

# **BE\_ANWALTSAUFSICHT AA 2017 83 vom 28. November 2017**

BE Anwaltsaufsicht, 2017-11-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_anwaltsaufsicht\\_AA\\_2017\\_83](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_anwaltsaufsicht_AA_2017_83)

FR: BE\_ANWALTSAUFSICHT AA 2017 83 du 28 novembre 2017

IT: BE\_ANWALTSAUFSICHT AA 2017 83 del 28 novembre 2017

## **Regeste**

Interessenkonflikte (Art. 12 lit. c BGFA) | Disziplinarverfahren

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Mit Schreiben vom 24.04.2017 gelangte die A. \_\_\_\_\_ AG (Anzeigerin) an die Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern und beschwerte sich über Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ (Disziplinarbeklagter). Die Anzeigerin führte aus, dass am 20.07.2016 in einem Streitfall mit der C. \_\_\_\_\_ AG (Klägerin) vor der Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland (Verfahren BJS 17 826) eine Verhandlung mit getrennt geführten Besprechungen mit den Parteien stattgefunden habe, wobei der Disziplinarbeklagte seitens der Schlichtungsbehörde das Protokoll geführt habe. Die Klägerin sei durch D. \_\_\_\_\_ des Büros E. \_\_\_\_\_ vertreten gewesen (p. 31 ff.). Anlässlich der Verhandlung habe keine Einigung gefunden werden können, so dass das Verfahren weitergezogen worden sei. In der Klageschrift vom 10.10.2016 sei neu der Disziplinarbeklagte als Anwalt der Klägerin aufgetreten (p. 3 ff.). Für die Anzeigerin stellten sich die Fragen, wie ein Anwalt mit Kenntnissen aus den anlässlich der Schlichtungsverhandlung getrennt geführten Gesprächen als Anwalt der Klägerin amten könne und mit welcher Begründung die Klageschrift des Disziplinarbeklagten weiterhin verwendet werde. Unterdessen habe der Disziplinarbeklagte sein Mandat niedergelegt. Die Anzeigerin bitte um Aufklärung und die Einleitung eventueller Schritte (p. 1).

### **E. 2**

Die Anwaltsaufsichtsbehörde bestätigte am 4.05.2017 den Eingang der Anzeige gegen den Disziplinarbeklagten und erläuterte der Anzeigerin, dass sie im Disziplinarverfahren keine Parteistellung habe, das Gesetz ihr jedoch die Möglichkeit gebe zu verlangen, dass ihr über die Art der Erledigung der Anzeige Auskunft erteilt werde, sofern sie dies wünsche (p. 39). Die Anzeigerin erklärte am 7.05.2017, dass sie bezüglich des Verfahrens orientiert werden wolle (p. 43).

### **E. 3**

Am 4.05.2017 gab die Anwaltsaufsichtsbehörde dem Disziplinarbeklagten Kenntnis vom Schreiben der Anzeigerin und setzte ihm Frist bis am 26.05.2017, um kurz zu den erhobenen Vorwürfen Stellung zu beziehen. Der Disziplinarbeklagte wurde darauf aufmerksam gemacht, dass die Anzeige ihn nicht von der Schweigepflicht befreie (p. 41).

### **E. 4**

Verletzung von Art. 28 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10.12.1907 (ZGB; SR 210).

#### **E. 5**

Mit Verfügung vom 9.06.2017 nahm die Anwaltsaufsichtsbehörde Kenntnis von der Stellungnahme des Disziplinarbeklagten und hielt fest, dass er am 29.06.2016 im Anwaltsregister des Kantons Bern eingetragen worden sei und somit der Aufsicht im Sinne von Art. 14 des Bundesgesetzes vom 23.06.2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA; SR 935.61) in Verbindung mit Art. 14 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28.03.2006 (KAG; BSG 168.11) unterstehe. Sie eröffnete gestützt auf die Anzeige vom 24.04.2017 gegen den Disziplinarbeklagten ein Disziplinarverfahren wegen möglicher Verletzung von Art. 12 lit. c BGFA und lud den Disziplinarbeklagten ein, innert 21 Tagen eine ausführliche Stellungnahme einzureichen. Er wurde erneut darauf hingewiesen, dass die Anzeige ihn nicht von der Schweigepflicht befreie (p. 61 f.).

#### **E. 6**

Mit Schreiben vom 29.06.2017 sowie 21.07.2017 ersuchte der Disziplinarbeklagte um Erstreckung der Frist zur Einreichung einer ausführlichen Stellungnahme um zweimal 21 Tage. Die Frist wurde mit Verfügungen vom 4.07.2017 und 25.07.2017 bis am 14.08.2017 erstreckt.

#### **E. 7**

Am 14.08.2017 reichte der Disziplinarbeklagte eine detaillierte Stellungnahme ein und beantragte, das Disziplinarverfahren einzustellen und die Kosten dem Kanton aufzuerlegen. Zur Begründung verwies er auf die Entbindungserklärung vom Anwaltsgeheimnis vom 8.05.2017 sowie bezüglich des Sachverhalts auf seine ausführliche Stellungnahme vom 9.05.2017. Er merkte an, dass nach Auskunft seiner Klientin das Verfahren vor Regionalgericht Berner Jura-Seeland unterdessen durch Vergleich abgeschlossen worden sei.

#### **E. 8**

Gemäss Verfügung vom 9.06.2017 sei ein Disziplinarverfahren wegen angeblicher Verletzung von Art. 12 lit. c BGFA eröffnet worden. Diese Bestimmung sehe vor, dass der Anwalt jeden Konflikt zwischen den Interessen der Klientenschaft und Personen, mit denen er geschäftlich oder privat in Beziehung stehe, meide. Es bestehe zwischen Anwalt und Klient ein Auftragsverhältnis nach Art. 394 ff. OR. Der Anwalt hafte gegenüber dem Klienten für die getreue Ausführung des Geschäfts gemäss Art. 398 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 30.03.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220). Art. 12 lit. c BGFA sei die öffentlich-rechtliche Kodifizierung dieses Treuegebots. Untersagt sei nicht nur die Vertretung eines Klienten, dessen Interessen denjenigen eines anderen Mandanten entgegenstehen, der Anwalt dürfe auch keinen Dritten vertreten, wenn dessen Interessen diejenigen eines anderen Klienten beeinträchtigen könnten. Nach Auffassung des Bundesgerichts liege nur bei konkreten Interessenkollisionen ein unzulässiger Interessenkonflikt vor, die bloss abstrakte Möglichkeit reiche nicht aus.

#### **E. 9**

Der Disziplinarbeklagte legt weiter drei mögliche Fallkonstellationen von Interessenkollisionen gemäss Art. 12 lit. c BGFA dar. Unter lit. c führt er aus, dass ein un-

zulässiger Parteiwechsel dann vorliege, wenn ein Anwalt in derselben Streitsache

5 erst für die eine Partei und später für den Prozessgegner tätig werde. Die Unzulässigkeit des Parteiwechsels liege in der Gefahr, dass geschützte Kenntnisse aus dem ersten Mandat im zweiten verwertet werden könnten.

#### **E. 10**

Nach dem Disziplinarbeklagten hätten weder die Anzeigerin noch die Anwaltsaufsichtsbehörde dargetan, inwiefern Art. 12 lit. c BGFA verletzt worden sei. Die Bestimmung habe die Interessen des eigenen Klienten im Fokus, wobei die Anzeigerin nie seine Mandantin gewesen sei. Damit seien die Interessen der Anzeigerin im Verhältnis zu ihm durch Art. 12 lit. c BGFA nicht geschützt. Der Disziplinarbeklagte habe die Interessen seiner Klientschaft gewahrt und sich dabei des Wissens bedient, welches ihm von dieser zugetragen worden sei. Die Anzeigerin habe keine Nachteile zu gewärtigen gehabt, da er keine Erkenntnisse aus dem Schlichtungsverfahren verwertet habe und dies durch die Anzeigerin auch nicht behauptet oder bewiesen worden sei. Da weder eine konkrete noch eine abstrakte Verletzung vorliege, sei Art. 12 lit. c BGFA nicht verletzt.

#### **E. 11**

Seine damalige Funktion als Protokollführer im Schlichtungsverfahren könne angesichts der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) nicht dazu führen, dass ihm die Interessenwahrung von damaligen Verfahrensparteien untersagt werde. Die Anzeigerin vermenge die Rollen des Protokollführers und des Vorsitzenden. Der Protokollführer habe im Verfahren nur das Protokoll zu führen und keinerlei Mitsprache- oder Mitwirkungspflichten. Es gebe kein gesetzliches Verbot, wonach ein ehemaliges Mitglied der Justiz als Anwalt keine Mandate von Parteien aus abgeschlossenen Schlichtungsverfahren annehmen dürfe. Es sei in keinerlei Hinsicht ersichtlich, worin eine Interessenkollision liegen solle.

#### **E. 12**

Unter Wiederholung seiner Ausführungen bestritt der Disziplinarbeklagte, dass überhaupt ein Interessenkonflikt vorgelegen habe. Weiter führt er eine Definition von Disziplin auf und erläutert den Zweck der Disziplinarstrafe. Eine solche wäre nach seiner Ansicht nicht angezeigt oder verhältnismässig, da es ähnlich gelagerte Fälle angesichts des Zeitablaufs seit der Aufnahme seiner selbständigen Tätigkeit gar nicht mehr geben könne.

#### **E. 13**

Der Disziplinarbeklagte beantragte die Auferlegung der Verfahrenskosten an den Kanton resp. die Anzeigerin sowie die Ausrichtung einer Entschädigung an ihn.

#### **E. 14**

Mit Verfügung vom 22.09.2017 gab die Aufsichtsbehörde dem Disziplinarbeklagten die für die Mitwirkung am zu fällenden Entscheid vorgesehenen Mitglieder bekannt und räumte ihm eine Frist von 10 Tagen ein, allfällige Ablehnungsgründe mitzuteilen. II.  
Zuständigkeit

#### **E. 15**

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern ist gestützt auf Art. 14 BGFA i.V.m. Art. 12 KAG gegeben, denn der Diszipli-

6 narbeklagte ist im Anwaltsregister des Kantons Bern eingetragen. Der Vollständig- keit halber sei angemerkt, dass in der Verfügung vom 9.06.2017 fälschlicherweise festgehalten wurde, dass der Disziplinarbeklagte mit Datum vom 29.06.2016 im Anwaltsregister eingetragen wurde. Beim 29.06.2016 handelt es sich jedoch um das Datum der Verfügung, mit der der Eintrag ins Anwaltsregister per 1.09.2016 verfügt wurde. Der Disziplinarbeklagte ist somit seit dem 1.09.2016 im Anwaltsre- gister eingetragen. III. Würdigung

#### **E. 16**

Die Berufsregeln der Anwälte sind seit dem 1.06.2002 im BGFA geregelt. Die Um- schreibung in Art. 12 BGFA ist abschliessender Natur, d.h. für abweichende kanto- nale Vorschriften besteht kein Raum (BGE 130 II 72 E. 3). Zur Auslegung von Art. 12 BGFA kann zudem nur noch beschränkt auf die jeweiligen Standesregeln der kantonalen Anwaltsverbände abgestellt werden, welche bis anhin regelmässig her- angezogen wurden, um die im betreffenden Kanton geltenden Berufspflichten zu konkretisieren (FELLMANN, in: FELLMANN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 12 N 4 ff.).

#### **E. 17**

Gemäss Art. 12 lit. c BGFA vermeiden die Anwältinnen und Anwälte jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie ge- schäftlich oder privat in Beziehung stehen. Ein verbotener Interessenkonflikt liegt vor, wenn der Anwalt die Wahrung der Inter- essen eines Klienten übernommen und dadurch Entscheidungen zu treffen hat, mit denen er sich potentiell in Konflikt zu eigenen oder anderen, ihm zur Wahrung übertragenen Interessen begibt. Untersagt ist nicht nur die Vertretung der Inter- sen eines Mandanten, welche denjenigen eines anderen Klienten direkt entgegen- stehen. Der Anwalt darf auch keine Drittperson vertreten, deren Interessen diejeni- gen eines Mandanten in irgendeiner Weise beeinträchtigen könnten (Entscheid der Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern vom 24.08.2015 AA 14 50; WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, 2. Auflage 2017, N 346; FELLMANN, in: FELLMANN/ZINDEL, a.a.O Art. 12 N 84; ALEXANDER BRUNNER/MATTHIAS-CHRISTOPH HENN/KATHRIN KIE- SI, Anwaltsrecht, S. 124). Der Anwalt hat ausschliesslich im Interesse des Klienten tätig zu sein. Dem kann er nur nachleben, wenn keine widersprechenden Loya- litäten abverlangt werden. Der Anwalt muss frei sein von jeglicher Bindung, die eine Mandatsführung im ausschliesslichen Interesse des Klienten beeinträchtigt (KAS- PAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, N 776). Die Vermeidung von Inter- essenkollision ist auch Ausfluss der Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA, gemäss welcher die Rechtsanwältinnen ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben ha- ben (BGE 141 IV 257 E. 2C = Praxis 2016 Nr. 20; BGE 134 II 108 E. 3). Ein abstrakter Interessenkonflikt ist nicht hinreichend. Art. 12 lit. c BGFA verbietet lediglich einen konkreten Interessenkonflikt (BGE 2C\_688/2009 E. 3.5; 141 IV 257 E. 2.2; FELLMANN, Anwaltsrecht, 2. Auflage 2017, N 348 und 354, derselbe, Kom- mentar, N 87). Nicht erforderlich ist, dass sich der Konflikt bereits zum Nachteil ei- nes Klienten ausgewirkt hat. Unzulässig ist die Konfliktsituation selbst. Es genügt,

7 dass ein Anwalt sich auf ein solches Verhältnis eingelassen hat (ALEXANDER BRUN- NER/MATTHIAS-CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRIESI, Anwaltsrecht, N 161). Art. 12 lit. c BGFA bezieht sich nicht nur auf die Beziehung des Anwaltes zu einem Klienten, sondern umfasst dessen gesamte berufliche Handlungen. So haben No- tare, welche

gleichzeitig als Rechtsanwälte tätig sind, nicht nur die Unvereinbarkeitsbestimmungen des Notariatsrechts, sondern auch jene des Anwaltsrechts zu respektieren (BGE 2C\_814/2014 E. 4.1.4; BGE 133 I 259 E. 3.3; FELLMANN, in: FELLMANN/ZINDEL, a.a.O., Art. 12 N 111d; WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, a.a.O. § 2 N 441). Ein Notar, der einen Vertrag verurkundet und später eine Partei im Zusammenhang mit dem von ihm verurkundeten Vertrag vertritt, verstösst gegen Art. 12 lit. c BGFA, selbst wenn er keine Kenntnisse der Gegenpartei verwendet hat (Entscheid der Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern vom 16.02.2016, AA 14 187). Mit anderen Worten liegt auch ein hinreichend konkreter Interessenkonflikt vor, wenn die Möglichkeit besteht, dass Kenntnisse aus einem ehemaligen Mandatsverhältnis bewusst oder unbewusst verwendet werden könnten (FELLMANN, in: FELLMANN/ZINDEL, a.a.O., Art. 12 N 108 ff.). Nach der Praxis der Anwaltsaufsicht des Kantons Bern steht auch ein Beratungsgespräch zwischen einem Anwalt und einer Partei bei der Rechtsauskunftsstelle eines kantonalen Anwaltsverbandes einer späteren Übernahme des Mandates der Gegenpartei in derselben Sache durch denselben Anwalt entgegen (MARTIN STERCHI, Die Praxis der Anwaltskammer des Kantons Bern 2005, in dubio 4/06 199; Entscheid der Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern vom 15.06.2016, AA 15 56). Dieser Entscheid verdient Zustimmung. Weder das Berufsgeheimnis nach Art. 13 BGFA noch Art. 321 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 31.12.1937 (StGB; SR 311.0) setzen ein Mandatsverhältnis voraus. Es genügt, dass dem Anwalt infolge seines Berufes ein Geheimnis anvertraut wird, was bei der unentgeltlichen Rechtsauskunft sicher der Fall ist (FELLMANN, in: FELLMANN/ZINDEL, a.a.O., Art. 12 N 111c). Als Fazit ist damit festzuhalten, dass auch ausserhalb der eigentlichen Anwalts-tätigkeit liegende berufliche Handlungen zu Interessenkonflikten im Sinne von Art. 12 lit. c BGFA führen können. Es ist dabei unerheblich, ob die daraus gewonnenen Erkenntnisse in einem späteren Mandat effektiv verwendet werden. Es ist hinreichend, dass diese Kenntnisse bewusst oder unbewusst verwendet werden könnten. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Anwälte auch ausserhalb des effektiven Mandates erlangte Kenntnisse bewusst oder unbewusst in ihre Überlegungen und Vorbringen einfliessen lassen. Dies ist indessen nur soweit und solange zulässig, als dies nicht gegen Art. 12 lit. c BGFA verstösst.

## **E. 18**

Es ist erstellt, dass der Disziplinarbeklagte als Protokollführer an einer Schlichtungsverhandlung mit getrennten Parteiverhandlungen der Schlichtungsbehörde Berner Jura-Seeland mitwirkte und später für die Klägerin in derselben Angelegenheit die Klage einreichte. Es ist offenkundig, dass der Disziplinarbeklagte im Rahmen der getrennt geführten Vergleichsverhandlungen Informationen von beiden Parteien erhielt. Es ist dabei nicht von Belang, ob er diese Informationen später effektiv verwendete. Die Ausführungen des Disziplinarbeklagten, die von der Anzeigerin erhobenen Vorwürfe seien absurd und gingen ins Leere, da ein Unterschied zwischen Kenntnissen haben und diese verwenden bestehe, ist damit haltlos. Nach

8 dem oben Gesagten ist hinreichend, dass der Disziplinarbeklagte die daraus gewonnenen Erkenntnisse bewusst oder unbewusst verwenden konnte. Der Disziplinarbeklagte hätte die Klägerin damit nicht vertreten dürfen. Ebenso wenig verfängt das Argument des Disziplinarbeklagten, sein Verhalten sei im Lichte von Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO unbedenklich, da Ausstandsregelungen nur bei Gerichtsmitgliedern gelten. Der Disziplinarbeklagte verkennt, dass sein Verhalten ausschliesslich im Lichte des BGFA zu

würdigen ist. Er hat als Protokollführer an einer Schlichtungsverhandlung teilgenommen und dabei in den separaten Verhandlungen Kenntnisse beider Parteien erhalten. Es ist deshalb irrelevant, ob der Disziplinarbeklagte als Protokollführer oder Vorsitzender amtierte. Hinreichend ist das erhaltene Wissen. Wissen, das er im weiteren Verfahren bewusst oder unbewusst verwenden konnte. Dies ist als Verstoß gegen Art. 12 lit. c BGFA zu qualifizieren.

#### **E. 19**

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass eine disziplinarisch relevante Verletzung von Art. 12 lit. c BGFA vorliegt. Gemäss Art. 17 BGFA kann die Aufsichtsbehörde bei Verletzung dieses Gesetzes die abschliessend aufgezählten Disziplinar massnahmen anordnen, welche von einer Verwarnung bis zum dauernden Berufsverbot reichen. Disziplinar massnahmen sind nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu bemessen (BGE 106 Ia 121). Massgebend sind die Schwere des Verstoßes, das Mass des Verschuldens sowie das berufliche Vorleben des Anwaltes. Die Schwere der Sanktion hat sich überdies an ihrem Zweck zu orientieren. Dieser besteht neben der Wahrung der Disziplin innerhalb des Berufsstandes insbesondere darin, den fehlbaren Anwalt in Zukunft zu einem standeskonformen Verhalten zu veranlassen (THOMAS POLEDNA, in: FELLMANN/ZINDEL, a.a.O., Art. 17 N 15 und 23 ff.; WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, a.a.O., § 2 N 742 f.). Objektiv ist von einem schweren Verstoß auszugehen. Der Disziplinarbeklagte war als Protokollführer an einer Schlichtungsverhandlung in hoheitlicher Funktion tätig. Er hat später für eine Partei ein Mandat angenommen, und zwar im gleichen Verfahren, in welchem er bereits als Protokollführer der Schlichtungsbehörde amtierte. Das Verschulden ist bei dieser Ausgangslage nicht als leicht zu qualifizieren. Eine Verwarnung im Sinne eines mahnenden Winkes, mit welchem der Disziplinarbeklagte veranlasst werden soll, sich inskünftig untadelig zu verhalten und Verfehlungen, wie sie im vorliegenden Verfahren zur Diskussion stehen, zu unterlassen, erscheint damit nicht als hinreichend. Der seit dem 1.09.2016 im Anwaltsregister des Kantons Bern eingetragene Disziplinarbeklagte hat kurz nach Ausscheiden aus dem Staatsdienst und Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit ein Mandat trotz Vorliegens einer Interessenkollision angenommen und stellte damit seine wirtschaftlichen Interessen am Aufbau einer Kanzlei über den Schutz des Publikums. Ein Verweis ist damit angemessen.

#### **E. 20**

Dieser Verfahrensausgang zeitigt die Kostenfolgen gemäss Art. 35 Abs. 1 KAG. Die Verfahrenskosten werden auf CHF 1'500.00 bestimmt.

9 Die Anwaltsaufsichtsbehörde entscheidet:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.