

— Anwalt als Organ

Prof. Dr. iur. Rolf Watter / lic. iur. Sabina Nüesch

I.	Der Anwalt als Verwaltungsratsmitglied	26
A.	Begriffliches zur Einleitung	26
B.	Fallkonstellationen	29
C.	Typische Rechtsfragen	32
1.	Pflichten eines Verwaltungsratsmitglieds	32
1.1	Im Allgemeinen	32
1.2	Die Treuepflicht des fiduziарischen Verwaltungsrats	33
a)	Aktienrechtliche vs. auftragsrechtliche Treuepflicht	34
b)	Berufsspezifische Probleme des Anwalts als Organ mit der Treuepflicht	
1.3	Grenzen der Informationsweitergabe	40
a)	Recht und Pflicht zur Weitergabe	42
b)	Anwaltsgeheimnis	42
2.	Sorgfaltsnassstab und Haftungssaspekte	46
II.	Annahme von Anwaltsmandaten durch das Verwaltungsratsmitglied, das Anwalt ist	48
III.	Fazit	51
	Literaturverzeichnis	51

I. Der Anwalt als Verwaltungsratsmitglied

A. Begriffliches zur Einleitung

Im Zentrum dieses Beitrages steht der Anwalt¹, der gleichzeitig Mitglied des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft ist oder dies werden soll, wobei vorliegend versucht wird, auf typische Probleme einzugehen, die sich in dieser Konstellation ergeben können, dabei natürlich berücksichtigend, dass es in der Rechtswirklichkeit ganz verschiedene Arten von Aktiengesellschaften gibt und damit auch völlig verschiedene Fragestellungen.

Definiert werden soll aber zunächst, wer als «Anwalt» im Sinne dieses Beitrages gilt: den Titel «Anwalt» darf jede Person führen, welche die entsprechenden Prüfungen abgelegt hat – unabhängig davon, ob sie anwaltlich tätig ist oder nicht. Dies hat das Bundesgericht bereits vor Jahren festgehalten und dabei klargestellt, dass der Titel an sich nichts über die Tätigkeit der Person aussagt, sondern in erster Linie nur Auskunft über ihre fachliche Befähigung gibt.²

Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA)³ definiert den Begriff des «Anwalts» nicht. Der Anwendungsbereich des Gesetzes beschränkt sich aber auf Personen, die über ein Anwaltspatent verfügen und in der Schweiz im Rahmen des Anwaltsmonopols Parteien vor Gerichten vertreten (Art. 2 BGFA). Ausschlaggebend für die Anwendbarkeit des BGFA ist damit die forensische Tätigkeit im Rahmen des Anwaltsmonopols,⁴ wobei dessen Umschreibung in dem Zuständigkeitsbereich der Kantone fällt – was nicht gerade zur Übersichtlichkeit beiträgt.

Damit gibt es drei Gruppen von Anwälten: (1) jene, die einen Fähigkeitsausweis haben, aber keiner anwaltstypischen⁵ Tätigkeit nachgehen, (2) jene, die zwar als Anwälte tätig

¹ Der Terminus «Anwalt» umfasst der Leserlichkeit halber nachfolgend auch die weibliche Form.

² BGE 112 Ia 318, 321. In der Sommersession 2006 des Parlamentes zur Revision des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte stand zur Debatte, ob nur die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Personen zur Titelführung berechtigt sein sollen. Die Einführung eines solchen Titelschutzes wurde aber klar verworfen (siehe Geschäft 05.07.05).

³ SR 935.61.

⁴ Näter, in: Fellmann/Zindel, Art. 2 N 3 f.

⁵ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gehören zur Anwaltstätigkeit typischerweise die

sind, aber vorliegend beratend (d. h. nicht-forensisch) und/oder forensisch ausserhalb des Anwaltsmonopols, und (3) solche, die im Rahmen des Anwaltsmonopols (innerhalb des jeweils kantonal umschriebenen Monopols) berufsmässig aktiv sind.

A. Begriffliches zur Einleitung

Eine – die für diesen Beitrag interessierende – Konsequenz hiervon ist, dass die Berufsregeln⁶ und das (bundes-)anwaltsrechtliche Berufsgeheimnis nicht auf alle Anwälte Anwendung finden. Ist nämlich ein Anwalt nicht im Rahmen des Anwaltsmonopols, sondern beispielsweise blos beratend tätig, und ist er auch nicht in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen, so ist das BGFA auf ihn nicht anwendbar, womit auch die Anwendung der Berufsregeln (Art. 12 f. BGFA) und des berufsrechtlichen Anwaltsgeheimnisses (Art. 13 BGFA) – nicht aber des strafrechtlichen – entfällt.

Will ein Anwalt im Rahmen des Anwaltsmonopols tätig sein, so hat er sich in der Regel in das kantonale Anwaltsregister einzutragen.⁷ Ob eine Eintragungspflicht besteht, bestimmt indes das jeweilige kantonale Anwaltsgesetz und nicht etwa das BGFA.⁸ Das BGFA verlangt für den Registerbeitrag im Bereich der *persönlichen*⁹ Voraussetzungen eines Anwalts unter anderem, dass der Anwalt in der Lage sein muss, den Anwaltsberuf *unabhängig* auszuüben (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA); er muss also *freier* Anwalt sein. Die-

Vertretung von Parteien vor Gericht sowie die Rechtsberatung (BGE 130 II 87, 91 m.w.H.). Das Tätigkeitsgebiet des Anwalts erstreckt sich darüber hinaus auf andere Bereiche (wirtschaftliche Dienstleistungen), welche aber vom Bundesgericht herkömmlicherweise dann als nicht mehr berufsspezifisch eingestuft wurden, wenn in diesen «das kaufmännische Element derart überwiegt, dass die Tätigkeit des Anwalts nicht mehr als eine anwaltsliche betrachtet werden kann» (BGE 112 Ib 606, 608). BGE 11P.32/2005, E 3.2 nennt als Dienstleistungen, welche über die berufsspezifische anwaltsliche Tätigkeit hinausgehen – ohne weitere Begründung – die Vermögensverwaltung, reine Depotgeschäfte bzw. Inkassomandate oder die Tätigkeit als Verwaltungsrat einer Gesellschaft.

⁶ Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auch auf die (privatrechtlichen) Standesregeln hingewiesen, welche ihrer Natur entsprechend nur auf die Mitglieder der jeweiligen Anwaltsverbände Anwendung finden. Die Standesregeln haben jedoch nur noch begrenzt Bedeutung, da das BGFA einerseits die Berufsregeln harmonisierte und andererseits eine klare Trennung der Berufsregeln von privaten Standesregeln anstrebt. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem abschliessenden Charakter der Berufsregeln nach Art. 12 BGFA. Vgl. BGE 2A.545/2003, E. 3; 2A.459/2003 E. 3.1.1 oder BGE 130 II 270, 275.

⁷ Art. 6 BGFA schreibt die Eintragung von Anwälten, die über ein kantonales Patent verfügen und Parteien vor Gericht vertreten wollen, ins kantonale Anwaltsregister vor. Die Eintragung ihrerseits führt dazu, dass die Anwälte einer Aufsicht unterstellt sind (Art. 14 BGFA).

⁸ Staehelin/Oetiker, in: Fellmann/Zindel, Art. 5 N 7.

⁹ Für die Harmonisierung der *fachlichen* Voraussetzungen eines Registerbeitrages vgl. Art. 7 BGFA.

selbe Bestimmung führt ferner aus, dass ein eintragungswilliger Anwalt auch *Angestellter* sein kann – aber nur von Personell, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind. Will heißen: bei freien Anwälten angestellte Anwälte¹⁰ erfüllen die «Unabhängigkeitsvoraussetzung» und unterstehen (nach erfolgtem Registerertrag) gleichfalls den Vorschriften des BGFA.

Die nachfolgenden Überlegungen zur Stellung des Anwalts als Organ betreffen nicht nur¹¹ – aber insbesondere – Anwälte, die dem BGFA unterstellt sind; dies gilt nicht zuletzt wegen des für sie geltenden Berufsgeheimnisses (Art. 13 BGFA) und der Berufsregeln, wie die unabhängige Berufsausübung (Art. 12 lit. b BGFA), die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten (Art. 12 lit. c BGFA) sowie die Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA, wonach Anwälte «ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft [ausüben]». Letzteres Gebot beschägt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung *sämtliche beruflichen Handlungen des Anwalts*,¹² gilt also nicht nur im Umgang des Anwalts mit Behörden, sondern auch für die Berufsausübung im Verhältnis zwischen ihm und seinen Klienten¹³ und kann sich gar auf die Beziehungen zur Gegenpartei erstrecken. Wichtig ist dies alles, weil bei Verstössen im vorliegenden Bereich zwar die zivilerechtlichen Verantwortlichkeiten¹⁴ im Vordergrund stehen, aber auch disziplinarrechtliche Folgen resultieren können.

Gänzlich unberücksichtigt von der Frage der Unterstellung unter die anwaltsrechtlichen Berufsregeln und das Berufsgeheimnis ist schliesslich die Anwendbarkeit von Art. 321

¹⁰ Das Bundesgericht scheint ebenfalls keine unterschiedliche Behandlung anzustreben: «*Nie problematisiert wurde in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, soweit ersichtlich, die Frage der Unabhängigkeit von Anwälten, die bei Anwaltsbüros angestellt sind; diesfalls bietet der Arbeitgeber hinsichtlich der Pflicht zur Unabhängigkeit (wie auch in Bezug auf das Anwartsgeheimnis) selber die notwendigen Garantien*», BGE 130 II 87, 99. Vgl. auch den Beitrag von Walter Fellmann in diesem Band zu den Bemühungen verschiedener kantonaler Anwaltsverbände und einiger Anwaltskanzleien, eine sogenannte Anwalts-AG zuzulassen, die aber von Anwälten beherrscht wird.

¹¹ Die Annahme eines Verwaltungsratsmandates bzw. die Wahlannahmeklärung durch einen Anwalt begründet per se kein Klientenverhältnis; Fellmann, S. 178. Siehe hierzu infra I.C.1.

¹² BGE 2A-459/2003, E. 3.1.3.

¹³ Studer, S. 374.

¹⁴ So schuldet der Anwalt als Beauftragter seinem Auftraggeber, d. h. dem Mandanten, Sorgfalt und Treue und wird daher ersatzpflichtig, wenn er ihn durch unsorgfältige oder treuwidrige Besorgung des Auftrags schädigt. Er hat jedoch nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit Gewähr zu leisten, sondern einzlig für *kunstgerechtes Tätigwerden*; BGE 127 III 357, 359.

StGB,¹⁵ namentlich die unter Strafanhöhung gestellte Verletzung des Berufsgeheimnisses. Hier können sich bei einem Anwalt als Organ weitere problematische Fragestellungen ergeben.

B. Fallkonstellationen

Wie kommt ein praktizierender Anwalt dazu, Mitglied eines Verwaltungsrates (nachfolgend «VR») zu werden? In der Praxis sind namentlich die folgenden Konstellationen zu finden.

- Erstens kann der Anwalt in einem VR als Vertreter einer beteiligten juristischen Person oder einer Handelsgesellschaft im Sinne von Art. 707 Abs. 3 OR Einsitz nehmen.¹⁶ Da der Begriff des «Vertreters» weit zu verstehen ist, braucht die entsprechende Person weder Angestellter der («entsendenden») juristischen Person zu sein, noch dort Organstellung innezuhaben; der Vertreter kann mithin unabhängige Drittperson sein,¹⁷ womit auch die Besetzung durch einen Anwalt in Frage kommt. Akzeptiert der Anwalt die Wahl als Verwaltungsratsmitglied durch die Generalversammlung (GV), so wird er regelmässig in einen Mandatsvertrag mit der «delegierenden» juristischen Person seine Rechte und Pflichten fixieren wollen.¹⁸ In der Praxis finden sich derartige Konstellationen nicht zuletzt bei Gesellschaften, welche durch ausländische Firmen beherrscht werden, und die aufgrund der Nationalitäts- und Domizilvorschriften von Art. 708 OR¹⁹ Personen in den Verwaltungsrat

¹⁵ Pfeifer, in: Fellmann/Zindel, Art. 13 N 14; Pfeifer, S. 166.

¹⁶ Der Vollständigkeit halber sei ferner Art. 762 OR betreffend die Vertretung von Körperschaften des öffentlichen Rechts erwähnt, welche vorliegend aber nicht weiter behandelt wird.

¹⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28 N 10; Homburger, ZK, Art. 707 N 63; Kretna, S. 291 (m.w.H.).

¹⁸ Kretna, S. 291; Vischer, S. 491.

¹⁹ Die Bedeutung dieser Norm ist aber bereits heute stark eingeschränkt (aufgrund des Inkrafttretens der bilateralen Abkommen mit der Europäischen Union) und wird voraussichtlich in den zweiten Jahreshälfte von 2007 ganz entfallen, vgl. die Änderung des OR vom 16. Dezember 2005 im Zuge der Revision des GmbH-Rechts, wonach das Nationalitätsfordernis gänzlich gestrichen und das Wohnsitzfordernis dahingehend geändert wird, dass die Vertretung der Gesellschaft durch eine Person mit Wohnsitz in der Schweiz erfolgen können muss. Hat der Direktor mit Wohnsitz in der Schweiz mit der Vertretung der Gesellschaft betraut werden.

- entsenden müssen oder wollen.²⁰ Anzumerken ist, dass das Vertretungsverhältnis oft nicht offengelegt wird. Diesfalls kann die juristische Person so vorgehen, dass sie «ihrem» Verwaltungsrat mindestens eine *Aktie*²¹ (fiduziarisch²²) überträgt, mit ihm eine *fiduziarische Abrede* über die Mandatsführung trifft und ihn bei der Wahl unterstützt. Ein solche «verdeckte Vertretung» wird rechtlich gleich behandelt wie die fiduziarische Vertretung (dazu sogleich).²³
- Mittels eines (mit Treuhandelementen ergänzten) Mandatsvertrages kann auch eine natürliche Person (oder etwa eine Erbgemeinschaft) einen Anwalt «delegieren» (bzw. zu delegieren versuchen, wenn kein Mehrheitspaket vorhanden ist). Man spricht in diesem Fall von einem «fiduziarischen» Verwaltungsratsmitglied.²⁴
- Weiter kommen Fälle vor, in denen sich zwei Aktionäre (z. B. zwei Familienstämme oder zwei Joint Venture Partner) gegenüberstehen, die an der Gesellschaft zu gleichen Teilen beteiligt sind. Hier setzt man manchmal – in gegenseitigem Einverständnis – eine Drittperson als nicht direkt Beteiligte ein, die in erster Linie die Funktion eines «Züngleins an der Waage» erfüllen soll. Man will so sicherstellen, dass Sachfragen stets im Interesse der Gesellschaft (und nicht im Interesse *bloss einer* der beiden Aktionäre) entschieden werden und keine Pattsituationen entstehen, welche ein Agieren der Gesellschaft verunmöglichen oder erschweren. In dieser Fallgruppe kann es sein (muss aber nicht), dass der Anwalt einen Vertrag mit beiden Aktionären hat (oder seine Position in einem Aktionärsbindungsvertrag umschrieben ist), der ihm zwar Entscheidfreiheit zusichert, aber ihm auch vor Klagen schützt – denn wenn jemand Zünglein an der Waage sein muss, sind Auseinandersetzungen oft nicht fern.

²⁰ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch eine juristische Person oder Handelsgesellschaft, die auch nur eine einzige Aktie als Beteiligung hat, einen Vertreter i. S. v. Art. 707 Abs. 3 OR haben kann. Dies bedingt natürlich, dass sie die notwendige Mehrheit für eine entsprechende Wahl «ihres» Kandidaten in der Generalversammlung durchsetzen kann. Wernli, BSK, Art. 707 OR N 33.

Die sog. Pflichtaktie (oder Qualifikationsaktie) bzw. die Voraussetzung, dass ein Verwaltungsratsmitglied Aktionärsseigenschaft haben muss, wird mit der Änderung des OR vom 16. Dezember 2005 im Zuge der Revision des GmbH-Rechts ohnehin aufgehoben. Das Inkrafttreten der Änderung wird in der zweiten Jahreshälfte von 2007 erwartet.

²¹ Aktionärsnennungen genügt das treuhänderische Halten einer Aktie, um das Erfordernis der Aktionärsenschaft von Art. 707 Abs. 2 OR zu erfüllen.

²² Lips-Rauber, S. 20; Wernli, BSK, Art. 707 OR N 34b.

Der Gebrauch des Begriffes «fiduziarisch» ist sehr uneinheitlich. Anstatt vieler vgl. zu den Begriffen des fiduziarischen, abhängigen oder delegierten Verwaltungsrats Käch, S. 4 ff.; Lips-Rauber, S. 19 ff. (m.w.H.).

- Sodann findet man Anwälte in VR-Positionen, welche nicht einen einzelnen Aktiönnär, sondern (auch) Aktionärskategorien oder -gruppen vertreten (Art. 709 OR). Diese Konstellation ergibt sich naturgemäß nur bei Gesellschaften, bei denen in Bezug auf das Stimmrecht oder die vermögensrechtlichen Ansprüche verschiedene Kategorien von Aktien bestehen (und unter der Voraussetzung, dass eine solche Vertretung statutarisch vorgesehen ist), wobei der Aktionärskategorie ein Vorschlagsrecht zukommt und die Generalversammlung diesen Vorschlag nur aus wichtigen Gründen übergehen kann. Eine fiduziarische Bindung, mithin ein Mandatsverhältnis mit der Gruppe kann bestehen,²⁵ muss aber nicht.²⁶ Im letzten Fall nähert sich die Stellung des Anwaltes der nachfolgend umschriebenen letzten Fallgruppe an.
- Schliesslich finden sich Anwälte als Verwaltungsratsmitglieder, die wegen ihrer Kenntnisse oder ihrer Persönlichkeit in dieses Gremium gewählt werden und nicht, um die Interessen bestimmter Aktionäre zu wahren oder auszugleichen. Gerade börsenkotierte Gesellschaften wählen vermehrt Anwälte in ihren Verwaltungsrat, um rechtliche Kenntnisse zur Optimierung der Oberleitung der Gesellschaft direkt im Gremium vertreten zu haben.

Begrifflich ist der fiduziarische Verwaltungsrat zusammenfassend also sowohl vom «reinen» Vertreter einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft (Art. 707 Abs. 3 OR), vom Vertreter einer Aktionärsgruppe (Art. 709 OR) als auch von einem unabhängigen Verwaltungsrat abzugrenzen. Nachfolgend – und im Sinne einer weiten Abgrenzung – wird als fiduziarischer Verwaltungsrat derjenige verstanden, der das Amt *anstelle eines dritten Kapitalgebers und in dessen Interessen* bekleidet, aber dieses in *eigentlichem Namen* und unter *eigener Verantwortung* – wenn auch vertraglich eingebunden – ausübt.

In allen Konstellationen wird die Frage zu untersuchen sein, inwieweit die Vorschriften des BGFA zu beachten sind, bzw. wo der Anwalt als Organ überhaupt berufsspezifisch auftritt, und wo entsprechend ein Vertrag (im Sinne eines Klientenverhältnisses) besteht. Vorab ist festzuhalten, dass ein («gewöhnliches» – siehe die letzte Fallgruppe) Verwaltungsratsmandat regelmäßig *kein Klientenverhältnis* begründet.²⁷ Deshalb entfällt zu-

²⁵ Wernli, BSK, Art. 709 OR N 14; BGE 107 II 183 f.

²⁶ In der Lehre wird vertreten, dass die fiduziarische Ausübung eines Verwaltungsratsmandates ein wichtiger Grund für die *Nichtwahl* darstellen kann. Letztlich wird die Frage, ob es sich beim Vertreter einer Aktionärsgruppe um einen fiduziarischen Verwaltungsrat handelt, aber aus Gründen fehlender Praktikabilität meist unbeantwortet gelassen. Siehe zum Ganzen Lips-Rauber, S. 20 f.

²⁷ Fellmann, S. 178.

mindest unter den Berufsregeln die Gefahr eines relevanten Interessenkonfliktes.²⁸ In den Fällen, in denen mit dem Anwalt ein «Mandatsvertrag» bezüglich der Bekleidung der Organstellung abgeschlossen wurde oder ein Aktionärsbindungsvertrag besteht, ist die Anwendbarkeit der Berufsregeln aber gegeben und kann zu kniffligen Fragen führen. So fragt sich beispielsweise, inwiefern das *Kriterium der Unabhängigkeit* (als Weisungsgesetzenbedürftigkeit des Anwalts durch Dritte) verletzt sein kann. Verknüpft mit der Unabhängigkeit ist nämlich die in Art. 12 lit. c BGF A stipulierte Berufspflicht des Anwalts, jeden Konflikt zwischen Interessen seiner Klientenschaft und denjenigen anderer Personen oder Unternehmen, mit denen er geschäftlich oder privat in Beziehung steht, zu vermeiden.²⁹ Der Anwalt muss bei der Ausführung seines Mandates aber auch frei von Eigeninteressen sein; das kann etwa dort eine Rolle spielen, wo er als Verwaltungsrat in der Öffentlichkeit steht und damit gewisse Entscheide, die sein Klient verlangt, mit seinem Bemühen, den eigenen guten Ruf wahren zu wollen, kollidieren können. Es fragt sich endlich, inwieweit den Anwalt im vorliegenden Zusammenhang generell eine Pflicht zur Schaffung von klaren Verhältnissen³⁰ trifft.

Diese – und andere – Fragen sollen nachfolgend etwas näher behandelt werden.

C. Typische Rechtsfragen

Die Rechtsfragen, die sich typischerweise für den Anwalt im Verwaltungsrat stellen, finden alle ihren Ursprung im Spannungsfeld von verschiedenen, potentiell kollidierenden Interessen des Anwaltes, seines Auftraggebers, der Gesellschaft und anderen Aktionären (teilweise auch von Gläubigern).

1. Pflichten eines Verwaltungsratsmitglieds

1.1 Im Allgemeinen

Der Verwaltungsrat ist zuständig für die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft; er ist das Exekutivorgan. Er kann in allen Angelegenheiten Beschluss fassen, die

²⁸ Möglich bleibt natürlich, dass die Ausübung eines solchen Mandates zu Konfliktsituationen in anderen Anwaltsmandaten führt.

²⁹ BGE 130 II 87, 94.

³⁰ Im Zusammenhang mit der Unabhängigkeitsvoraussetzung für den Anwaltsregistereintrag verlangt denn auch das Bundesgericht eine «Pflicht zur Schaffung von klaren Verhältnissen»; siehe explizit in der Regeste von BGE 130 II 87.

nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugewiesen sind; neben den einzelnen, gesetzlich explizit genannten Aufgaben (Art. 716 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 716a OR, Aufgaben im Zusammenhang mit Buchführung, Kapitalbeschaffung, Kapitalverlust etc.)³¹ kommt dem Verwaltungsrat also eine Auffangkompetenz zu (Art. 716 Abs. 1 OR).³² Diese Auffangkompetenz ist inhaltlich dahingehend zu präzisieren, dass der Verwaltungsrat immer dann zuständig ist, wenn in einer bestimmten Angelegenheit das Gesetz nicht die Generalversammlung als kompetent erklärt, sich die Statuten auch nicht äussern, und sofern es sich um Angelegenheiten im *Exekutivbereich* handelt.³³

Dem Verwaltungsrat obliegt die Oberaufsicht und Oberleitung und an sich auch die Geschäftsführung. Bezugspunkt bei der Bewältigung und Wahrnehmung dieser Aufgaben ist für den Verwaltungsrat das *Gesellschaftsinteresse* (Art. 717 Abs. 1 OR)³⁴, das durch den Gesellschaftszweck eingegrenzt wird. Dieser bestimmt denn auch den *Umfang und das Ziel* der Geschäftsführung sowie den Umfang der Vollmacht des Verwaltungsrates zur Eingehung von Geschäften, denn Art. 718a Abs. 1 OR schränkt die Organvollmacht auf jene Geschäfte ein, die zweckfördernd sind und im Interesse der Gesellschaft liegen.³⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung ist das *Gesellschaftsinteresse* vom sorgfältig und in guten Tugenden handelnden Verwaltungsrat unter primärer Beachtung der *Aktionärsinteressen* zu konkretisieren, dies mit dem (langfristig betrachteten) Ziel, den *Unternehmenswert zu steigern* (es sei denn die Aktionäre hätten den Endzweck der Gewinnstrebigkeit durch einstimmigen Beschluss abgeändert).³⁶

1.2 Die Treuepflicht des fiduziarischen Verwaltungsrats

Die nachfolgenden Überlegungen beschränken sich auf die Treuepflicht des fiduziarischen Verwaltungsrats – und somit auf jene Fälle, wo die Lehre davon ausgeht, dass die Annahme des Verwaltungsratsmandates durch den Anwalt aus Sicht des BGF A problematisch ist; auf die Sorgfaltspflicht wird unter I.C.2. eingegangen.

³¹ Vgl. zu den undelegierbaren Aufgaben Watter, Verwaltungsratsausschüsse, S. 185 f.

³² Böckli, § 13 N 296 («Kompetenzauffangbecken»); Von Geyerz, S. 198; Watter, BSK, Art. 716 OR N 1.

³³ Böckli, § 13 N 296.

³⁴ Art. 717 Abs. 1 OR: «Die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Tugenden wahren.»

³⁵ Vgl. Watter, BSK, Art. 718a OR N 5 (m.v.H.); Watter/Rohde, III.3 und III.4.

³⁶ Watter/Roth Pellañda, S. 55; Watter/Rohde, III.

a) **Aktienrechtliche vs. auftragsrechtliche Treuepflicht**

Interessendifferenzen ergeben sich in der Praxis primär aus der Weisungsabhängigkeit des fiduziärischen Verwaltungsrats, mithin aus der Frage, ob, und falls ja, inwieweit der Treugeber, dessen Interessen ja durch die Vertretung im Verwaltungsrat gesichert werden soll, Einfluss auf den Verwaltungsrat nehmen kann, bzw. inwieweit der Anwalt im Verwaltungsrat Instruktionen entgegennehmen darf.

Diese Frage stellt sich etwa bei Konzernverhältnissen, wo die Muttergesellschaft Kontrolle in dieser Tochtergesellschaft über delegierte Verwaltungsratsmitglieder ausübt.³⁷ Soll die Konzerntochter veranlassen werden, für sie nachteilige oder höchstens mittelbar vorteilhafte Rechtsgeschäfte mit der Konzernmutter oder anderen Konzerngesellschaften abzuschliessen (Beispiele hierfür sind inadäquate Transferpreise für Leistungen an andere Konzernmitglieder, die Darlehensgewährung oder Garantieleistung zugunsten der Konzernmutter ohne adäquate Gegenleistung), kommt der fiduziärische Verwaltungsrat in einen Konflikt: Einerseits muss er angesichts der rechtlichen Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaft die Interessen «seiner» Gesellschaft wahren, ansonsten es sich verantwortlich macht,³⁸ andererseits kann das Gesamtinteresse des Konzerns, ausgedrückt durch den Willen der Konzernmutter, in eine andere Richtung zielen (in dem vorgenannten Beispielen eine tiefere Steuerrate, eine günstigere Finanzierung oder Liquiditätssteuerung im Konzern). Definiert man das Gesellschaftsinteresse aber in erster Linie – wie vorliegend – über das Aktionärsinteresse (hier das Interesse der Konzernmutter, das diese unter ihrem Mandatsvertrag äusserst), so stellt sich, abgesehen von Gläubigerschutzfragen und der Notwendigkeit, die Interessen allfälliger Minderheitsaktionäre zu berücksichtigen, nur die Frage, ob im Einzelfall die mangelnde Organvollmacht (denn wegen Interessenwidrigkeit für die Tochter fehlt diese möglicherweise) entweder durch eine explizite Statutenklausel oder durch eine (einstimmige) Genehmigung der Generalversammlung so ausgedehnt werden kann, dass der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft rechtmässig handeln kann.³⁹

Der beschriebene Konflikt existiert aber nicht nur in Konzernverhältnissen, sondern grundsätzlich, wenn die Interessen des Treugebers mit denen der Aktiengesellschaft kollidieren. Dies setzt nicht einmal notwendigerweise ein Rechtsgeschäft voraus, sondern kann auch dann gegeben sein, wenn der Treugeber beispielsweise die AG mittels seines Einflusses im Verwaltungsrat von bestimmten Geschäften fernhalten will, um diese selber abschliessen zu können. Generell ist die Problematik vergleichbar mit Situationen, in denen ein Verwaltungsratsmitglied *Eigeninteressen* hat, denn auch diese können geschäftliche Entscheide in einer Art beeinflussen, die für die Gesellschaft schädlich oder zumindest suboptimal ist.

Das Bundesgericht hat in seinen Entscheidungen wiederholt festgehalten, dass ein fiduziärer Verwaltungsrat im Fall kollidierender Interessen, dem *Gesellschaftsinteresse* (gegenüber dem Interesse des Treugebers) *Priorität* einzuräumen hat.⁴⁰ Damit stellt das Bundesgericht das Gesellschaftsinteresse über vertragliche Bindungen, woraus folgt, dass denjenigen, der sein Mandat als Verwaltungsrat treuhänderisch für einen Dritten ausübt, dieselben aktientrechtlischen Rechte und Pflichten treffen wie jedes beliebige Verwaltungsratsmitglied.⁴¹ Verstößt das Mitglied gegen diese Pflichten, weil es divergierende Interessen des Treugebers höher gewichtet, riskiert es, gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären oder – im Konkursfall – gar den Gläubigern haftbar zu werden.⁴²

Grundsätzlich muss demnach gelten, dass vom fiduziärischen Verwaltungsratsmitglied Weisungen des Treugebers nur (aber immerhin) dort zu berücksichtigen sind, wo ihm ein Entscheid nach *freiem Ermessen* zusteht;⁴³ die sorgfältige und pflichtgemäss Abwägung des Gesellschaftsinteresses ihm also mehrere (grundätzlich gleichwertige)

³⁷ Beziüglich Verwaltungsratsmitglieder von Tochtergesellschaften im Konzern vgl. Vögeli/Geiger, S. 73 ff.

³⁸ Schiltknecht, S. 56; Neuhaus/Watter, S. 176; Watter, BSK, Art. 716a OR N 3 und Art. 717 OR N 21; vgl. auch BGE 4 C. 258/2003, Erw. 2.2.2.

³⁹ Vgl. zur Erweiterung der Organkompetenz im Bereich von Garantien in Konzernverhältnissen (und der Beachtung von Gläubigerschutzfragen in diesem Bereich) Neuhaus/Watter, S. 191 f. bzw. S. 196.

⁴⁰ Zuletzt in BGE 4 C. 143/2003, E. 6: «Zwar trifft es zu, dass ein fiduziärisch tätiges *Mitglied des Verwaltungsrats verpflichtet ist, den Interessen der Gesellschaft im Kollisionsfall gegenüber jenen des Treugebers Vorrang einzuräumen [...]» In der Lehre ist die Situation eines fiduziärischen VR als «Diener zweier Herren» ebenfalls breit diskutiert worden, worauf aber vorliegend nicht weiter eingegangen wird. Anstatt vieler siehe für eine Zusammenfassung divergierender Lehrmeinungen, Hornburger, ZK, Art. 717 OR N 922 ff.*

⁴¹ Amstutz, S. 402; Böckli, § 13 N 622 (m.w.H.).

⁴² Der Rückgriff auf Bestimmungen des Auftragsrechts sowie allenfalls des Arbeitsrechts erfolgt nur in zweiter Linie. Zur Anwendbarkeit dieser Normen sie u. a. Piüss, S. 113 ff.

⁴³ Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel, § 28 N 177.

Handlungsalternativen offen lässt.⁴⁴ Für Weisungen des Aktionärs, die nachteilig sind und somit nicht im Gesellschaftsinteresse liegen, gilt, dass derartige Geschäfte nur dann zulässig sind, wenn die daraus entstehenden Nachteile direkt ausgeglichen werden, wobei an die Sorgfalt des Verwaltungsrats, die Adäquatanz des Ausgleichs zu beurteilen, ein besonders strenger Maßstab gelegt werden muss, wenn das Geschäft im Interesse des Aktionärs (beispielsweise der Konzernmutter) liegt.⁴⁵

Damit kann es für das fiduziärische Verwaltungsratsmitglied im Einzelfall unmöglich sein, sowohl seinen aktienrechtlichen als auch seinen mandatsvertraglichen Pflichten vollumfänglich nachzukommen. Entscheidet der Verwaltungsrat im Interesse seines Treugebers, so kann er unter Umständen Gefahr laufen, die aktienrechtlichen Sorgfalt- und Treuepflicht zu verletzen, und ihm droht dann eine Haftung nach Art. 754 OR.⁴⁶ Räumt er umgekehrt dem Gesellschaftsinteresse Vorrang ein und folgt so den aktienrechtlichen Vorgaben, so ist nicht auszuschliessen, dass er dadurch die ihm übertragene Geschäftsbesorgung im Rahmen des Mandatsvertrages verletzt (Art. 394 ff. OR) und allenfalls nach Art. 398 Abs. 2 OR haftbar gemacht werden kann. Die mandatsrechtlichen Pflichten sind nämlich weitreichend, weil der fiduziärische Verwaltungsrat sein Tun und Handeln allgemein auf die Interessen des Treugebers auszurichten und entsprechend alles zu unterlassen hat, was dessen Interessen schädigen könnte⁴⁷ – was auch gilt, wenn der Treugeber keine konkreten Weisungen erteilt.

Teilweise helfen hier in der Praxis Mandatsverträge, die in der Regel vorsehen, dass der fiduziärische Verwaltungsrat Weisungen nicht zu befolgen hat, die Gesetz, Statuten, dem Organisationsreglement oder den guten Sitten widersprechen oder den Ruf des Beauftragten gefährden können – auch wird dem Beauftragten oft erlaubt, dann, wenn

⁴⁴ Stehen einem Verwaltungsratsmitglied mehrere Entscheidungsvarianten offen, besteht aber Uneinigkeit darüber, welche dieser Varianten dem Gesellschaftsinteresse am meisten Genüge tut, so erscheint es zulässig, dass bspw. der Vertreter einer Aktionärsgruppe deren Interesse (Art. 709 OR) sicherstellt, sofern die von ihm unterstützte Variante in gutem Treuen dem Wohl der Gesellschaft dient; vgl. Hornburger ZK, Art. 717 OR N 928.

⁴⁵ ZR 98 (1999) Nr. 52 S. 243; BGE 4C 258/2003, Erw. 2.2.2.; BGE 113 II 52, 57. Geschäfte ohne adäquate Gegenleistung, verstossen grundsätzlich gegen die Sorgfaltspflicht: Watter, BSK, Art. 717 N 12. Vgl. für den Spezialfall der Spende Watter/Rohde, III.

⁴⁶ In BGE 113 II 52 setzte das Bundesgericht einen hohen Maasstab für die Sorgfalt eines Verwaltungsrates, welcher nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern im eigenen oder im Interesse Dritter tätig wird, woraus nicht zuletzt geschlossen werden kann, dass in derartigen Kontrollationen damit zu rechnen ist, dass das betreffende Verwaltungsratsmitglied dem Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung unterliegt.

⁴⁷ Nussbaumer/von der Crone, S. 142 m.w.H.

keine Weisungen erhältlich sind, im vermuteten Interesse der Gesellschaft statt in dem des Aktionärs zu entscheiden. Vorgesehen sind in der Praxis auch Schadloshaltungs-pflichten⁴⁸ des Treugebers, falls die Befolgung von Weisungen zu einer gesellschaftsrechtlichen Haftung führt – gemildert wird der Gegensatz endlich dadurch, dass Mandatsverträge stets jederzeit kündbar sind (Art. 404 Abs. 1 OR).

Bei ganzem oder teilweisem Fehlen solcher vertraglichen Regeln, die versuchen, die bei-den sich potentiell widersprechenden Pflichtenkreise zu harmonisieren oder Kollisionen zu regeln, besteht aber je nach Konstellation ein «Catch 22»: glücklicherweise ist nun aber nicht jedes fiduziärische Verwaltungsratsmitglied ein Captain John Yossarian: Geht man nämlich mit Böckli⁴⁹ einig, so schränkt sich derjenige, der sich in der Pflichtensphäre des Gesellschaftsrechts als Verwaltungsrat eingeordnet hat, in seiner rechtlichen Bindungsfähigkeit ein. Anders gesagt: Es muss jeder juristischen Person, jeder Handelsgesellschaft und jeder Aktionärsgruppe oder -kategorie von vornherein klar sein, dass sich «ihr» Vertreter im Verwaltungsrat nicht weitergehend verpflichten kann – auch nicht mandatsvertraglich –, als dies das schweizerische Aktienrecht zulässt. Für die aktienrechtliche Zulässigkeit eines Handelns unter «doppeltem Pflichtennexus»⁵⁰ ist demnach davon auszugehen, dass die Erteilung eines Verwaltungsratsmandates bezüglich dessen inhaltlichen Pflichten und Rechten im obigen Sinne immer (stillschweigend) eingeschränkt erfolgt. Positiv formuliert bedeutet dies, dass – unabhängig davon, was allenfalls vertraglich mit dem fiduziärischen Verwaltungsrat geregelt wurde – die Befolgung von Weisungen des Treugebers und Interessenwahrungspflichten nur im Rahmen des Gesellschaftsinteresses zulässig sind.⁵¹ Soweit also ein Mandatsvertrag den fiduziärischen Verwaltungsrat zur Befolgung von Weisungen des Treugebers über das vorbeschriebenen Zulässige hinaus anhält, ist den vertraglichen Klauseln die rechtliche Wirkung zu versagen, d. h. der Mandatsvertrag wird aufgrund von Art. 20 Abs. 2 OR nach den Grundsätzen der modifizierten Teilnehmertigkeit auf das zulässige Mass reduziert.⁵²

Trotz des Umstandes, dass nach dieser Lehrmeinung schon die Rechtsordnung eine Harmonisierungsregel kennt, ist es u.E. empfehlenswert, den Inhalt des Mandates schriftlich zu regeln (dies auch ohne Berücksichtigung der anwaltspezifischen Gründe für einen Vertrag, dazu sogleich), damit die gegenseitigen Rechte und Pflichten klar

⁴⁸ Zur Zulässigkeit solcher Schadloshaltungsklauseln siehe Vischer, S. 492 f.

⁴⁹ Böckli, § 13 N 627.

⁵⁰ Hornburger, ZK, Art. 717 OR N 926; Schiltknecht, S. 87 und 161 f.

⁵¹ Lips-Rauber, S. 62; Vischer, S. 491.

⁵² Vischer, S. 492.

sind. Da es auch dann im Einzelfall unsicher sein kann, ob sich eine Weisung des Auftraggebers nicht nachträglich als dem Gesellschaftsinteresse schädlich erweist, ist es fernr ratsam, in den Mandatsvertrag Schadloshaltungsklauseln aufzunehmnen, die auch die Frage regeln, was gelten soll, wenn der Treuhänder ohne Instruktion handelt oder von einer Weisung in guten Treuen abweicht. Verzichtet ein fiduziarischer Verwaltungsrat darauf, seine Schadloshaltung durch den Treugeber vertraglich zu konkretisieren,⁵³ so gelangt Art. 402 Abs. 2 OR zur Anwendung, welcher für die hier interessierenden Konstellationen in der Regel auch zu einer befriedigenden Lösung führt (wenn auch nicht immer).⁵⁴ Nach dieser Bestimmung haftet der Auftraggeber (Treugeber) dem Beauftragten (fiduziarischen Verwaltungsrat) für den aus dem Auftrag erwachsenen Schaden, soweit der Treugeber nicht beweist, dass der Schaden ohne sein Verschulden entstanden ist. Generell besteht demnach nach Art. 402 Abs. 2 OR eine Schadloshaltungspflicht, wenn der Beauftragte weisungskonform handelt (und zwar unabhängig davon, ob die Weisung rechtmässig oder unrechtmässig war), da in solchen Fällen prak-tisch kaum Raum für den Entlastungsbeweis des Treugebers besteht.⁵⁵ Bei weisungs-widrigem Verhalten ist die Schadloshaltung differenziert zu betrachten, denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei einem *unentgeltlichen* Auftrag, eine Haftung verschuldensunabhängig zu beurteilen (Kausalhaftung des Treugebers),⁵⁶ was bei weiterer Auslegung bedeuten würde, dass der Treugeber – zumindest bei einem unentgeltlichen Auftrag – unabhängig davon, ob er rechtmässige oder unrechtmässige Weisungen erteilt hat, für einen allfälligen Schaden einstehen muss.⁵⁷ Dies ist u. E. nur teilweise sachgerecht, da zwischen unrechtmässigen (d. h. nach Gesellschaftsrecht unzulässigen) und rechtmässigen Weisungen zu unterscheiden ist:

⁵³ Eine weitere Variante stellt allenfalls die Versicherung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen dar; vgl. dazu Hütte, S. 1294 ff.

⁵⁴ Festzuhalten ist allerdings, dass die Anwendung von Art. 402 Abs. 2 OR mit verschiedenen Unklares behaftet ist; vgl. dazu allgemein Weber, BSK, Art. 402 OR N 14 ff. sowie speziell für die Frage der Schadloshaltungsansprüche eines fiduziarischen Verwaltungsrates, Vischer, S. 495 ff.

⁵⁵ Eine Ausnahme ist dort denkbar, wo der Schaden durch Zufall eintritt – dann dürfte in aller Regel aber auch den fiduziarischen Verwaltungsrat keine Ersatzpflicht treffen, womit sich die Frage nach der Schadloshaltung gar nicht stellt.

⁵⁶ Vgl. BGE 48 II 491; auch BGE 67 II 98.

⁵⁷ Gemäss Vischer besteht (auch ohne auf die Unentgeltlichkeit eines Auftrages abzustellen) für den fiduziarischen Verwaltungsrat keine Pflicht, darauf hinzuwirken, dass die «Bedingung», keine aktienrechtlichen Vorgaben zu verletzen, *nicht* eintritt, womit eine Schadloshaltung über Art. 402 Abs. 2 OR nicht daran scheitert, dass der fiduziarische Verwaltungsrat Weisungen nicht einhält und somit – vermeintlich – aktienrechtliche Pflichten nicht verletzt; vgl. zum Ganzen Vischer, S. 495. Dies geht u. E. zu weit.

- Verhält sich der fiduziarische Verwaltungsrat wider eine *unrechtmässige* Weisung des Treugebers, und wird der fiduziarische Verwaltungsrat vom Treugeber nicht für seine Tätigkeit entlöhnt, so ist im Schadensfall ein Rückgriff auf den Treugeber möglich; insofern ist dem Bundesgericht beizupflichten, wenn wohl auch angenommen werden muss, dass die Schadloshaltungspflicht dann entfällt, wenn der fiduziarische Verwaltungsrat absichtlich oder grobfahrlässig gehandelt hat.
- Befolgt ein angemessen entschädigter⁵⁸ fiduziarischer Verwaltungsrat eine *unrechtmässige* Weisung nicht und entscheidet stattdessen im (vermeintlichen) Gesellschaftsinteresse (und wird trotzdem haftbar⁵⁹), so besteht u. E. keine gesetzliche Schadloshaltungspflicht des Treugebers unter Art. 402 Abs. 2 OR.
- Handelt ein fiduziarischer Verwaltungsrat entgegen einer *rechtmässigen* Weisung, so entfällt u. E. eine Schadloshaltungspflicht des Treugebers unter Art. 402 Abs. 2 OR ebenfalls, unabhängig davon, ob das Amt entgeltlich oder unentgeltlich ausgeübt wird.

Diese Ansicht gründet auf dem Prinzip der Zurechnung des mit einer Tätigkeit verbundenen spezifischen Schadenrisikos an denjenigen, der die *riskobehaftete Tätigkeit* veranlasst hat und/oder in dessen Interesse sie ausgeführt wird.⁶⁰ Die Veranlassung der Tätigkeit, d. h. die Weisung des Treugebers, ist nicht riskobehaftet, wenn diese rechtmässig – also im Gesellschaftsinteresse – ist, so dass eine Anbindung des Schadenrisikos an den Treugeber nicht statthaft wäre. Dies ergibt sich auch daraus, dass ein Schadensersatzanspruch eines fiduziarischen Verwaltungsrates entfällt, wenn er den Auftrag nicht sorgfältig im Sinne von Art. 398 Abs. 2 OR ausführt.⁶¹ Es ist zutreffend, dass der Beauftragte grundsätzlich nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit einzustehen hat. Haftungsbedürfnisse gründend ist aber eine unsorgfältige oder treuwidrige und den Auftraggeber schädigende Ausführung des Auftrages, wobei sich das Mass der Sorgfalt nach objektiven

⁵⁸ U. E. kann die Entibnung auch indirekt erfolgen, indem der Treugeber darauf verzichtet, dass der fiduziarische Verwaltungsrat das erhaltene Verwaltungsratsgehonorar an den Treugeber weiterleiten muss.

⁵⁹ Eine Haftung im Außenverhältnis ist allerdings in dieser Konstellation unwahrscheinlich, womit sich die Frage nach der Schadloshaltung gar nicht stellen würde.

⁶⁰ Dieses Prinzip wurde auch vom Bundesgericht für die Herleitung der Kausalhaftung des Treugebers beim unentgeltlichen Auftrag herangezogen.

⁶¹ Vgl. Entscheid des Zuger Kantonsgerichts vom 11. November 1991, ZGGVP 1991, S. 124 (auch in: SJZ 90 (1994), S. 402).

Kriterien⁶² bestimmt.⁶³ Zieht man darüber hinaus im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Entgeltlichkeit als weiteren Faktor für den Sorgfaltsmassstab in Betracht,⁶⁴ so bringt dies u. E. die sich unter Art. 402 Abs. 2 OR ergebenden Unklarheiten bezüglich der Relation von Verschulden und Entgeltlichkeit ins Gleichgewicht. Kommt man also im Einzelfall unter Beachtung all der objektivierten Faktoren zum Schluss, dass der fiduziärische Verwaltungsrat durch sein weisungswidriges Verhalten eine Sorgfaltsvorlesung begangen hat, so besteht u. E. keine gesetzliche Schadloshaltungsverpflichtung des Treugebers unter Art. 402 Abs. 2 OR.

Schliesslich ist festzuhalten, dass eine Schadloshaltungspflicht des Treugebers unter Art. 402 Abs. 2 OR auch in jenen Fällen greift, in denen der fiduziärische Verwaltungsrat ohne Instruktion handelt, da es in erster Linie dem Treugeber obliegt, Weisungen zu erteilen.⁶⁵

b) *Berufsspezifische Probleme des Anwalts als Organ mit der Treuepflicht*

Auch wenn im Einzelfall eine stillschweigende Einschränkung des Mandatsvertrages auf das aktienrechtlich Zulässige erfolgen kann, so kann bei einem Anwalt als Organ dessen gesellschaftsrechtliche Treuepflicht mit Art. 12 lit. c BGFA kollidieren. Diese Bestimmung verpflichtet den Anwalt, «jeden Konflikt» zwischen den Interessen seines Klienten und den Personen, mit denen er geschäftlich oder privat in Beziehung steht, zu meiden. Entsprechend wird denn auch in der neueren Literatur und Rechtsprechung die Meinung vertreten, dass – unabhängig davon, ob eine mandatsrechtliche Bindung eines Anwalts als Verwaltungsratsmitglied aus Sicht des Aktienechts vertretbar ist – das «Doppeldienen» eines Anwaltes praktisch immer gegen das Verbot von Interessenkollisionen i. S. v. Art. 12 lit. c BGFA verstößt.⁶⁶

Dieser Ansicht kann so nicht gefolgt werden: Wo der Treugeber im Wissen um die aktienrechtlichen zwingenden Vorgaben dennoch ein Agieren eines Anwaltes wünscht, kann

es nicht sein, dass bereits die Möglichkeit eines Interessenkonfliktes – welche ja durch Art. 12 lit. c BGFA pönaliert wird – disziplinarrechtliche Folgen nach sich ziehen soll.

Selbstverständlich gilt dies nur, falls sich der Treugeber der Gefahren bewusst ist, die sich daraus ergeben können, dass der Anwalt auch Gesellschaftsinteressen zu wahren hat. Dies folgt auch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach es dem Anwalt als Ausfluss der Treuepflicht obliegt, den Mandanten über die Risiken der Geschäftsbesorgung umfassend aufzuklären, damit dieser sich über die von ihm zu tragenden Gefahren bewusst werde.⁶⁷ Ist dies geschehen, und wurde auf die aktienrechtlichen zwingenden Vorgaben hingewiesen, ist eine Verletzung von Art. 12 lit. c BGFA nach der hier vertretenen Ansicht nicht gegeben. Zu empfehlen ist dabei dem Anwalt, diese Punkte schriftlich in den Mandatsvertrag einzubauen. Auf diese Art kommt der Anwalt auch seiner Pflicht nach, klare Verhältnisse zu schaffen.

Auf dasselbe Ergebnis kommt man, wenn man diese Aufklärungspflicht als Ausfluss der berufrechtlichen Treuepflichtin einen weiteren Kontext setzt – nämlich in den der Frage nach der *Unabhängigkeit*, welche mit der Forderung, Interessenkonflikte zu vermeiden, verknüpft ist. Das Bundesgericht hat sich im Zusammenhang mit der Eintragungsfähigkeit von nicht bei freien Anwälten angestellten Anwälten zum Unabhängigkeitserfordernis wiederholt geäußert und festgehalten, dass es letztlich allein ausschlaggebend ist, «*fob der Anwalt darlegen kann, dass angesichts der Ausgestaltung seines Anstellungsverhältnisses keine Beeinträchtigung seiner Unabhängigkeit bzw. der gewissenhaftigkeit und allein im Interesse seines Klienten liegenden Berufsausübung droht.*»⁶⁸ Nach Ansicht des Bundesgerichtes kann und soll der Beweis dafür, dass dem Arbeitgeber bezüglich der Mandatsführung durch den Angestellten weder ein Weisungsrecht noch ein Einsichtsrecht zusteht, durch Vorlage eines entsprechend formulierten Vertrages erbracht werden. Auch zum möglichen Inhalt solcher vertraglicher Bestimmungen hat sich das Bundesgericht geäußert. So bedarf es beispielweise einer Erklärung, dass der Arbeitgeber über die nebenberufliche selbständige Anwaltsaktivität informiert und damit einverstanden ist.⁶⁹ Der Sinn dieser vom Bundesgericht aufgestellten Regeln lässt sich durchaus auf das Problem kollidierender Treuepflichten übertragen, wenn auch nur indirekt,

⁶² Die objektivierten Faktoren für den Entscheid, einer rechtmässigen Weisung nicht zu folgen, würden dann im Einzelfall aufgrund von Art und Schwierigkeit sowie des dazu erforderlichen Fachwissens bewertet; vgl. zu den Faktoren allgemein Weber, BSK, Art. 398 OR N 27.

⁶³ BGE 115 II 62, 64.

⁶⁴ Bei einer hohen Entschädigung sind an die Sorgfalt des Beauftragten höhere Anforderungen zu stellen, vgl. BGE 115 62, 64.

⁶⁵ Das Weisungsrecht des Treugebers ist unverzichtbar. Da Weisungen zugleich Anhaltspunkte für den Umtang des Mandates und die Verantwortung des Beauftragten liefern, ist es ratsam, bei Unklarheiten um Weisungen nachzusuchen; vgl. Weber, BSK, Art. 397 OR N 4 und 6, Fellmann, S. 180 (m.w.H.).

⁶⁶ BGE 127 III 357, 360.

⁶⁷ BGE 130 II 87, 105.

⁶⁸ BGE 130 II 87, 106. Der Arbeitgeber darf darüber hinaus keinen Einfluss auf diese Anwaltstätigkeit nehmen und weder er, ihm nahe stehende Unternehmen, noch seine Kunden oder sonstige Geschäftspartner sollen die anwaltslichen Dienstleistungen des Angestellten in Anspruch nehmen können. Eine allfällige Führung von Mandaten gegen den Arbeitgeber oder dessen Kunden ist gleichfalls ausgeschlossen.

denn beim Anwalt als Organ muss sich nicht etwa die AG mit seiner Rolle einverstanden erklären (analog zum Arbeitgeber) sondern der Klient (der Treugeber).

Damit muss im vorliegenden Zusammenhang ein «Contracting-Out» im Bereich der berufsrechtlichen Treuepflicht möglich sein, insbesondere angesichts der Tatsache, dass sich im Schweizer Recht *keine normativen Bestimmungen zum Umgang mit Interessenkonflikten* finden und der vorgeschlagene Weg im Interesse des Treugebers (Klienten) ist, der diesen Weg ja bewusst gehen will. Mit anderen Worten ist es u. E. genügend, wenn im Sinne des vom Bundesgericht verlangten «Beweisses» der Unabhängigkeit des Anwalts, sowohl die Rolle als auch die Schranken des Weisungs- und Einsichtsrechts des Treugebers unter Bezugnahme auf die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben im Mandatsvertrag fixiert werden, damit das Verbot von Interessenkollisionen nach Art. 12 lit. c BGFA im Einzelfall nicht tangiert wird.

1.3 Grenzen der Informationsweitergabe

In der Praxis stellt sich neben der Frage, ob ein fiduziarisches Verwaltungsratsmitglied Weisungen des Treugebers zu befolgen hat, auch das Problem der Informationsweitergabe, namentlich in folgenden Bereichen:

- Inwieweit hat der fiduziarische Verwaltungsrat das Recht und die Pflicht,⁷⁰ den Auftraggeber über seine Tätigkeit als Verwaltungsrat – beispielsweise bezüglich Verhandlungen innerhalb des Gremiums – zu informieren, und wo ist eine solche Orientierung infolge der Geheimhaltungspflicht ausgeschlossen?
- Weiter kann sich für Anwälte die Frage stellen, ob das Anwaltsgeheimnis eine Rolle spielt, wobei dieses zwei Aspekte hat; nämlich einerseits, was der Anwalt seinem Klienten, aber auch im Verwaltungsrat, straf- und standesrechtlich sagen darf, andererseits, ob er in einem Verfahren gegen ihn die Aussage unter Berufung auf das Anwaltsgeheimnis verweigern darf.

a) Recht und Pflicht zur Weitergabe

Gemäss herrschender Lehre leitet sich aus der aktienrechtlichen Treuepflicht von Art. 717 OR auch eine Schweigegepflicht des Verwaltungsratsmitgliedes ab.⁷¹ Dies bedeu-

⁷⁰ Im Rahmen eines Mandatsvertrages stellt sich diese Frage in Anwendung von Art. 400 OR, welcher eine umfassende Auskunftsgepflicht stipuliert – wenigstens im Umfang dessen, was für den Treugeber von Bedeutung sein kann.

⁷¹ Böckli, § 13 N 671 (m.w.H.); Watter, BSK, Art. 717 OR N 20 (m.w.H.).

tet, dass auch Interna, welche nicht als eigentliche Geschäftsgesheimnisse qualifiziert werden können (bei letzteren gilt zusätzlich Art. 162 StGB), nicht nach aussen getragen werden dürfen, grundsätzlich auch nicht an Aktionäre, außer der Verwaltungsrat als Gremium sei mit der Weitergabe einverstanden.

Umgekehrt ist der fiduziarische Verwaltungsrat gemäss Art. 400 Abs. 1 OR dem Treugeber gegenüber zur Rechenschaftsbiegung über seine Geschäftsbesorgung verpflichtet. Aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR) ergibt sich darüber hinaus eine Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht des Beauftragten.

Wie bereits erläutert, treffen den Verwaltungsrat zwingende Verhaltensregeln aus Gesellschaftsrecht, was bedeutet, das die aktienrechtliche Schweigegepflicht vorgeht und auch nicht vertraglich abgeändert werden kann.⁷² Als zulässig wird es in der Literatur erachtet, wenn die Informationsweitergabe sich sachlich darauf beschränkt, was für die Weisungserteilung des Treugebers *notwendig* ist, wobei dabei *regelmässig* zwischen absoluten und relativem Geschäftsgesheimnissen differenziert wird.⁷³ Relative Geheimnisse werden im Interesse der Gesellschaft gehalten und dürfen unter vorgenannter Bedingung, namentlich der Notwendigkeit für die Weisungserteilung, dem Treugeber bekannt gegeben werden. Ist im Mandatsvertrag aber eine *umfassende* Weitergabe von Informationen vorgesehen, so entsteht wieder, das obengenannte Dilemma, wobei auch hier eine «automatische» Reduktion des Mandatsvertrages auf das nach Aktienrecht zulässige erfolgt, oder aber der fiduziarische Verwaltungsrat (falls er Informationen dennoch weiterleitet und daraus haftbar wird) sich nötigenfalls über Art. 402 Abs. 2 OR oder besser über eine vertragliche Regel schadlos halten muss.⁷⁴

Unabhängig davon stellt sich weiter die Frage, ob der Anwalt als fiduziarisches Verwaltungsratsmitglied, das seiner Auskunftsgepflicht gegenüber dem Treugeber nur unter Beachtung der vorgenannten aktienrechtlichen Schranken nachkommt, gegen Berufsgeleln verstösst. Gemäss Art. 12 lit. a BGFA übt der Anwalt ja seinen Beruf – wie eingangs erwähnt – «sorgfältig und gewissenhaft» aus. Zur Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit gehört, wenn auch nicht explizit, die Treuepflicht, welche die Pflicht zur Informationswei-

⁷² Lips-Rauber, S. 86.

⁷³ Absolute Geschäftsgesheimnisse sind solche, zu deren Geheimhaltung die Gesellschaft gegenüber Dritten aufgrund von Vertrag oder Gesetz verpflichtet ist; sie sollen absolut geschützt sein (d. h. auch zur Verweigerung der Auskunft führen); vgl. BGE vom 4. Juni 2003, 4C.234/2002 und 4C.246/2001, E. 4.3.3.1.

⁷⁴ Dies gilt natürlich nur mangels einer die Schadloshaltung genauer umschreibenden Regelung im Mandatsvertrag.

tergabe und Rechenschaftsablegung beinhaltet. Sämtliche dieser Pflichten beziehen sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf die gesamte Berufstätigkeit des Anwalts.⁷⁵

Der fiduziарische Verwaltungsrat befindet sich also auch hier in einem besonderen Dilemma. Für dessen Auflösung kann aber auf vorangehende Ausführungen verwiesen und folgendes festgehalten werden: Keine disziplinarrechtliche Ahndung darf unter Art. 12 lit. a BGFA erfolgen, falls der Anwalt seinen Klienten auf die Problematik aufmerksam gemacht hat, und der Klient ihm das Mandat in Kenntnis dieser Erschwernis dennoch erteilt. Bei geschäftserfahrenen Kunden wird der Anwalt dabei oft davon ausgehen können, dass sie sich der Problematik bewusst sind – vorsichtig wäre es dennoch, er würde auch diesen Aspekt der Mandatsbeziehung schriftlich in einem Vertrag festhalten.

b) *Anwaltsgeheimnis*

Das Anwaltsgeheimnis verpflichtet Anwälte (und ihre Hilfspersonen) unter Strafandrohung, niemandem Geheimnisse zu offenbaren, die ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden sind (vgl. Art. 321 StGB). Die Geheimhaltungspflicht des Anwalts erstreckt sich entsprechend nur auf Tatsachen, die ihm von Klienten anvertraut worden sind, um die Ausübung des Mandats zu ermöglichen, oder die der Anwalt in Ausübung seines Mandats wahrgenommen hat. Während dies auch für den Anwalt als Organ grundsätzlich gilt, ist er aber als Verwaltungsratsmitglied innergesellschaftlich auskunftspflichtig im Sinne von Art. 715a OR.⁷⁶

Zu unterscheiden ist für den Anwendungsbereich von Art. 321 StGB zwischen der (berufspezifisch) anwaltlichen und der geschäftlichen Tätigkeit. Das strafrechtlich geschützte Berufsgeheimnis umfasst beispielsweise nicht vertrauliche Tatsachen, die der Anwalt im Zusammenhang mit einer privaten, politischen, sozialen oder einer andern, nicht berufspezifischen Tätigkeit erfahren hat.⁷⁷ Da zur Aktiengesellschaft gar kein Mandatsverhältnis besteht, schafft das Anwaltsgeheimnis keine zusätzlichen Hürden in der Kommunikation zwischen anwaltlichem Verwaltungsrat und seinem Klienten (Grenzen der Informationsweitergabe im Sinne von Geheimnisschutz ergeben sich nur im Rahmen der vorgängig geschilderten gesellschaftsrechtlichen Schweigepflicht). Umgekehrt gilt, dass der Anwalt gegenüber seinen Verwaltungsratskollegen Vorsicht wird walten lassen

⁷⁵ BGE vom 18. Juni 2004, 2A_459/2003 E.3.2.

⁷⁶ Vgl. für verschiedene Situationen der Auskunftserteilung; Ketna, S. 290 f.

⁷⁷ BGE 117 Ia 341, 350; BGE 120 Ib 112, 119.

müssen, wenn er beispielweise erläutert, wie sein Klient ihn instruiert hat – nur schon für die Offenlegung des fiduziарischen Verhältnisses wird er der expliziten (allenfalls auch impliziten) Einwilligung des Klienten bedürfen.

Analoges gilt für das Korrelat zum Anwaltsgeheimnis, nämlich dem Recht des Anwaltes, Zeugnis zu verweigern. Grundsätzlich steht ihm dieses nicht für diejenigen Tatsachen zu, die er von der AG erfährt, denn zu ihr besteht gar kein Mandatsverhältnis. Anders liegt die Sache im Verhältnis Anwalt–Klient. Praktisch vermisschen sich nun aber diese Kreise oft, weshalb das Bundesgericht die Personalunion «Anwalt und Organ» bezüglich des Zeugnisverweigerungsrechts aufspaltet: wenn das kaufmännische Element der Tätigkeit des Anwalts derart überwiegt, dass die Tätigkeit nicht mehr als anwaltlich betrachtet werden kann, so erstreckt sich das Berufsgeheimnis *nicht mehr umfassend* darauf. Anwälte dürfen folglich keine Tatsachen offenbaren, die ihnen – auch gesellschaftsintern – ausschliesslich in ihrer Eigenschaft als Anwalt mitgeteilt worden sind; was sie jedoch unabhängig von ihrer anwaltlichen Tätigkeit als Verwaltungsräte erfahren haben, untersteht nicht dem Anwaltsgeheimnis, weshalb ihnen diesbezüglich kein Zeugnisverweigerungsrecht zukommt.⁷⁸ Art. 321 StGB umfasst zusammenfassend jede Tatsache, die nur einem beschränkten Kreis von Personen bekannt ist, wobei es aber irrelevant ist, von wem der Täter (d. h. der Anwalt) das Geheimnis erfahren hat: Geschützt sind somit Geheimnisse, die ihm bewusst vom Geheimnisherrn, dem Klienten, anvertraut wurden, aber auch Geheimnisse, von denen er durch Dritte erfahren hat, sofern zwischen der Kenntnis des Geheimnisses und dem Beruf des Anwalts ein Zusammenhang besteht.⁷⁹ Darüber hinaus ist es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unerheblich, ob der Anwalt das Verwaltungsratsmandat fiduziär ausübt, da er gegen aussen als Verwaltungsrat auftritt und entsprechend zum Zeugnis verpflichtet ist. Diesem Ansatz liegt die Annahme zugrunde, dass er die Kenntnisse zur Ausübung seines Mandats ja nicht mit Rücksicht auf seine berufliche Stellung als Anwalt erfährt, sondern im Hinblick auf seine Verwaltungsratsaktivität.⁸⁰

Die beschriebene Rechtsprechung und Lehre zeigt, dass im Einzelfall eine Trennung der berufspezifischen Tätigkeiten von den primär kaufmännischen Tätigkeiten eines Anwalts für die Anwendbarkeit von Art. 321 StGB durchaus schwierig sein kann und keine allgemein gültigen Regeln gezogen werden können.

⁷⁸ BGE 115 Ia 197, E. 3.d).bb).

⁷⁹ Oberholzer, StGB-K, Art. 321 N 11 ff.

⁸⁰ BGE 115 Ia 197, E. 3.d).cc in fine.

2. Sorgfaltsmassstab und Haftungsaspekte

Das Risiko eines Verwaltungsratsmitgliedes, sich im Rahmen seiner Tätigkeit für die Gesellschaft verantwortlich zu machen, ist manniigfaltig: etwa bei der Gründung der Gesellschaft (Art. 753 OR), bei der Mitwirkung an einem unrichtigen Emissions-Prospekt (Art. 752 OR), durch Fehlverhalten im Rahmen des öffentlichen Rechts, bspw. im Steuerbereich oder Sozialversicherungsrecht (wo sich Art. 52 AHVG, der an sich eine Haftung für Grobfählässigkeit stipuliert, von unseren Gerichten für nicht abgelieferte Beiträge zu einer faktischen Kausalhaftung mit regelmässigen Verantwortlichkeitsansprüchen gemäusert hat⁸¹), durch geschäftliche Fehlentscheide wegen mangelnder Sorgfalt oder Treuwidrigkeit (Art. 754 OR), durch Mängel in der Ausserkommunikation (wo direkter InvestorenSchaden und eine Haftung aus Art. 754 OR folgen kann)⁸² oder durch Fehlverhalten, wenn die Gesellschaft in eine finanzielle Schieflage gerät (Art. 754 in Verbindung mit Art. 725 OR). Immer wichtiger wird auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit, die dann wiederum auch Rückwirkungen auf die zivilrechtliche Haftung hat, namentlich insoweit, als bei einer Verurteilung auch Ansprüche aus Art. 41 OR möglich werden, die einem weiteren Kreis von Personen offen stehen als die Verantwortlichkeitsansprüche.⁸³

Die nachfolgenden Betrachtungen beschränken sich auf den weitaus wichtigsten Haftungstatbestand aus Geschäftsführung, Art. 754 OR, wonach sich Verwaltungsratsmitglieder sowohl der Gesellschaft als auch einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern gegenüber für den Schaden verantwortlich machen, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursacht haben.⁸⁴

Rechtsprechung und Lehre sind sich einig, dass der Richter bei der Beurteilung des vom Verwaltungsrat anzuwendenden Sorgfaltsmassstabes *objektive Kriterien* anzuwenden hat.⁸⁵ Ausschlaggebend ist demnach die Frage (bzw. die Antwort darauf), welches Verhalten billigerweise von einem abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden Verwaltungsrat in einer vergleichbaren Situation erwartet werden darf. *Diligentia quam in*

⁸¹ Vgl. zu dieser Problematik Häusermann, 135 ff.

⁸² Siehe dazu Watter/Reichenberg, S. 974.

⁸³ Betreffend strafrechtlicher Verantwortlichkeit vgl. Watter/Reichenberg, S. 975 f.

⁸⁴ Um eine Haftung und entsprechend eine Schadenersatzpflicht zu begründen, ist neben der Verletzung des Sorgfaltsmassstabs ein Verschulden, wobei auch leichte Fahrlässigkeit genügt, sowie ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Handeln des Verwaltungsrates und dem eingetretenden Schaden erforderlich. Da der Sorgfaltsmassstab objektiviert ist, ist das Verschulden fast immer gegeben.

⁸⁵ BGE 122 III 195, 198; BGE 113 III 52, 58; Böckli, § 13 N 575.

suis genügt nicht,⁸⁶ sondern das Verhalten wird danach gemessen, wie ein vernünftiger und gewissenhafter Mensch in gleicher Lage und unter gleichen Umständen hätte reagieren müssen. Jede Unterschreitung dieser Schwelle gilt als Sorgfaltspflichtverletzung. Der objektivierte Sorgfaltsmassstab stellt aber nur eine «untere Grenze» dar, was die Konsequenz hat, dass immer dann, wenn ein Verwaltungsratsmitglied über überdurchschnittliche Kenntnisse oder besonderes Fachwissen verfügt, bei Entscheidungen innerhalb dieses Fachbereiches an die Sorgfalt höhere Anforderungen zu stellen sind.⁸⁷

Dies wirft die Frage auf, ob ein Anwalt als Verwaltungsratsmitglied aufgrund seiner fachlichen Befähigung – sprich der Rechtskundigkeit – ebenfalls einem erhöhten Sorgfaltsmassstab unterstellt ist, was in allen eingesang geschilderten Konstellationen relevant ist. Unseres Erachtens ist dies zu bejahen, womit der Anwalt eine besondere Sorgfalt anzuwenden hat, wenn etwa die Frage aufkommt, ob wegen mangelnder Liquidität überhaupt noch zu Fortführungswerten bilanziert werden darf, ob up-stream Garantien zulässig sind, wann in einer kotierten Gesellschaft eine ad hoc Meldung zu machen ist oder welche Geschäfte ein Verwaltungsrat machen darf, wenn eine Übernahmeofferte pendient ist.

Wo der Verwaltungsrat also direkt zuständig ist, hat der Anwalt im Verwaltungsrat dort erhöhte Sorgfaltspflicht, wo es um rechtliche Fragen geht. Ein «Nichtwissen» einer Regel wird er daher meist nicht geltend machen können. Selbstverständlich ist es dem Anwalt im Verwaltungsrat unbekommen, zu verlangen, dass eine bestimmte Frage beispielsweise von einem spezialisierten Kollegen geprüft wird, weil er sich in einer konkreten Konstellation nicht sattelfest fühlt.

Andererseits ist aber auch zu beachten, dass dort, wo die Geschäftsführung delegiert ist, gerade auch die Lösung von Rechts- und Steuerfragen auf Stufe Management angesiedelt ist und sich die Rolle des Verwaltungsrates – wie immer bei delegierten Aufgaben – auf die drei *curae* beschränkt.⁸⁸ Berichtet dann allerdings das Management dem Verwaltungsrat beispielweise über Streitfälle in der Gesellschaft, darf man vom Anwalt im Verwaltungsrat erwarten, dass er diesen Bericht im Lichte seines eigenen Wissens würdigt und seine Erkenntnisse und sein Urteil im Gremium einbringt. Im Bereich delegierter Geschäftsführung muss der Anwalt also etwa besonderes Augenmerk auf die

⁸⁶ BGE 113 II 52, 56. Watter, BSK, Art. 717 OR N 5.

⁸⁷ Watter, BSK, Art. 717 OR N 5.

⁸⁸ Watter, Verwaltungsratsausschusse, S. 187.

Auswahl eines General Counsel haben, will er seiner Sorgfaltspflicht genügen; ebenso wird er von Zeit zu Zeit überprüfen müssen, ob das Reportingssystem Rechts- und Compliance-Fragen adäquat abdeckt.

II. Annahme von Anwaltsmandaten durch das Verwaltungsratsmitglied, das Anwalt ist

Ist eine Person mit der Wahrung fremder Interessen beauftragt und hat dabei Entscheidungen zu treffen, mit denen sie sich potentiell in Konflikt zu eigenen oder anderen ihr zur Wahrung übertragenen Interessen begibt, so befindet sie sich in einem Interessenkonflikt.⁹³ Die Gefahr eines Konfliktes mit Eigeninteressen kann beispielsweise bestehen, wenn das Verwaltungsratsmitglied gleichzeitig in finanzieller oder reputationsmässiger Weise vom Unternehmen abhängig ist.⁹⁴ Ein Konflikt entsteht natürlich auch (und ist offensichtlich), wenn sich der Anwalt im Verwaltungsrat selbst Aufträge zu forensischer Tätigkeit oder zur Rechtsberatung zuhält, auch wenn er das so steuert, dass formell beispielsweise die Geschäftsleitung den Auftrag erteilt, damit kein offensichtlicher Fall von Selbstkontrahieren vorliegt.⁹⁵

Aber eine Problematik besteht selbst dann, wenn die Geschäftsleitung dem Anwalt Aufträge erteilt, ohne dass er diese aktiv gesucht hätte. Erhält nämlich der Anwalt, der gleichzeitig Verwaltungsratsmitglied ist, finanziell interessante Beratungsaufträge durch das Management, besteht die Gefahr, dass er dessen Leistung nicht mehr mit den nötigen Distanz beurteilt oder mit Kritik an der Geschäftsführung zurückhält, um weitere Aufträge nicht zu gefährden. Ferner besteht die Gefahr, dass die Aufträge in Folge der Nähe nicht zu marktüblichen, sondern zu anderen Konditionen abgewickelt werden⁹⁶ (also nicht «at arm's length» sind).

Nach der hier vertretenen Auffassung kann aber bei richtigem Umgang mit den geschilderten Konflikten und Gefahren die Erteilung eines Anwaltauftrages dennoch mög-

lich bleiben. Notwendig ist zunächst die Befolgung der Regeln zum Insichgeschäft, welche generell (und analog) auf den Abschluss jedes Rechtsgeschäfts zwischen der Gesellschaft und dem handelnden Organ anzuwenden sind:⁹⁷ In ständiger Rechtsprechung hat das Bundesgericht anerkannt, dass die «Vermutung» der Ungültigkeit des Insichgeschäfts widerlegbar ist, wenn entweder der Nachweis, dass die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist, oder der Nachweis, dass der Vertretene den Vertreter zum Vertreter zum Vertragschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt hat, erbracht werden kann.⁹⁸

Da der Nachweis, dass eine Benachteiligung nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist, bei einer Mandatserteilung an ein Verwaltungsratsmitglied wohl schwierig sein dürfte,⁹⁹ kommt praktisch als mögliche Rechtfertigung nur eine Genehmigung des Auftrages durch ein über- oder nebengeordnetes Organ in Frage,¹⁰⁰ also entweder durch andere Verwaltungsratsmitglieder,¹⁰¹ durch den Gesamtverwaltungsrat oder die Generalversammlung.¹⁰² Denkbar ist auch eine Genehmigung durch einen Verwaltungsratsausschuss¹⁰³ (beispielsweise durch den Prüfungsausschuss). Dieses Vorgehen macht vorliegend auch insoweit Sinn, als bei einem solchen Vorgehen ausgeschlossen ist, dass der Anwalts-Verwaltungsrat sich wegen des Auftrages dem Management gegenüber besonders verpflichtet fühlt.

⁹³ Lips-Rauber, S. 118.

⁹⁴ Diese richteerrechtliche Regel findet gemäss Bundesgericht auch analoge Anwendung auf die Doppelvertretung sowie auf die Vertretung juristischer Personen durch deren Organe: Vgl. u.a. BGE 4C.212/2002 E. 3.2, BGE 126 III 363 ff.; BGE 112 II 503, 506; BGE 106 I b 148.

⁹⁵ Zutreffenderweise wird in der Literatur kritisiert, dass die Frage, ob effektiv eine Benachteiligung ausgeschlossen ist bzw. ob der Empfänger eines Insichgeschäfts zu Unrecht begünstigt wird, nur geklärt werden kann, wenn der Vertragsinhalt auf seine Zulässigkeit hin überprüft würde, und es entsprechend nicht angehen kann, alle Insichgeschäfte dem Verdacht auszusetzen, sie seien nicht in Ordnung. Dem Ansatz, dass Geschäfte zwischen einer Gesellschaft und ihren Organen (zunächst) als prinzipiell gültig anzusehen sind (und eben nicht als grundsätzlich unwirksam), und erst «auf Verlangen» auf ihren Inhalt kontrolliert werden, ist folglich zuzustimmen, vgl. zum Ganzen Huguenin, S. 526 ff.

⁹⁶ BGE 126 III 363.

⁹⁷ Jedes Verwaltungsratsmitglied kann nach Zeichnungsberechtigung ein Insichgeschäft eines anderen Verwaltungsratsmitglieds genehmigen, vgl. BGE 127 III 332, E.2.b.cc. sowie Huguenin, S. 524 f.

⁹⁸ BGE 127 III 332, 334.

⁹⁹ Zur Delegierbarkeit von Aufgaben im Bereich der Kontrollsysteme, des Risikomanagements und der Compliance, vgl. Watter, Verwaltungsratsausschüsse, S. 192 f. (m.w.H.).

⁸⁹ Stütz/von der Crone, S. 103 (m.w.H.).

⁹⁰ Watter/Roth Pellanda, S. 64 (mit weiteren Beispielen).

⁹¹ Vgl. zum Selbstkontrahieren und zur Rechtsunwirksamkeit von Insichgeschäften BGE 127 III 332 Erw. 2.a. und generell Wernli, BSK, Art. 707 OR N 43.

⁹² Watter/Roth Pellanda, S. 64.

Selbst wenn diese formellen Voraussetzungen eingehalten sind, muss für den Anwalt stets gelten, dass er sich (bei Annahme des Mandates und auch während dessen Ausführung) die Frage stellen muss, ob nicht unerwünschte Nebeneffekte entstehen könnten, und ob er wirklich die beste Wahl für den zu tätigenden Auftrag ist. Dies wird dann der Fall sein, wenn der Anwalt über besondere Fachkompetenz verfügt, aber auch dort, wo sein Wissen um das Geschäft der AG und ihre spezifische Lage ihm besser befähigt, ein Problem zu lösen als irgendein Kollege. Im Einzelfall können auch kurze Kommunikationswege mit dem Verwaltungsrat ein Grund sein, direkt ein Verwaltungsratsmitglied mit der Erledigung einer bestimmten Aufgabe zu trauen.

Anzumerken ist endlich, dass bei börsennotierten Gesellschaften die Entschädigung, die das Verwaltungsratsmitglied für den anwaltslichen Auftrag erhalten hat, offenzulegen ist.¹⁰⁰ Hinzzuweisen ist auch auf die bevorstehende Änderung des OR (Art. 663b^{bis} OR) im Zusammenhang mit der Offenlegung von Vergütungen an Verwaltungsratsmitglieder von börsennotierten Gesellschaften, welche am 1. Januar 2007 in Kraft treten wird. Das neue Recht findet gemäss Mediennachrichten EIPD vom 24. Mai 2006¹⁰¹ erstmals auf jenes Geschäftsjahr Anwendung, das mit oder nach dem Inkrafttreten der Transparenzvorschriften beginnt, also in der Regel auf das Geschäftsjahr 2007. Bei nichtkotierten Gesellschaften richtet sich die Frage, ob und in welchem Umfang Vergütungen an den Anwälts-Verwaltungsrat in der Rechnungslegung anzugeben sind, in erster Linie nach den Bestimmungen des OR, welches diesbezüglich aber schweigt. Folglich ist auf die Rechnungslegungsstandards abzustellen, welchen sich die Gesellschaft unterstellt hat. So stellt beispielsweise nach IFRS¹⁰² die Entschädigung für den Anwaltsauftrag an das VR-Mitglied eine zwingende Angabe im Anhang der Bilanz dar (und ist somit zumindest dem Aktionariat gegenüber offenzulegen).

III. Fazit

Die Tätigkeit eines Anwaltes als Organ ist nicht unproblematisch. Agiert der im Anwaltsregister eingetragene Anwalt für einen Klienten als Verwaltungsrat, muss er diesem gegenüber klar machen, dass er seine Weisungen und Interessen nicht bedingungslos wird befolgen können, und auch die Informationsweitergabe und Rechenschaftsablegung aufgrund gesellschaftsrechtlicher Vorgaben beschränkt sein kann.

Jeder Anwalt unterliegt ferner bei Entscheiden oder Tätigkeiten im Verwaltungsrat, die seinen Fachbereich betreffen, erhöhten Sorgfaltsanforderungen und damit einer erhöhten Gefahr, einmal ersatzpflichtig zu werden.

Endlich gilt, dass eine anwaltsliche Tätigkeit für die Gesellschaft, in deren Verwaltungsrat der Anwalt Einstitz nimmt, nur nach spezieller Beschlussfassung möglich ist und auch dann wohl nur, wenn für seinen Einsatz sachliche Gründe bestehen, er also vermutungsweise die Arbeit besser oder günstiger wird erledigen können als irgendein Anwaltkollege.

Literaturverzeichnis

Amstutz Marc, Konzernorganisationsrecht, Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtsystematik, Diss. Zürich, Bern 1993.

Bertschinger Urs, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999.

Böckli Peter, Schweizer Aktientechnik, 3. Auflage, Zürich 2004.

Fellmann Walter, Kollision von Berufspflichten mit anderen Gesetzespflichten am Beispiel des Anwaltes als Verwaltungsrat, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Das Anwaltsrecht nach dem BGFA, St. Gallen 2003, S. 165 ff.

Fellmann Walter / Zindel Gaudenz (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005.

Forstmoser Peter / Meier-Havoz Arthur / Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

¹⁰⁰ Die Richtlinie der SWX zur Corporate Governance (RLCG) sieht in Ziff. 5.7 vor, dass Honorare und andere Vergütungen (z. B. Beraterhonorare) für zusätzliche Leistungen zugunsten des Emittenten oder einer Konzerngesellschaft, die während des Berichtjahres durch ein amtierendes Organmitglied in Rechnung gestellt wurde, zwingend angegeben werden müssen, sofern deren Summe die Hälfte der ordentlichen Entschädigungssumme erreicht oder überschreitet; vgl. allgemein zur Offenlegung von Entschädigungen Watter, Informationsversorgung, S. 60 f.

¹⁰¹ http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2006/ref_2006-05-24.html.

¹⁰² IAS 24.

Homburger Eric, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Der Verwaltungsrat Art. 707–726 OR, Zürich 1997 (zit.: Homburger, ZK).

Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. Auflage, Basel 2002 (zit.: BSK).

Huguenin Claire, Insichgeschäfte im Aktienrecht, in: Kramer Ernst A. / Nobel Peter / Waldburger Robert (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli, Zürich 2006, S. 521 ff.

Hütte Klaus, Fragen rund um die Versicherbarkeit aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, AJP 1998, S. 1294 ff.

Käch Simon, Die Rechtsstellung eines Vertreters einer juristischen Person im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 2002.

Kretna Georg, Der Rechtsanwalt als Verwaltungsrat, SJZ 97 (2001), Nr. 13, S. 289 ff.

Lips-Rauher Christina, Die Rechtsbeziehung zwischen dem beauftragten fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten, Diss., Zürich 2005.

Nater Hans, Unabhängigkeit und Interessenkollision: Entscheid aus Genf und Zürich, SJZ 100 (2004), Nr. 3, S. 67 ff.

Neuhaus Markus / Watter Rolf, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Side-stream-Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften, in: Kramer Ernst A. / Nobel Peter / Waldburger Robert (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli, Zürich 2006, S. 173 ff.

Niggli Marcel A. / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, Basel 2003, (zit.: StGB-K).

Nussbaumer Annemarie / von der Crone Hans Caspar, Verhältnis zwischen gesellschafts- und schuldrechtlicher Verpflichtung, SZW 2/2004, S. 138 ff.

Pfeifer Michael, Gilt das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch für Unternehmensjuristen?, Anwaltsrevue 4/2006, S. 166 ff.

Plüss Adrian, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Zürich 1990.

Schiltknecht Reto, Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften, Diss. Bern 1997.

Studer Niklaus, Die sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung nach BGFA, Anwaltsrevue 10/2004, S. 373 ff.

Stutz Bettina / von der Crone Hans Caspar, Kontrolle von Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 2/2003, S. 102 ff.

Vischer Markus, Schadloshaftungsklauseln in Mandatsverträgen fiduziarischer Verwaltungsräte, AJP 2003, S. 491 ff.

Vögeli Eduard / Geiger Roman, Verwaltungsräte von Tochtergesellschaften im Konzern, SJZ 102 (2006), Nr. 4, S. 73 ff.

von der Crone Hans Caspar, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 1/2006, S. 2 ff.

Watter Rolf, Die Informationsversorgung des Aktionärs, insbesondere die SWX-Richtlinie betr. Information zur Corporate Governance, in: Bühlir Christoph (Hrsg.), Informationenpflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, Bern 2002, S. 33 ff. (zit.: Watter, Informationsversorgung).

Watter Rolf, Verwaltungsratsausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben, in: von der Crone Hans Caspar /Weber Rolf H. / Zäch Roger / Zobi Dieter (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht – Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, S. 183 ff. (zit.: Watter, Verwaltungsratsausschüsse).

Watter Rolf / Reichenberg Paula, La responsabilité des sociétés cotées en bourse liée à leurs communications financières défaiantes, AJP 2005, S. 969 ff.

Watter Rolf / Rohde Thomas, Die Spendekompetenz des Verwaltungsrates, in: Festschrift zum schweizerischen Juristentag, Zürich 2006 (erscheint demnächst).

Watter Rolf / Roth Pellanda Katja, Die «richtige» Zusammensetzung des Verwaltungsrates, in: Weber Rolf H. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich 2006, S. 47 ff.