

Dr. Walter Sticher
Fachanwalt SAV Erbrecht

Dr. René Strazzer
Fachanwalt SAV Erbrecht

Dr. Alexandra Zeiter
Fachanwältin SAV Erbrecht
Lehrbeauftragte an den
Universitäten Luzern und Zürich

Waffenplatzstrasse 18
Postfach 2088
CH-8027 Zürich
tel +41 43 266 55 44
fax +41 43 266 55 40
office@sszlaw.ch
www.sszlaw.ch

Fachanwalt / Fachanwältin SAV Erbrecht

6. Spezialisierungskurs 2015 / 2016

Orientierung über das Fachgespräch und Interessenkollision

Kartause Ittingen, Warth (TG), den 14. Januar 2016

I. Merkpunkte für das Fachgespräch

- Zwei Kommissionsmitglieder mit Referentensystem
- Dauer: „*mindestens 30, in der Regel höchstens 60 Minuten*“ (vgl. § 15 Abs. 1 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 mandatieren Anwalt (oder den beauftragten Notar); es interessiert das anwaltliche Handwerk, die praktische Tätigkeit
- Vor- und Nachteile einer getroffenen Lösung (z.B. 2 Testamente vs. Erbvertrag; Vor- und Nacherbeneinsetzung vs. Nutzniessung; klageweise oder einredeweise Geltendmachung der Herabsetzung oder Ungültigkeit etc.)
- Kommunikation mit und Aufklärung der Klientschaft
- Interessenkollisionsproblematiken: siehe nachfolgend Ziffer III.
- 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, prozessuale Anträge, Rechtsmittelverfahren etc.)
- Ketzerische Frage: *Würden Sie heute (das heisst nach dem Fachanwaltskurs) das Mandat gleich führen? Inwiefern würden Sie anders agieren?*

II. Weiterbildungsverpflichtung

- Reglement Weiterbildung Fachanwalt/Fachanwältin SAV vom 9. November 2007 (www.sav-fsa.ch)
- Beginn der Weiterbildungsverpflichtung: 1. Januar 2017 bei Titelverleihung im Jahre 2016
- erforderlich sind 12 credits pro Kalenderjahr (Grundregel: Teilnahme an Vortrag von 45 Minuten = 1 credit)
- Deklaration jeweils bis 28. Februar des Folgejahres mit Formular und Teilnahmebescheinigungen (vgl. nochmals www.sav-fsa.ch) gegenüber dem Generalsekretariat SAV

III. 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 (Fn. 1), N 101 zu Art. 12 BGFA, mit weiteren Hinweisen.

b) Doppelvertretung von gegnerischen Parteien in mehreren Verfahren

Beispiel⁶: Erblasser X hinterlässt zwei Erben A und B. In einem Testament richtet er zugunsten von C ein Vermächtnis aus. RA Y führt für den Erben A Erbteilungsklage gegen B. Gleichzeitig vertritt RA Y die C in deren Vermächtnisklage, die sich gegen A und B richtet.

Doppelvertretung in dem Sinne, als dass die beiden Klienten von RA Y 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“⁷.

Das Verbot der Doppelvertretung greift (selbstverständlich) schon im Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde (z.B. Friedensrichter) und nicht erst im gerichtlichen Verfahren⁸.

c) Doppel- und Mehrfachvertretung gleicher Parteien im nämlichen Prozess

Das Bundesgericht hat sich schon mehrfach zur Verteidigung verschiedener Angeklagter durch denselben Rechtsanwalt im Strafverfahren geäußert⁹. Für das Erbrecht liegen – soweit ersichtlich – deutlich weniger höchstrichterliche Entscheidungen vor.

⁶ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.594/2004 vom 28. Oktober 2004.

⁷ Vgl. BGer (Fn. 6), E. 1.2.

⁸ Vgl. BGer (Fn. 6), E. 1.3.

⁹ Vgl. WALTER FELLMANN (Fn. 1), N 107 ff. zu Art. 12 BGFA, mit entsprechenden Hinweisen, sowie etwa das Urteil des 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 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. Einen Interessenkonflikt bejahte das Bundesgericht demgegenüber in BGE 141 IV 257 ff. Hier wollte ein Anwalt alle sechs Beschuldigten verteidigen.

Beispiel:

„...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...“¹⁰

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.“¹¹

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 konnte¹².

¹⁰ Vgl. BGer (Fn. 6), E. 1.2.

¹¹ 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.

¹² Vgl. Giovanni Andrea Testa (Fn. 11), 111, mit dem Hinweis in Fn. 831, dass es sich hierbei auch nach Auffassung der Aufsichtskommission um einen Grenzfall handelte.

Wiederum gilt als Grundsatz, dass der Anwalt *alle* Mandate niederlegen muss, wenn sich die Doppel- oder Mehrfachvertretung nach den vorstehenden Kriterien als unzulässig erweist¹³.

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.

Beispiel¹⁴:

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 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“¹⁵.

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 wel-

¹³ Vgl. WALTER FELLMANN (Fn. 1), N 105 zu Art. 12 BGFA, mit weiteren Hinweisen.

¹⁴ Vgl. Beschluss der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte im Kanton Zürich vom 30. April 1997, in: ZR 97 (1998), 56 f.

¹⁵ Vgl. ZR 97 (1998), 57.

chem 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 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 vor¹⁶. 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 Ungültigkeitsprozess wirkt denn auch im Grundsatz nur *inter partes*¹⁷. 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 kei-

¹⁶ Vgl. z.B. CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Auflage, Zürich 2012, Rz. 12.

¹⁷ Vgl. etwa DANIEL ABT, in: DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. Auflage, Basel 2015, N 74 f. zu Art. 519 ZGB.

ne schützenswerten Interessen mehr haben, die mit den Interessen des verbleibenden Klägers in Konflikt treten könnten¹⁸.

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 klagen¹⁹. 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*²⁰ oder auch in bestimmten Konstellationen bei der *Vermächtnisklage*²¹. 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 Aktivlegitimation, und die Klage wird abgewiesen. Prozesshandlungen, wie z.B. einen Vergleichsschluss²², können die Kläger nur gemeinsam vornehmen. Auch die Ergreifung 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

¹⁸ 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.

¹⁹ Vgl. etwa STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, in: DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 3. Auflage, Basel 2015, N 5 zu Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB.

²⁰ Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL (Fn.16), Rz. 120.

²¹ 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.16), Rz. 254.

²² Vgl. statt aller ERNST STAEHELIN/SILVIA SCHWEIZER, in: THOMAS SUTTER-SOHN/FRANZ HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2. Auflage, Zürich 2013, N 44 zu Art. 70 ZPO.

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 vorbei²³.

Bei der *Erbeilungsklage* schliesslich besteht notwendige Streitgenossenschaft in dem Sinne, als dass alle Erben entweder auf der Kläger- oder der Beklagenseite in den Prozess eingebunden sein müssen²⁴. 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 Beklagenseite 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 dinglich²⁵ und reduziert als subjektiv-partieller Erbteilungsvertrag die Erbengemeinschaft an Köpfen. Entsprechend scheidet der Abtretende von Bundesrechts wegen als Kläger aus dem Erbeilungsprozess aus, und er muss auch nicht als Beklagter in den Prozess eingebunden bleiben. Die Verhandlung und Redaktion

²³ 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, 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 ff. 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 ff. 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 ff. und BGE 140 III 598 ff. 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.

²⁴ Vgl. statt aller THOMAS WEIBEL, in: DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 3. Auflage, Basel 2015, N 11 zu Art. 604 ZGB.

²⁵ Vgl. statt aller RAMON MABILLARD, in: DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 3. Auflage, Basel 2015, N 15 zu Art. 635 ZGB.

des vorerwähnten Abtretungsvertrages durch denselben Anwalt im gemeinsamen Auftrag für den ausscheidenden und den übernehmenden Erben ist als Anwendungsfall einer Rechtsberatung grundsätzlich zulässig²⁶. 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 sein²⁷. Es kommt mithin für Letztere zu einem Parteiwechsel²⁸. Der ursprünglich alle Kläger vertretende Anwalt sieht seine Klienten unter Umständen plötzlich „verstreut“ auf Kläger- und Beklagtenseite. Gezwungenermassen wird er alle Mandate niederlegen müssen.

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.

3. Willensvollstrecker und Interessenkollision

Ich verweise vorab auf die Darstellungen von Hans Rainer Künzle²⁹ und möchte nur zwei Konstellationen hervorheben.

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 wird³⁰. Der Interessenkonflikt akzentuiert sich nämlich nicht nur bei der erbrechtlichen Auseinandersetzung, sondern bereits im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung.

²⁶ Vgl. vorne, Ziffer III.1.

²⁷ Vgl. BGE 130 III 550 ff.

²⁸ Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL (Fn. 16), Rz. 209a.

²⁹ 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.

³⁰ Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, in: Berner Kommentar (Fn. 29), N 8 zu Art. 517-518 ZGB.

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 erwägen³¹, wobei Letzteres gerade bei patch-work-Konstellationen auch wieder nachteilig sein kann.

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 übergehe³².

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

³¹ Vgl. JÜRIG HONEGGER/RENÉ STRAZZER, Rezension des Berner Kommentars Künzle, in: *successio* 2012, 304 ff., insb. 306.

³² 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.

gung 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 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 Informationsersuchen von Erben nach dem Tode seines Klienten wahren muss³³. Im Lichte 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 lassen³⁴. Die Erben selbst können den Anwalt nach dem Tode des Klienten nicht mehr entbinden³⁵.

c) Schnittstelle Doppelvertretung/WV

Abschliessend sei auf einen Entscheid der Anwaltskammer des Kantons Solothurn hingewiesen, der die Problematik der (Doppel)Tätigkeit für zwei Personen

³³ 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 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 Informationsersuchen 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.

³⁴ Vgl. ANDREA DORJEE-GOOD (Fn. 33), 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.

³⁵ So zumindest die bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. BGE 135 III 597 ff.) und, ihr folgend, die Praxis der Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürichs; vgl. zu Letzterer ALEXANDERBRUNNER/MATTHIAS-CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRIESI, *Anwaltsrecht*, litera B, Zürich 2015, S. 188 f.

in Kombination mit einer WV-Einsetzung anschaulich aufzeigt³⁶. Ein Anwalt erarbeitete für zwei Lebenspartner einen Wohngemeinschaftsvertrag. Nach dem Tode eines Partners machte er als dessen WV und zugunsten von dessen Erben Ansprüche aus diesem Vertrag gegen den anderen Partner geltend. Gemäss der Anwaltskammer war die Androhung einer Betreuung gerade noch zulässig. Weitere Rechtshandlungen (Betreibung etc.) wären unzulässig gewesen. Gemäss WALTER FELLMANN³⁷ war bereits die Übernahme des WV-Mandats problematisch, wenn damals die Interessenkollision zwischen dem Nachlass und dem überlebenden Partner absehbar war.

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 Anwalts³⁸. 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 kann³⁹.

³⁶ Beschluss der Anwaltskammer des Kantons Solothurn vom 3. November 2005, zitiert nach *Walter Fellmann* (Fn. 1), N 100b zu Art. 12 BGFA und Fn. 670.

³⁷ Vgl. WALTER FELLMANN (Fn. 1), N 100b zu Art. 12 BGFA.

³⁸ Vgl. BGE 131 I 223 ff., insb. 228.

³⁹ 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.