

Philipp Haberbeck

Der in der Schweiz für eine Sitzgesellschaft prozessierende Anwalt

In manchen Zivilprozessen sind die Parteien nicht natürliche Personen oder operative Unternehmen, sondern Sitzgesellschaften. Während die Behandlung von Sitzgesellschaften und wirtschaftlich Berechtigten im Steuerrecht und im Bereich der Geldwäschereiprävention regelmässig diskutiert wird, wurde im Schweizer Zivilprozessrecht hierzu nach Kenntnis des Autors noch nichts publiziert. Der Beitrag, der einige Punkte behandelt, auf die bei der Vertretung einer Sitzgesellschaft in einem Zivilprozess vor Schweizer Gerichten zu achten ist, soll helfen, diese Lücke zu schliessen.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Zivilprozessrecht

Zitiervorschlag: Philipp Haberbeck, Der in der Schweiz für eine Sitzgesellschaft prozessierende Anwalt, in: Jusletter 13. März 2017

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Worauf ist beim Prozessieren für eine Sitzgesellschaft zu achten?
 - A. Die Mandatsanbahnung
 - B. Die Mandatierung des Prozessanwalts
 - C. Die Instruktion des Prozessanwalts bzw. das Thema der Kommunikation
 - 1. Die Fragestellung
 - 2. Konsequenzen mit Blick auf das Anwaltsgeheimnis
 - 2.1. Schutzzumfang betreffend Herkunft der Geheimnisse
 - 2.2. Entbindung vom Anwaltsgeheimnis und Rechtsmissbrauchsgrenze
 - 2.3. Hypothetische Konstellationen
 - a. Darf der Prozessanwalt alles, was ihm der wirtschaftlich Berechtigte bezüglich des die Sitzgesellschaft betreffenden Falles mitgeteilt hat, mit den Organen der Sitzgesellschaft teilen?
 - b. Darf der Prozessanwalt alle Informationen, die er von den Organen der Sitzgesellschaft erhalten hat, mit dem wirtschaftlich Berechtigten teilen?
 - c. Darf der Prozessanwalt alle Informationen, die er vom Gericht erhalten hat, mit dem wirtschaftlich Berechtigten teilen?
 - d. Darf der Prozessanwalt im Hinblick auf einen Wechsel des Organs der Sitzgesellschaft mit einem potentiellen neuen Organ den von ihm betreuten Fall erörtern?
 - D. Die sachliche Zuständigkeit bei Kantonen mit Handelsgericht
 - E. Die Klageerhebung, Klageanerkennung, der Klagerückzug oder Abschluss eines Vergleichs im Namen der Sitzgesellschaft
 - F. Konflikte zwischen Organ der Sitzgesellschaft und wirtschaftlich Berechtigtem
- III. Schlussbemerkung

I. Einführung

[Rz 1] Nach den zahlreichen, zum Teil auch die Schweiz betreffenden Skandalen und Untersuchungen bezüglich des Themas Steuervermeidung, die in den letzten Jahren in den Medien thematisiert wurden, dürfte es heute niemanden mehr überraschen, dass u.a. wohlhabende Privatpersonen¹ Sitzgesellschaften² einsetzen, u.a. wenn es um die Gestaltung ihrer Bankbeziehungen geht.³ Entsprechend kommt es auf dem im internationalen Vergleich wichtigen Private Banking-

¹ Sitzgesellschaften, auch als Briefkastenfirmen bezeichnet, werden nicht nur von Privatpersonen, sondern auch von Unternehmen eingesetzt, z.B. im internationalen Handel, um von bi- oder multilateralen Investitionsschutzverträgen zu profitieren (vgl. JÜRGEN BERING, Die rechtliche Behandlung von «Briefkastenfirmen» nach Art. 17 ECT und im allgemeinen internationalen Investitionsrecht, in: Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 81, Halle (Saale) 2008, S. 5).

² «Als Sitzgesellschaften gelten juristische Personen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuhandunternehmungen und ähnliche Verbindungen, die kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben (Art. 6 Abs. 2 VBF). Es handelt sich im Allgemeinen um Finanzvehikel, die der Verwaltung des Vermögens des an der Gesellschaft bzw. der Vermögenseinheit wirtschaftlich Berechtigten dienen.» (PricewaterhouseCoopers AG, Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung in der Schweiz, 4. A., Zürich 2016, S. 142, Rz. 102; Hervorhebung zusätzlich). Auch aus deutscher Perspektive liegt der Schwerpunkt der Definition von Sitzgesellschaften bzw. Briefkastenfirmen auf dem Umstand, dass diese – ausser den im Inkorporationsstaat verlangten – keine weiteren wirtschaftlichen Aktivitäten entfalten (vgl. JÜRGEN BERING, a.a.O., S. 6).

³ Siehe nur etwa (in willkürlicher Auswahl und Reihenfolge) den Bericht des PERMANENT SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS des US-Senats, mit dem Titel: «TAX HAVEN BANKS AND U. S. TAX COMPLIANCE», vom 17. Juli 2008; NZZ vom 24. Januar 2017, S. 25, «UBS und CS im Fokus der EU-Grünen»; NZZ Online vom 4. April 2016, «Panama Papers und die Steueroasen [-] Wie Offshore-Vehikel funktionieren» (zu finden auf: <https://www.nzz.ch/>)

Platz Schweiz regelmässig vor, dass in Prozessen vor Schweizer Gerichten Parteien nicht natürliche Personen oder operative Unternehmen, sondern Sitzgesellschaften sind. Dies lässt sich z.B. durch eine kurze Recherche in der Entscheid-Datenbank des Bundesgerichts⁴ plausibilisieren, wenn man dort Stichworte wie «Cayman», «BVI» oder «wirtschaftlich Berechtigter» eingibt. Bei einer solchen Recherche stösst man auf diverse Bundesgerichtsurteile, in denen eine der Prozessparteien eine Sitzgesellschaft ist.⁵

[Rz 2] In diesem Artikel werden einige Punkte behandelt, auf die bei der Vertretung einer Sitzgesellschaft in einem Zivilprozess vor Schweizer Gerichten zu achten ist.⁶

II. Worauf ist beim Prozessieren für eine Sitzgesellschaft zu achten?

A. Die Mandatsanbahnung

[Rz 3] Sitzgesellschaften werden unter dem Gesichtswinkel der Geldwäschereiprävention als potentiell problematisch angesehen.⁷ Dieser Aspekt ist für die Prozessanwältin und den Prozessanwalt⁸, die eine Sitzgesellschaft als Partei in einem schweizerischen Zivilprozess vertreten, jedoch grundsätzlich von eher untergeordneter Relevanz. Einerseits, weil ihre sich im Monopolbereich abspielende Tätigkeit als Prozessanwalt von der Unterstellung unter das Geldwäschereigesetz ausgenommen ist⁹; andererseits, weil das Führen eines Zivilprozesses vor einem staatlichen Ge-

wirtschaft/wirtschaftspolitik/panama-papers-und-die-steueroasen-wie-offshore-vehikel-funktionieren-ld.11555; alle Websites zuletzt besucht am 22. Februar 2017); NZZ Online vom 22. Januar 2014, «Offshore-Leaks-Datenbank. Auch Schweizer Banken im Visier» (zu finden auf: <https://www.nzz.ch/wirtschaft/auch-schweizer-banken-im-visier-1.18226521>); DAVID WYSS, der mit Blick auf internationale Finanzmarktamtshilfesuche aus dem Ausland darauf hinweist, dass der Kunde des Finanzinstitutes häufig eine Sitzgesellschaft sei (DAVID WYSS, Finanzmarktenforcement der FINMA: Die Instrumente und ihr Einsatz in der Praxis, in: Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, Susan Emmenegger [Hrsg.], Basel 2014, S. 112, FN 123 [«Weit aus häufiger von Interesse als der Name des Kunden (häufig eine Sitzgesellschaft) ist der ebenfalls zu übermittelnde Name des wirtschaftlich Berechtigten der Konto-/Depotbeziehung. Dieser kann gemäss ständiger Gerichtspraxis keine eigenständigen Parteirechte geltend machen.»]); PricewaterhouseCoopers AG, die in ihrer Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken im Zeitraum 2001–2005 u.a. darauf hinweist, in dieser Periode seien in 36 Fällen die Verfahrensregeln nicht eingehalten worden, welche die Sorgfaltspflichtvereinbarungen für die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit Sitzgesellschaften vorsehen (PricewaterhouseCoopers AG, a.a.O., S. 408).

⁴ Datenbank des Bundesgerichts «Weitere Urteile ab 2000» (<http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>).

⁵ Zu Illustrationszwecken seien z.B. folgende Urteile des Bundesgerichts erwähnt (in willkürlicher Auswahl und Reihenfolge): 4C.18/2001 vom 25. Oktober 2001 (Klägerin eine Stiftung liechtensteinischen Rechtes mit Sitz in Vaduz), 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007 (Mitklägerin eine BVI-Company), 4C.52/2001 vom 1. März 2002 (Klägerin eine Gesellschaft mit Sitz auf den Cayman Inseln) und 4C.335/1999 vom 25. August 2000 (Klägerin eine BVI-Company).

⁶ Im Hinblick auf in allen Zivilprozessen bei der Vertretung einer Prozesspartei zu beachtende Punkte seien insbesondere empfohlen: PETER HAFER, Strategie und Technik des Zivilprozesses: Einführung in die Kunst des Prozessierens, 2. A., Zürich 2011; HANS BOLLMANN, Es kommt darauf an!: Bemerkungen zu Anwaltsunternehmen und zu dem, was Anwälte so alles unternehmen, Bern 2013. Mit Blick auf das in diesem Beitrag diskutierte Thema fällt auf, dass im Steuerrecht der wirtschaftlich Berechtigte diskutiert wird (vgl. z.B. Michael Lang et al. [Hrsg.], Beneficial Ownership: Recent Trends, Amsterdam 2013; BEAT BAUMGARTNER, Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz: unter besonderer Berücksichtigung der Weiterleitung von abkommensbegünstigten Dividenden- und Zinseinkünften, Zürich 2010), wogegen im Schweizer Zivilprozessrecht hierzu nach Kenntnis des Autors noch nichts publiziert wurde.

⁷ Siehe etwa Art. 63 Abs. 1 Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA (SR 955.033.0).

⁸ Der Einfachheit und besseren Lesbarkeit halber wird in diesem Text die weibliche Form nicht jeweils ebenfalls erwähnt. Prozessanwältinnen sind jedoch selbstverständlich immer mitgemeint.

⁹ Art. 9 Abs. 2 des Geldwäschereigesetzes, GwG (SR 955.0); BGE 132 II 103 E. 2.1 S. 105; Urteil des Bundesgerichts 2A.599/2006 vom 5. April 2007, E. 3.2; FINMA-RS 11/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG» vom 20. Oktober 2010, Rz. 114 in fine («Die vom Berufsgeheimnis erfassten Tätigkeiten führen gemäss Praxis auch nicht zu ei-

richt zwar grundsätzlich auch zu Zwecken der Geldwäscherei erfolgen könnte, aber doch zumindest nicht zu den typischen bzw. häufig implementierten Geldwäschereistrategien gehören dürfte¹⁰.

[Rz 4] Trotzdem sollte der Prozessanwalt vor der Übernahme eines Mandats, unter dem er eine Sitzgesellschaft in einem Zivilverfahren verträte, den einschlägigen Hintergrund gründlich prüfen, nicht nur wegen dem auch auf ihn anwendbaren Art. 305^{bis} Ziff. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB)¹¹, sondern auch wegen seiner Reputation.¹²

[Rz 5] Hierzu gehört es, sich Kopien der Gesellschaftsurkunden der Sitzgesellschaft zu verschaffen, wie die Gesellschaftsstatuten, ein Certificate of good standing sowie eine Bestätigung über die zur Vertretung der Sitzgesellschaft berechtigten Organe.

[Rz 6] Weiter sollte sich der Anwalt vor Übernahme des Mandats erläutern lassen, wer die an der Sitzgesellschaft wirtschaftlich Berechtigten sind. In diesem Zusammenhang drängt sich eine Internet-Recherche über den Hintergrund der wirtschaftlich Berechtigten auf. Mit einer solchen Recherche lässt sich heute in der Regel die Plausibilität der erhaltenen Informationen gut prüfen.

[Rz 7] Aufschlussreich ist auch, zu welchem Finanzinstitut die Sitzgesellschaft eine Geschäftsbeziehung unterhält. Es macht offensichtlich einen Unterschied, ob es sich hierbei um ein bekanntes Institut in einer Rechtsordnung mit einer strengen Geldwäschereiprävention oder um ein unbekanntes Institut in einer betreffend Geldwäschereiprävention relativ laxen Offshore-Jurisdiktion handelt.

[Rz 8] Erst wenn sich der kontaktierte Prozessanwalt über die einschlägige Struktur, die an ihr wirtschaftlich Berechtigten sowie den Hintergrund des an ihn herangetragen Mandats zu seiner Zufriedenheit schlag gemacht hat, sollte er die Übernahme des betreffenden Mandats in Erwägung ziehen.

B. Die Mandatierung des Prozessanwalts

[Rz 9] Zwar verlangen weder die in Art. 12 des Anwaltsgesetzes (BGFA)¹³ statuierten anwaltlichen Berufsregeln noch die Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes¹⁴ eine schriftliche Mandatsvereinbarung. Dennoch ist dem Prozessanwalt gerade bei einer Sitzgesellschaft als

ner Unterstellungspflicht.»); vgl. auch etwa CHRISTIAN LIPPUNER, Risiken der Anwälte und Notare im Kampf gegen Geldwäscherei – eine Übersicht, Anwaltsrevue 8/2012, S. 337; ROLF KUHN, Der Anwalt als Escrow Agent – Unterstellung unter das GwG?, Anwaltsrevue 5/2009, S. 231 sowie die in FN 2 aufgeführten Hinweise.

¹⁰ In internationalen Schiedsverfahren mag das entsprechende Risiko höher sein (siehe etwa The Law Society, Spotlight on international arbitration, 17. April 2012 [<http://www.lawsociety.org.uk/support-services/advice/articles/spotlight-on-international-arbitration/>]). Im vorliegenden Beitrag geht es jedoch um die Parteivertretung in staatlichen Prozessen vor schweizerischen Gerichten.

¹¹ Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB (SR 311.0), unter dem Titel «Geldwäscherei», lautet: «Wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiss oder annehmen muss, aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.» Diese Norm erfasst auch Anwälte (vgl. etwa JÜRGEN-BEAT ACKERMANN, in: Ackermann/Heine [Hrsg.], Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, § 15 Rz. 11, S. 415).

¹² Vgl. HANS BOLLMANN, a.a.O., S. 13 ff.

¹³ SR 935.61.

¹⁴ Siehe: [http://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/7229_schweizerische_standesregeln_d_22-06-2012-\(2\).pdf](http://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/7229_schweizerische_standesregeln_d_22-06-2012-(2).pdf).

Klientin dringend zu empfehlen, vor Beginn seiner Tätigkeit mit dieser Klientin eine schriftliche Mandatsvereinbarung zu treffen, insbesondere aus folgenden Gründen:

[Rz 10] Der Sitz von Sitzgesellschaften befindet sich häufig in Offshore-Jurisdiktionen, mit denen die Schweiz keine multi- oder bilateralen Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Zivilurteilen abgeschlossen hat. Entsprechend dürfte es in vielen Fällen zumindest schwierig sein, ausstehende Honorare bei einer Sitzgesellschaft auf dem Rechtsweg einzutreiben. Aus diesem Grund empfiehlt es sich gerade bei Sitzgesellschaften als Klienten, eine dahingehende Vorschussvereinbarung zu treffen, dass die Übernahme des Mandates unter der Bedingung der vorgängigen Überweisung eines Vorschusses in ausreichender Höhe steht. Aus Beweisgründen sollte eine solche Vereinbarung schriftlich getroffen werden.

[Rz 11] Wichtig ist auch, dass sich der Prozessanwalt gegenüber Sitzgesellschaften, die wie erwähnt häufig in Offshore-Jurisdiktionen wie z.B. die Kaimaninseln domiziliert sind, durch eine ausdrückliche schriftliche Gerichts- und Rechtswahl den Gerichtsstand in der Schweiz sowie die Anwendbarkeit des Schweizer Rechts zu sichern versucht.¹⁵ Die in diesem Beitrag angestellten Überlegungen setzen voraus, dass auf das Mandatsverhältnis zwischen der Sitzgesellschaft und dem Prozessanwalt Schweizer Recht anwendbar ist.

[Rz 12] Ein weiterer Punkt, der in einer schriftlichen Mandatsvereinbarung mit einer Sitzgesellschaft geklärt werden könnte bzw. wenn immer möglich geklärt werden sollte, ist, welche Personen neben den formellen Organen der Sitzgesellschaft zur Kommunikation mit dem Prozessanwalt befugt sind. Dieser nicht unproblematische Aspekt, über den in einer schriftlichen Mandatsvereinbarung Klarheit geschaffen werden kann, wird hiernach vertieft behandelt.

C. Die Instruktion des Prozessanwalts bzw. das Thema der Kommunikation

1. Die Fragestellung

[Rz 13] Ein inhärentes Charakteristikum von Sitzgesellschaften ist, dass der wirtschaftlich Berechtigte die direkte Kontrolle über seine auf die Sitzgesellschaft übertragenen Vermögenswer-

¹⁵ Betreffend Art. 114 Abs. 2 IPRG (SR 291), der im Sinne einer Ausnahme von Art. 5 IPRG festlegt, dass Konsumenten nicht zum voraus auf den Gerichtsstand an ihrem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt verzichten können, lässt sich argumentieren, dass als Konsument im Sinne dieser Bestimmung ausschliesslich natürliche Personen, nicht jedoch juristische Personen in Frage kommen (siehe etwa CHK-A. MÖCKLIN-Doss, 3. A., Zürich 2016, IPRG 5 N 24 i.V.m. IPRG 114 N 1 i.V.m. IPRG 120 N 5). Hierfür spricht der Wortlaut von Art. 114 Abs. 2 IPRG, der *Wohnsitze* und *gewöhnliche Aufenthalte* (nicht jedoch *Sitze*) von Konsumenten erwähnt, über welche nur natürliche Personen, nicht aber juristische Personen verfügen können. Dass als Konsumenten bzw. Verbraucher nur natürliche Personen in Frage kommen, lässt sich auch mit Blick auf das LugÜ (SR 0.275.12) vertreten (siehe etwa ISABELLE ROMY, REVIDIERTER KONSUMENTENGERICHTSSTAND – EINE GEFAHR FÜR FINANZDIENSTLEISTER?, in: Das schweizerische Prozessrecht im Umbruch, Niederer Kraft & Frey, Publikation 16, Zürich 2010, S. 122 f.; PATRICK SCHLEIFFER / DAMIAN FISCHER, Grenzüberschreitende Platzierungen in die Schweiz, in: Kapitalmarkttransaktionen VII, 165, Zürich 2012, FN 63 [«Als Verbraucher i.S.v. Art. 15 LugÜ kommen nach allgemeiner Auffassung dabei nur natürliche Personen in Frage.»]). Was die Wahl des anwendbaren Rechts betrifft, lässt sich betreffend Art. 120 IPRG ebenfalls vertreten, dass der Konsumentenbegriff gemäss dieser Norm ausschliesslich natürliche Personen, nicht aber juristische Personen erfasst (siehe etwa CHK-A. MÖCKLIN-Doss, a.a.O., IPRG 120 N 5; Botschaft zum IPRG vom 10. November 1982, BBl 1983 263, S. 414). Ohne dieses Thema in diesem Beitrag vertieft zu behandeln, insbesondere mit Bezug auf die Frage des Gerichtsstands, lässt sich also zumindest vertreten, dass Sitzgesellschaften als juristische Personen nicht als Konsumenten im Sinne des IPRG bzw. als Verbraucher im Sinne des LugÜ qualifizieren.

te¹⁶ an die Organe der Sitzgesellschaft abgibt. Bei diesen Organen handelt es sich in der Regel um professionelle Anbieter von entsprechenden Strukturen, die normalerweise im gleichen Zeitraum zahlreiche Offshore-Strukturen verwalten.¹⁷ Dies bringt es mit sich, dass die professionellen Organe von Sitzgesellschaften in der Praxis häufig die Verwaltung des Vermögens der Sitzgesellschaft nicht selbst besorgen, sondern diese delegieren, z.B. an eine Bank oder an einen unabhängigen Vermögensverwalter.¹⁸ Die einzelnen Investitionsentscheide werden somit häufig nicht vom Organ der Sitzgesellschaft, sondern von einem Dritten gefällt. Kommt es wegen einer entsprechenden Investition zu einem Rechtsstreit, so ist nicht das Organ der Sitzgesellschaft in der Lage (zumindest nicht in effizienter Weise), den Prozessanwalt über den relevanten Hintergrund zu informieren, sondern die betreffende Instruktion ist mit Einbezug des relevanten Dritten zu bewerkstelligen.

[Rz 14] Nehmen wir zu Illustrationszwecken an, eine Sitzgesellschaft hätte bei einer Schweizer Bank eine Konto-/Depotbeziehung eröffnet. Mit Bezug auf ihre bei der Bank liegenden Vermögenswerte hätte sie einem unabhängigen Vermögensverwalter einen Vermögensverwaltungsauftrag erteilt. Die betreffenden Bankformulare sowie die Formulare des unabhängigen Vermögensverwalters hätten die Organe der Sitzgesellschaft unterzeichnet, im Auftrag des wirtschaftlich Berechtigten. Nehmen wir weiter an, der unabhängige Vermögensverwalter hätte für die Sitzgesellschaft eine Investition in einen Anlagefonds getätigt, die zu einem substantiellen Verlust geführt hat.¹⁹ Entschliesse sich nun die Sitzgesellschaft bzw. in der Praxis wohl häufiger ihr wirtschaftlich Berechtigter, Schadenersatzansprüche gegen die Fondsleitung und/oder Depotbank des betreffenden Anlagefonds geltend zu machen, dann dürfte es die Instruktion des hiermit betrauten Prozessanwalts bzw. die von diesem vorgenommene Sachverhaltserstellung mit sich

¹⁶ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Sitzgesellschaften regelmässig sogenannte «underlying companies» von Trust-Strukturen sind. Mit anderen Worten befinden sich solche Sitzgesellschaften im Trust-Vermögen. Der Trust bzw. Trustee hält die auf ihn übertragenen Vermögenswerte, z.B. Depotwerte, somit nicht direkt, sondern über die von ihm kontrollierte «underlying company» (vgl. zu diesem Begriff etwa PETER MAX GUTZWILLER / PATRICK SCHLEIFFER, Offenlegung von Beteiligungen im Falle eines Trusts (Trustees) als Aktionär, GesKR1 2007, S. 61; siehe auch die Präsentation von Julius Bär, Wealth & Tax Planning Private Trust, 2012, Folie 2, wo es mit Bezug auf die Vermögenswerte des Trusts heisst: «*Usually held through an underlying company and managed by a bank or a designated party (e.g. principal, asset manager or trustee)*»; die Präsentation ist zu finden auf: https://www.juliusbaer.com/files/user_upload/your-private-bank/services-solutions/open-product-and-service-platform/wealth-tax-planning/documents/Wealth-and-Tax-Planning-Private-Trust_en-CH.pdf).

¹⁷ Vertreter entsprechender «service provider» sind z.B. (in willkürlicher Auswahl und Reihenfolge) die Unternehmen Trident Trust («*Our trust services are based on our Group's extensive practical industry experience and knowledge.*»; http://www.tridenttrust.com/fiduciary_overview.html), Ogier («*From simple to more sophisticated structures established for succession purposes, asset protection, tax efficiency, family governance or confidentiality, our team is focused on providing the absolutely best and right advice for each client.*»; <https://www.ogier.com/services/private-client-trusts>), Walkers («*Walkers' wealth structuring group has substantial experience of working with high and ultra-high net worth individuals, their advisers, family offices and fiduciaries, as well as many of the leading financial institutions globally, on all aspects of international wealth structuring.*»; <http://www.walkersglobal.com/index.php/legal-services/wealth-structuring>) und Sinclairs («*Sinclair Trust Company Limited (STC) offers a range of trust and company administration services to its international clientele.*»; <http://www.sinclairs.com.ky/trust-services>). Weitere Beispiele enthält der bereits erwähnte NZZ-Artikel vom 24. Januar 2017, S. 25, «*UBS und CS im Fokus der EU-Grünen*» (siehe FN 3 oben).

¹⁸ Vgl. etwa die bereits erwähnte Präsentation von Julius Bär, FN 16 oben, wo es auf Folie 2 mit Bezug auf die Vermögenswerte des Trusts heisst (Hervorhebung zusätzlich): «*Usually held through an underlying company and managed by a bank or a designated party (e.g. principal, asset manager or trustee)*».

¹⁹ Erhebliche Verluste erlitten einige Fondsinvestoren z.B. mit Investitionen in sogenannte «total return funds» (vgl. etwa das Urteil des Bundesgerichts 4A_336/2014 vom 18. Dezember 2014; PETER KÜHNIS, Nieten an der Fondsfond, Inside Paradeplatz, 2. April 2013 [<https://insideparadeplatz.ch/2013/04/02/nieten-an-der-fondsfond/>]; BRUNO SCHLETTI, Private verloren viel Geld mit UBS-Fonds, Tagesanzeiger, 8. Mai 2014 [<http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Private-verloren-viel-Geld-mit-UBSFonds/story/22408386>]).

bringen, dass dieser z.B. mit dem unabhängigen Vermögensverwalter die genauen Umstände der unbefriedigenden Investition erörtert.

[Rz 15] Betrachten wir zwecks Umschreibung der relevanten Mehrschichtigkeit der Kommunikation auch noch folgendes fiktives Beispiel: Nehmen wir an, eine Sitzgesellschaft erwirbt für ihren wirtschaftlich Berechtigten eine grössere Liegenschaft in der Schweiz. Weil die Organe der Sitzgesellschaft weder über die erforderliche Zeit noch das lokale Know-how verfügen, sich um die umfassende Verwaltung der Immobilie zu kümmern (Abschluss und Administration von Mietverträgen, Verpflichtung und Beaufsichtigung von Reinigungsfachkräften etc.), wird hierfür von der Sitzgesellschaft eine Immobilienverwaltung mandatiert. Wird nun ein Prozessanwalt z.B. im Zusammenhang mit einer Mieterausweisung beigezogen, dürfte es unumgänglich sein, dass der Prozessanwalt den einschlägigen Sachverhalt auch unter Bezug der Immobilienverwaltung erstellt.

[Rz 16] Diese fiktiven Beispiele zu Illustrationszwecken zeigen, dass es bei der Mandatierung eines Prozessanwalts durch eine Sitzgesellschaft in der Praxis regelmässig erforderlich ist, nicht nur mit den Organen der Sitzgesellschaft, sondern auch mit Dritten den Streitgegenstand zu erörtern.

[Rz 17] Der vorstehend umrissene Umstand, dass bei der Mandatierung durch eine Sitzgesellschaft die relevante Kommunikation häufig nicht ausschliesslich zwischen dem Prozessanwalt und den zur Vertretung der Sitzgesellschaft bestellten Organen, sondern auch noch zwischen dem Prozessanwalt und Dritten, wie z.B. Bankangestellten, Vermögensverwaltern etc., stattfindet, kann wegen des dem Prozessanwalt obliegenden Berufsgeheimnisses problematisch sein.

2. Konsequenzen mit Blick auf das Anwaltsgeheimnis

[Rz 18] Das von Anwälten zu respektierende Berufsgeheimnis ist unter Schweizer Recht nicht nur in Verfahrensordnungen wie z.B. der ZPO²⁰ geregelt, sondern wird auch durch Auftragsrecht²¹, das Anwaltsgesetz²², Strafrecht²³ sowie Standesrecht²⁴ geschützt.²⁵ Auf eine Differenzierung dieser Bestimmungen kann in diesem Beitrag, in dem es um die Prozessvertretung von Sitzgesellschaften, also um eine berufsspezifische Anwaltstätigkeit²⁶ geht, verzichtet werden. Einerseits, weil die erwähnten Rechtsquellen in den nachfolgend diskutierten Punkten im Ergebnis grundsätzlich in die gleiche Richtung gehen, namentlich was die Möglichkeit der Entbindung vom Anwaltsgeheimnis betrifft, auch wenn sie mit Blick auf ihre Anwendungsvoraussetzungen sowie Sanktionen nicht deckungsgleich sind. Andererseits, weil es sich der sorgfältige und um seine Reputation besorgte Prozessanwalt nicht leisten kann, auch nur gegen eine rechtliche Grundlage des Anwaltsgeheimnisses zu verstossen, ob es sich bei der Grundlage nun um eine aufsichts-, straf-, standes- und/oder auftragsrechtliche Norm handelt.

²⁰ Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO (SR 272).

²¹ Ableitung aus Art. 398 Obligationenrecht, OR (SR 220).

²² Art. 13 BGFA.

²³ Art. 321 StGB.

²⁴ Art. 15 der Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes.

²⁵ Siehe WALTER FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Bern 2010, Rz. 459.

²⁶ Siehe etwa BGE 132 II 103 E. 2.1 S. 105, m.w.H.

2.1. Schutzzumfang betreffend Herkunft der Geheimnisse

[Rz 19] Der erste Punkt, der im vorliegenden Zusammenhang relevant ist, betrifft die Herkunft von zu schützenden Geheimnissen. Diesbezüglich scheint sich die Lehre einig zu sein, dass nicht nur die Informationen, die der Anwalt direkt von seinem Klienten mitgeteilt bekommen hat, geheim zu halten sind, sondern sämtliche Informationen, die der Anwalt aufgrund seines Mandates wahrgenommen hat.²⁷ Dies bedeutet im vorliegenden Kontext, dass der von einer Sitzgesellschaft mandatierte Prozessanwalt grundsätzlich auch diejenigen Informationen geheim zu halten hat, die ihm zwar nicht von den Organen der Sitzgesellschaft mitgeteilt wurden, von denen er aber sonst wie im Rahmen des betreffenden Mandates Kenntnis erlangt hat, z.B. von Seiten des wirtschaftlich Berechtigten oder eines Beauftragten der Sitzgesellschaft (z.B. einer Bank).

2.2. Entbindung vom Anwaltsgeheimnis und Rechtsmissbrauchsgrenze

[Rz 20] Ein weiterer im hier diskutierten Zusammenhang relevanter Punkt betrifft eine etwas andere Optik, nämlich die Frage, welche Informationen der von einer Sitzgesellschaft mandatierte Prozessanwalt mit Dritten teilen darf. So ist z.B. grundsätzlich bereits das Bestehen eines Mandates zwischen dem Anwalt und seinem Klienten vom Anwaltsgeheimnis erfasst.²⁸ Verletzt es nun das Anwaltsgeheimnis, wenn der von einer Sitzgesellschaft mandatierte Prozessanwalt die Bank der Sitzgesellschaft kontaktiert, um mit den zuständigen Angestellten dieser Bank einen mit Blick auf den einschlägigen Streitfall relevanten Aspekt zu diskutieren?

[Rz 21] In Bezug auf die vorstehend erwähnte Fragestellung liessen sich zu Illustrationszwecken zwanglos weitere hypothetische Beispiele finden. Eine weitere hier relevante Situation kann etwa darin bestehen, dass der Prozessanwalt von den Organen der Sitzgesellschaft eine Information erhält, z.B. die Übermittlung von gewissen prozessrelevanten Unterlagen. Darf der Anwalt solche Informationen z.B. mit dem wirtschaftlich Berechtigten teilen?

[Rz 22] Ein Ansatz, um bezüglich entsprechender Konstellationen für eine klare Situation zu sorgen, besteht wie bereits erwähnt darin, in einer schriftlichen Mandatsvereinbarung die zulässige Kommunikation ausdrücklich zu regeln. Also insbesondere festzulegen, mit welchen Personen der Prozessanwalt welche Art von Informationen teilen darf.

[Rz 23] Obiges Vorgehen wird aber nicht immer möglich sein, z.B., weil bei Übernahme des Mandates noch nicht klar ist, welche Drittpersonen zur Aufarbeitung des Prozessstoffes beigezogen werden müssen, der Kreis der «Kommunikationsberechtigten» somit bei Abschluss der Mandatsvereinbarung noch nicht feststeht. Was gilt in solchen Situationen?

²⁷ Siehe (in willkürlicher Auswahl und Reihenfolge) WALTER FELLMANN, a.a.O., Rz. 536; ALEXANDER BRUNNER / MATTHIAS-CHRISTOPH HENN / KARTHRIN KRIESI, Anwaltsrecht, Andreas Furrer et al. (Hrsg.), Zürich 2015, S. 185, Rz. 6; CHRISTOF BERNHART, Die professionellen Standards des Rechtsanwalts, Zürich/St. Gallen 2011, S. 161; KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, Rz. 448; ANDREA DORJEE-GOOD, Das Anwaltsgeheimnis ist auch gegenüber den Erben des Klienten zu wahren, in: Successio 2010, S. 301 (betreffend Art. 321 StGB); MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Gutachten betreffend Anwendung von Art. 321 StGB auf angestellte Unternehmensjuristen (In-house lawyers), Fribourg 2005 (http://www.swissholdings.ch/fileadmin/kundendaten/Dokumente/Archiv_Publikationen-Publikation/05-08-05-Gutachten_Niggli.pdf), S. 20; CHK-C. GEHRER CORDEY / G. GIGER, 3. A., Zürich 2016, OR 398 N 4; vgl. auch Art. 321 Abs. 1 StGB («... oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben...»); und auch BGE 112 Ib 607 E. b S. 607 («... oder die er in dessen Ausübung wahrgenommen hat.») sowie BGE 97 I 831 E. 4 S. 838.

²⁸ Vgl. etwa das Urteil des Bundesgerichts 2C_661/2011 vom 17. März 2012, E. 3.1; und auch etwa WALTER FELLMANN, a.a.O., Rz. 1127, mit Blick auf die vertragsrechtliche Diskretions- und Geheimnispflicht.

[Rz 24] Mit Blick auf diese Frage ist zuerst festzuhalten, dass der Mandant auf die Einhaltung des Anwaltsgeheimnisses verzichten, den Anwalt also von seinem Berufsgeheimnis entbinden kann.²⁹ Dies kann der Mandant nicht nur formfrei, sondern auch konkludent tun.³⁰

[Rz 25] Dass ein Prozessanwalt von seinem Klienten auch konkludent vom Anwaltsgeheimnis entbunden werden kann, leuchtet ein, wenn man sich z.B. vor Augen führt, dass in schriftlichen Mandatsvereinbarungen nicht ausdrücklich festgehalten wird, dass der Prozessanwalt mit dem zuständigen Gericht im einschlägigen Verfahren korrespondieren darf, z.B. um sich danach zu erkundigen, ob ein Kostenvorschuss überwiesen wurde. Es dürfte unstrittig sein, dass ein Klient seinen Prozessanwalt mit der Erteilung eines Prozessmandates in entsprechendem Umfang konkludent vom Anwaltsgeheimnis entbunden hat.³¹

[Rz 26] Hinzuweisen ist im vorliegenden Kontext auch darauf, dass das Anwaltsgeheimnis unter der allgemeinen Rechtsmissbrauchsgrenze steht.³² Missbraucht also ein Klient gegenüber seinem Anwalt das Institut des Anwaltsgeheimnisses, unterliegt der Anwalt keiner entsprechenden Geheimhaltungspflicht.³³

[Rz 27] Was bedeutet Obiges mit Blick auf die in diesem Beitrag diskutierte Situation, also die Mandatierung eines Prozessanwalts durch eine Sitzgesellschaft? Nach hier vertretener Auffassung ist eine generelle Beantwortung dieser Frage schwierig bzw. nicht möglich. Vielmehr wird der Prozessanwalt jeweils mit Blick auf die konkrete Situation zu beurteilen haben, ob er im Lichte des Vertrauensprinzips³⁴ davon ausgehen darf, dass er im fraglichen Umfang konkludent von seinem Berufsgeheimnis entbunden wurde, oder dass eine Berufung auf das Anwaltsgeheimnis unter den konkreten Umständen rechtsmissbräuchlich wäre.

[Rz 28] Bevor hiernach in einem neuen Abschnitt zur Vertiefung der vorliegenden Fragestellung einige hypothetische Situationen beurteilt werden, ist vorab darauf hinzuweisen, dass bei der Mandatierung durch eine Sitzgesellschaft nach hier vertretener Auffassung potentiell zwei verschiedene Geheimnisherren zu beachten sind: Einerseits der wirtschaftlich Berechtigte, andererseits die Organe der Sitzgesellschaft. Je nach Information, um die es sich handelt, kann nicht nur der wirtschaftlich Berechtigte, sondern auch das Organ der Sitzgesellschaft ein eigenes schützenswertes Interesse an der Geheimhaltung der Information haben. Nehmen wir z.B. den weiter oben erwähnten Umstand, dass grundsätzlich bereits das Bestehen eines Mandates zwischen dem Anwalt und seinem Klienten vom Anwaltsgeheimnis erfasst ist. Mit Blick auf diesen Aspekt leuchtet ein, dass nicht nur der wirtschaftlich Berechtigte, sondern grundsätzlich auch die für eine Sitzgesellschaft tätigen Organe unter Umständen ein schützenswertes Interesse daran haben können, dass ihre Tätigkeit für die Sitzgesellschaft nicht ohne ihre Zustimmung gewissen Dritten gegenüber (z.B. einer Behörde) offengelegt wird.

²⁹ Siehe etwa BGE 131 I 235 E. 4.5.6 S. 235; und auch ALEXANDER BRUNNER, a.a.O., S. 201, Rz. 55; WALTER FELLMANN, a.a.O., Rz. 559 und 1140; KASPAR SCHILLER, a.a.O., Rz. 569; GÜNTER STRATENWERTH / WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafbuch: Handkommentar, 3. A., Bern 2013, Art. 321 N 4.

³⁰ Siehe ALEXANDER BRUNNER, a.a.O., S. 201, Rz. 59, sowie S. 202, Rz. 59 (bei der Annahme einer konkludenten Entbindung vom Berufsgeheimnis sei grosse Zurückhaltung am Platz); CHRISTOF BERNHART, a.a.O., S. 165 sowie 166 f.; WALTER FELLMANN, a.a.O., Rz. 502; KASPAR SCHILLER, a.a.O., Rz. 602; ANDREA DORJEE-GOOD, a.a.O., S. 305.

³¹ Vgl. etwa WALTER FELLMANN, a.a.O., Rz. 1141.

³² Siehe KASPAR SCHILLER, a.a.O., Rz. 555.

³³ Siehe KASPAR SCHILLER, a.a.O., Rz. 555.

³⁴ Siehe KASPAR SCHILLER, a.a.O., Rz. 602.

2.3. Hypothetische Konstellationen

[Rz 29] Nachfolgend werden zur Vertiefung und Illustration der hier diskutierten Frage einige hypothetische Situationen erörtert, in denen der Prozessanwalt zu beurteilen hat, ob er – bei Fehlen von einschlägigen Abreden oder Instruktionen – im Lichte des Vertrauensprinzips davon ausgehen darf, dass er im fraglichen Umfang von seinem Berufsgeheimnis entbunden wurde, oder dass eine Berufung auf das Anwaltsgeheimnis unter den konkreten Umständen rechtsmissbräuchlich wäre.

a. **Darf der Prozessanwalt alles, was ihm der wirtschaftlich Berechtigte bezüglich des die Sitzgesellschaft betreffenden Falles mitgeteilt hat, mit den Organen der Sitzgesellschaft teilen?**

[Rz 30] Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei den Organen von Sitzgesellschaften in aller Regel um professionelle Anbieter entsprechender Verwaltungsleistungen, die über die Belange der Sitzgesellschaft nicht im eigenen Interesse und aus eigenem Impetus entscheiden, sondern weisungsgebunden im Interesse und auf Veranlassung des wirtschaftlich Berechtigten tätig sind. Die Aufgabe und Funktion entsprechender Organe sind vor diesem Hintergrund grundsätzlich limitiert, was regelmässig dazu führen dürfte, dass sie über Details der im Namen einer Sitzgesellschaft getätigten Geschäfte (Vermögensanlage, Halten und Verwalten einer Liegenschaft etc.) nur eine beschränkte Kenntnis haben. Entsprechend dürfte es vorkommen, dass zumindest gewisse vom wirtschaftlich Berechtigten erhaltene Informationen den treuhänderisch tätigen Organen der betreffenden Sitzgesellschaft nicht bekannt sind und – aus der Sicht des wirtschaftlich Berechtigten – auch nicht bekannt gemacht werden sollen.

[Rz 31] Wir haben bereits erörtert, dass auch geheimzuhaltende Informationen, die dem Prozessanwalt vom wirtschaftlich Berechtigten einer Sitzgesellschaft (und nicht von den Organen der Sitzgesellschaft) mitgeteilt wurden, grundsätzlich vom Anwaltsgeheimnis erfasst werden (siehe II.C.2.1 oben). Im vorliegenden Kontext fragt sich jedoch darüber hinaus, ob der wirtschaftlich Berechtigte als Geheimnisherr nicht nur ein subjektives Geheimhaltungsinteresse hat, sondern ob dieses Geheimhaltungsinteresse gegenüber den Organen der von ihm wirtschaftlich beherrschten Sitzgesellschaft auch als legitim qualifiziert. Besitzt mit anderen Worten der wirtschaftlich Berechtigte gegenüber den Organen der wirtschaftlich von ihm beherrschten Sitzgesellschaft ein legitimes Geheimhaltungsinteresse an Informationen, welche die Sitzgesellschaft betreffen? Nach hier vertretener Auffassung ist diese Frage grundsätzlich zu bejahen, aus den hiernach aufgeführten Überlegungen.

[Rz 32] Zwar wird der Prozessanwalt in aller Regel nur mit der von ihm im Prozess vertretenen Sitzgesellschaft und nicht auch mit ihrem wirtschaftlich Berechtigten eine explizite (schriftliche) Mandatsvereinbarung abschliessen. Soweit jedoch der wirtschaftlich Berechtigte – wie es in der Praxis häufig der Fall sein dürfte – bei der Instruktion des Prozessanwalts eine aktive Rolle spielt, entsteht nach hier vertretener Auffassung zwischen dem wirtschaftlich Berechtigten und dem Anwalt der Sitzgesellschaft zumindest mit Blick auf die anwaltliche Diskretions- und Geheimhaltungspflicht ein konkludent geschlossenes Rechtsverhältnis, unter dem der Prozessanwalt auch dem wirtschaftlich Berechtigten gegenüber die Einhaltung dieser Pflicht schuldet. Diesbezüglich können folgende Überlegungen angeführt werden (in willkürlicher Reihenfolge):

- i. Ein wirtschaftlich Berechtigter, der einen Schweizer Prozessanwalt im Zusammenhang mit einer seine Sitzgesellschaft betreffenden Rechtsstreitigkeit aufsucht

und mit dem Anwalt diese Angelegenheit erörtert, wird erwarten, dass die dem Anwalt mitgeteilten Geheimnisse von diesem vertraulich behandelt werden, bzw. dass diese Geheimnisse unter das Anwaltsgeheimnis fallen, auch wenn der Prozessanwalt formell nur von der Sitzgesellschaft (nicht auch vom wirtschaftlich Berechtigten) mandatiert wird. In dieser Erwartung ist der wirtschaftlich Berechtigte zu schützen.

- ii. Bei der Vertretung einer Prozesspartei ist es ganz wesentlich, dass zwischen dem Prozessanwalt und seinem Klienten ein Vertrauensverhältnis entsteht und während des Verfahrens besteht. Aufgrund der, wie vorstehend erwähnt, in der Regel limitierten Rolle der Organe von Sitzgesellschaften ist in der Praxis des Prozessanwalts zumeist das Vertrauensverhältnis zum wirtschaftlich Berechtigten ausschlaggebend, während mit den Organen der Sitzgesellschaft häufig nur ein limitierter Austausch stattfindet. Da das Anwaltsgeheimnis für das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klient eine wesentliche Rolle spielt³⁵, sollte das Verhältnis zwischen dem wirtschaftlich Berechtigten und seinem Prozessanwalt ebenfalls vom Anwaltsgeheimnis erfasst sein.
- iii. Mit Bezug auf die Willensbildung der Sitzgesellschaft ist letztlich der wirtschaftlich Berechtigte die massgebende Person. Mit anderen Worten können die professionellen und auf Mandatsbasis tätigen Organe der Sitzgesellschaft auf Wunsch des wirtschaftlich Berechtigten ausgetauscht werden.
- iv. Aufträge kommen formfrei³⁶ und unter Umständen durch konkludente Willensbetätigung³⁷ zustande, und auch eine auftragsrechtliche Geheimhaltungspflicht muss nicht explizit vereinbart werden, sondern kann sich aus den Umständen ergeben³⁸.

[Rz 33] Abschliessend fragt sich im vorliegenden Kontext auch noch, ob dem Organ der Sitzgesellschaft nicht bekannte Informationen, die der Prozessanwalt vom wirtschaftlich Berechtigten erhalten hat, und welche Letzterer dem Organ der Sitzgesellschaft gegenüber geheim halten möchte, effektiv als Geheimnis im Sinne der Berufsgeheimnisnormen zu qualifizieren sind.

[Rz 34] Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass der relevante Geheimnisbegriff inhaltlich extensiv zu verstehen ist³⁹, insbesondere mit Blick auf die auftragsrechtliche Diskretions- und Geheimhaltungspflicht⁴⁰. Unter diesem Gesichtspunkt dürfte der Geheimnischarakter entsprechender Informationen somit nicht problematisch bzw. fraglich sein, vorausgesetzt, dass die betreffenden Informationen nur einem beschränkten Kreis von Personen bekannt sind.

[Rz 35] Im Lichte obiger Überlegungen darf der Prozessanwalt nach hier vertretener Auffassung nicht alles, was ihm der wirtschaftlich Berechtigte bezüglich des die Sitzgesellschaft betreffen-

³⁵ Siehe etwa WALTER FELLMANN, a.a.O., Rz. 457.

³⁶ Siehe etwa CHK-C. GEHRER CORDEY / G. GIGER, a.a.O., OR 395 N 1; KUKO-OR-JEAN-MARC SCHALLER, Basel 2014, Art. 395 N 2.

³⁷ Siehe etwa CHK-C. GEHRER CORDEY / G. GIGER, a.a.O., OR 395 N 1.

³⁸ Siehe etwa WALTER FELLMANN, a.a.O., Rz. 1118.

³⁹ Siehe etwa BERNHARD EHRENZELLER / RETO PATRICK MÜLLER, in: Festgabe Walter Straumann, Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses unter besonderer Berücksichtigung der Frage des behördlichen Zugriffs auf Unterlagen, Solothurn 2013, S. 277, FN 46 (betreffend Art. 13 BGFA); MARCEL ALEXANDER NIGGLI, a.a.O., S. 20 («Er [d.h., der Geheimnisbegriff] erfasst mithin jede Tatsache, die nur einem beschränkten Kreis von Personen bekannt ist.»).

⁴⁰ Siehe WALTER FELLMANN, a.a.O., Rz. 469 und 1123.

den Falles mitgeteilt hat, mit den Organen der Sitzgesellschaft teilen. Im Gegenteil wird hier vertreten, dass der Prozessanwalt sämtliche Informationen, welche der wirtschaftlich Berechtigte gegenüber den Organen der Sitzgesellschaft geheim halten möchte, diesen gegenüber geheim zu halten hat, auch wenn es sich um die formellen Vertreter seiner Klientin handelt. Soweit der wirtschaftlich Berechtigte seinen relevanten Geheimhaltungswillen nicht ausdrücklich kommuniziert, hat der Prozessanwalt auch den Organen der Sitzgesellschaft gegenüber alles geheim zu halten, was er im Lichte der relevanten Umstände als vom Geheimhaltungsinteresse und -willen des wirtschaftlich Berechtigten erfasst erkennt oder erkennen müsste.⁴¹

[Rz 36] Zu Illustrationszwecken seien die folgenden fiktiven Beispiele aufgeführt:

- i. Der wirtschaftlich Berechtigte, der über eine Sitzgesellschaft eine Immobilie in der Schweiz hält, zieht einen Prozessanwalt bei, um am Sitz der Immobilie eine Mieterausweisung anzustrengen. Der wirtschaftlich Berechtigte hatte die Organe der Sitzgesellschaft instruiert, das Mietverhältnis vertragsgemäss zu kündigen, ohne diese über seine einschlägigen Motive (gewisse persönliche Gründe) zu informieren. Nach Auskunft des wirtschaftlich Berechtigten haben die Organe der Sitzgesellschaft nach wie vor keine Kenntnis von seinen betreffenden persönlichen Gründen. Bevor der Prozessanwalt die Organe der Sitzgesellschaft über diese persönlichen Gründe informiert, z.B. aufgrund einer entsprechenden Anfrage, sollte er sich beim wirtschaftlich Berechtigten erkundigen, ob er mit der betreffenden Informationsweitergabe einverstanden ist.
- ii. Ein wirtschaftlich Berechtigter hält über eine Sitzgesellschaft einen Privatjet, mit Bezug auf den es in der Schweiz zu einem Prozess kommt. In diesem Prozess geht es um einen Vorfall an Bord des Privatjets, über den die Organe der Sitzgesellschaft nicht informiert sind. Drückt der wirtschaftlich Berechtigte im Rahmen der Instruktion des Prozessanwalts aus, dass er es nicht wünscht, dass diese Organe von diesem Vorfall Kenntnis erlangen, muss der Prozessanwalt nach hier vertretener Auffassung diesen Wunsch respektieren.
- iii. Ein wirtschaftlich Berechtigter hat über eine Sitzgesellschaft bzw. deren Bank eine erhebliche Summe in ein Anlagekonstrukt investiert, das implodiert ist und zu einem hohen Verlust geführt hat. Der Prozessanwalt wird mandatiert, im Namen der Sitzgesellschaft gegen die einschlägigen Verantwortlichen, bei denen es sich um vorbestrafte Finanzbetrüger handelt, vorzugehen. Über die genauen Hintergründe, wie der wirtschaftlich Berechtigte diesen Betrügern auf den Leim ging, sind die Organe der Sitzgesellschaft nicht informiert. Muss der Prozessanwalt im Lichte der Umstände davon ausgehen, dass der wirtschaftlich Berechtigte dies den Organen der Sitzgesellschaft gegenüber geheim halten möchte, dann hat der Prozessanwalt dies nach Auffassung des Autors grundsätzlich zu beachten.

⁴¹ Der Umfang der vertraglichen Schweigepflicht ist durch Vertragsauslegung zu bestimmen. Massgebend ist dabei primär das Geheimhaltungsinteresse des Klienten, wie es für den Anwalt erkennbar ist bzw. nach den Umständen erkennbar sein muss (WALTER FELLMANN, a.a.O., Rz. 1120). Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der Anwalt grundsätzlich vom Geheimhaltungswillen des Klienten ausgehen muss, dass also nicht vorausgesetzt ist, dass der Klient explizit auf seinen Geheimhaltungswillen hinweist oder diesbezüglich ausdrückliche Weisungen erteilt (WALTER FELLMANN, a.a.O., Rz. 1122, S. 383).

b. Darf der Prozessanwalt alle Informationen, die er von den Organen der Sitzgesellschaft erhalten hat, mit dem wirtschaftlich Berechtigten teilen?

[Rz 37] Zwecks Illustrierung, worum es bei dieser Fragestellung geht, wird an das letzte der obigen hypothetischen Beispiele angeknüpft: Nehmen wir an, die Organe der Sitzgesellschaft hätten im Zusammenhang mit der betreffenden Investition im Namen der Sitzgesellschaft gewisse Formulare unterzeichnet. Bei der Instruktion durch den wirtschaftlich Berechtigten erfährt der Prozessanwalt, dass der wirtschaftlich Berechtigte – aus welchen Gründen auch immer – nicht von allen einschlägigen Formularen Kenntnis hat. Darf der Prozessanwalt den wirtschaftlich Berechtigten über die Existenz dieser Formulare informieren? Ihren Inhalt mit dem wirtschaftlich Berechtigten erörtern und ihm Kopien von den betreffenden Formularen zukommen lassen?

[Rz 38] Enthält die mit der Sitzgesellschaft abgeschlossene schriftliche Mandatsvereinbarung eine Klausel, welche die Kommunikation mit dem wirtschaftlich Berechtigten explizit autorisiert, ist die Beantwortung obiger Frage klar. Aber was gilt, wenn keine entsprechende Klausel vorliegt?

[Rz 39] An die vorstehenden Überlegungen zur ersten Frage (II.C.2.3.a oben) anknüpfend, wird hier vertreten, dass der Prozessanwalt autorisiert ist, alle fallbezogenen Informationen, die er von den Organen der Sitzgesellschaft erhält, mit dem wirtschaftlich Berechtigten seiner Mandantin zu teilen, aus folgenden Gründen:

[Rz 40] Die Organe einer Sitzgesellschaft stehen zum wirtschaftlich Berechtigten im Verhältnis einer Art Verwaltungstreuhand⁴², also dem auf einer Vereinbarung basierenden Rechtsverhältnis, wonach der Treuhänder (die Organe der Sitzgesellschaft) für den Treugeber (den wirtschaftlich Berechtigten) Geschäfte besorgt und das von der Sitzgesellschaft gehaltene Treugut im Interesse des Treugebers verwaltet. Mit anderen Worten verpflichten sich die Organe der Sitzgesellschaft gegenüber dem wirtschaftlich Berechtigten, die von der Sitzgesellschaft gehaltenen Vermögenswerte gemäss der Vereinbarung mit dem wirtschaftlich Berechtigten zu verwalten.⁴³ Gegenüber der Sitzgesellschaft, der Klientin des Prozessanwalts, handelt es sich beim wirtschaftlich Berechtigten somit nicht um einen unbeteiligten Dritten im eigentlichen Sinn, sondern um den aus wirtschaftlicher Perspektive massgebenden Klienten des Prozessanwalts.

[Rz 41] Wie bereits erwähnt, ist weiter zu berücksichtigen, dass der wirtschaftlich Berechtigte in der Praxis häufig in die Instruktion des Prozessanwalts involviert ist, bereits deshalb, weil er regelmässig gegenüber den Organen der Sitzgesellschaft mit Bezug auf den Streitgegenstand einen signifikanten Informationsvorsprung hat.

[Rz 42] Vor obigem Hintergrund wird hier die Auffassung vertreten, dass der Prozessanwalt ohne explizite gegenteilige Abrede oder Weisung davon ausgehen darf, dass die Organe der Sitzgesellschaft bei seiner Mandatierung konkludent ihre Zustimmung erteilt haben, dass der Prozessanwalt alle fallbezogenen Informationen, die er von den Organen der Sitzgesellschaft erhält, mit dem wirtschaftlich Berechtigten teilen darf.

⁴² Siehe hierzu etwa CHK-C. GEHRER CORDEY / G. GIGER, a.a.O., OR 394 N 13.

⁴³ Vgl. bezüglich der Treuhand nach Schweizer Konzeption etwa CHK-C. GEHRER CORDEY / G. GIGER, a.a.O., OR 394 N 12; KUKO-OR-JEAN-MARC SCHALLER, a.a.O., Art. 394 N 7.

c. Darf der Prozessanwalt alle Informationen, die er vom Gericht erhalten hat, mit dem wirtschaftlich Berechtigten teilen?

[Rz 43] Basierend auf den vorstehenden Erwägungen ist obige Frage nach hier vertretener Auffassung zu bejahen. Wie erwähnt ist der wirtschaftlich Berechtigte, wirtschaftlich betrachtet, die am Prozess hauptsächlich bzw. eigentlich interessierte Partei, und entsprechend darf der Prozessanwalt ohne explizite gegenteilige Weisung seitens der Organe der Sitzgesellschaft davon ausgehen, dass er in Bezug auf die Sitzgesellschaft (als Prozesspartei) vom Gericht erhaltene Informationen, z.B. Kostenverfügungen oder Gerichtsvorladungen, auch mit dem wirtschaftlich Berechtigten teilen darf.

d. Darf der Prozessanwalt im Hinblick auf einen Wechsel des Organs der Sitzgesellschaft mit einem potentiellen neuen Organ den von ihm betreuten Fall erörtern?

[Rz 44] Wie erwähnt kommt es vor, dass die Organe von Sitzgesellschaften durch neue Organe ausgetauscht werden. Nehmen wir an, das potentielle neue Organ möchte, bevor es über die Annahme des entsprechenden Mandats entscheidet, mit dem Prozessanwalt den hängigen Prozess, in dem Letzterer die fragliche Sitzgesellschaft vertritt, erörtern. Nehmen wir weiter an, der wirtschaftlich Berechtigte wünscht, dass das aktuelle Organ der Sitzgesellschaft hierüber nicht informiert wird.

[Rz 45] Ist es dem Prozessanwalt erlaubt, den betreffenden Prozess auf Wunsch des wirtschaftlich Berechtigten mit einem potentiellen neuen Organ zu besprechen, auch wenn dies weder von den aktuellen Organen der Sitzgesellschaft explizit genehmigt noch im bestehenden Mandatsvertrag bejahend adressiert wird?

[Rz 46] Auf der Grundlage der bereits angestellten Überlegungen, insbesondere dem Umstand, dass der wirtschaftlich Berechtigte, wirtschaftlich betrachtet, wie erwähnt die am Prozess eigentlich interessierte Partei ist, muss es dem Prozessanwalt nach hier vertretener Auffassung erlaubt sein, auf Wunsch des wirtschaftlich Berechtigten mit dem potentiellen neuen Organ den hängigen Prozess, in welchem der Prozessanwalt die betreffende Sitzgesellschaft vertritt, zu erörtern. Hierfür spricht auch, dass es dem wirtschaftlich Berechtigten andernfalls bei einem komplizierten und lange dauernden Prozess für die Dauer des Prozesses praktisch verwehrt sein könnte, die Organe seiner Sitzgesellschaft durch neue Organe auszutauschen. Diesbezüglich ist zu bedenken, dass ein neues Organ die Übernahme des betreffenden Mandats auch von einer seriösen Due Diligence über einen hängigen Prozess abhängig machen dürfte, und dass ein Austausch mit dem einschlägigen Prozessanwalt Teil einer solchen Due Diligence sein dürfte.

[Rz 47] Man könnte im vorliegenden Zusammenhang auch argumentieren, dass es rechtsmissbräuchlich wäre, wenn die aktuellen Organe der Sitzgesellschaft dem Prozessanwalt die Erörterung des hängigen Falles mit einem potentiellen neuen Organ untersagen wollten, obwohl ein solcher Austausch mit expliziter Zustimmung bzw. auf ausdrücklichen Wunsch des wirtschaftlich Berechtigten erfolgte. Ein entsprechendes Verhalten der aktuellen Organe, mit dem sie sich gegen den Wunsch ihres Auftraggebers (des wirtschaftlich Berechtigten) stellten, könnte in der Regel nur auf der Motivation gründen, dem wirtschaftlich Berechtigten die Mandatierung eines neuen Organs der Sitzgesellschaft zu erschweren. Ein solches Eigeninteresse, das den Absichten und Interessen des wirtschaftlich Berechtigten zuwiderliefe, dürfte nicht schützenswert sein, womit man argumentieren könnte, dass eine Berufung der aktuellen Organe der Sitzgesellschaft

auf ein Berufsgeheimnis des Prozessanwalts im erwähnten Kontext als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren wäre.

D. Die sachliche Zuständigkeit bei Kantonen mit Handelsgericht

[Rz 48] Besteht eine örtliche Gerichtszuständigkeit in einem Kanton, der über ein Handelsgericht verfügt, fragt sich unter Umständen, ob der Rechtsstreit als handelsrechtlich im Sinne von Art. 6 der Zivilprozessordnung (ZPO) zu qualifizieren ist. Weil es sich bei der Sitzgesellschaft um eine juristische Person handelt, kann sich unter Umständen insbesondere fragen, ob die Sitzgesellschaft in einem «vergleichbaren ausländischen Register»⁴⁴ eingetragen ist.

[Rz 49] Nach hier vertretener Auffassung ist mit Bezug auf die Vergleichbarkeit eines ausländischen Registers entscheidend, ob der betreffenden Gesellschaft die Kaufmannseigenschaft zukommt.⁴⁵ Typischen Sitzgesellschaften (also «Briefkastenfirmen» ohne eigene Büros, Mitarbeiter etc.) dürfte keine Kaufmannseigenschaft zukommen, und entsprechend ist das in einer Offshore-Jurisdiktion allenfalls vorhandene «Company-Register» nach hier vertretener Auffassung nicht als mit dem Schweizer Handelsregister vergleichbar zu qualifizieren.

[Rz 50] Vor obigem Hintergrund besteht nach Auffassung des Autors mit Bezug auf typische Sitzgesellschaften, die keine unternehmerische Tätigkeit entfalten, auch dann keine zwingende handelsgerichtliche Zuständigkeit, wenn die Gegenpartei (z.B. eine Bank) im schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen ist.

E. Die Klageerhebung, Klageanerkennung, der Klagerückzug oder Abschluss eines Vergleichs im Namen der Sitzgesellschaft

[Rz 51] Im Zusammenhang mit dem weiter oben erörterten Thema der Kommunikation hinsichtlich des eine Sitzgesellschaft in einem Verfahren vertretenden Prozessanwalts wird eine dahingehend «liberale» Position vertreten, dass der wirtschaftlich Berechtigte als die – aus wirtschaftlicher Perspektive – am Prozess eigentlich interessierte Person sozusagen in den Schutzbereich und die Dispositionskompetenz des primär gegenüber der Sitzgesellschaft bestehenden Anwaltsgeheimnisses einzubinden ist. Demgegenüber ist nach hier vertretener Auffassung bei wesentlichen Prozessentscheidungen, wie z.B. eine Klageerhebung oder der Abschluss eines Vergleichs, nicht nur die Instruktion des wirtschaftlich Berechtigten, sondern auch der Sitzgesellschaft selbst, vertreten durch ihre Organe, einzuholen, aus nachfolgenden Überlegungen.

[Rz 52] Auch wenn der wirtschaftlich Berechtigte wie erwähnt aus wirtschaftlicher Perspektive die am Prozess eigentlich interessierte Person ist, vertritt der Prozessanwalt, auftrags- und prozessrechtlich betrachtet, nicht den wirtschaftlich Berechtigten, sondern die Sitzgesellschaft als

⁴⁴ Art. 6 Abs. 2 lit. c sowie Abs. 3 ZPO.

⁴⁵ Vgl. Berner Kommentar zur ZPO, Bern 2012, Art. 6 Rz. 9 und 19 S. 52 bzw. 55; Basler Kommentar zur ZPO, 2. A., Basel 2013, Art. 6 N 11a S. 51; BRUNNER / GASSER / SCHWANDER, ZPO-Kommentar, St. Gallen 2011, Art. 6 N 19 S. 43; ZPO-Kommentar von Baker & McKenzie, Bern 2010, Art. 6 N 21 S. 38; TOYLAN SENEL, Das handelsgerichtliche Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2011, § 6 N 210 S. 79; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. August 2012, Geschäfts-Nr.: LB120060-O/U, E. 3.2.1 *in fine*, S. 4 («[...] ist ihm entgegenzuhalten, dass das Gesetz bei der Definition des Handelsgeschäfts an die Kaufmannseigenschaft der beteiligten Personen kraft Registereintrag anknüpft.»; Hervorhebung zusätzlich).

Partei. Unter Vorbehalt einer von der Sitzgesellschaft explizit zugunsten des wirtschaftlich Berechtigten erteilten Vollmacht kann der Wille der Sitzgesellschaft somit nicht vom wirtschaftlich Berechtigten, sondern nur von den Organen der Sitzgesellschaft erklärt werden. Eine solche Willenserklärung bzw. Instruktion seiner Klientin benötigt nun aber der Prozessanwalt, bevor er im Namen der Sitzgesellschaft entsprechende Prozessschritte durchführen kann.

[Rz 53] Im vorliegenden Zusammenhang ist auch zu bedenken, dass den Organen der Sitzgesellschaft mit Blick auf Prozesshandlungen, die für die Sitzgesellschaft finanzielle Implikationen haben, ein eigenes Interesse an der entsprechenden Willensbildung nicht per se abzusprechen ist. Unter Umständen besteht am Sitz der betreffenden Sitzgesellschaft eine persönliche Verantwortlichkeit von Organen für Verbindlichkeiten solcher Gesellschaften, was es erforderlich machte, den betreffenden Organen ein genuines Interesse an Entscheidungen, welche die Sitzgesellschaft finanziell engagieren, zuzusprechen.

[Rz 54] Zusammenfassend wird vor obigem Hintergrund hier die Auffassung vertreten, dass der Prozessanwalt wesentliche und mit Kostenfolgen verbundene Prozessentscheidungen für seine Klientin nur auf der Grundlage formell korrekter Instruktionen der Sitzgesellschaft vornehmen sollte.

F. Konflikte zwischen Organ der Sitzgesellschaft und wirtschaftlich Berechtigtem

[Rz 55] Da die Organe einer Sitzgesellschaft die Geschäfte der Sitzgesellschaft definitionsgemäss nicht im eigenen, sondern im Interesse des wirtschaftlich Berechtigten führen, dürften Konflikte zwischen Organen der Sitzgesellschaft und ihrem wirtschaftlich Berechtigten sehr selten sein. Was gilt aber, wenn es mit Bezug auf einen Prozess doch zu einem solchen Konflikt kommt, z.B., weil die Organe der Sitzgesellschaft nicht bereit sind, einem vom wirtschaftlich Berechtigten ausserprozessual verhandelten Vergleich oder einer Klageeinleitung zuzustimmen?

[Rz 56] Aus den im vorstehenden Abschnitt (II.E oben) dargelegten Gründen wird hier die Auffassung vertreten, dass der Prozessanwalt – soweit der wirtschaftlich Berechtigte von der Sitzgesellschaft nicht bevollmächtigt ist – ohne Zustimmung der Sitzgesellschaft für seine Klientin grundsätzlich keine Willenserklärungen abgeben darf, wie z.B. einem vom wirtschaftlich Berechtigten ausgehandelten Vergleich zuzustimmen. Prozesspartei und Klientin des Prozessanwalts ist die Sitzgesellschaft, und der Prozessanwalt würde das Mandatsverhältnis zu seiner Klientin klar verletzen, wenn er weisungswidrig in ihrem Namen Prozesshandlungen vornehmen würde.

[Rz 57] Wenn es zwischen dem wirtschaftlich Berechtigten und den Organen der Sitzgesellschaft mit Bezug auf Prozesshandlungen zu Konflikten kommt, dann tangiert dies das Mandatsverhältnis zwischen der Sitzgesellschaft und ihrem Anwalt grundsätzlich nicht. Analog zur indirekten Stellvertretung und zu Treuhandverhältnissen⁴⁶ muss und darf sich der Beauftragte mit Bezug

⁴⁶ Siehe hierzu BGE 100 II 200 E. 8a S. 211 f. («Quant à la représentation dite indirecte, le contractant agit en son propre nom – il manifeste sa volonté d'être personnellement engagé -, mais pour le compte d'un tiers. **Le contrat ne lie que les parties et ne déploie aucun effet direct sur le représenté. Celui-ci ne peut acquérir de droits ou d'obligations qu'en vertu d'un nouvel acte juridique (art. 32 al. 3 CO). Pour la banque qui contracte avec le représentant indirect, les rapports de celui-ci avec le représenté sont une res inter alios acta [...]. Peu importe qu'elle sache ou non que son cocontractant agit pour le compte d'un tiers. Dans l'affirmative, elle n'a pas à rechercher s'il se conforme aux ordres du représenté. Les principes qui précèdent s'appliquent également si le cocontractant de la banque agit en qualité de fiduciaire [...].**»; Hervorhebung zusätzlich) und BGE 117 II 463 E. 2 S. 464 (Der Fiduziar wird dadurch gegenüber Dritten, die sich

auf Instruktionen an seine Auftraggeberin halten, ohne im Konfliktfall auf Instruktionen des wirtschaftlich Berechtigten abzustellen.

[Rz 58] Im vorliegenden Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Prozessanwalt für den hier diskutierten Konflikt zwischen Organen der Sitzgesellschaft und ihrem wirtschaftlich Berechtigten nicht verantwortlich gemacht werden kann, und dass dem Prozessanwalt unter rechtlichem Gesichtspunkt nicht zugemutet werden kann, ohne formell korrekte Instruktion seiner Klientin Prozesshandlungen vorzunehmen.

[Rz 59] Eine Ausnahme vom obigen Grundsatz besteht nach hier vertretener Ansicht in dringenden Fällen, die keinen zeitlichen Aufschub dulden und, falls nicht umgehend im Namen der Sitzgesellschaft gehandelt wird, zu einem Rechtsverlust der Sitzgesellschaft führten, vorausgesetzt, dass mit der betreffenden Prozesshandlung keine substantiellen finanziellen Verbindlichkeiten verbunden sind. Zu denken ist hier in der Praxis vor allem an die dringende Unterbrechung einer Verjährungs- oder Verwirkungsfrist durch eine Betreuung oder ein Schlichtungsgesuch. Die Kosten für diese Handlungen sind verhältnismässig gering, womit das potentielle Downside für die Sitzgesellschaft bzw. ihre Organe sehr limitiert ist und durch das Upside (kein Rechtsverlust) in der Regel aufgewogen werden dürfte.

III. Schlussbemerkung

[Rz 60] Es kommt regelmässig vor, dass in Prozessen vor Schweizer Gerichten Parteien nicht natürliche Personen oder operative Unternehmen, sondern Sitzgesellschaften sind. Im Steuerrecht und im Bereich der Geldwäschereiprävention wird die Behandlung von Sitzgesellschaften und wirtschaftlich Berechtigten regelmässig diskutiert. Demgegenüber wurde im Schweizer Zivilprozessrecht hierzu nach Kenntnis des Autors noch nichts publiziert. Der vorliegende Aufsatz soll einen ersten Beitrag leisten, diese Lücke zu schliessen, und entsprechend wurden vorstehend einige Punkte behandelt, auf die bei der Vertretung einer Sitzgesellschaft in einem Zivilprozess vor Schweizer Gerichten zu achten ist.

Lic. iur. utr. PHILIPP H. HABERBECK ist Rechtsanwalt in Zürich (www.haberbeck.ch).

um die internen Rechtsbeziehungen zwischen Treugeber und Treuhänder nicht zu kümmern haben [...], als Rechtsträger legitimiert und zu Verfügungen berechtigt [...].»