

Art. 12 lit. c BGFA. Interessenkollision.

Anwältinnen und Anwälte unterstehen nicht nur im Rahmen der Monopoltätigkeit, der berufsmässigen Vertretung von Parteien vor Gericht, dem (öffentlich-rechtlichen) Berufsrecht, sie haben die Berufspflichten auch bei der Erfüllung anderer Aufgaben, so etwa der Führung von Treuhandgeschäften, bei der Verwaltung von Vermögen, bei Inkassomandaten oder bei der Tätigkeit als Verwaltungsrat, zu beachten.

Das Konfliktverbot kann auch ein Element des Vertraulichkeitsschutzes aufweisen; Vertraulichkeitskonflikte unterliegen im Grundsatz keiner zeitlichen Schranke. Unzulässiger Parteienwechsel.

Sachverhalt:

Der Beschuldigte und dessen Anwaltskanzlei vertreten von 2001 bis 2008 das Unternehmen X. Der Beschuldigte ist sowohl Verwaltungsrat als auch Rechtsvertreter und erlangt deshalb Kenntnisse auch über Geschäftsgeheimnisse und strategische Überlegungen. Mitte 2008 tritt der Beschuldigte zufolge Neuorientierung als Verwaltungsrat und Rechtsvertreter der Unternehmung X. zurück; sein Nachfolger ist sein Stellvertreter in der Anwaltskanzlei. Noch während dem laufenden Mandat X. wird im Juli 2008 die Unternehmung Y. gegründet, welche im absolut gleichen Gebiet tätig ist und der Beschuldigte wird als Verwaltungsrat (und später als Rechtsvertreter) ernannt.

Im Verfahren vor der Aufsichtscommission wird gerügt, der Beschuldigte habe mit Hilfe seiner Anwaltskanzlei und mit Know How, für das die ursprüngliche Klientin über Jahre grosse Beratungshonorare bezahlt habe, ein Konkurrenzunternehmen aufgebaut. Der Beschuldigte habe zudem mit der Nachfolgeregelung die ursprüngliche Klientin im Glauben lassen, deren Interessen würden weiterhin wahrgenommen.

Aus den Erwägungen:

"2.2. Tätigkeit als Rechtsanwalt / Verwaltungsrat

2.1.1. Der Beschuldigte bestreitet weder, in der Zeit zwischen 2001 und 2008 die X. als Verwaltungsratsmitglied und Rechtsanwalt / Rechtsberater betreut zu haben, noch nunmehr für die Y. als Verwaltungsrat (und Rechtsanwalt / Rechtsberater) tätig zu sein.

Falsch ist hier einzig der Standpunkt des Beschuldigten, mit der Verzeigung werde 'im Wesentlichen' nur die Tätigkeit als früherer Verwaltungsrat der X. anvisiert; dies ist nicht der Fall. Die Verzeigung fokussiert auch auf die Tätigkeit des Beschuldigten als Anwalt. Der Beschuldigte räumt zudem nicht nur eine solche frü-

here anwaltliche Tätigkeit ein, sondern betont, er habe bei der X. seine Erfahrungen als Verwaltungsratsmitglied von Schweizerischen Gesellschaften und als Wirtschaftsanwalt eingebracht.

2.2.2. Den Anwaltsberuf übt gemäss § 10 AnwG aus, wer über ein Anwaltspatent verfügt und Personen in Verfahren vor Gericht, anderen Behörden oder gegenüber Dritten vertritt oder in Rechtsfragen berät und dabei unter der Berufsbezeichnung Rechtsanwältin oder Rechtsanwalt oder einer gleichwertigen Bezeichnung auftritt. 'Der Anwaltsberuf im Sinne des Gesetzes umfasst damit die gesamte Berufstätigkeit und nicht nur die Vertretung von Parteien im Rahmen des Anwaltsmonopols; den Anwaltsberuf übt auch aus, wer ausschliesslich im Bereich der Rechtsberatung tätig ist' (Antrag des Regierungsrates zu einem neuen Anwaltsgesetz vom 13. November 2002, Nr. 4028, S. 38).

2.2.3. Das Tätigkeitsgebiet des Anwalts kann sich darüber hinaus auch auf andere Bereiche und wirtschaftliche Dienstleistungen, die Ausübung etwa von Verwaltungsratsmandaten etc., erstrecken (Beat Hess, Umsetzung des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte [BGFA] durch die Kantone, in: SJZ 98 / 2002 S. 485 ff., insbes. S. 486; Grundsatzurteil BGE 130 II 87 [= BGE 2A.110/2003 vom 29. Januar 2004], E. 3; vgl. auch die gleichlautenden Urteile des Bundesgerichts 2A.101/2003 vom 13. Dezember 2003, E. 3; 2A.109/2003 vom 29. Januar 2004, E. 3; 2A.111/2003 vom 29. Januar 2004, E. 3; 2A.127/2003 vom 29. Januar 2004, E. 3; vgl. dazu auch: Der Anwalt / Notar als Organ, in: Mario Giannini, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, Diss. Zürich 2005, S. 255 ff.).

Hierzu ist aber einschränkend zu bemerken, dass ein ausschliesslich als Verwaltungsrat tätiger Rechtsanwalt bei der Ausübung seines Verwaltungsratsmandates nicht mehr im Rahmen seiner Anwaltstätigkeit handelt, sondern als Geschäftsmann, wenn das kaufmännische Element gegenüber dem anwaltlichen überwiegt (Mario Giannini, a.a.O., S. 256 mit Verweisung auf BGE 115 Ia 197; BGE 114 III 105; BGE 112 Ib 606 etc. [Fn 1322]; Georg Krneta, Der Anwalt als Organ einer juristischen Person, in: Band 2 'Das Anwaltsgeheimnis', Zürich 1994, S. 7 ff.,

S. 12). Entsprechend muss zwischen der (berufsspezifisch) anwaltlichen und der geschäftlichen Tätigkeit unterschieden werden (BGE 115 Ia 197 E. 3 d bb).

Es ist andererseits weitgehend unbestritten, dass der Anwalt nicht nur im Rahmen seiner Monopoltätigkeit, der berufsmässigen Vertretung von Parteien vor Gericht, dem (öffentlich-rechtlichen) Berufsrecht untersteht, und er die Berufspflichten auch bei der Erfüllung anderer Aufgaben, so etwa der Führung von Treuhandgeschäften, bei der Verwaltung von Vermögen, bei Inkassomandaten oder bei der Tätigkeit als Verwaltungsrat, zu beachten hat (Walter Fellmann, Kollision von Berufspflichten mit anderen Gesetzespflichten am Beispiel des Anwaltes als Verwaltungsrat, in: Bernhard Ehrenzeller [Hrsg.], Das Anwaltsrecht nach dem BGFA, St. Gallen 2003, S. 165 ff. [zit. Fellmann, Kollision], S. 166; Georg Pfister, Aus der Praxis der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich zu Art. 12 BGFA, in: SJZ 105/2009 Nr. 12 S. 285 ff., S. 286).

Der Beschuldigte räumt, wie erwähnt, ein, neben der Tätigkeit als Verwaltungsrat auch als Anwalt für die fraglichen Gesellschaften aufgetreten zu sein. Auch die übrigen Mitglieder der Anwaltskanzlei des Beschuldigten traten damals als Anwälte für die Verzeigerinnen auf. Im Übrigen ist auch nicht entscheidend, ob die anwaltliche Tätigkeit im Vordergrund gestanden ist bzw. welcher Art die Tätigkeit genau war. Rechtsberatung stellt jedenfalls auch eine anwaltliche Tätigkeit dar. Nachdem der Beschuldigte aber selber einräumt, auch in anwaltlicher Funktion aufgetreten zu sein, kann kein Unterschied erblickt werden im Auftreten des Beschuldigten gegenüber jenem eines beliebig anderen registrierten Anwalts.

Zu prüfen ist nunmehr vorab, ob der Beschuldigte durch diese Tätigkeit als Anwalt gegen Art. 12 lit. c BGFA verstossen hat.

3. Disziplinarrechtliche Beurteilung: Materielles

(...)

3.1.1. Art. 12 lit. c BGFA: Grundlagen

3.1.1.1. Nach der Bestimmung von Art. 12 lit. c BGFA haben die Rechtsanwälte 'jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen', zu vermeiden. Die entsprechende Treuepflicht gegenüber dem Klienten ist umfassender Natur und erstreckt sich auf alle Aspekte des Mandatsverhältnisses. Sie steht im Zusammenhang mit der Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA, nach welcher die Rechtsanwälte 'ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben' haben, wie auch mit Art. 12 lit. b BGFA, der sie zur Unabhängigkeit verpflichtet (BGE 134 II 108 E. 3).

Das Gebot zur Vermeidung von widerstreitenden Interessen ist eines der Grundpfeiler der Berufspflichten des Anwaltes. Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang von einer 'règle cardinale' des Anwaltsberufes (Urteil des Bundesgerichts 2A.560/2004 vom 1. Februar 2005, E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts 1A.223/2002 vom 18. März 2003, E. 5.2), die Lehre von einer Bestimmung mit 'hohem verfassungsmässigen Rang' und rechtsstaatlicher Unverzichtbarkeit (Kaspar Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, N 777, N 781).

3.1.1.2. Das Verbot von Interessenkonflikten bezweckt die unbeeinflusste Interessenwahrung; es beinhaltet aber auch ein Element des Vertraulichkeitsschutzes (Kaspar Schiller, a.a.O., N 779, N 780). Schiller führt dazu aus: 'Zwar verbietet bereits das Berufsgeheimnis, dass Klienteninformationen an unbefugte Dritte weitergeleitet werden und dass diese Zugang zu Klienteninformationen erhalten. Es kann aber nicht verhindern, dass der Anwalt selber vertrauliche Informationen zum Nachteil des Klienten verwendet, ohne diese preiszugeben' (Kaspar Schiller, a.a.O., N 779).

Schiller unterscheidet angesichts der doppelten Funktion von Art. 12 lit. c BGFA, einerseits als Garantie der unbeeinflussten Interessenwahrung, andererseits als Vertraulichkeitsschutz, somit den Mandatskonflikt und den Vertraulichkeitskonflikt. Ein Mandatskonflikt liegt nach Schiller vor, wenn der Anwalt im Dilemma ist, ob er das Mandat im ausschliesslichen Interesse des Klienten führen, oder ob er auf die abweichenden Interessen einer anderen Person Rücksicht zu nehmen hat (Kaspar Schiller, a.a.O., N 805). Dagegen liegt ein Vertraulichkeitskonflikt vor, wenn der Anwalt im Dilemma ist, ob er vertrauliche Klienteninformationen mit Rücksicht

auf die Interessen einer anderen Person zum Nachteil des Klienten verwenden, oder ob er dies im Interesse des Klienten zu unterlassen hat (Kaspar Schiller, a.a.O., N 816). Während der Anwalt nach Abschluss eines Mandates nicht mehr zur Interessenwahrung verpflichtet ist und das Verbot von Mandatskonflikten entsprechend endet, überdauert der Vertraulichkeitsschutz das Mandat. Vertraulichkeitskonflikte sind im Grundsatz ohne zeitliche Schranke zu vermeiden (Kaspar Schiller, a.a.O., N 860; BGE 103 Ia 430; Art. 13 BGFA). Dass die Nachteile einer Verwendung von Vertraulichem mit zunehmender Zeitdauer abnehmen oder ganz entfallen (Kaspar Schiller, a.a.O., N 893), spielt im vorliegenden Fall keine Rolle, da zwischen den beiden Mandaten nur wenige Monate liegen (will man überhaupt von einer zeitlichen Zäsur sprechen, da die Mandate des Beschuldigten ja auf Anwälte der Kanzlei übergangen).

(...)

3.1.2. Würdigung

3.1.2.1. Interessenkollision

Werden die vorstehenden Grundsätze auf den vorliegenden Fall angewendet, so ergibt sich im Rahmen der Einzelfallbetrachtung ohne weiteres, dass der Beschuldigte einem schweren und auch konkreten Interessenkonflikt unterstand.

Fakt ist, dass der Beschuldigte von Anbeginn an und in der Folge während vieler Jahre sowohl als Verwaltungsrat wie auch als Rechtsanwalt für die X. tätig war. Dort hatte er nicht nur Organstellung, sondern bekleidete auch eine Sonderstellung (BGE 134 II 108 Erw. 5.2). Fakt ist auch, dass nach dem Austritt des Beschuldigten aus dem Verwaltungsrat von Gesellschaften bei der X. Mitte 2008 der damalige Partner des Beschuldigten aus dem gleichen Anwaltsbüro als Verwaltungsrat bei der X. neu Einsitz nahm. Damit änderte sich an der Interessenlage der X. an sich nichts. Aber auch der Beschuldigte war weiterhin indirekt (nämlich über seinen Büropartner) gebunden. Fakt ist ebenfalls, dass die Kanzlei immer noch für die anwaltliche Beratung von X. verantwortlich zeichnete.

Damit bestanden - vor allem verstärkt durch die organschaftliche Stellung des Beschuldigten bei Gesellschaften der X. und die aufgrund der exklusiven Mandate verbundene Sonderstellung - sehr enge Beziehungen zwischen der X. und dem Beschuldigten bzw. der Anwaltskanzlei.

Korrelat dieser sehr engen Beziehungen waren naturgemäss und eingestandenemassen auch umfassendste Kenntnisse des Beschuldigten bzw. der Anwälte der Kanzlei über alle geschäftlichen und anderweitigen Belange der Firmen der X. Wie die Verzeigerinnen zu Recht anführen, steht bei der Beurteilung der vorliegenden Disziplinarangelegenheit dieses Faktum der intensiven und auf Dauer ausgelegten und vollständig ausgelagerten Anwaltstätigkeit, in Verbindung mit einem ebenso auf Dauer ausgelegten Verwaltungsratsmandat, im Vordergrund. Dies verkennt der Beschuldigte offensichtlich.

Was auch immer vom Beschuldigten gegenüber der X. als Grund angegeben wurde, die Mandate als Verwaltungsrat abzugeben, ist rechtlich nicht von Belang. Fakt ist, dass der Beschuldigte im April / Mai 2008 aus den Verwaltungsräten der Gesellschaften von X. austrat. Damit richteten sich seine anwaltlichen Berufspflichten primär (auch) nach den Grundsätzen, welche bei einer Mandatsniederlegung bzw. - wie die nachfolgende Entwicklung zeigte - bei einem Parteienwechsel gelten.

Es gab - parallel dazu - aber auch einen weitergehenden, eigentlichen Mandatskonflikt. Der Beschuldigte trat nicht einfach von seinen Funktionen zurück, sondern er wurde in seinen Funktionen ersetzt durch den damaligen Partner der gleichen Anwaltskanzlei. Von daher ging die Verantwortung bei der Interessenwahrung nicht einfach unter, sondern bestand weiter, zumindest in der Person von A. Die Grundsätze für die Vermeidung von Interessenkonflikten durch eine Anwaltskanzlei mit verschiedenen Anwälten sind hier in Erinnerung zu rufen.

Für den Beschuldigten selbst wurde ein möglicher Mandatskonflikt aber von einem sich stärker auswirkenden Vertraulichkeitskonflikt überlagert. Durch die Niederlegung der Verwaltungsratsmandate bei der X. bzw. die Niederlegung auch der Tätigkeit als Anwalt für diese Gruppe, konnte sich der Beschuldigte seinen

anwaltlichen Verpflichtungen nicht einfach entledigen; Vertraulichkeitskonflikte unterliegen, wie dargestellt, im Grundsatz keiner zeitlichen Schranke (Kaspar Schiller, a.a.O., N 860).

Ein möglicher Interessenkonflikt hat sich durch die Einsitznahme des Beschuldigten Anfang Juli 2008 im Verwaltungsrat bei der Konkurrentin von X., der Firma Y., zu einem tatsächlichen und konkreten Vertraulichkeitskonflikt entwickelt.

Ob der Beschuldigte bereits ab April 2007 für die Y. tätig gewesen war, was die Verzeigerinnen mutmassen, kann offen bleiben; dies hätte allenfalls auch einen möglichen Mandatskonflikt in der Person des Beschuldigten bedeuten können. Sicherlich hat der Beschuldigte aber nicht erst am Tag der Eintragung im Handelsregister Kontakte zur Y. geknüpft. Wie der Beschuldigte selber einräumt, wusste er zudem, dass sich die X. gegen seine Einsitznahme im VR der Y. stellte.

Vorliegend kann offen gelassen werden, ob die Y. bereits einige Zeit zuvor gegründet worden war. Beim Set Up dieser Firma war die Kanzlei federführend beteiligt, was der Beschuldigte wissen musste; zumindest wäre ihm dieses Wissen anzurechnen. Wie die Verzeigerinnen glaubhaft dartun, wurden sie von diesem Umstand nicht in Kenntnis gesetzt. Disziplinarrechtlich hat dieses Faktum aber kein zusätzliches Gewicht, würde eine reine Gesellschaftsgründung wohl noch keinen Interessenkonflikt begründen bzw. die Schwelle der Disziplinierungswürdigkeit nicht erreichen. Mangels weitergehender Informationen kann darauf verzichtet werden, diese Umstände noch weiter abzuklären, spielen sie doch bei einer Gesamtwürdigung keine Rolle.

Dass es sich bei der Y. um ein Konkurrenzunternehmen von Gesellschaften der X. handelt, musste der Beschuldigte einräumen. Dass die geographische Ausrichtung offenbar nicht (bzw. korrekter 'noch nicht') kongruent ist, spielt hier keine entscheidende Rolle, könnte die Marktausrichtung auch verlagert werden bzw. bedeutete genau auch dieser Umstand ein Geschäftsgeheimnis, was die Verzeigerinnen zu Recht hervorheben. Fakt ist, dass beide Gesellschaften im absolut gleichen Gebiet tätig sind und damit als Konkurrenten zu betrachten sind. Dass

sich der Beschuldigte bei der Y. engagierte, musste er einräumen. Dies verschärfte den Interessenkonflikt.

Die Verzeigerinnen erkennen zu Recht, dass die Optik in Bezug auf den Beschuldigten primär auf einen Parteienwechsel zu richten ist und die anwaltlichen Pflichten sich daran zu messen haben. Durch das Doppelmandat als Verwaltungsrat und Anwalt bei der X. erhielt der Beschuldigte umfassendste Kenntnisse aller geschäftlichen Vorgänge und Geschäftsgeheimnisse. Dies musste selbst der Beschuldigte einräumen: 'Dass mir dabei Geschäftsgeheimnisse und strategische Überlegungen beziehungsweise Vorgaben der Unternehmungen von X. bekannt gemacht worden sind, versteht sich von selbst und wird auch nicht bestritten.'

Diese geschäftliche Bindung war damit so intensiv, dass dadurch eine Loyalität und gesteigerte Rücksichtnahme gegenüber diesem langjährigen Klienten resultierte (Kaspar Schiller, a.a.O., N 877). Darüber hat sich der Beschuldigte hinweggesetzt. Durch die Annahme des Verwaltungsratsmandates bei der Y. entstand nicht nur eine theoretische Möglichkeit oder das Risiko einer Interessenkollision, sondern eine solche war aufgrund des immanenten und aufgrund der Mandatsniederlegung ausgelösten Vertraulichkeitskonfliktes real und konkret.

Was das Bundesgericht im Urteil 2C_407/2008 vom 23. Oktober 2008, Erw. 3.4, festhielt, gilt auch hier: Im vorliegenden Fall bestehen keine Zweifel daran, dass die als Verwaltungsrat und Anwalt erlangten Kenntnisse der gesamten geschäftlichen und übrigen Verhältnisse der Firmen von X. wesentliche Informationen darstellen, die einer späteren Vertretung / Beratung des Marktkonkurrenten entgegenstehen. Damit ist ohne weiteres von einem konkreten Interessenkonflikt auszugehen. Abgesehen davon zeichneten sich auch aufgrund der besonderen personellen Situation, die Verzeigerinnen sprechen hier von 'personellen Verstrickungen' (der Ex.-CEO der Klientin wurde der CEO / Verwaltungsrat der Konkurrentin; der Chef-IT der früheren Klienten wechselte ebenfalls zur Konkurrentin etc.), bereits deutliche Konfliktherde ab.

Dass der Beschuldigte bestreitet, dass er Geschäftsgeheimnisse oder andere Informationen aus dem Geheimbereich der X. nicht geheim gehalten hätte bzw. an

Y. habe weiterfliessen lassen, vermag daran nichts zu ändern. Die Intensität der Bindung zum früheren Klienten führte zu derart vielen Informationen, dass nur schon die Gefahr oder Möglichkeit der Benützung von solchen Informationen tatsächlich nicht auszuschliessen war; deshalb ist, wie oben dargelegt (Kaspar Schiller, a.a.O., N 779), auch nicht entscheidend, ob solche Geheimnisse konkret preisgegeben werden / wurden. Gemäss aktuellster Rechtsprechung genügt schon die Möglichkeit, dass solche Informationen benützt werden. Dies ist hier nicht auszuschliessen und - aufgrund des neuen Engagements beim Marktkonkurrenten - auch anzunehmen; alles andere wäre lebensfremd.

Hinzu tritt auch das Faktum, dass der Beschuldigte im Rahmen seiner Mandatsniederlegung seinen Partner vorschob, welcher seine früheren Funktionen übernehmen sollte und auch tat. Damit waren, bis zum Mandatsentzug durch die Verzeigerinnen, Anwälte des gleichen Anwaltsbüros gleichzeitig sowohl im alten Mandat wie auch im neuen Mandat tätig. Dass hier Mandats- und Vertraulichkeitskonflikte offenkundig und konkret sind, bedarf keiner weiteren Ausführungen.

Entgegen der Darstellung des Beschuldigten geht es auch nicht um die theoretische Frage, ob eine gleichzeitige Vertretung von im gleichen sachlichen Geschäftsbereich tätigen Klienten möglich sei oder nicht. Vorliegend standen die konkreten Inhalte der Mandate im gegenseitigen Widerspruch (dazu auch Kaspar Schiller, a.a.O., N 880); auch zeichneten sich aufgrund der personellen Zusammensetzung der neuen Klienten massgeblicher Funktionen bereits Konfliktherde ab. Jedenfalls ist der hier geforderte enge Sachzusammenhang für die Annahme eines Interessenkonfliktes offensichtlich gegeben.

Man kann, mit anderen Worten, nicht jahrelang bei einem Mandanten, den man von Anfang an betreut hat, als Verwaltungsrat und exklusiv auch als Rechtsberater tätig sein, um dann, nach Mandatsniederlegung, umgehend die Marktkonkurrentin in absolut gleichen Funktionen, zudem noch in der schwierigen Aufbauphase zu beraten / vertreten, auch wenn dies unbestreitbar lukrativ erscheint, und dies alles bei weiterer, paralleler Interessenwahrung des früheren Klienten durch Anwälte des gleichen Anwaltsbüros und sich zudem klar abzeichnenden Konfliktherden (Konkurrenzsituation, personelle Fragen etc.).

(...)

3.1.3. Zusammenfassung

Zusammenfassend liegt ein Verstoß des Beschuldigten gegen die Berufsregeln von Art. 12 lit. c BGFA vor. Nachdem alle Aspekte der Handlungsweise des Beschuldigten von Art. 12 lit. c BGFA erfasst sind, entfällt eine zusätzliche Disziplinierung nach der Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA."

Beschluss der Aufsichtskommission
über die Anwältinnen und Anwälte
vom 5. November 2009