

Zivilprozessrecht - Vertretungsbefugnis Art. 12 BGFA - KGE (Einzelrichter der Zivilkammer) vom 1. Juli 2020, X. c. Y. - TCV C3 20 69

Mandatsniederlegung aufgrund eines Interessenkonflikts bei einer Kanzleigemeinschaft

- Für die Beurteilung einer Interessenkollision wie auch der Befangenheit eines im Nebenamt als Richter oder juristischer Sekretär tätigen hauptberuflichen Rechtsanwalts, wird seine Kanzleigemeinschaft als Einheit behandelt (E. 3.2).
- Rechtsanwälte der gleichen Kanzleigemeinschaft dürfen nicht gleichzeitig als juristischer Schreiber einer KESB und als Rechtsvertreter einer der Parteien in diesem oder einem anderen Verfahren tätig sein; die zeitliche Reihenfolge der Befassung mit der Sache bestimmt, welcher Bürokollege sein Amt bzw. sein Mandat niederlegen muss bzw. ein solches nicht annehmen darf (E. 3.3 - 3.4, 4.1 - 4.2 und 4.6).
- Anwendungsfall (E. 4.3 - 4.6 und 5).

Dépôt du mandat d'un avocat en raison d'un conflit d'intérêts au sein d'une étude

- Lors de l'appréciation de l'existence d'un conflit d'intérêts, comme s'agissant de la prévention d'un collègue avocat actif à titre accessoire comme juge ou greffier, son étude est considérée comme un tout (consid. 3.2).
- Les avocats d'une même étude ne peuvent simultanément être greffier d'une APEA et représentant d'une partie, dans cette procédure ou dans une autre ; la chronologie de l'intervention dans le dossier détermine quel collègue doit déposer respectivement ne pas accepter le mandat (consid. 3.3 - 3.4, 4.1 - 4.2 et 4.6).
- Cas d'application (consid. 4.3 - 4.6 et 5).

Sachverhalt und Verfahren (gekürzt)

Im Verfahren um Abänderung der Eheschutzmassnahmen beanstandete der Ehemann Y. die Vertretung der Ehefrau X. durch Rechtsanwalt A., weil dessen Bürokollege Rechtsanwalt B. zugleich im Kindesschutzverfahren als juristischer Berater der KESB amte. Das Bezirksgericht verpflichtete Rechtsanwalt A. mit Verfügung vom 30. April 2020, das Mandat als Prozessvertreter der Ehefrau X. niederzulegen, was diese beim Kantonsgericht anfocht.

Aus den Erwägungen

3. (...)

3.2 Für die Beurteilung der Befangenheit eines nebenamtlichen Richters, der hauptberuflich als Anwalt tätig ist, wird in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Anwaltskanzlei des Richters einheitlich betrachtet. Nach der Rechtsprechung ergibt sich ein Anschein der Befangenheit auch daraus, dass nicht ein nebenamtlicher Richter selbst, sondern ein anderer Anwalt seiner Kanzlei ein Mandat mit einer Prozesspartei unterhält bzw. kurz zuvor oder im Sinne eines Dauerverhältnisses mehrmals unterhalten hat. Begründet wird dies damit, dass der Mandant nicht nur von seinem Ansprechpartner innerhalb der Anwaltskanzlei, sondern von deren Gesamtheit Solidarität erwarte. Die einheitliche Betrachtung entspricht auch dem anwaltlichen Berufsrecht, das im Hinblick auf einen Interessenkonflikt alle in einer Kanzleigemeinschaft zusammengefassten Anwälte wie einen Anwalt behandelt (BGE 140 III 221 E. 4.3.1, 139 III 433 E. 2.1.5; Bundesgerichtsurteil 4A_663/2018 vom 27. Mai 2019 E. 3.5). In der Regel können die Verfahrensbeteiligten als Aussenstehende die interne Organisation, die personelle Zusammenarbeit, die finanziellen Anreize bzw. die Informationsflüsse innerhalb der Kanzlei nicht durchschauen. Angesichts der Tragweite des Anspruchs auf einen unparteiischen und unbefangenen Richter kommt es daher nicht auf die interne personelle oder finanzielle Beteiligung des nebenamtlichen Richters bei der Wahrnehmung des betreffenden Mandats an (vgl. BGE 139 III 433 E. 2.1.5).

3.3 Mit der spezifischen Frage, ob ein Rechtsanwalt als juristischer Schreiber der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und sein Büropartner als Parteivertreter auftreten kann, hat sich das Kantonsgericht bereits früher befusst (vgl. C1 14 77 vom 2. September 2014 E. 1.4, abrufbar im Internet). Damals wurde zwar kein Ausstand von den Parteien geltend gemacht, aber das Kantonsgericht erachtete es als angezeigt, die Ausstandspflichten in Erinnerung zu rufen. Es führte dazu aus, bei objektiver Betrachtung bestehe der Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit, wenn der juristische Schreiber der KESB und der Parteivertreter der gleichen Bürogemeinschaft angehören würden. Die KESB werde eingeladen, den Ausstandsgründen künftig Beachtung zu schenken und insbesondere dafür besorgt zu sein, dass ein anderer Schreiber bei der KESB mitwirke, wenn ein Rechtsanwalt der Kanzlei eine der Parteien vertrete.

3.4 Im Lichte der vorerwähnten Rechtsprechung (E. 3.2 und 3.3) hält das Kantonsgericht an dieser Auffassung fest: Ein Rechtsanwalt erscheint als juristischer Schreiber der KESB befangen, wenn ein anderer Anwalt seiner Kanzlei zugleich eine der Prozessparteien in diesem oder einem anderen Verfahren vertritt. Dem können die anderen Parteien mit einem Ausstandsbegehren begegnen (Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 47 ff. ZPO; Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. analog Art. 35 Abs. 1 lit. a RPfIG; vgl. ZWR 2019 S. 235). Das Ausstandsbegehren ist unverzüglich zu stellen; wer von einem Ablehnungsgrund tatsächlich Kenntnis hat oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit Kenntnis haben müsste und sich dennoch auf das Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Geltendmachung (vgl. BGE 143 V 66 E. 4.; Bundesgerichtsurteil 5A_877/2019 vom 25. November 2019 E. 6).

Vorliegend vertritt ein anderer Rechtsanwalt der gleichen Kanzlei die Kindsmutter im Eheschutzverfahren und nicht im Verfahren vor der KESB selbst, aber die Situation entspricht den vorerwähnten Konstellationen, in welchen das Bundesgericht von einem Ausstandsgrund ausgeht. Ein Ausstandsgesuch gegen den juristischen Schreiber der KESB wurde nicht gestellt. Ob ein solches verspätet wäre, braucht nicht geprüft zu werden, weil das Vertretungsverbot für den Parteivertreter zuerst ausgesprochen wurde und dies nun hier zu beurteilen ist.

4.1 Was für einen nebenamtlichen Richter den Ausstand zur Folge haben kann, hat unter Umständen auch für dessen Bürokollegen, welcher eine der Prozessparteien vertritt, Konsequenzen. Stellt ein Gericht einen konkreten Interessenkonflikt fest (Art. 12 lit. c BGFA), kann es vom Rechtsanwalt verlangen, das Mandat niederzulegen (Bundesgerichtsurteil 5A_51/2019 vom 7. Oktober 2019 E. 3.4.1). (...)

4.2 Art. 12 lit. c BGFA hält fest, dass Anwälte jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen zu vermeiden haben, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen. Die entsprechende Treuepflicht gegenüber dem Klienten ist umfassender Natur und erstreckt sich auf alle Aspekte des Mandatsverhältnisses. Aus dieser umfassenden Treue- und Unabhängigkeitspflicht ergibt sich insbesondere auch ein Verbot von Doppelvertretungen: Der Anwalt darf nicht in ein und derselben Streitsache Parteien mit gegenläufigen Interessen vertreten, weil er sich diesfalls weder für den einen noch für den anderen Klienten voll einsetzen könnte. Eine unzulässige Doppelvertretung muss nicht das gleiche formelle Verfahren oder mit diesem direkt

zusammenhängende Nebenverfahren betreffen. Besteht zwischen zwei Verfahren ein Sachzusammenhang, so verstösst der Rechtsanwalt dann gegen Art. 12 lit. c BGFA, wenn er in diesen Klienten vertritt, deren Interessen nicht gleichgerichtet sind (BGE 134 II 108 E. 3).

Diese Bestimmung steht im Zusammenhang mit der allgemeinen Sorgfaltspflicht gemäss Art. 12 lit. a BGFA sowie mit Art. 12 lit. b BGFA, welche den Anwälten vorschreibt, ihren Beruf unabhängig auszuüben (BGE 134 II 108 E. 3; Bundesgerichtsurteile 2C_933/2018 vom 25. März 2019 E. 5.2, 2C_407/2008 vom 23. Oktober 2008 E. 3.2). Die bloss theoretische oder abstrakte Möglichkeit gegensätzlicher Interessenlagen reicht mit Blick auf Art. 12 lit. c BGFA nicht aus, um auf eine unzulässige Vertretung zu schliessen; verlangt wird vielmehr ein sich aus den gesamten Umständen ergebendes konkretes Risiko eines Interessenkonflikts. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass sich das aus dem Interessengegensatz ergebende Risiko realisiert und der Rechtsanwalt sein Mandat schlecht oder zum Nachteil des Klienten ausgeführt hat (BGE 135 II 145 E. 9.1; Bundesgerichtsurteile 2C_837/2019 vom 29. Januar 2020 E. 5.3, 1B_59/2018 vom 31. Mai 2018 E. 2.4, 2C_814/2014 vom 22. Januar 2015 E. 4.1.1; je mit Hinweisen). Beispielsweise reicht es, wenn auch nur die Möglichkeit besteht, dass dem Berufsgeheimnis unterliegende Kenntnisse aus dem ehemaligen Mandatsverhältnis bewusst oder unbewusst verwendet werden könnten (Bundesgerichtsurteil 1B_59/2018 vom 31. Mai 2018 E. 2.4).

4.3 Vorliegend wirkte der Bürokollege des Rechtsanwalts der Beschwerdeführerin als juristischer Schreiber im Kindesschutzverfahren mit und erhielt dadurch wesentliche Informationen betreffend das Kind und dessen Eltern. Er hat zudem Entscheide der KESB, namentlich auch über die punktuelle Einschränkung der elterlichen Sorge, mitgetragen (Art. 14 Abs. 3 und 15 Abs. 5 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 24. März 1998 [EGZGB; SGS/VS 211.1]). Der juristische Schreiber der KESB könnte nicht zugleich noch einen der beiden Elternteile in diesem oder einem anderen Verfahren vertreten, erst Recht nicht bei einem Sachzusammenhang wie im Eheschutzverfahren, wo ebenfalls Obhut, Besuchsrecht und Unterhalt des Kindes zu regeln sind. Dies würde eine unzulässige Doppelvertretung darstellen, weil er in einen Loyalitätskonflikt zwischen dem, was sich ein Elternteil wünscht und was das Beste für das Wohl des Kindes ist, kommen könnte. Zudem bestünde die Gefahr, dass er (ungewollt) vertrauliche Informationen, welche er als juristischer Berater der KESB

erworben hat, in einem anderen Verfahren für oder gegen eine der Parteien verwenden könnte. Wenn nun aber die Anwälte in der Kanzleigemeinschaft wie ein Anwalt zu behandeln sind (vgl. BGE 139 III 433 E. 2.1.5 mit Hinweisen), betrifft dieser Konflikt auch alle Anwälte seiner Kanzleigemeinschaft. Es besteht ein konkretes Risiko eines Interessenkonflikts, das sich nicht realisieren haben muss. (...)

4.5 Der Umstand, dass die Gegenpartei nicht bereits früher den Ausstand des juristischen Schreibers der KESB verlangt und dadurch gegebenenfalls ihr Einwendungsrecht verwirkt hat, führt im Umkehrschluss nicht dazu, dass der Rechtsanwalt nun die Kindsmutter weitervertreten darf. Der Interessenkonflikt wird durch Zeitablauf oder Passivität der Gegenpartei weder genehmigt noch im Sinne eines Mangels «geheilt». Das Gericht entscheidet jederzeit und von Amtes wegen über die Vertretungsbefugnis eines Rechtsanwalts (BGE 141 IV 257 E. 2.2; Bundesgerichtsurteil 1B_59/2018 vom 31. Mai 2018 E. 2.7). Deshalb ist unwesentlich, dass der Beschwerdegegner den Richter erst sehr viel später auf die problematische Konstellation hingewiesen hat.

4.6 Wesentlich ist überdies, dass der Bürokollege bereits zu einem Zeitpunkt als juristischer Sekretär der KESB im Dossier des Sohnes amtete, als die Beschwerdeführerin noch nicht anwaltlich vertreten war. Aufgrund dieser Vorbefassung hätte Rechtsanwalt Z. das Mandat gar nicht erst annehmen dürfen. In dem von W. als Jurist der KESB verfassten Protokoll vom 12. Februar 2018 ist sodann nachzulesen, dass er es war, welcher der Beschwerdeführerin zum Beizug eines Rechtsanwalts geraten hat. Dass diese in der Folge ausgerechnet einen Anwalt aus dessen Bürogemeinschaft mandatierte, erscheint aus Sicht des Beschwerdegegners unter dem Gebot der Unabhängigkeit und Objektivität der KESB zu Recht unhaltbar. (...)

5. Zusammengefasst hat die Vorinstanz zu Recht ein konkretes Risiko für einen Interessenkonflikt erkannt, wenn der Anwalt im Eheschutzverfahren die Kindsmutter vertritt und zugleich ein anderer Anwalt der Kanzleigemeinschaft im Kindesschutzverfahren mit der gleichen Familie als juristischer Schreiber der KESB auftritt. Die Weiterführung des Mandats ist in dieser Konstellation mit Art. 12 lit. c BGFA unvereinbar und der Anwalt hat es daher niederzulegen.