

Anwaltsrubrik/La page de l'avocat

Einwilligung in einen Interessenkonflikt?

Dr. iur. Kaspar Schiller, Rechtsanwalt (Winterthur)

I. Klarer Grundsatz – unklare Einwilligung

Es ist eine unbestrittene Selbstverständlichkeit: Der Anwalt ist verpflichtet, das übernommene Mandat einzig und allein im Interesse des Klienten zu führen. Insbesondere darf er nicht von widersprechenden Interessen beeinflusst sein. Das Verbot von Interessenkonflikten wird zu Recht als unverzichtbarer Pfeiler des Anwaltsrechts verstanden¹.

So klar und unbestritten der Grundsatz des Konfliktverbots ist, so unterschiedlich sind die Meinungen zur Frage, ob der Klient verbindlich einwilligen kann, dass der Anwalt ein Mandat im Konflikt führt. Das Bundesgericht lehnt die Möglichkeit einer Einwilligung pauschal ab mit dem Hinweis auf den absoluten Charakter des Verbots². Verschiedene Autoren teilen diese Auffassung ohne weitergehende Begründung³. Der ehemalige Präsident der Aufsichtskommission des Kantons Zürich vertritt demgegenüber die Meinung, eine Einwilligung des Klienten sei zulässig, mit Ausnahme des direkten Interessenkonflikts⁴. Wieder andere Autoren bejahen grundsätzlich die Zulässigkeit einer Einwilligung bei *Beratungsmandaten*, verneinen sie aber im Wesentlichen bei *Prozessmandaten*⁵. Die Podiumsdiskussion am Anwaltskongress 2013 in Luzern, die dieser Frage gewidmet war, hat die Differenzen der Auffassungen in aller Deutlichkeit aufgezeigt. Im Berufsalltag der An-

wälte und Anwältinnen ist die Frage der Einwilligungsmöglichkeit von grosser praktischer Bedeutung. Eine verlässliche Praxis wäre ein dringendes Bedürfnis für den Anwalt und die Anwältin, vor allem aber für den Klienten.

II. Grundlagen und Funktion des Konfliktverbots

Aufgrund des vereinbarten Auftrags ist der Anwalt verpflichtet, jedes Mandat nur im Interesse seines Auftraggebers zu führen, vorbehaltlos und ohne Rücksicht auf andere⁶. Eine getreue Mandatsführung ist unmöglich, wenn der Anwalt sich von gegenläufigen Interessen beeinflussen lässt. Weicht er mit Rücksicht auf die Interessen anderer vom Mandatsinhalt ab, verletzt er seine vertraglichen Pflichten gegenüber dem Klienten. Insofern unterscheiden sich Anwälte und Anwältinnen nicht von anderen Beauftragten wie Ärzten, Ingenieuren, Architekten oder Treuhändern. In zweierlei Hinsicht sind jedoch Beeinflussungen bei Anwälten ungleich problematischer als bei anderen Dienstleistern:

- Anders als andere Dienstleister wahren die Anwälte und Anwältinnen die Interessen ihrer Klienten häufig gegen die Interessen Dritter, die dem Klienten die Ausübung seiner Rechte verwehren.
- Bei anderen Dienstleistern fehlt sodann meistens die *rechtsstaatliche Dimension*: Die Anwälte und An-

wältinnen sind Berater und Vertreter von *Rechtsuchenden*. Damit kommt ein zusätzliches, öffentlich-

¹ Urteil vom 18. März 2003, 1A.223/2002, E. 5.2; *Bohnet/Martenet*, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, N 1395 f.; *Chappuis*, La profession d'avocat, Tome I: Le cadre légal et les principes essentiels, Zürich 2013, S. 81; *Valticos*, Commentaire Romand, Loi sur les avocats, Basel 2010, Art. 12 N 144; *Schiller*, Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich, Zürich 2009, N 777.

² Urteil vom 13. Mai 2005, 1P.227/2005, E. 3.1.

³ *Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 639; *Späh*, Aus der neueren Rechtsprechung der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, SJZ 91 1995 397 ff., 401; VZR (Hrsg.), Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zürich 1988, 131; vgl. auch *Testa*, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Zürich 2001, 115 f.

⁴ *Pfister*, Aktuelle Entscheide zur Interessenkollision, Plädoyer 4 2010 66 ff., 68; ebenso *Schiller* (Fn. 1) N 825 ff.

⁵ Vgl. Urteil vom 18. März 2003, 1A.223/2002, E. 5.2; *Bohnet/Martenet* (Fn. 1) N 1403; *Chappuis*, Les conflits d'intérêts de l'avocat et leurs conséquences à la lumière des évolutions jurisprudentielle et législative récentes, in: La pratique contractuelle 3, Zürich 2012, 69 ff., 88; *Fellmann*, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, Art. 12 N 99 ff. und 103c (ders. mit praktisch identischem Wortlaut in: Anwaltsrecht, Bern 2010, N 333 ff., im Folgenden wird daher nur der Kommentar zitiert); *Valticos* (Fn. 1) Art. 12 N 147; *Testa* (Fn. 3) 104 ff.; *Wolffers*, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Zürich 1986, 141.

⁶ Selbstverständlich immer im Rahmen der Rechtsordnung.

rechtliches Element hinzu. Wenn sich Anwälte von fremden Interessen leiten lassen, behindern sie ihre Klienten beim *Zugang zum Recht*. Der freie Markt kann die Konfliktfreiheit der Anwaltstätigkeit nicht gewährleisten. Rechtsstaaten werden deshalb den Anwälten im öffentlichen Interesse verbieten, Mandate im Konflikt zu führen. In der Schweiz ist dies mit Art. 12 lit. c BGFA⁷ geschehen. Da der Zugang zum Recht ein verfassungsmässiger Anspruch ist, kommt dem anwaltlichen Verbot von Interessenkonflikten Verfassungsrang zu⁸.

III. Geschützte Klienteninteressen

Der Interessenkonflikt ist das *Dilemma* des Anwalts, ob er sich nur von den Interessen seines Klienten oder auch von anderen Interessen leiten lassen soll. Das Gesetz definiert nicht, welches die geschützten «Interessen ihrer Klienten» gemäss Art. 12 lit. c BGFA sind, mit denen andere Interessen nicht im Konflikt stehen dürfen.

a) Vertragliche Pflichten des Anwalts

Vertraglich kann der Klient von seinem Anwalt nur ein Verhalten einfordern, auf das er einen Anspruch hat. Und wo der Anwalt seinem Klienten gegenüber nicht verpflichtet ist, kann er auch nicht in ein Dilemma geraten. Massgeblich für den Umfang der geschützten Interessen müssen deshalb die *vertraglich vereinbarten Pflichten des Anwalts, der Anwältin gegenüber dem Klienten* sein. Geschützt sind nicht alle Interessen des Klienten, sondern nur die *anvertrauten* Interessen, zu deren Wahrung und Respektierung sich der Anwalt mit dem Mandat verpflichtet hat.

Wenn sie ihre vertraglichen Pflichten gegenüber ihren Klienten beeinflusst und ohne Rücksicht auf andere Interessen führen, erfüllen die Anwälte auch ihre *rechtsstaatliche* Funktion⁹. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist ein berufsrechtliches Konfliktverbot in weiter gehendem Umfang nicht erforderlich.

Immerhin wäre denkbar, dass der Gesetzgeber im öffentlichen Interesse eine Ausdehnung des *berufsrechtlichen* Schutzes in einer bestimmten Richtung ausdrücklich anordnet, z.B. ein absolutes Verbot, gegen alle gegenwärtigen und ehemaligen Klienten tätig zu werden, oder einen umfassenden Schutz aller Interessen des Klienten, also auch irgendwelcher persönlichen Vorlieben oder Marotten, die mit dem Mandat nichts zu tun haben. Möglich wäre auch, dass nicht nur der Konflikt verboten werden soll, sondern auch bereits das Risiko oder die Gefahr eines Konflikts. Ein solcher weiter gehender Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit bedürfte indes einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage und müsste von einem überwiegenden öffentlichen Interesse

gerechtfertigt sein. Zudem wäre der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten¹⁰. Abgesehen davon, dass überaus fraglich ist, ob ein überwiegendes öffentliches Interesse an einem solchen Eingriff besteht und ob die Verhältnismässigkeit gewahrt wäre, fehlt im Schweizer Recht die erforderliche Gesetzesgrundlage. Allgemein gehaltene Formulierungen genügen nicht. Nötig wäre ein genügend bestimmter Rechtssatz¹¹. Der Schweizer Gesetzgeber hat darauf verzichtet, den Schutz über die Vertragspflichten des Anwalts gegenüber dem Klienten über das vertraglich und rechtsstaatlich Erforderliche hinaus auszudehnen¹².

Massgebend für den Umfang der vom Konfliktverbot nach Art. 12 lit. c BGFA geschützten «Interessen ihrer Klienten» sind somit die *vertraglichen Pflichten der Anwälte und Anwältinnen gegenüber ihren Klienten*. Wie weit diese Pflichten im Einzelnen gehen, ergibt sich aus dem konkreten Mandat. Wie jeder andere Beauftragte hat der Anwalt alles zu tun, was der Erreichung des Mandatserfolgs dienlich sein kann, und alles zu unterlassen, was den Mandatserfolg gefährdet¹³. Interessen des Klienten, die für den Mandatserfolg nicht von Bedeutung sind, braucht der Anwalt nicht zu beachten. Er kann auch nicht in einen Konflikt geraten, wenn er sie ignoriert oder sogar gegen sie handeln mag.

b) Festlegung durch den Klienten

Der Klient weiss selber am besten, welche Interessen für ihn von Bedeutung sind und welche er von seiner Anwältin gewahrt haben möchte. Mit dem Mandat legt er den Umfang der geschützten Interessen nach seinen eigenen Vorstellungen fest. Ein Mandatskonflikt kann demnach vermieden werden, indem der Umfang des

⁷ Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000 (SR 935.61).

⁸ Schiller (Fn. 1) N 101 und 781.

⁹ Vorn Ziff. II.

¹⁰ Häfelin/Müller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. A., Zürich 2012, N 302 ff.

¹¹ Häfelin/Müller/Keller (Fn. 10) N 307 ff.

¹² BGE 135 II 145, E. 9.1 und 134 II 108, E. 4.2.2 betr. Risiko oder Gefahr eines Konflikts.

¹³ Z.B. Hausheer/Aebi-Müller, Berner Kommentar ZGB, Bd. I/1, Bern 2012, Art. 2 N 132; Weber, Basler Kommentar OR I, 5. A., Basel 2011, Art. 398 N 8; Hofstetter, Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/6, Basel 2000, 35.

Mandats so vereinbart wird, dass es mit keinem anderen Mandat der Anwältin im Widerspruch steht. Das ist nicht unüblich. Beispielsweise können sowohl der Gläubiger als auch der Schuldner eine gütliche Lösung anstreben und trotz ihrer ursprünglich diametral entgegengesetzten Vorstellungen zur Durchsetzung bzw. Abwehr eines Anspruchs ein gemeinsames Vergleichsmandat erteilen.

Wo kein Konflikt vorliegt, stellt sich auch die Frage der Einwilligung nicht. Die Umschreibung des Mandats, bei der ein Konflikt gar nicht erst entsteht, ist daher nicht zu verwechseln mit der *Einwilligung* in eine Mandatsführung im Konflikt.

IV. Einwilligung

A. Grundsätzliche Zulässigkeit der Einwilligung

Wenn die vom Konfliktverbot geschützten Klienteninteressen aufgrund der Pflichten des Anwalts gegenüber dem Klienten bestimmt werden¹⁴, muss die Einwilligung in einen Konflikt dann zulässig sein, wenn der Klient *über die Ansprüche aus diesen Pflichten frei verfügen kann*.

a) Vertragsrecht

Auftragsrechtlich ist der Beauftragte nur seinem Auftraggeber verpflichtet. Es gibt keinen Grund, weshalb der Auftraggeber auf seine vertraglichen Ansprüche nicht verzichten und in eine Konfliktsituation des Beauftragten einwilligen können soll. Die auftragsrechtliche Zulässigkeit der Einwilligung scheint denn auch von niemandem infrage gestellt zu werden.

b) Berufsrecht

Das anwaltliche Berufsrecht ist *öffentliches Recht*, das im öffentlichen Interesse angeordnet und der Verfü-

gungsfreiheit Privater grundsätzlich entzogen ist. Mit Blick auf die rechtsstaatlich unabdingbare Funktion des Konfliktverbots ist dem Bundesgericht zuzustimmen, wenn es den absoluten Charakter von Art. 12 lit. c BGFA betont¹⁵. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt jedoch, dass einschränkende öffentlich-rechtliche Normen nur so weit ausgelegt werden, als es für die Verwirklichung deren Zielsetzung notwendig ist¹⁶. Für die Frage der Zulässigkeit der Einwilligung in eine Konfliktsituation wird daher entscheidend sein, welches die Zielsetzung und das Schutzobjekt des Konfliktverbots von Art. 12 lit. c BGFA ist. Schützt das Konfliktverbot *nur die individuellen Interessen des Klienten*, muss der Schutz zu seiner Disposition stehen. Soll dagegen Art. 12 lit. c BGFA weiter gehen und zusätzlich auch andere Rechtsgüter schützen, wird die Einwilligung nicht möglich sein.

Das Konfliktverbot ist Ausfluss der *Treuepflicht* der Anwälte und Anwältinnen gegenüber ihren Klienten. Die Treue ist nicht dem Staat, nicht einem Dritten, sondern einzig und allein dem Klienten geschuldet. Dies gilt insbesondere auch für das öffentliche Berufsrecht: Im Rechtsstaat muss der Zugang des Bürgers zum Recht garantiert sein. Verletzt der Anwalt die Treuepflicht gegenüber seinem Klienten und nimmt er Rücksicht auf gegenläufige Interessen, beeinträchtigt er dessen Zugang zum Recht. Das öffentliche Interesse am Konfliktverbot besteht gerade darin, *den individuellen Klienten beim Zugang zum Recht zu schützen*¹⁷. Das berufsrechtliche Konfliktverbot geht inhaltlich nicht weiter als der privatrechtliche, individuelle Anspruch. Es bewehrt diesen jedoch im öffentlichen Interesse zusätzlich mit öffentlich-rechtlichen Sanktionen.

Es ist nicht ersichtlich, dass aus rechtsstaatlichen Gründen ein weitergehendes Konfliktverbot erforderlich wäre. Insbesondere die gelegentlich als Grundlage für das Konfliktverbot genannte anwaltliche *Unabhängigkeit*¹⁸ und das daraus abgeleitete *Vertrauen in die Anwälte, in die Anwaltschaft oder in das Justizwesen*¹⁹ allgemein können keine zusätzlichen Pflichten der Anwälte und Anwältinnen gegenüber Dritten oder gegenüber dem Staat begründen. Denn wenn solche Pflichten bestünden, müsste der Anwalt auch auf diese anderen Interessen Rücksicht nehmen. Und wenn diese Interessen dem Mandat widersprechen, dürfte der Anwalt für seinen Klienten nicht mehr alles tun, was dem Mandatserfolg dient²⁰. Das wäre nicht nur eine Vertragsverletzung, sondern würde vor allem auch den Zugang des Klienten zum Recht beeinträchtigen. Das Vertrauen in die Anwälte, in die Anwaltschaft und in die Rechtspflege wird am besten dadurch erreicht, dass die Anwälte engagiert und unbeeinflusst ausschliesslich die Interessen jedes einzelnen ihrer Klienten wahren und diesem zu seinem Recht verhelfen. Dasselbe gilt auch für die anwaltliche Unabhängigkeit allgemein. Es wäre

¹⁴ Vorn Ziff. III.

¹⁵ Urteile vom 18. März 2003, 1A.223/2002, E. 5.2 und vom 13. Mai 2005, 1P.227/2005, E. 3.1.

¹⁶ Vgl. BGE 130 II 87, E. 4.1 und 4.2; Urteil vom 7. September 2012, 2C_237/2011, E. 4.

¹⁷ Schiller (Fn. 1) N 218.

¹⁸ Z.B. BGE 130 II 87, E. 4.2; Fellmann (Fn. 5) Art. 12 N 57; einlässlich Schiller (Fn. 1) N 1028; ders., Anwaltliche Unabhängigkeit - Wozu? Wie Weit? Wovon? und Unabhängigkeit nach BGFA, Anwaltsrevue 10 2011 421 ff. und 428 f.

¹⁹ Fellmann (Fn. 5) Art. 12 N 54 und 85.

²⁰ Vorn Fn. 13.

schwer zu begründen, welches öffentliche Interesse ein Konfliktverbot rechtfertigen soll, das der betroffene Klient nicht will. Grundsätzlich muss der Klient gültig einwilligen können, dass der Anwalt ein Mandat im Konflikt führt.

Denkbar wäre immerhin, dass der Gesetzgeber über die rechtsstaatliche Notwendigkeit hinaus ginge und die Möglichkeit der Einwilligung in einen Interessenkonflikt beschränken oder ausschliessen würde. Ein solches Verbot einer Einwilligung müsste jedoch als Eingriff in die Privatautonomie des Klienten und in die Wirtschaftsfreiheit des Anwalts im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Beides wäre kaum erfüllt. Vor allem aber fehlt in der Schweiz eine ausreichende Gesetzesgrundlage in dieser Richtung.

Das öffentlich-rechtliche Konfliktverbot von Art. 12 lit. c BGFA schützt somit ausschliesslich die *individuellen Interessen* des Klienten. Auf diesen individuellen Schutz kann der Klient verzichten.

B. Grenzen der Einwilligung: direkter Konflikt

In bestimmten Situationen kann der Anwalt aufgrund widersprechender Pflichten schlechthin *nicht in der Lage* sein, sowohl die Interessen des Klienten im vereinbarten Umfang zu wahren als auch andere übernommene Pflichten zu erfüllen (direkter Konflikt)²¹. Der klassische Fall des direkten Konflikts ist die Vertretung

zweier Gegenparteien, wobei die eine Partei einen Anspruch durchsetzen will, die andere sich aber demselben Anspruch widersetzt. Der Anwalt ist beim besten Willen nicht in der Lage, beide Mandate gleichzeitig zu erfüllen. Denn der Beauftragte ist verpflichtet, alles zu unterlassen, was den Mandatserfolg stört oder gefährdet²². Diese Pflicht verletzt aber der Anwalt, wenn er sich dem Anspruch widersetzt, den er durchsetzen muss. Die beiden Mandate stehen begriffsnotwendig in unlösbarem Widerspruch. Es lässt sich kein Mandat vorstellen, das der Anwalt erfüllen muss und gleichzeitig bekämpfen darf. Die Einwilligung zum direkten Konflikt ist denkunmöglich.

Abgesehen vom Fall des direkten Konflikts ist der Anwalt jedoch in der Lage, seine Mandate im alleinigen Interesse des Klienten zu führen, vorbehaltlos, uneingeschränkt und ohne jede Rücksichtnahme auf andere – und zwar auch dann, wenn er in mehr oder weniger enger Beziehung zu anderen Personen mit widersprechenden Interessen steht. Demnach muss die Einwilligung in die Führung solcher Mandate zulässig sein²³.

C. Voraussetzung einer Einwilligung: informed decision

Die Einwilligung des Klienten ist jedoch nur soweit verbindlich, als er die Tragweite der Einwilligung beurteilen kann. Der Klient muss wissen, wozu er einwilligt. Dazu gehören *alle relevanten Elemente der Chancen und Risiken solcher Mandate*, nicht zuletzt auch die jederzeitige Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung, das Risiko einer Mandatsniederlegung und der damit verbundenen Vor- und Nachteile. Die Einwilligung kann sich immer nur auf eine *konkrete überblick-*

bare Situation und deren Konsequenzen beziehen. Pauschale Einwilligungen sind deshalb nicht verbindlich.

Da die Anwältin die Konsequenzen einer Einwilligung häufig ungleich besser beurteilen kann als der Klient, kommt der anwaltlichen *Aufklärung* des Klienten eine wesentliche Bedeutung zu. Diese Aufklärung erfordert in aller Regel, dass der Anwalt vertrauliche Informationen anderer Klienten offenlegt. Dies wiederum ist nur soweit zulässig, als der betroffene Geheimnisherr von der *Schweigepflicht* entbunden hat²⁴. Die Schweigepflicht wird daher eine Einwilligung zur Mandatsführung in einer Konfliktsituation häufig verunmöglichen.

D. Einzelfragen

a) Trotz Einwilligung: keine Rücksichtnahme auf Drittinteressen

Einwilligung zur Mandatsführung im Konflikt ist nicht das Einverständnis zu Rücksichtnahmen auf Drittinteressen. Trotz Einwilligung bleibt die Anwältin verpflichtet, das Mandat einzig und allein im Interesse des Klienten zu führen, d.h. alles zu unterlassen, was den Mandatserfolg gefährdet²⁵. Wenn die Anwältin auf widersprechende Interessen anderer Rücksicht nimmt, gefährdet sie den Mandatserfolg und verletzt den Vertrag mit ihrem Klienten. Die Einwilligung bedeutet lediglich, dass die Anwältin das Mandat führen darf, obschon objektiv anzunehmen ist, dass sie in der konkreten Situation auf Drittinteressen Rücksicht nimmt. Der Klient vertraut aber darauf, dass die Anwältin das nicht tut.

Für den Klienten kann durchaus von Vorteil sein, eine bestimmte Anwältin zu beauftragen, obschon eine Konfliktsituation vorliegt. So kann der Klient die Person, die besondere Nähe

²¹ Pfister (Fn. 4) 68; Schiller (Fn. 1) N 834 und 863 ff.

²² Vorn Fn. 13.

²³ Vgl. aber hinten Ziff. V.

²⁴ Art. 13 BGFA; Art. 321 StGB.

²⁵ Vorn Fn. 13.

der Anwältin zur Sache oder ihre Vorkenntnisse als derartigen Vorteil erachten, dass dieser Vorteil das Risiko einer Rücksichtnahme auf andere Interessen überwiegt. Er kann auch bereit sein, das Risiko einer Beeinflussung der Anwältin in Kauf zu nehmen, weil er überzeugt ist, dass die Anwältin die beiden verschiedenen Interessen trennen kann und sich bei ihrer Mandatsführung nicht beeinflussen lässt, insbesondere wenn seine eigenen Interessen im widersprechenden Punkt von untergeordneter Bedeutung sind. Weder das Auftragsrecht noch Berufsrecht verbieten der Anwältin, solche Mandate zu führen, sofern die betroffenen Klienten das wünschen.

b) Einwilligung bei Beratungs- oder Prozessmandaten

Ohne Bedeutung ist die Unterscheidung von Prozess- oder Beratungsmandaten²⁶. Ob der Anwalt seine Pflicht zur unbeeinflussten, vorbehaltlosen Mandatsführung erfüllen kann, hängt vom Umfang seiner Pflichten gegenüber dem Klienten ab, also primär vom *Mandatsinhalt* und von der *Verwendungsmöglichkeit vertraulicher Informationen*²⁷. Bei Beratungs- oder Verhandlungsmandaten ist der Anwalt genauso zur unbeeinflussten Mandatsführung verpflichtet wie bei Prozessmandaten. Eine Einwilligung ist daher bei Prozessmandaten nicht weniger zulässig als bei Beratungsmandaten. So kann der Anwalt gleichzeitig, aber in verschiedenen Verfahren widersprechende Prozessziele vertreten, widersprüchliche Tatsachen behaupten oder Rechtsstandpunkte einnehmen. Voraussetzung ist nur, dass kein direkter Konflikt vorliegt, d.h., dass der Anwalt in der Lage ist, beide Prozesse vollständig unabhän-

gig voneinander, einzig und allein im Interesse jedes Klienten zu führen. Wenn die betroffenen Klienten in voller Kenntnis der Risiken einverstanden sind und diese in Kauf nehmen, ist die Führung solcher Prozesse nicht unzulässig.

c) Einwilligung bei Strafverteidigungen

Irrelevant ist auch, ob es sich um eine Straf-, um eine Zivil- oder um eine Verwaltungssache handelt²⁸. In Zivil- oder Verwaltungssachen ist der Anwalt nicht weniger als im Strafrecht verpflichtet, das Mandat im ausschliesslichen Interesse des Klienten zu führen. Richtig ist immerhin, dass Konflikte im Strafverfahren regelmässig besonders heikel und die Risiken eines Konflikts besonders hoch sind.

d) Erteilung und Wegfall der Einwilligung

Die Einwilligung ist an *keine Form* gebunden und kann auch konkludent erteilt werden, was jedoch nicht leichthin anzunehmen ist. Zur Beweissicherung empfiehlt sich dringend, die Einwilligung zu dokumentieren.

Die Einwilligungen aller betroffenen Personen müssen zu *jedem Zeitpunkt der Konfliktsituation* vorliegen. Das bedeutet einerseits, dass sie einzuholen sind, bevor ein Konflikt entsteht, und andererseits dass sie während der gesamten Dauer des Mandats vorliegen müssen. Aber auch nach Mandatsbeendigung können Konflikte entstehen, insbesondere mit Nebenpflichten des Anwalts, die das Mandat überdauern²⁹.

Sollte der Klient nach erteilter Einwilligung – berechtigt oder unberechtigt – den Eindruck gewinnen, dass der Anwalt Rücksichten auf andere nimmt, wird er seine Einwilligung wi-

derrufen. Der Widerruf wirkt *ex nunc*. Immerhin wird man davon ausgehen dürfen, dass die Einwilligung weiterhin erteilt bleibt, wenn der Klient trotz Kenntnis einer veränderten, problematischer gewordenen Situation nicht widerruft. Der Anwalt, die Anwältin hat sich jedoch bei einer Mandatsführung im Konflikt ständig zu vergewissern, ob der Klient die Tragweite seiner Einwilligung beurteilen kann. Im Zweifel ist der Klient aufzuklären³⁰. Erlaubt die Schweigepflicht die erforderliche Aufklärung nicht, darf nicht mehr von einer Einwilligung ausgegangen werden.

Wenn eine Einwilligung während des laufenden Mandats wegfällt, bleibt regelmässig ein Vertraulichkeitskonflikt³¹ bestehen, womit der Anwalt nicht nur das Mandat dieses Klienten niederlegen muss, sondern auch alle übrigen betroffenen Mandate.

V. Vorsicht, Zurückhaltung und Stil

Auch wenn die Mandatsführung im Konflikt mit der Einwilligung des Klienten rechtlich zulässig wäre, bedeutet das noch nicht, dass dies stets auch klug und sinnvoll ist. Es kann nicht genug betont werden, dass bei der Übernahme solcher Mandate im Konflikt äusserste Vorsicht und Zurückhaltung geboten ist. Die Mandatsführung ist trotz des Einverständnisses der betroffenen Klienten stets *heikel*

²⁶ Vorn Ziff. I.

²⁷ Schiller (Fn. 1) N 805–822.

²⁸ Anders Bohnet/Martenet (Fn. 2) N 1420 ff. und 1425 ff.; Valticos (Fn. 2) Art. 12 N 151.

²⁹ Z.B. Vertraulichkeit, Informations-, Rechenschafts- oder Herausgabepflichten.

³⁰ Vorn Ziff. IV. C.

³¹ Nater, Aktuelle Anwaltspraxis 2005, Bern 2005, 837; Schiller (Fn. 1) N 816 ff.

und erfordert ein hohes Mass an *Wachsamkeit, Korrektheit und Loyalität* des Anwalts und der Anwältin. Während des laufenden Mandats kann jede neue Entwicklung dazu führen, dass einer der Klienten unter den veränderten Umständen nicht mehr einverstanden ist. Anders als bei der Anpassung des Mandatsinhalts³² geht es nicht um separate Mandate, die sich grundsätzlich nicht stören, sondern um Mandate im Konflikt, die nur so lange geführt werden dürfen, als die Klienten in voller Kenntnis der Konsequenzen einverstanden sind. Der Anwalt hat sich somit laufend Rechenschaft abzulegen, ob er seine Klienten ausreichend über die Situation informiert und ob er die erforderlichen Informationen geben darf, oder ob zuerst eine zusätzliche Entbindung eingeholt werden muss.

Ob ein Mandat mit Berührungspunkten zu Mandaten anderer Klienten oder gar mit gegenläufigen Interessen geführt werden soll, ist allein *im Interesse jedes betroffenen Klienten* zu prüfen. Stets muss der Anwalt in

der Lage sein, die Interessen jedes seiner Klienten im vereinbarten Umfang vorbehaltlos zu wahren. Der Klient muss wissen und darauf vertrauen können, dass sein Anwalt, seine Anwältin sich engagiert und voll und ganz seine Interessen wahrte, wie es vereinbart worden ist. Niemals darf der Klient den Eindruck gewinnen, der Anwalt führe das Mandat gleichsam mit angezogener Handbremse.

Auch wenn die Mandatsführung rechtlich zulässig sein mag, wird sich der Anwalt bei der Gefahr, bei Risiken oder auch beim Anschein eines Konflikts sorgfältig überlegen müssen, ob er in einer solchen Situation tätig werden und den Eindruck erwecken will, er trage verschiedene Hüte. In der Romandie spricht man in diesem Bereich zwischen Recht und Stil von *élégance* oder *délicatesse*³³. Es sind «Das-macht-man-nicht»-Situationen, die allgemein oder nach den Wertvorstellungen des Anwalts als ungehörig angesehen werden, aber vom Recht nicht sanktioniert sind. Zumeist wird es klüger sein, die Finger von solchen Mandaten zu lassen und zu empfehlen, einen anderen Anwalt oder eine andere Anwältin zu mandattieren.

VI. Ergebnisse

Welche Klienteninteressen vom Konfliktverbot geschützt sind, beurteilt sich einzig aufgrund der mit dem Mandat vereinbarten vertraglichen Pflichten des Anwalts.

In aller Regel kann der Klient zur Mandatsführung in einer Konfliktsituation gültig zustimmen. Ausgeschlossen ist dies nur bei direkten Konflikten.

Voraussetzung für die Einwilligung des Klienten ist, dass der Klient die Tragweite seiner Einwilligung beurteilen kann. Dabei spielt die Aufklärung des Anwalts eine bedeutende Rolle.

Die Schweigepflicht kann eine ausreichende Aufklärung und damit eine Einwilligung des Klienten verhindern.

Mandate mit Berührungspunkten zu gegenläufigen Interessen anderer, auf die der Anwalt, die Anwältin üblicherweise Rücksicht nehmen würde, sind immer heikel.

Häufig ist es klüger, solche Mandate abzulehnen, auch wenn der Klient einwilligt und die Annahme und Führung des Mandats rechtlich zulässig sein mag.

³² Vorn Ziff. III. a. E.

³³ Chappuis (Fn. 1) 86.