eine übereinstimmende Zielsetzung in den hauptsächlichen Streitpunkten angenommen werden konnte¹³.

Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich:

Mehrere Erben wollen einen weiteren Erben für erbunwürdig erklären lassen und dazu einen gemeinsamen Vertreter mandatieren. Es ist zwar theoretisch möglich, dass die verbleibenden Erben danach über die Nachlassteilung uneins sind und gegeneinander vorgehen wollen. Diese abstrakte Möglichkeit eines Interessen-

¹² Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich vom 5. September 1996; zitiert nach GIOVANNI ANDREA TESTA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Band 122 der Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Zürich 2001, 110 f.

¹³ Vgl. Giovanni Andrea Testa (Fn. 12), 111, mit dem Hinweis in Fn. 831, dass es sich hierbei auch nach Auffassung der Aufsichtskommission um einen Grenzfall handelte.

konflikts hindert den Anwalt jedoch nicht, das Mandat betreffend Erbnwürdigkeit zu übernehmen¹⁴.

Wiederum gilt als Grundsatz, dass der Anwalt *alle* Mandate niederlegen muss, wenn sich die Doppel- oder Mehrfachvertretung nach den vorstehenden Kriterien als unzulässig erweist¹⁵.

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.

Beispiel¹⁶:

RA Y hatte in einem Erbteilungsprozess zunächst zulässigerweise die beiden beklagten Geschwister A und B vertreten. Nach knapp zwei Jahren Prozessdauer entzog B RA 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 Y als Vertreter von A – selber genügend wahrnehmen. B gab sodann gegenüber dem Gericht die Erklärung ab, er verlange nicht, dass RA Y sein Mandat für A niederlege. Des Weiteren war aktenmässig erstellt, dass anlässlich einer Gerichtsverhandlung RA 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

¹⁴ Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich vom 5. Februar 2015 (Geschäfts-Nr. KG150005); zitiert nach ALEXANDER BRUNNER/MATTHIAS-CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRIESI, *Anwaltsrecht*, litera B, Zürich 2015, 126. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts reicht denn auch die bloss theoretische oder abstrakte Möglichkeit gegensätzlicher Interessenlagen nicht, um auf eine unzulässige Vertretung zu schliessen; verlangt wird vielmehr ein sich aus den gesamten Umständen ergebendes konkretes Risiko eines Interessenkonflikts (vgl. BGer 2C_837/2019 vom 29. Januar 2020, E. 5.3., mit weiteren Hinweisen). Für die Annahme einer Verletzung von Art. 12 lit. c BGFA wird freilich nicht vorausgesetzt, dass sich dieses Risiko bereits realisiert hat, und der Anwalt muss sein Mandat auch nicht schlecht oder zum Nachteil des Klienten ausgeführt haben (vgl. nochmals BGer 2C_837/2019 vom 29. Januar 2020, E. 5.3.).

¹⁵ Vgl. WALTER FELLMANN (Fn. 1), N 105 zu Art. 12 BGFA, mit weiteren Hinweisen.

¹⁶ Vgl. Beschluss der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte im Kanton Zürich vom 30. April 1997, in: ZR 97 (1998), 56 f.

kam zum Schluss, dass die beiden Beklagten die gleichen Ziele verfolgten und damit zwischen ihnen keine „Gegensätze bestehen, die eine Gefährdung der Interessen der nicht mehr vom Anwalt vertretenen Partei überhaupt als möglich erscheinen lassen“¹⁷.

Meines Erachtens bleibt die Doppel- und Mehrfachvertretung im Prozess heikel. Das primäre Motiv ist 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 Partivortrag 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 zu informieren.

d) Doppel- und Mehrfachvertretung gleicher Parteien im 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 vor¹⁸. Ein gemeinsames Handeln der Kläger, das zwingend die Bündelung von deren Interessen verlangt, ist prozessual nicht erforderlich. Bereits aus Art. 71 Abs. 3 ZPO folgt, dass jeder Kläger z.B. die Klage einzeln zurückziehen, gegen ein die Klage abweisendes Urteil einzeln Berufung erheben oder das Urteil akzeptieren kann. Das Urteil im Ungültigkeitspro-

¹⁷ Vgl. ZR 97 (1998), 57.

¹⁸ Vgl. z.B. CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Auflage, Zürich 2012, Rz. 12.

zess wirkt denn auch im Grundsatz nur inter partes¹⁹. Wird demnach z.B. 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 könnten²⁰.

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 klagen²¹. 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 Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 70 ZPO besteht. Das ist z.B. der Fall bei der *Erbschaftsklage*²² oder auch in bestimmten Konstellationen bei der *Vermächtnisklage*²³. 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 z.B. nur einer, fehlt es an der Aktive-

¹⁹ Vgl. etwa DANIEL ABT, in: DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 4. Auflage, Basel 2019, N 74 f. zu Art. 519 ZGB, sowie grundlegend und weiterführend BENEDIKT SEILER, *Die erbrechtliche Ungültigkeit*, Habil. 2017, N 126 ff. Die Ungültigkeitsklage einzig gegen die Einsetzung eines Willensvollstreckers verlangt freilich nicht, dass alle Erben und Bedachten in den Ungültigkeitsprozess einbezogen werden. Die Klage kann (nur) von einem Erben erhoben werden, und sie darf sich allein gegen den Willensvollstrecker richten. Das die Klage gutheissende Urteil wirkt auch für die nicht am Prozess beteiligten Miterben; vgl. hierzu BGE 146 III 1 ff. und BENEDIKT SEILER, a.a.O., N 320 ff.

²⁰ 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.

²¹ Vgl. etwa STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, in: DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 4. Auflage, Basel 2019, N 5 zu Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB.

²² Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL (Fn. 18), Rz. 120.

²³ So wenn in der betreffenden Verfügung von Todes wegen mehreren Vermächtnisnehmern eine Sache (z.B. ein Grundstück) zur gemeinsamen Berechtigung zugewendet wird; vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL (Fn. 18), Rz. 254, und DANIEL ABT/NICOLAI BLESKIE, *Sicherung und Durchsetzung von Vermächtnisansprüchen: ZGB, ZPO und/oder SchKG?*, in: AJP 2020, 847 ff., insb. 851. Ob dem so ist, ist Auslegungsfrage und kann seinerseits strittig sein.

gitimation, und die Klage wird abgewiesen²⁴. Prozesshandlungen, wie z.B. einen Vergleichsschluss²⁵, können die Kläger nur gemeinsam vornehmen. Auch die Ergriffung eines Rechtsmittels setzt grundsätzlich gemeinsames Handeln der Streitgenossen voraus (vgl. Art 70 Abs. 2 Halbsatz 2 ZPO). 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 vorbei²⁶.

²⁴ Die Aktivlegitimation ist keine Prozess-, sondern eine Anspruchsvoraussetzung, weshalb bei ihrem Fehlen nicht ein Nichteintretensentscheid, sondern ein die Klage abweisendes Sachurteil ergeht; vgl. z.B. für einen Anwendungsfall bei der einfachen Gesellschaft BGE 142 III 782, E. 3.1.4.

²⁵ Vgl. z.B. ERNST STAEHELIN/SILVIA SCHWEIZER, in: THOMAS SUTTER-SOHN/FRANZ HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich 2016, N 44 zu Art. 70 ZPO; PETER RUGGLE, in: KARL SPÜHLER/LUCA TENCHIO/DOMINIK INFANGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, N 29 zu Art. 70 ZPO.

²⁶ 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 ERNST STAEHELIN/SILVIA SCHWEIZER (Fn. 25), N 50 ff. zu Art. 70 ZPO, sowie TANJA DOMEJ, in: PAUL OBERHAMMER/TANJA DOMEJ/ULRICH HAAS (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, N 24 zu Art. 70 ZPO, mit dem Hinweis, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung dazu tendiere, jedenfalls in Statusprozessen jedem notwendigen Streitgenossen eine selbstständige Rechtsmittellegitimation einzuräumen. Auf dieser Linie liegt denn auch – ausserhalb des Erbrechts – BGE 138 III 737. 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. Vgl. des Weiteren – auch ausserhalb des Erbrechts – BGE 140 III 598. Dieser Entscheid betraf die Anfechtung einer vermierterseitig ausgesprochenen Kündigung durch einen Mitmieter bei einer gemeinsamen Miete. Das Bundesgericht bejahte die Aktivlegitimation des allein klagenden Mitmieters, sofern er neben dem Vermieter auch die übrigen Mitmieter ins Recht fasst, die die Kündigung nicht anfechten wollen. BGE 138 III 737 und BGE 140 III 598 betreffen indessen Gestaltungsklagen, wohingegen die Erbschaftsklage eine Leistungsklage ist. Es ist daher fraglich, ob diese beiden Urteile des Bundesgerichts im Kontext der Erbschaftsklage einschlägig sind.

Bei der *Erteilungsklage* schliesslich besteht notwendige Streitgenossenschaft in dem Sinne, als dass alle Erben entweder auf der Kläger- oder der Beklagtenseite in den Prozess eingebunden sein müssen²⁷. 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 Beklagtenseite 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 dinglich²⁸ 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 gemeinsamen Auftrag für den ausscheidenden und den übernehmenden Erben ist als Anwendungsfall einer Rechtsberatung grundsätzlich zulässig²⁹. Ich sehe auch keinen Hinderungsgrund, 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 Beklagtenseite im Rechtsmittelverfahren eingebunden sein³⁰. Es kommt mithin für Letztere zu einem Parteiwechsel³¹. Der ursprünglich alle Kläger vertretende Anwalt sieht seine Klienten unter Umständen plötzlich „verstreut“ auf Kläger- und Beklagtenseite. Gezwungenermassen wird er alle Mandate niederlegen müssen.

²⁷ Vgl. z.B. THOMAS WEIBEL, in: DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 4. Auflage, Basel 2019, N 11 zu Art. 604 ZGB; DARIO AMMANN, *Die Erteilungsklage im schweizerischen Recht*, Diss. Basel 2020, N 155 f.

²⁸ Vgl. statt aller RAMON MABILLARD, in: DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 4. Auflage, Basel 2019, N 15 ff. zu Art. 635 ZGB.

²⁹ Vgl. vorne, Ziffer IV.1.

³⁰ Vgl. BGE 130 III 550.

³¹ Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL (Fn. 18), Rz. 209a.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass die gemeinsame Vertretung mehrerer Kläger im erbrechtlichen Prozess nicht weniger dornenvoll sein kann als die gemeinsame Vertretung mehrerer Beklagter.

e) Der Parteiwechsel

Unter welchen Umständen kann ein Anwalt ein Mandat gegen einen ehemaligen Klienten führen³²?

Beispiel ((BGer 5A_47/2014 und 5A_48/2014 vom 27. Mai 2014³³):

RA X klagt für A gegen insgesamt sechs Miterben auf Erbteilung, nämlich gegen den Vater, vier Geschwister und eine Nichte von A. Zwei der vier beklagten Geschwister machen geltend, dass RA X sich in einem Interessenkonflikt befinde und er als Parteivertreter von A auszuschliessen sei, weil er seit vielen Jahren der Vertrauensanwalt und Vertrauensnotar des (nun auch beklagten) Vaters E. sei. Quid iuris?

3 Fallkonstellationen sind auseinanderzuhalten:

- a) B ist *gegenwärtiger* Klient von RA X:
Prozessführung gegen B ist in jedem Falle unzulässig, weil Verstoss gegen die Treuepflicht, unabhängig von Sachzusammenhang der Mandate³⁴.
- b) B ist *ehemaliger* Klient von RA X:
Sogenannter Parteiwechsel. Eine Prozessführung ist dann zulässig, wenn der Anwalt ausschliessen kann, dass er aus seinem früheren Mandat für diesen Klienten Kenntnisse gewonnen hat, die unter das anwaltliche Berufsgeheimnis fallen und die er nun in seinem neuen Mandat gegen diesen Klienten in irgendeiner Weise verwenden könnte³⁵.

³² Vgl. allgemein zu diesem sogenannten Parteiwechsel z.B. WALTER FELLMANN (Fn. 5), N 409 ff., und ALEXANDER BRUNNER/MATTHIAS-CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRIESI (FN. 14), 131 f.

³³ Vgl. zu diesen beiden Parallelentscheiden in derselben Streitsache RENÉ STRAZZER, Erbteilungsklage und (mögliche) anwaltliche Interessenkollision, in: successio 2015, 106 ff.

³⁴ Vgl. BGE 134 II 108 ff, 110.

³⁵ Vgl. RENÉ STRAZZER (Fn. 33), 108.

- c) B ist *Vertrauensanwalt bzw. Vertrauensnotar* von RA X:
Hier soll gemäss Bundesgericht ein Vorgehen auch gegen einen ehemaligen Klienten gegen die – insoweit als gesteigert zu betrachtende – Treuepflicht verstossen und deshalb anwaltsrechtlich nicht möglich sein³⁶.

3. Willensvollstrecker und Interessenkollision

Zu verweisen ist vorab auf die Darstellungen von Hans Rainer Künzle³⁷. Im Folgenden äussere ich mich zu drei Konstellationen und weise noch auf einen Spezialfall hin.

a) Der überlebende Ehegatte als WV

Hans Rainer Künzle weist zu Recht darauf hin, dass in der Praxis der überlebende Ehegatte vielfach unüberlegt und zu rasch zum WV ernannt wird³⁸. Der Interessenkonflikt akzentuiert sich nämlich nicht nur bei der erbrechtlichen Auseinandersetzung, sondern bereits im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung.

b) Paar/Ehegatten und jeweilige Einsetzung des beratenden Anwalts als WV

Dieser häufig anzutreffende Wunsch in der Beratungspraxis muss ebenso sorgfältig überlegt sein. Der Vertrauensanwalt des Ehepaars kann als WV im Nachlass des erstversterbenden Ehegatten die Interessen des überlebenden Ehegatten nicht gegen die übrigen Erben vertreten, schon gar nicht prozessual. Akzentuiert zeigt sich diese Problematik bei patch-work-Konstellationen („Klassiker“: der überlebende Ehegatte vs. die – vielfach etwa gleich alten – Kinder des Erblassers aus dessen erster Ehe).

Praxisrat: Einsetzung eines Dritten als WV oder Verzicht auf einen solchen erwägen³⁹, wobei Letzteres gerade bei patch-work-Konstellationen auch wieder nachteilig sein kann.

³⁶ Vgl. BGE 134 II 108 ff., 115.

³⁷ Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2011, N 7 ff. zu Art. 517-518 ZGB, sowie HANS RAINER KÜNZLE, Interessenkollision Erbrecht: Willensvollstrecker, Notar, Anwalt, in: SJZ 108 (2012), 1 ff.

³⁸ Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, in: Berner Kommentar (Fn. 37), N 8 zu Art. 517-518 ZGB.

³⁹ Vgl. JÜRIG HONEGGER/RENÉ STRAZZER, Rezension des Berner Kommentars Künzle, in: successio 2012, 304 ff., insb. 306.

Es bleibt 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 übergehe⁴⁰.

Dieser Entscheid ist m.E. 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 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 m.E. 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 Informationssuchen von Erben nach dem Tode seines Klienten wahren muss⁴¹. Im Lich-

⁴⁰ Beschluss der Aufsichtskommission über die Anwälte und Anwältinnen im Kanton Zürich vom 6. September 2007; zitiert nach WALTER FELLMANN (Fn. 1), N 111h zu Art. 12 BGFA.

⁴¹ Vgl. BGE 135 III 597. 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 ver-

te 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 lassen⁴². Die Erben selbst können den Anwalt nach dem Tode des Klienten nicht mehr entbinden⁴³.

c) Erbe/Vermächtnisnehmer und Willensvollstrecker

Setzt der Erblasser einen Erben oder Vermächtnisnehmer als WV ein, was durchaus nicht selten ist in der Erbrechtspraxis⁴⁴, sind Interessenskollisionsproblematiken gleichsam vorprogrammiert. Ich habe bereits den überlebenden Ehegatten als WV erwähnt⁴⁵.

Die Kollisionsfrage stellt sich sodann regelmässig bei einer Einsprache gegen die Ausstellung der Erbescheinigung im Sinne von Art. 559 Abs. 1 ZGB. Es entspricht zumindest im Kanton Zürich der Gerichtspraxis, dass auf eine derartige Einsprache hin die Erbschaftsverwaltung angeordnet wird, wenn der Erblasser keinen WV ernannt hat. Gibt es einen WV, wird üblicherweise keine Erbschaftsverwaltung angeordnet. Besteht aber beim WV eine Interessenskollision, kommt es zur Erbschaftsverwaltung, und der WV verliert seinen Vorrang gemäss Art. 554 Abs. 2 ZGB, zum Erbschaftsverwalter ernannt zu werden. Die insofern deckungsgleiche Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Obergerichts des Kantons Zürich geht dabei dahin, dass die Doppelstellung als Erbe und WV dem

langte 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 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 2010, 299 ff., und JEAN NICOLAS DRUEY, Das Informationsrecht des Erben – die Kunst, Einfaches kompliziert zu machen, in: successio 2011, 183 ff., insb. 187. Nach dem Gesagten darf das Urteil nicht überbewertet werden. Ein genereller Vorrang des Anwaltsgeheimnisses vor Informationssuchen von Erben des verstorbenen Klienten geht jedenfalls m.E. eindeutig zu weit und widerspricht insoweit dem Prinzip der Universalsukzession. Sachgerecht erscheint die Unterscheidung zwischen (vererblichen) vermögensrechtlichen Belangen des anwaltlichen Mandats und (unvererblichen) nicht vermögensrechtlichen, höchstpersönlichen Belangen.

⁴² Vgl. ANDREA DORJEE-GOOD (Fn. 36), 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.

⁴³ So zumindest die bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. BGE 135 III 597) und, ihr folgend, die Praxis der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürichs; vgl. zu letzterer ALEXANDERBRUNNER/MATTHIAS-CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRIESI (Fn. 14), 188 f.

⁴⁴ Vgl. für ein Beispiel eines Vermächtnisnehmers als WV BGer 5A_725/2010 vom 12. Mai 2011.

⁴⁵ Vgl. Ziffer IV.3. lit. a vorstehend sowie für ein Beispiel aus der jüngeren Bundesgerichtspraxis BGer 5A_895/2016 vom 12. April 2017.

Amt des Erbschaftsverwalters immer entgegensteht und zwar ohne dass ein konkreter Interessenkonflikt erstellt sein muss; es genügt bereits der abstrakte Interessenkonflikt⁴⁶. Das schliesst den WV als Erbschaftsverwalter aus, sobald es sich um einen gesetzlichen oder eingesetzten Erben handelt⁴⁷.

Die Doppelstellung als Erbe und WV löst im Verlaufe des WV-Mandats bei den übrigen Erben des Öftern die Frage aus, ob der (missliebige) WV aufsichtsrechtlich seines Amtes enthoben werden kann. Im Gegensatz zur Rechtslage mit Bezug auf die Erbschaftsverwaltung, wie sie soeben geschildert worden ist, verlangt das Bundesgericht freilich, dass aus dem Interessenkonflikt entweder eine schuldhaft grobe Pflichtverletzung oder eine unverschuldete Unfähigkeit resultiert. Erforderlich ist überdies, dass sich aus der Befangenheit des Erben und WV eine konkrete Gefahr für den Nachlass ergibt und sich die Gefahr durch keine mildere Massnahme beseitigen lässt⁴⁸. Die Hürden für eine erfolgreiche Absetzung des WV-Erben sind mithin sehr hoch⁴⁹.

Schliesslich kann sich Streit mit Bezug auf den WV-Erben auch an der Honorarfrage entzünden. Ein WV hat Anspruch auf ein Honorar, auch wenn er Erbe und juristisch nicht geschult ist. Er ist dann auch berechtigt, als WV einen Rechtsbeistand zu mandatieren. Dessen Kosten gehen grundsätzlich zu Lasten des Nachlasses. Nur werden die übrigen Erben alles andere als begeistert sein, wenn (i) WV-Honorare sowohl beim WV-Erben als auch bei dessen Rechtsbeistand anfallen und (ii) die kostenpflichtigen Bemühungen des Rechtsbeistandes in der Praxis kaum sauber dahingehend abgegrenzt werden können, welche Bemühungen nun die neutrale Beratung des WV zum Gegenstand haben und welche Bemühungen (auch) der Wahrung der Interessen des WV als Erben dienen. Diese Unterscheidung ist realitätsfremd. Die übrigen Erben werden somit zu Recht bean-

⁴⁶ Vgl. zum Ganzen das bereits in Fn. 45 erwähnte Urteil BGer 5A_895/2016 vom 12. April 2017, E. 3.2., dann das nicht publizierte Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2019 (abrufbar unter Angabe der Geschäftsnummer LF190067 unter www.gerichte-zh.ch) sowie ausführlich und mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung RICCARDO BRAZEROL, Der Erbe als Willensvollstrecker, Diss. Bern 2018, Band 22 der Schriften des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern, N 367 ff.

⁴⁷ Vgl. RICCARDO BRAZEROL (Fn. 46), N 403.

⁴⁸ Vgl. RICCARDO BRAZEROL (Fn. 46), N 454 ff., insb. N 482.

⁴⁹ So sah z.B. das Obergericht des Kantons Zürich in einem Urteil vom 18. Oktober 2018 (abrufbar unter Angabe der Geschäftsnummer PF180017 unter www.gerichte-zh.ch) im Gegensatz zum erstinstanzlichen Bezirksgericht keinen Absetzungsgrund darin, dass eine Erbin und Willensvollstreckerin Vorbezüge von CHF 100'000.00 im Sicherungsinventar und im steuerlichen Inventarfragebogen nicht deklariert hatte. Vgl. zu dieser Entscheidung auch HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2018-2019), in: *successio* 2020, 18 ff., insb. 32.

standen, dass sie über das WV-Honorar auch gleich den Rechtsvertreter des Erben mitfinanzieren.

Bereits dieser kurze Abriss zeigt, dass die Nachteile eines Erben als WV die vermeintlichen Vorteile einer solchen Lösung überwiegen⁵⁰. Hinsichtlich der vermeintlichen Vorteile wird ein Erblasser wohl an die Vertrautheit des WV mit den familiären und finanziellen Verhältnissen, an Diskretion und / oder an ein (vermeintlich) moderateres WV-Honorar gegenüber einem externen WV denken. Gleichwohl ist von einem WV-Erben klarerweise abzuraten.

d) Spezialfall: Die Vertretung des WV gegen die Erben

Im Zusammenhang mit der anwaltlichen Beratung und Vertretung eines WV ist ein Augenmerk auch auf die Interessen der Erben, die der WV zu wahren hat, zu richten. Das ist einem Urteil des Bundesgerichts vom 25. März 2019 zu entnehmen⁵¹. Ein Anwalt hatte den Willensvollstrecker beraten, ihn in zwei Zivilprozessen vertreten, und er war Stiftungsrat in der Stiftung des Erblassers⁵². Als eine Erbin ein Strafverfahren gegen den WV im Zusammenhang mit der Nachlassverwaltung initiierte, vertrat der Anwalt den WV in diesem Strafverfahren gegen die Erbin. Darin sah das Bundesgericht mit der Vorinstanz (Verwaltungsgericht des Kantons Zürich) eine Verletzung von Art. 12 lit. a BGFA und schützte die dem Anwalt auferlegte Busse von CHF 1'500.00⁵³. Das Bundesgericht führt aus, dass zwar nur zwischen dem WV und dem Anwalt ein Klientenverhältnis bestehe, aber gleichwohl eine Beziehung zwischen dem Anwalt und den Erben anzunehmen sei, weil der Anwalt eine Hilfsperson des WV sei und insoweit auch die Interessen der Erben zu wahren habe. Im Konflikt zwischen der Erbin und dem WV fehle es deshalb dem Anwalt an der für die Vertretung des WV notwendigen Unabhängigkeit, und er hätte die Übernahme der Vertretung des WV im Strafverfahren ablehnen müssen⁵⁴.

⁵⁰ Bezeichnenderweise schliesst die über 200-seitige Dissertation von RICCARDO BRAZEROL mit dem Satz "Der Erblasser hat die Person des Willensvollstreckers deshalb mit Bedacht zu wählen"; vgl. RICCARDO BRAZEROL (Fn. 46), N 637.

⁵¹ Vgl. BGer 2C_933/2018 vom 25. März 2019.

⁵² Vgl. HANS RAINER KÜNZLE (Fn. 49), 33.

⁵³ Die erste Instanz, die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich, sprach die Busse dagegen wegen Verletzung von Art. 12 lit. c BGFA, nicht Art. 12 lit. a BGFA aus; vgl. BGer 2C_933/2018 vom 25. März 2019, A.

⁵⁴ Vgl. BGer 2C_933/2018 vom 25. März 2019, E. 5.5.2. und E.5.5.3.

Für die Frage, wann eine berufsrechtlich relevante Interessenkollision vorliegt, kann somit nicht einfach nur auf das formelle Kriterium des Bestehens oder Nichtbestehens eines zivilrechtlichen Mandatsverhältnisses abgestellt werden. Es zählt vielmehr eine materielle Betrachtungsweise.

4. **Anwalt und Notar**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezieht sich Art. 12 lit. c BGFA zufolge seiner offenen Formulierung auf die gesamte berufliche Tätigkeit eines Anwalts⁵⁵. Diese kann somit auch eine notarielle Beurkundung eines Ehevertrags, Erbvertrags oder eines Testaments umfassen, soweit der betreffende Anwalt zusätzlich als Notar und Urkundsperson tätig ist. Das Bundesgericht hat daher wiederholt und folgerichtig entschieden, dass ein Anwalt in einer Streitsache, die einen von ihm zuvor als Notar beurkundeten Sachverhalt betrifft, keine der beteiligten Parteien vertreten kann⁵⁶.

5. **Einwilligung in eine Interessenkollision?**

Können Klienten rechtsverbindlich einwilligen, dass der Anwalt ein Mandat in einer Interessenkollision führt? Können so an sich unzulässige Doppel- oder Mehrfachvertretungen "geheilt" werden?

Wie gesehen⁵⁷, kann die Frage bei einer beratenden Tätigkeit des Anwalts grundsätzlich bejaht werden. Bei Prozessmandaten wird demgegenüber eine Einwilligung nach verbreiteter Lehrmeinung als nicht zulässig erachtet⁵⁸. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfen Anwälte, von besonderen Ausnahmefällen abgesehen, keine Mehrfachvertretungen von Mitbeschuldigten ausüben. Dies gilt selbst dann, wenn die Mandanten der Doppelvertretung zustimmen⁵⁹. In zwei weiteren, ebenfalls das Strafrecht betreffenden Fällen hat das Bundesgericht den absoluten Charakter des Verbots

⁵⁵ Vgl. BGE 131 I 223 ff., 228.

⁵⁶ Vgl. im erbrechtlichen Kontext sehr illustrativ BGer 2C_518/2009 vom 9. Februar 2010. Diesem Urteil 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.

⁵⁷ Vgl. vorne, Ziffer IV.1.

⁵⁸ Vgl. ALEXANDERBRUNNER/MATTHIAS-CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRIESI (Fn. 14), 136.

⁵⁹ Vgl. BGer 1B_120/2018 vom 29. Mai 2018, E. 5.3.; BGer 1B_611/2012 vom 29. Januar 2013, E. 2.2.

des Interessenkonflikts betont, woran eine Einwilligung der Klientschaft nichts ändere⁶⁰. In der Tat stellt Art. 12 BGFA eine öffentliche-rechtliche Bestimmung dar, was einer Einwilligung in eine Interessenkollision als einem Akt der Parteidisposition entgegenstehen dürfte⁶¹. Dazu kommt, dass jeder Klient die Zustimmung, so sie denn überhaupt als zulässig erachtet würde, jederzeit mit Wirkung ex nunc widerrufen kann⁶². Auf einmal erteilte Einwilligungen ist daher kein Verlass.

M.E. kann eine unzulässige Doppel- oder Mehrfachvertretung nicht durch Einwilligungen der Klientschaft behoben werden.

⁶⁰ Vgl. BGer 1A.223/2002 vom 18. März 2003, E. 5.2, und BGer 1P.227/2005 vom 13. Mai 2005, E. 3.1.

⁶¹ Vgl. zum Ganzen weiterführend BENOÎT CHAPPUIS, *Le consentment du client et les chinese walls*, in SJZ 2015, 409 ff, welcher Autor eine solche Einwilligung für unwirksam hält, und KASPAR SCHILLER, *Einwilligung in einen Interessenkonflikt*, in SJZ 2013, 576 ff., der eine solche Zustimmung bei einer "informed decision" der Klienten für grundsätzlich möglich erachtet.

⁶² Vgl. z.B. KASPAR SCHILLER (FN. 61), 580.