

**Editorial** ■ 227

**Thema/Question du jour**

Rolf Kuhn Der Anwalt als Escrow Agent – Unterstellung unter das GwG? ■ 231

**Anwaltspraxis/Pratique du barreau**

Simone Steiner Urteilsfähigkeit bei letztwilligen Verfügungen aus Sicht der Urkundsperson ■ 237  
 Tristan Imhof Weiterversicherungsmöglichkeiten in der beruflichen Vorsorge ■ 241  
 Thierry Luterbacher Kollektivrisiko bei Anwaltsgesellschaften ■ 247  
 Jörg Zumstein Es gilt das gesprochene Wort ■ 252  
 Stephan Neidhardt Spürbare Effizienzsteigerung durch digitales Diktieren ■ 254

**Rechtsprechung/Jurisprudence** ■ 255

**Rechtsetzung/Législation** ■ 263

**Anwaltsrecht/Droit de l'avocat**

François Bohnet Les conflits d'intérêts en matière de défense au pénal – TF 1B\_7/2009 du 16 mars 2009 ■ 265

**SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux**

Der SAV teilt mit/La FSA vous informe ■ 269

**Agenda** ■ 279

**Impressum**

**Anwaltsrevue/Revue de l'avocat**  
 12. Jahrgang 2009/12<sup>e</sup> année 2009  
 ISSN 1422-5778

**Erscheinungsweise/Parution**  
 10-mal jährlich  
 10 fois l'an

**Zitervorschlag/Suggestion de citation**  
 Anwaltsrevue 5/2009, S. 223 ff.  
 Revue de l'avocat 5/2009, p. 223 ss

**Herausgeber/Edité par**  
 Helbing Lichtenhahn Verlag  
 Schweizerischer Anwaltsverband/  
 Fédération Suisse des Avocats

**Chefredaktion/Rédacteur en chef**  
 Peter von Ins, Fürsprecher (vl)  
 Bollwerk 21, CH-3001 Bern  
 Tel. 031 328 35 35  
 Fax 031 328 35 40  
 vonins@bollwerk21.ch

**Verlag und Redaktion/  
 Edition et rédaction**  
 Helbing Lichtenhahn Verlag  
 Lektorat Zeitschriften  
 Lic. iur. Anne Sciavilla  
 Lic. phil. Anne-Marie Prévost  
 Eva Reutlinger, Paralegal  
 Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel  
 Tel. 061 228 90 70  
 Fax 061 228 90 72  
 www.helbing.ch  
 zeitschriften@helbing.ch

**Mitarbeiter/Collaborateurs**  
 Lic. iur. Max Beetschen (Be)  
 Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)

**Sekretariat SAV/Sécrétariat FSA**  
 Marktgasse 4, Postfach 8321  
 CH-3001 Bern  
 Tel. 031 313 06 06  
 Fax 031 313 06 16  
 info@swisslawyers.com  
 www.swisslawyers.com

**Inserate/Annonces**  
 Kretz AG  
 General Wille-Str. 147, Postfach  
 CH-8706 Feldmeilen  
 Tel. 044 925 50 60  
 Fax 044 925 50 77  
 info@kretzag.ch

**Vertrieb/Distribution**  
 Abo-Service  
 Postfach 382, CH-6048 Horw  
 Tel. 041 349 17 70  
 Fax 041 349 17 18  
 helbing@edp.ch

**Preise/Prix**  
 Jährlich/Annuel: Fr. 153.–, € 97.–  
 Studenten/Étudiants: Fr. 101.–, € 64.–  
 Einzelheft/Numéro séparé: Fr. 21.–, € 13.–  
 Mitglieder des SAV gratis/Membres FSA gratuit  
 Alle Preise inkl. 2.4% MwSt.  
 Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. / La résiliation de l'abonne-

ment pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période.

**Copyright**  
 © Titel «Anwaltsrevue/Revue de l'avocat»  
 by Schweizerischer Anwaltsverband, Bern  
 © Inhalt by Schweizerischer Anwaltsverband Bern und Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel/Genf/München  
 © Gestaltung, Umsetzung und Grafik  
 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel/Genf/München

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages./Tous droits réservés. La revue est protégée par la législation sur les droits d'auteur. Toute exploitation non autorisée par la loi nécessite l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen und Autoren geäusserten Meinungen und Ansichten müssen sich nicht mit denjenigen der Redaktion oder des SAV decken./Les opinions exprimées dans cette revue par les auteurs sont personnelles et n'engagent ni la rédaction ni la FSA.



## Editorial

### Simplet rapide

Depuis des décennies cette tendance se confirme, qui veut qu'en cas de déséquilibre théorique des forces en litige le faible soit protégé contre le fort, le petit contre le grand, le pauvre contre le riche, le maigre contre le gros, la femme contre l'homme ou le handicapé contre le non-handicapé.

Cette protection transite par des règles matérielles protectrices, et par des dispositions procédurales tendant à assurer un rééquilibrage des forces, donc, apparemment, des chances de succès.

Cela passe par toutes sortes de règles écrites ou non comme la «maxime inquisitoriale sociale», des abaissements du degré de preuve, voire des inversions du fardeau de la preuve (Loi sur l'égalité) et autres décalages par rapport aux canons antiques qui voulaient par exemple que le fardeau de la preuve incombât à celui qui réclamait quelque chose à autrui.

Dans cette perspective, pour ne prendre que deux catégories de parties faibles, le travailleur et le locataire (faute de place on laissera le consommateur de côté ici), les textes légaux supérieurs imposent des procédures simples et rapides au moins quand les montants litigieux sont faibles en droit du travail, et plus généralement en droit du bail.

Ayant récemment eu l'honneur contraint de fonctionner à une permanence juridique sans du tout se sentir appelés à une tâche aussi complexe, nous avons remarqué deux choses: Alors qu'on s'attendait à ne recueillir que la misère du monde à 15 francs la séance, la moitié de la «clientèle» s'en venait tenter de se faire délivrer des avis de droit gratuits en matière successorale, immobilière ou de liquidation matrimoniale où le nombre de zéros après l'apostrophe aurait fait saliver à peu près n'importe quel bourgeois relevant de l'aurea mediocritas. La deuxième moitié seule entrait dans les critères relevant d'une permanence juridique: licenciements, AVS, AI, Caisse de chômage, subrogation d'assurances sociales etc. Sur cette deuxième tranche nous avons abondamment transpiré car il nous est vite apparu que les décisions qu'on nous présentait, émanant par exemple d'un assureur social (et surtout quand plusieurs s'en mêlaient), étaient impénétrables d'obscurités croisées. C'était juste incompréhensible et dans la plupart des cas nous avons dû renvoyer à consulter un professionnel endurci des affaires simples et rapides. Même les calculs de délais de résiliation d'un contrat de travail avec grossesse, certificat médical rétroactif, mobbing et abus de toutes sortes ne nous ont pas permis de nous faire une idée objective tellement c'était compliqué, et on ne vous parle même pas d'une requête en expulsion où une partie revendique a posteriori l'application d'une méthode dite ab-

solue (ou relative, selon les hasards des intérêts financiers de chacun, charges non comprises, ou alors comprises mais avec considération du taux hypothécaire pratiqué par Lehmann Brothers, là aussi selon les hasards des appétences concernées).

Au temps pour le droit de «fond», si on peut se laisser aller à cet abus de langage.

Qui aura pratiqué tant soit peu l'arbitrage international aura vite remarqué que le droit matériel objectif n'y a pratiquement aucune place. On s'y bat sur les faits, on y expertise et y contre-expertise, on y chipote sur la crédibilité d'un témoin, on y ergote sur la validité d'une clause de limitation de responsabilité, mais tout cela se déroule finalement dans un climat de grande simplicité. Dans des hôtels de grand luxe certes, et à grands frais, mais dans une ambiance conviviale et presque déshabillée de ces complications légales qui souillent tous les domaines où le législateur voudrait un système simple et rapide si chaudement promu par les bien-pensants protecteurs et les bien-branleurs protestants.

On nous dira que rien n'empêche une procédure d'être simple et rapide, et gratuite, y compris quand les textes applicables sont innombrables, contradictoires, insanes et abstrus. Quand par exemple un travailleur réclame tel arriéré de salaire et qu'immédiatement un assureur social ou plusieurs interviennent en cause sous couvert de subrogations impénétrables et qu'il faut déjà quatre heures de calculs d'apothicaire pour savoir ce qui est éventuellement dû à qui, sans évoquer même les calculs infradécimaux d'intérêts à deux francs six sous pour lesquels chacun se battra comme chiffonnier.

L'avantage, au moins, c'est que si l'on ignore qui se partagera le produit du procès, on sait toujours qui paiera, dans ces procédures étatiques simples et rapides. D'ailleurs nous avons proposé une solution encore plus simple et encore plus rapide consistant à remplacer la loi sur les prud'hommes par un article unique:

- «al. 1: Il est constitué un tribunal de prud'hommes.
- al. 2: Devant ce tribunal la partie faible a raison».

En définitive l'organisation judiciaire rappelle souvent les règles du jeu de tennis. La première instance, c'est un peu comme un premier service dans le filet. Les choses sérieuses commencent ensuite.

Hans-Philippe Hegetschweizer







Rolf Kuhn\*

## Der Anwalt als Escrow Agent – Unterstellung unter das GwG?

**Schlagworte:** Geldwäschereigesetzgebung, Escrow Agent, Unterstellungspflicht, Anwalt

Im Zusammenhang mit der Abwicklung von Kauf- und IT-Verträgen treten Anwälte häufig als sog. Escrow Agents auf. In dieser Rolle tritt der Anwalt mit den Parteien eines zwischen diesen bestehenden Grundgeschäft (z.B. eines Kaufvertrags) in ein Rechtsverhältnis (Escrow Agreement) und nimmt Vermögenswerte der Parteien entgegen, die er verwahrt. Diese Vermögenswerte hat der als Escrow Agent tätige Anwalt dann gemäss den Bedingungen des Escrow Agreements i.d.R. an eine oder beide der Parteien des Grundgeschäfts herauszugeben. Da der Anwalt in dieser Funktion über fremde Vermögenswerte verfügt, fragt sich, ob der Anwalt dem GwG unterstellt ist oder nicht. Die Untersuchung dieser Frage bildet Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

### I. Wesen des Escrow Agreements und Anwendung des GwG

Das Escrow Agreement als Vertragstypus entstammt dem angelsächsischen Raum und ist in der schweizerischen Gesetzgebung nicht ausdrücklich geregelt. Der Sinn und Zweck eines Escrow Agreements besteht darin, den Parteien eines Grundgeschäfts die Verfügungsmacht über bewegliche Sachen (Kaufobjekt) zu entziehen, um dadurch die Erfüllung der Verpflichtungen dieses Grundgeschäfts zu sichern.<sup>1</sup> Das Instrument des Escrow Agreements kann aber nicht nur eingesetzt werden, um die Übergabe eines Kaufgegenstandes zu sichern, sondern bspw. auch, um allfällige Mängelrechte des Käufers zu sichern, was dadurch bewerkstelligt wird, indem ein Teil des Kaufpreises bspw. einem Escrow Agent transferiert wird, welcher den erhaltenen Betrag dann dem Verkäufer auszahlt, wenn innert bestimmter Frist keine Mängel geltend gemacht werden.

Im Bereich der Sicherstellung eines Leistungsaustausches übergeben die Parteien des Grundgeschäfts dem Escrow Agenten somit Vermögenswerte und räumen dem Escrow Agent die Befugnis ein, über diese zu verfügen.

Nach Art. 2 Abs. 3 GwG sind Finanzintermediäre u.a. Personen, welche berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen. Da ein Escrow Agent fremde Vermögenswerte annimmt, ist er somit vom Geltungsbereich des GwG umfasst, sofern er die Kriterien gemäss Art. 4 ff. der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation im Sinne des Geldwäschereigesetzes erfüllt.

\* Rechtsanwalt und Partner bei Lutz Rechtsanwälte in Zürich.

1 STEFAN GERSTER, Das Escrow Agreement als obligationenrechtlicher Vertrag, Diss. Zürich, S. 5.

Es stellt sich nun die Frage, ob auch ein Anwalt, welcher als Escrow Agent tätig ist, dem GwG unterstellt ist.

### II. Anwälte als Escrow Agent

Nach Art. 9 Abs. 1 GwG unterliegen Finanzintermediäre einer Meldepflicht, wenn ein in genannter Bestimmung erwähnter Fall vorliegt. Art. 9 Abs. 2 GwG nimmt Anwälte aber explizit von dieser Meldepflicht aus, soweit ihre Tätigkeit dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB untersteht.

Aus dieser Ausnahme von der Meldepflicht wird gefolgert, dass Anwälte generell nicht dem GwG unterstellt sind, soweit sie im Rahmen einer *berufsspezifischen* Tätigkeit über fremde Vermögenswerte verfügen.<sup>2</sup>

Zu prüfen ist folglich, ob der Anwalt, welcher als Escrow Agent agiert, diese Tätigkeit im Rahmen einer berufsspezifischen Tätigkeit oder aber im Rahmen einer sog. akzessorischen Tätigkeit ausübt. Mit dieser Frage hat sich das Bundesgericht und die Lehre auseinandergesetzt:

#### 1. Ältere Lehrmeinungen

In der Lehre wird die Meinung vertreten, es gelte die Faustregel, dass der Anwalt nicht als Finanzintermediär handle, solange er im Verkehr mit einer Bank nicht ein Formular «A» ausfüllen muss, sondern sich im Bereich des Formulars «R» bewegt.<sup>3</sup> Weiter wird propagiert, der Anwalt, der als Escrow Agent tätig sei, handle nicht als Finanzintermediär<sup>4</sup> und dass Anwälte im Zusammenhang mit der Abwicklung von Escrow-Verträgen keine Finanzdienstleister seien.<sup>5</sup>

Überdies wird in der Lehre argumentiert, die Tätigkeit eines Anwalts oder Notars als Escrow Agent sei vom Berufsgeheimnis erfasst, zumal nicht die wertsteigernde Verwaltung von Vermögen oder die sichere Aufbewahrung der hinterlegten Vermögens-

2 Vgl. Kontrollstelle, Unterstellungskommentar, N 305, 55 ff.; PETER LUTZ, Geldwäsche – Gesetzgebung und Entwicklung in der Schweiz, in: DACH Schriftenreihe 17, Bekämpfung der Geldwäsche, Zürich/Köln 2002, 1, S. 14 ff.; CHRISTOPH K. GRABER, Der Anwalt als Finanzintermediär, Anwaltsrevue 11–12 (2000), S. 23 f.; MATTHIAS KUSTER, Untersteht der Anwalt oder Notar als Escrow Agent dem Geldwäschereigesetz?, AJP 2002, S. 906, 908; WERNER DE CAPITANI, Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor zu GwG N 140, Art. 2 N 140, in: Niklaus Schmid, (Hrsg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002, 8; NIKLAUS SCHMID, Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht (Art. 305ter StGB), in: Niklaus Schmid (Hrsg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002, N 133 ff.; MARIO GIANNINI, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, S. 241 f. mit weiteren Verweisen.

3 GRABER (Fn. 2), S. 24.

4 SCHMID (Fn. 2), § 6, N 134 zu Art. 305<sup>ter</sup> StGB.

5 DE CAPITANI (Fn. 2), N 81 zu Art. 9 GwG.

werte im Vordergrund stehe, sondern die korrekte Erfüllung der im Escrow Agreement enthaltenen Bedingungen durch den beauftragten Anwalt oder Notar. Die Parteien würden einen Anwalt oder Notar primär aufgrund seines Fachwissens und der damit verbundenen Vertrauenswürdigkeit als Escrow Agent auswählen und nicht wegen seiner Fähigkeit als versierter Vermögensverwalter. Weiter betraue ein Anwalt oder Notar zudem regelmässig ein Bankinstitut und bewahre die hinterlegten Werte nur in Ausnahmefällen in eigenen Büroräumlichkeiten auf. Zusammenfassend ergebe sich, dass die Tätigkeit eines Anwalts oder Notars als Escrow Agent – unabhängig davon, ob er die ihm anvertrauten Vermögenswerte aufbewahrt oder einer Bank im eigenen Namen zur Aufbewahrung übergebe – vom Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB erfasst sei und damit nicht unter das GwG falle.<sup>6</sup>

## 2. Rechtssprechung

Das Bundesgericht hat sich im Urteil vom 11. Juli 2005, 1P.32/2005, mit einem von einem Anwalt treuhänderisch eröffneten Klientenkonto befasst, und führte – in Bezug auf die Frage, ob der Anwalt dem Berufsgeheimnis unterliege oder nicht – u.a. aus:

«Das Vorbringen der kantonalen Behörden, der Beschwerdeführer habe für die Weiterleitung der ausgehandelten Zahlung von CHF 2.5 Mio. auf Grundlage eines Bank-Formulars «R» ein Klientenkonto treuhänderisch eröffnet, rechtfertigt im vorliegenden Fall keine Aufhebung des Anwaltsgeheimnisses. Das Formular «R» dient nachgerade der Wahrung des Anwaltsgeheimnisses und der Befolgung der gesetzlichen Sorgfaltspflichten bei der Inanspruchnahme von Finanzdienstleistungen: Im vorliegenden Fall erklärte der beschwerdeführende Anwalt am 18. Februar 2004 gegenüber der Bank (auf dem Formular «R») ausdrücklich, dass er im Zusammenhang mit dem treuhänderisch eröffneten Klientenkonto «als Rechtsanwalt» tätig und dabei «dem gesetzlichen Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) unterstellt» sei. Ausserdem erklärte der Beschwerdeführer unterschriftlich, dass das Konto, an dem er «nicht selber wirtschaftlich berechtigt» sei, «der Hinterlegung» im Zusammenhang mit anwaltlichen Tätigkeiten im Rahmen von «zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor ordentlichen Gerichten oder Schiedsgerichten und in Verfahren des Zwangsvollstreckungsrechts» diene. Der unmittelbare Bezug zwischen den anwaltlichen Vergleichsverhandlungen und der Kontoeröffnung wurde denn auch dadurch transparent gemacht, dass das Klientenkonto explizit mit der Rubrik «Escrow Vergleich I/Y.\_\_\_\_» gekennzeichnet wurde. [ . . . ]

Nach dem Gesagten liegt hier (entgegen der Ansicht der kantonalen Instanzen) keine «kaufmännische» bzw. nicht berufsspezifische anwaltliche Geschäftstätigkeit vor. Die streitigen Dokumente unterliegen grundsätzlich dem Anwaltsgeheimnis. Ebenso wenig kann das anwaltliche Zeugnisverweige-

rungsrecht (§ 29 Abs. 1 Ziff. 2 StPO/ZG) im vorliegenden Fall mit dem blossen Argument verneint werden, der Beschwerdeführer sei lediglich als Geschäftsanwalt bzw. Treuhänder und nicht im Rahmen eines anwaltlichen Mandates aufgetreten. Soweit dem beschwerdeführenden Anwalt ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, kann er weder zur Zeugenaussage noch zur schriftlichen Bekanntgabe von Klientennamen verpflichtet werden. Insofern ist die Beschwerde gutzuheissen.»

Im konkreten Fall hat das Bundesgericht somit aus den Umständen, dass (a) ein Formular «R» verwendet wurde, (b) der Anwalt explizit erklärte, dass er im Zusammenhang mit dem fraglichen Konto als Rechtsanwalt tätig sei und (c) aus der Bezeichnung des Rubrikenkontos gefolgert, dass der Anwalt im berufsspezifischen Bereich tätig war und folglich das Berufsgeheimnis anrufen konnte.

Sowohl die Lehre wie auch das Bundesgericht stellten demnach letztlich darauf ab, dass ein als Escrow Agent agierender Anwalt i.d.R. im berufsspezifischen geschützten Bereich tätig sei.

## 3. Neuere Lehre

In der neueren Lehre wurde diese Auffassung jedoch in Zweifel gezogen und die Meinung vertreten, dass das Escrow Agreement an sich, d.h. die Annahme und Aufbewahrung von Vermögenswerten auf einem auf den Namen des Escrow Agent lautenden Konto und deren Herausgabe bei Erfüllung bestimmter Bedingungen an einen Dritten, keine berufsspezifische anwaltliche Tätigkeit, die den Schutz des Berufsgeheimnisses verdiene, sei. Es handle sich dabei vielmehr um eine Aktivität, bei der das kaufmännische Element überwiege und die normalerweise von Vermögensverwaltern, Treuhänderbüros oder Banken wahrgenommen werde. Auch im Hinblick auf eine effektive und lückenlose Geldwäschereibekämpfung erscheine eine *grundsätzliche Unterstellung des Escrow Agent zwingend* erforderlich und zwar auch und ganz besonders dann, wenn es sich beim Escrow Agent um einen Anwalt handle, erfolge die Aufbewahrung doch i.d.R. auf einem auf den Namen des Anwalts und unter Zuhilfenahme des Formulars «R» eröffneten Kontos, d.h. ohne die Bank über den wirtschaftlich Berechtigten informieren zu müssen. Unterstünde der Anwalt bzw. Notar als Escrow Agent nicht dem GwG, sondern könnte er sich diesbezüglich auf sein Berufsgeheimnis berufen, so ermöglichte dies Geldwäschern eine anonyme Übertragung von Vermögenswerten verbrecherischen Ursprungs und eine Unterbrechung des Paper Trails, wodurch letztlich ein zuverlässiger Schutz vor Strafverfolgung entstünde. Die Tätigkeit des Anwalts bzw. Notars als Escrow Agent unterstehe somit dem GwG, sofern die entsprechenden weiteren Unterstellungsvoraussetzungen erfüllt seien und das Escrow Agreement nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit einem zur traditionellen Anwaltstätigkeit gehörenden Mandat stehe.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> KUSTER (Fn. 2), S. 909.

<sup>7</sup> GIANNINI (Fn. 2), S. 270 f.

#### 4. Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei

Auch die Kontrollstelle vertritt nunmehr die Meinung, dass ein als Escrow Agent tätiger Anwalt nicht immer im berufsspezifischen Bereich tätig sei:<sup>8</sup>

«Alleine die Tatsache, dass das Escrow-Konto/Depot namentlich im Formular R aufgeführt ist, macht die Tätigkeit als Escrow Agent nicht zur berufsspezifischen Aktivität eines Anwalts oder Notars. Vielmehr sind die Hintergründe des konkreten Einzelfalls zu analysieren und unter Berücksichtigung der vom Bundesgericht aufgestellten Kriterien zu beurteilen.

Wird beispielsweise aufgrund eines umstrittenen Vertrags der Kaufpreis für den Kaufgegenstand als Sicherheitshinterlegung vorläufig dem Anwalt ausgehändigt, mit der Auflage, diesen nach Abschluss der zivilrechtlichen Streitigkeit gegebenenfalls an den Verkäufer weiterzuleiten, scheint die Verbundenheit mit dem anwaltlichen Mandat gegeben. Dient jedoch das Escrow Agreement und die Tätigkeit als Escrow Agent rein nur der ordentlichen Vertragsabwicklung, kann diese Tätigkeit ebenso gut von einer Bank, einem Treuhänder, einem Vermögensverwalter oder von einer andern vertrauenswürdigen Person ausgeübt werden.

In diesem Fall beauftragen die Parteien den Anwalt nicht aufgrund seiner berufsspezifischen Fähigkeiten, sondern weil sich die Parteien für die Vertragsabwicklung beim Distanzkauf lieber auf die Dienste einer neutralen und vertrauenswürdigen Person verlassen. Bei dieser Aktivität überwiegt das kaufmännische Element gegenüber der anwaltlichen Tätigkeit. Sie ist deshalb als akzessorisch zu qualifizieren. Bei Erfüllung der Kriterien der Berufsmässigkeit handelt es sich somit um eine dem GwG unterstellte Tätigkeit gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG.»

### III. Würdigung der neueren Lehre und der Auffassung der Kontrollstelle

#### 1. Escrow Agent Tätigkeit im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Streitigkeiten

Folgt man der Auffassung der Kontrollstelle, so liegt eine berufsspezifische Tätigkeit vor, wenn der Anwalt Gelder entgegennimmt, die er dann nach Abschluss eines zivilrechtlichen Verfahrens, konkret bei Vorliegen eines Urteils, an eine Partei herausgeben muss.

Fraglich scheint aber, ob nicht gerade in solchen Fällen die berufsspezifische Tätigkeit weniger markant im Vordergrund steht: Werden Gelder im Zusammenhang mit einer zivilrechtlichen Streitigkeit bei einem Anwalt hinterlegt, so erschöpft sich die Aufgabe des Anwalts nahezu darin, das Dispositiv eines Urteils zu lesen und den im Escrow Account deponierten Betrag entsprechend zu überweisen. Nebst dem Lesen des Dispositivs

hat der Anwalt sodann i.d.R. noch zu prüfen, ob das Urteil rechtskräftig ist. Hierzu hat der Anwalt festzustellen, ob auf dem Urteil eine Rechtskraftbescheinigung angebracht ist oder nicht. Dementsprechend scheint diskutierbar, ob eine solche Tätigkeit nicht auch von einem Treuhänder vorgenommen werden könnte. Fundierte juristische Kenntnisse sind nicht zwingend erforderlich. Vorbehalten bleiben freilich Fälle, in welchen – nebst dem Dispositiv und der Rechtskraft – komplexere Fragen zu prüfen sind, so bspw. ob das urteilende Gericht zuständig war oder – in Bezug auf ausländische Urteile – gegebenenfalls ob das Urteil anerkennbar und vollstreckbar ist.

Im Hinblick auf den Zweck der Geldwäschereibekämpfung ist festzuhalten, dass die Auffassung der Kontrollstelle sicher richtig ist. Die Wahrscheinlichkeit, dass Gelder, die aus einem Verbrechen oder Vergehen herrühren, von einer Prozesspartei im Zusammenhang mit einer zivilrechtlichen Streitigkeit bei einem Escrow Agent hinterlegt werden, um damit – je nach Ausgang des Zivilprozesses – zivilrechtliche Ansprüche zu tilgen, scheint eher gering.

#### 2. Escrow Agent Tätigkeit im Zusammenhang mit der Abwicklung von Verträgen

Während die Kontrollstelle davon ausgeht, dass ein im Zusammenhang mit einer zivilrechtlichen Streitigkeit als Escrow Agent agierender Anwalt im berufsspezifischen Bereich tätig ist, verneint sie dies offenbar, wenn der Anwalt im Rahmen der Sicherstellung einer ordnungsgemässen Vertragsabwicklung als Escrow Agent auftritt.

In solchen Fällen hat ein Escrow Agent aber oftmals zu prüfen, ob Bedingungen unter juristischen Gesichtspunkten erfüllt sind oder nicht. Eine solche Prüfung kann sich als wesentlich komplexer erweisen, als die Prüfung eines Urteilsdispositivs und einer Rechtskraftbescheinigung:

Ein im Rahmen der Abwicklung eines Kaufvertrages eingesetzter Escrow Agent hat – wie erwähnt – in der Regel zu prüfen, ob gewisse im Escrow Agreement definierte Bedingungen eingetreten sind oder nicht. Eine solche Prüfung kann die Beurteilung juristisch komplexerer Fragestellungen umfassen. Gerade im Zusammenhang mit Aktienkaufverträgen erweist sich die Prüfung von Aushändigungs- und Auszahlungsbedingungen oftmals als anspruchsvoll. Die Auszahlung des Escrow Amounts kann beispielsweise davon abhängen, ob eine Mängelrüge rechtzeitig und in genügend substantiierter Form erhoben wurde, ob eine Klage rechtzeitig beim zuständigen Gericht erhoben wurde, ob Ansprüche verjährt sind oder ob die Parteien des Grundgeschäfts vertraglich definierte Fristen und Pflichten eingehalten haben.

Vor diesem Hintergrund vermag die von GAGGINI geäusserte Auffassung nicht zu überzeugen: Wenn keine juristisch komplexen Bedingungen vom Escrow Agenten zu überprüfen sind und anstelle eines Anwalts auch ein Vermögensverwalter, ein Treuhänder oder eine Bank mandatiert werden kann, so werden die Vertragsparteien dies auch tun. Es macht dann nämlich bereits aus Kostengründen wenig Sinn, einen Anwalt als Escrow Agent zu bestellen. Ein Anwalt wird von Vertragsparteien dann beige-

<sup>8</sup> Vgl. Kontrollstelle, Unterstellungskommentar, N 313 ff. S. 57 f.

zogen, wenn die Auszahlung des Escrow Amounts vom Eintritt gewisser Bedingungen abhängt und nach Massgabe juristischer Gesichtspunkte zu prüfen ist, ob eine Bedingung nun eingetreten ist oder nicht.

Weiter ist zu erwähnen, dass ein als Escrow Agent tätiger Anwalt auch Klagen von einer Vertragspartei ausgesetzt sein kann, namentlich dann, wenn strittig wird, ob eine Bedingung nun erfüllt war oder nicht. In einem solchen Fall hat sich der Anwalt dann entsprechend zu verteidigen – nicht nur aus eigenem Interesse, sondern auch letztlich um die Ansprüche der anderen Vertragspartei zu schützen. Auch die Überlegung, dass es im Falle eines Rechtsstreites u.U. notwendig wird, eine gegen den Escrow Agenten gerichtete Klage zu verteidigen, mag Vertragsparteien dazu bewegen, einen Anwalt als Escrow Agenten einzusetzen.

Reduziert man die Tätigkeit eines Anwalts, der als Escrow Agent fungiert, auf eine «kaufmännische» Tätigkeit geht dies an der Realität vorbei. In der Praxis dürfte ein mit einem Anwalt abgeschlossenes Escrow Agreement in Bezug auf Auszahlungsbzw. Aushändigungsmodalitäten einerseits vorsehen, dass der Anwalt aufgrund gemeinsamer Instruktionen der Parteien handelt, andererseits aber auch Auszahlungs- bzw. Aushändigungs-fälle regeln, die von Bedingungen abhängig sind. Die Prüfung der Frage, ob eine Bedingung eingetreten ist, erfordert juristische Fachkenntnisse. Deshalb entschlossen sich Vertragsparteien einen Anwalt als Escrow Agent einzusetzen und beauftragen bewusst keinen Vermögensverwalter oder Treuhänder mit dieser Aufgabe.

Die Tätigkeit des Anwalts als Escrow Agent wird daher i.d.R. als berufsspezifische Tätigkeit qualifizieren. Nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn die einzige Bedingung für eine Verfügung über die deponierten Vermögenswerte das Vorliegen einer gemeinsamen Instruktion der Vertragsparteien ist, steht das kaufmännische Element im Vordergrund. Dann wäre die Tätigkeit des Escrow Agents in der Tat mit einer Bank zu vergleichen, bei welcher ein Joint Account geführt wird, über welches nur mind. zwei Kontoinhaber durch gemeinsame Instruktion verfügen können. Freilich käme es aber selbst in diesem Fall noch darauf an, ob der Anwalt im Zusammenhang mit der Übernahme des Mandats noch juristische Dienstleistungen erbracht hat an. Trifft dies zu, so würde das kaufmännische Element wieder in den Hintergrund treten.

#### IV. Weitere Fragen und praktische Aspekte

Folgt man der Auffassung der Kontrollstelle, wonach ein als Escrow Agent tätiger Anwalt nicht im berufsspezifischen Bereich tätig ist, wenn er lediglich bei der ordentlichen Vertragsabwicklung mitwirkt, so ergeben sich Abgrenzungsprobleme:

Bei Abschluss eines Escrow Agreements ist – naturgemäss – nicht bekannt, gestützt auf welche Grundlage der Anwalt dereinst über die ihm überlassenen Vermögenswerte verfügen wird. So kann es vorkommen, dass die Vertragsabwicklung reibungslos verläuft und der Anwalt bspw. gemeinsame Instruktionen

der Parteien erhält, welche den Anwalt anweisen, den Escrow Amount auszuzahlen.

In einem solchen Fall entspricht die Tätigkeit des Anwalts nahezu derjenigen einer Bank, welche zu prüfen hat, ob ein gültig unterzeichneter Zahlungsauftrag vorliegt. Demzufolge wäre der Anwalt dann im akzessorischen Bereich tätig und würde dem GwG unterstehen. Ob ein solcher «Auszahlungsfall» eintritt, lässt sich bei Abschluss des Escrow Agreements aber nicht abschätzen.

#### 1. Formular «R»

Kann ein Anwalt im Rahmen der berufsspezifischen Tätigkeit über fremde Vermögenswerte verfügen, so hat der Anwalt – da er gegenüber der konto-/depotführenden Bank aufgrund des Berufsgeheimnisses nicht offenlegen kann, wer an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist – bei der Kontoeröffnung ein Formular «R» zu verwenden.

Der Anwalt hat sich somit bei Kontoeröffnung zu entscheiden, ob er die Vermögenswerte, die auf das fragliche Konto eingebucht werden sollen, mit einer berufsspezifischen Tätigkeit im Zusammenhang stehen oder nicht. Enthält das Escrow Agreement Auszahlungsbedingungen deren Eintritt bspw. von der rechtzeitigen Vornahme gewisser Handlungen (z.B. rechtzeitig substantiierte Mängelrüge) oder aber vom Eingang einer gemeinsamen Instruktion abhängt, so weiss der Anwalt nicht, ob sich seine Tätigkeit auf ein Überprüfen eines «Zahlungsauftrages» beschränken wird oder aber ob er dereinst eine komplexere juristische Prüfung vornehmen muss. Er kann somit zu Beginn des Escrow-Mandates gar nicht abschätzen, welche Tätigkeit er erbringen wird. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass er eine berufsspezifische Tätigkeit erbringen wird, müsste er bei der Kontoeröffnung deshalb wohl jedenfalls ein Formular «R» verwenden.

Geht dann tatsächlich eine gemeinsame Instruktion der anderen Vertragsparteien ein, so müsste der Anwalt dann darauf abstellen, dass er eine akzessorische Tätigkeit ausübt und die Vertragsparteien identifizieren. Weiter müsste er sich an die Bank wenden und ein Formular «A» verlangen. Ein solches Unterfangen erweist sich in der Praxis aber nicht immer als einfach, denn die Banken stellen dem Inhaber eines unter der Bezeichnung «Escrow» geführten Rubrikenkontos in der Regel nur ein Formular «R» zur Verfügung. Es bedarf dann zusätzlicher Erklärungen durch den Anwalt weshalb im konkreten Fall anstelle des Formular «R» noch ein Formular «A» notwendig ist und der Anwalt sieht sich u.U. dem Vorhalt ausgesetzt, dass das vorsätzliche Falschausfüllen eines Formular «R» strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann.

In Escrow Agreements sind häufig Klauseln zu finden, wonach der Escrow Agent den Escrow Amount dem Verkäufer gemäss dessen Instruktionen auszuzahlen hat, wenn innert einer Frist *keine* Kopie eines Schreibens betr. Mängelrüge beim Escrow Agent eingeht. Unterbleibt die Mängelrüge, so würde sich die Tätigkeit des Escrow Agents letztlich auch auf das Ausführen eines «Zahlungsauftrages» beschränken, was dazu führen würde,

dass die Tätigkeit des Anwalts nicht berufsspezifischer Natur wäre, weshalb der Anwalt vor der Auszahlung noch ein Formular «A» ausfüllen müsste. Auch in einem solchen Fall würden dann entsprechende Probleme auftreten.

## 2. Abklärungspflichten

Die Unterstellung des Anwalts unter das GwG zieht es mit sich, dass der Anwalt die Identität der Parteien feststellen muss und u.U. Abklärungen zu treffen hat.

Ein Escrow Agreement dient – wie eingangs erwähnt – der Sicherstellung der vertraglichen Verpflichtungen. Gemäss der Auffassung der Kontrollstelle ist die Sicherstellung der ordnungsgemässen Vertragsabwicklung durch einen Anwalt als Escrow Agent eine kaufmännische Tätigkeit. Mithin müsste der Anwalt somit bei Annahme des Mandates die Identität der Parteien prüfen. Bei der Unterzeichnung des Escrow Agreements steht aber nicht fest, ob die Vertragsabwicklung reibungslos verläuft oder nicht – mithin steht dann auch nicht fest, ob das GwG anwendbar ist und es steht auch nicht fest, ob eine Identifikationspflicht überhaupt besteht.

Verläuft die Vertragsabwicklung reibungslos, so kommt dem Escrow Agent eine ähnliche Funktion wie einer Bank zu. Er führt entweder gemeinsame Instruktionen beider Parteien oder eine Zahlungsanweisung einer Partei aus. Da dann keine berufsspezifische Tätigkeit vorliegt, müsste der Anwalt die Vertragsparteien – vor Auszahlung – noch identifizieren (und gegebenenfalls noch Abklärungen treffen). Ob dies dann noch opportun ist, ist fraglich: Sieht eine Kaufvertrag vor, dass eine Mängelrüge auch noch nach einem längeren Zeitraum erhoben werden kann, so wäre der Escrow Amount während eines längeren Zeitraums auf dem Escrow Account deponiert gewesen – ohne dass der Bank die wirtschaftlich Berechtigten bekannt gewesen wären. Wäre in der Zwischenzeit durch Strafverfolgungsbehörden nach Geldern gesucht worden, an welchen eine der Vertragsparteien wirtschaftlich berechtigt ist, so wären die fraglichen Gelder bei der Bank nicht entdeckt worden.

Wie bereits oben erwähnt, müsste nach der Identifikation der Vertragsparteien gegenüber der Bank auch noch offengelegt werden, wer an den fraglichen Geldern wirtschaftlich berechtigt ist (Formular «A»). Korrekterweise müsste der Anwalt dann gegenüber der Bank diejenige Partei angeben, welche den Escrow Amount erhält. Mit anderen Worten würde diejenige Partei, von welcher die Gelder eigentlich ursprünglich stammten, der Bank wohl ohnehin nicht bekannt werden, denn diese Partei hat die wirtschaftliche Berechtigung an den Geldern verloren.

Weiter ist zu erwähnen, dass ein Käufer, der eine einwandfreie Sache gekauft hat und sich nach Ablauf einiger Zeit seit dem Empfang der Kaufsache nicht mehr weiter um den Kaufvertrag und das noch laufende Escrow Agreement gekümmert hat, möglicherweise kein Interesse mehr an einer Identifikation hat oder – bspw. bei einem Domizilwechsel – nicht mehr auffindbar ist, was zum Scheitern einer Identifikation (und allfälliger Abklärungen) und in der Konsequenz gar zu einer Meldung an die

Meldestelle führen müsste. An dieser Stelle ist anzuführen, dass auch ein gewisses Missbrauchspotential auszumachen ist: Hat es der Käufer bspw. unterlassen, rechtzeitig eine Mängelrüge zu erheben, so könnte er sich absichtlich einer Identifikation verweigern, was dazu führen könnte, dass die Auszahlung des Escrow Betrages verhindert oder verzögert werden kann.

Sinnvollerweise müsste der Anwalt die Parteien deshalb bei Mandatsannahme identifizieren und zwar selbst dann, wenn eine berufsspezifische Tätigkeit nicht ausgeschlossen werden kann. Eine Pflicht zu einer derartigen «Präventividentifizierung» lässt sich aber aus dem GwG nicht herleiten und würde zu unverhältnismässigen Mehraufwendungen führen.

## 3. Praktischer Nutzen in Bezug auf die Geldwäschereibekämpfung

In der Lehre wird angeführt, dass der Anwalt als Escrow Agent auch im Hinblick auf eine effektive und lückenlose Geldwäschereibekämpfung grundsätzlich dem GwG zu unterstellen sei, da der Anwalt die Bank andernfalls nicht über die wirtschaftlich Berechtigten informieren müsse und diese der Bank somit nicht bekannt sind.<sup>9</sup>

Wie erwähnt, würde gegenüber der Bank in gewissen Auszahlungsfällen die Identität sämtlicher Parteien ohnehin nicht zwingend bekannt, namentlich dann, wenn der Escrow Amount nur an eine Partei oder allenfalls mehrere Parteien ausbezahlt wird, an die andere Partei bzw. an die anderen Parteien aber nicht. Wirtschaftlich berechtigt an solchen Geldern wäre nur der Empfänger.

Der Anwalt wird nach der hier vertretenen Auffassungen in der Regel im berufsspezifischen Bereich tätig, wenn ein Escrow Agreement vorsieht, dass die Auszahlung des Escrow Amounts vom Eintritt gewisser Bedingungen abhängt und der Anwalt die Frage, ob eine Bedingung eingetreten ist, nach Massgabe juristischer Gesichtspunkte zu prüfen hat. Dies muss selbst dann gelten, wenn die Auszahlung des Escrow Amounts auch bei Eintritt anderer Bedingungen – z.B. Zugang einer gemeinsamen Instruktion – erfolgen kann, d.h. also auch ein Fall eintreten kann, in welchem es auf die juristischen Fähigkeiten eines Anwalts an sich nicht ankommt. Liegt dem Anwalt ein Escrow Agreement vor, welches komplexere Auszahlungsbedingungen enthält, wird der Anwalt zu recht davon ausgehen, es liege eine berufsspezifische Tätigkeit vor und auf eine Identifikation verzichten.

Hätten es Geldwäscher darauf abgesehen, einen Anwalt für ihre Zwecke zu missbrauchen, so könnten die Vertragsparteien einem Anwalt ein Escrow Agreement vorlegen, welches u.a. komplexeste juristische Auszahlungsbedingungen definiert, wobei die Vertragsparteien wissen, dass es niemals zum Eintritt einer solchen Auszahlungsbedingung kommt, sondern die Auszahlung des Betrages jedenfalls aufgrund der Instruktion einer Partei erfolgen wird. Ein Anwalt wird in solchen Fällen keine Identifikation vornehmen. Konsequenterweise müsste man – um solchen Missbrauch zu verhindern – den als Escrow Agenten tä-

<sup>9</sup> GIANNINI (Fn. 2), S. 270 f.

tigen Anwalt dann aber generell und unabhängig davon, ob er im berufsspezifischen oder akzessorischen Bereich tätig ist, dem GwG unterstellen. Eine solche Ausdehnung der Unterstellung wäre aber mit Art. 321 StGB nicht mehr vereinbar.

Auch im Hinblick auf die neuen Bestimmungen des GwG, welche nunmehr seit dem 1. Februar 2009 in Kraft sind und u.a. bezweckten, das GwG auf die Terrorismusfinanzierung auszuweiten, erscheint es fragwürdig, ob die Unterstellung eines als Escrow Agent tätigen Anwalts einen praktischen Nutzen bringt: Der Tatbestand der Terrorismusfinanzierung ist in Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB geregelt. Bestraft wird demgemäss, wer in der Absicht, ein Gewaltverbrechen zu finanzieren, mit dem die Bevölkerung eingeschüchtert oder ein Staat oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll, Vermögenswerte sammelt oder zur Verfügung stellt. Der «Abklärungsblickwinkel» im Zusammenhang mit Geldern die zur Terrorismusfinanzierung dienen, richtet sich nicht mehr in die Vergangenheit, d.h. entscheidend ist nicht mehr nur, woher das Geld stammt («aus einem Verbrechen herrührt»), sondern wofür das Geld verwendet werden soll. Der Blickwinkel richtet sich somit in die Zukunft, namentlich auf den Verwendungszweck. Soweit der als Escrow Agent tätige Anwalt dem GwG untersteht, müsste der Anwalt gegebenenfalls bei der Auszahlung des Betrages noch

entsprechende Abklärungen in Bezug auf den Verwendungszweck treffen und die Absichten der das Geld empfangenden Partei erforschen. Ob es sinnvoll ist, derartige Pflichten auf einen als Escrow Agent tätigen Anwalt zu überbinden und ob daraus tatsächlich ein Nutzen im Hinblick auf die Bekämpfung des Terrorismus gezogen werden kann, scheint zumindest fraglich.

## V. Zusammenfassend

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Frage wann und ob ein als Escrow Agent tätiger Anwalt dem GwG unterstellt ist, weiterhin nicht klar ist. Die von der Kontrollstelle im Unterstellungskommentar geäußerte Auffassung geht am Ziel vorbei, führt zu keinen praktikablen Ergebnissen und erweist sich auch in Bezug auf den Zweck der Geldwäschereibekämpfung als fraglich.

Der als Escrow Agent tätige Anwalt kann nur dann als Finanzintermediär qualifizieren, wenn von Anfang an feststeht, dass sich seine Dienste als Escrow Agent auf die Verwahrung von Geldern beschränkt, die bei Erhalt einer Zahlungsinstruktion zu transferieren sind. In allen anderen Fällen – was die Regel sein wird – untersteht der als Anwalt tätige Escrow Agent nicht dem GwG. ■



## Zur Erinnerung

**Kollege:** Arbeitsgenosse. Kommt von den mittelalterlichen Vorlesungen, die man collegium oder Kolleg nannte. Kollege ist also eigentlich ein akademischer Standesgenosse.

**trial and error:** Versuch und Irrtum. Ein Problemlösungsverfahren durch Herumprobieren.

**Floriansprinzip:** «Heiliger St. Florian, verschon» unser Haus, zünd andre an». Der Heilige Florian ist ein christlicher Märtyrer, der 304 unweit Lorch (bei Linz) in der Ems ertränkt wurde und noch heute bei Feuertage angerufen wird. Sein Tag ist der 4. Mai.

**Anweisungsempfänger:** der Dritte bei der Anweisung; erbringt im Rahmen des Valutaverhältnisses die Leistung – meist die Lieferung einer Sache –, die Anlass für die beiden anderen Geldbewegungen (Deckungsverhältnis und Leistungsverhältnis) ist.

**Prätendentenstreit:** zwischen zwei oder mehreren Parteien ist strittig, wem die Berechtigung zur Geltendmachung einer Forderung zusteht; Art. 168 Abs. 1 in Verb. mit Art. 96 OR. Die gleiche Konstellation ergab sich, wenn bei einer Lohnpfändung der Gläubiger die Gültigkeit einer Lohnzession bestritt, der Zessionar aber darauf beharrte. Der Prätendentenstreit war entweder durch das Betreibungsamt selber durchzuführen (Art. 100 SchKG) oder aber durch einen oder mehrere Pfändungsgläubiger auf Grund einer Anweisung (Art. 131 SchKG). Dieses Problem ist durch Art. 325 Abs. 2 OR wohl gegenstandslos geworden.

**Rembours:** Wiedererstattung, Deckung irgendeiner Forderung, insbes. einer aus dem Überseehandel durch Vermittlung einer Bank.

**Gerichtsstandsgarantie:** der Regelgerichtsstand am Wohnsitz gemäss Art. 59 Abs. 1 BV für obligatorische Ansprüche gegenüber einem aufrechtstehenden Schuldner. Es handelt sich um persönliche Ansprachen.

**Substantiierungspflicht:** Obliegenheit. Die Behauptungen sind zu begründen, wobei das kantonale Recht das Ausmass bestimmt, solange dadurch die Anwendung des Bundesrechts nicht verunmöglichlicht oder übermässig erschwert wird.

**Vermittlungsmäkelei:** der Mäkler vermittelt den Abschluss eines Vertrags; Art. 413 Abs. 1 OR. Die Provision ist verdient, wenn der Mäkler den Vertragsschluss aktiv gefördert hat.

**Mangelfolgeschaden:** ein Schaden, der mittelbar durch die mangelhafte Kaufsache verursacht wurde als Teil des negativen Interesses; Art. 208 OR und Art. 11 PrHG. Im Mietrecht Art. 259e OR.

**Begnadigung:** der gänzliche oder teilweise Straferlass im Einzelfall (Amnestie). Beispiele: Art. 85 Ziff. 7 BV und Art. 394–396 StGB. Die Begnadigung ist ein Eingriff eines nicht richterlichen Staatsorgans in den Gang der Strafrechtspflege mit den Wirkungen gemäss Art. 396 StGB. Ausgeschlossen ist die Begnadigung in bezug auf sichernde Massnahmen. Sie lässt das ausgefallte Urteil bestehen und betrifft nur dessen Vollzug; sie kann auch unter Ansetzung einer Probezeit bedingt ausgesprochen werden. Zur Stellung des Begnadigungsgesuchs vgl. Art. 395 Abs. 1 und 2 StGB und zur Zuständigkeit für die Behandlung Art. 394 StGB.

Fortsetzung Seite 267

Simone Steiner\*

## Urteilsfähigkeit bei letztwilligen Verfügungen aus Sicht der Urkundsperson

**Stichworte:** Beurkundungsrecht, Erbrecht, Urteilsfähigkeit, Prüfungspflichten der Urkundsperson, öffentliche letztwillige Verfügungen, Erbvertrag, Testament

### I. Einleitung

Je älter eine Person wird, desto mehr setzt sie sich mit ihrer Nachfolgeregelung auseinander. Folglich werden letztwillige Verfügungen auch überwiegend im fortgeschrittenen Alter errichtet. Bereits getroffene letztwillige Verfügungen werden in der Praxis oft und aus unterschiedlichen Motiven wieder abgeändert. Der Altersdurchschnitt in der Schweiz nimmt kontinuierlich zu.<sup>1</sup> Mit zunehmendem Alter steigt jedoch auch die Wahrscheinlichkeit, dass die geistigen Fähigkeiten kontinuierlich und oft fast unbemerkt abnehmen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine Person an Demenz erkrankt.<sup>2</sup> Eine an Demenzkrankheit leidende Person verliert früher oder später ihre Urteilsfähigkeit und somit auch die Fähigkeit, letztwillige Verfügungen zu treffen. Der Verlust der Urteilsfähigkeit manifestiert sich dabei grundsätzlich nicht akut, sondern zieht sich über längere Zeit dahin. So bleibt dies dem Umfeld und der betroffenen Person unter Umständen über längere Zeit verborgen und wird oft erst im mittleren Stadium erkannt.<sup>3</sup> Ebenso ist im Alter und bei schweren Erkrankungen der Einfluss von Medikamenten auf die mentale Verfassung oft massiv.

Vor diesem Hintergrund muss sich die Urkundsperson mit der Frage der Urteilsfähigkeit anlässlich der Beurkundung von letztwilligen Verfügungen besonders bewusst auseinandersetzen. Die Urteilsfähigkeit des Testators im Zeitpunkt der letztwilligen Verfügung war in der Vergangenheit denn auch immer wieder Gegenstand bundesgerichtlicher Entscheide.<sup>4</sup>

### II. Zu BGE 124 III 5

Aus beurkundungsrechtlicher Sicht ist BGE 124 III 5 besonders interessant. Er qualifizierte ein öffentliches Testament, mit welchem die 90-jährige Testatorin in Abänderung zu einem früheren Testament ihren Beistand zulasten ihrer Schwester als Alleinerben einsetzte, für ungültig. Nach Ansicht des Bundesgerichtes war die Testatorin in Anbetracht «ihres allgemeinen Gesundheitszustandes und des teilweise schwer nachvollziehbaren Testamentsinhaltes»<sup>5</sup> im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments höchstwahrscheinlich nicht mehr urteilsfähig. Der aufgrund der von der Rechtsprechung entwickelten Beweislastumkehrung notwendige Gegenbeweis konnte vom Begünstigten nicht erbracht werden.<sup>6</sup>

Die Urkundsperson, welche das Testament beurkundet hatte, hatte im Gerichtsverfahren wohl erklärt, sie habe ein Gespräch mit der Testatorin geführt, bei welchem diese ihren Willen unter Angabe ihrer Vermögenswerte mitgeteilt habe. Sie habe dabei den Eindruck gehabt, dass die Testatorin «an diesem Tag ihren Willen klar formulieren konnte und dass sie auch verstand, worum es ging und wie die rechtliche Situation war.»<sup>7</sup> Dieser Aussage der Urkundsperson als Zeuge im Gerichtsverfahren, sowie dem Umstand, dass die Verfügungen öffentlich beurkundet und die Verfügungsfähigkeit der Erblasserin durch die beiden Beurkundungszeugen bestätigt wurden, kam – gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts – keine erhöhte Beweiskraft zu. Diese Tatsachen wurden lediglich als «Indizien zugunsten der Urteilsfähigkeit» qualifiziert.<sup>8</sup> Medizinische Gutachten führten im konkreten Fall letztendlich zur Vermutung der Urteilsunfähigkeit der Testatorin im Zeitpunkt der Beurkundung.

Vor diesem Hintergrund wird vorliegend die Problematik der Urteilsfähigkeit des Testators aus dem Blickwinkel der beurkundenden Urkundsperson beleuchtet. Insbesondere interessieren die Pflichten und die Vorgehensweise der Urkundsperson, wenn sich bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen bezüglich der Urteilsfähigkeit Zweifel einstellen. Konkret wird der Umfang einer Prüfungspflicht der Urkundsperson bezüglich der Urteilsfähigkeit des Testators sowie deren praktische Umsetzung untersucht. Besonders heikel dürften dabei beispielsweise Fälle sein, in denen die Urkundsperson den Eindruck gewinnt, die durch die

\* Rechtsanwältin und Urkundsperson bei Stadlin Advokatur/Notariat, Zug. Die Autorin dankt Dr. iur. Suzanne Wettenschwiler und RA lic. iur. Rahel Merenda für die kritische Durchsicht des Textes und für die wertvollen Anmerkungen.

1 Der Anteil der 65-Jährigen und Älteren lag gemäss Bundesamt für Statistik (BFS) Ende 2007 bei 16.4% wobei für 2020 bereits ein Anteil von 20.3% prognostiziert wird (Statistik abrufbar auf: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01102/blank/key/alter/gesamt.html> «Indikatoren der Bevölkerungsstruktur 1970–2050»).

2 Die Todesfälle infolge Demenz haben gemäss Angaben des BFS zwischen 1996 und 2006 um 64% zugenommen (Todesursachenstatistik 2006). «Demenz» ist die generelle Bezeichnung für Krankheiten, die grundsätzlich erst im Alter auftreten und mit Verlust des Erinnerungsvermögens und anderen Funktionsstörungen des Gehirns verbunden sind. Die häufigste Form von Demenz ist die Alzheimerkrankheit (vgl. <http://www.alz.ch/dl/html/alzheimer+6.html>).

3 <http://www.alzheimerinfo.de/diagnose>; EUGEN BUCHER, BK, 3. A., Bern 1976, Art. 16 ZGB, N 72.

4 BGE 117 II 231; 124 III 5; 56 II 159; 60 II 507; 91 II 327; 5C.193/2004; 44 II 114, in welchem im Zusammenhang mit «seniler Demenz» noch von «Altersverblödung» gesprochen wird (S. 110).

5 BGE 124 III 5, Regeste.

6 BGE 5C.193/2004, E. 4.1; 91 II 327, E. 8.

7 BGE 125 III 5, E. 4 c.

8 BGE 125 III 5, E. 4 c.

letztwilligen Verfügungen Begünstigten hätten die Willensbildung des Testators beeinflusst.

Schliesslich werden Überlegungen angestellt, wie die Urkundsperson bereits bei der Beurkundung letztwilliger Verfügungen einem allfälligen Beweisnotstand in einem späteren Ungültigkeitsprozess vorgreifen kann.

### III. Zur Prüfungspflicht der Urkundsperson

#### 1. Grundlagen

Bei der Prüfungspflicht der Urkundsperson handelt es sich nicht um eine abschliessende Beurteilung der Urteilsfähigkeit eines Erblassers. Diese ist von Bundesrechts wegen dem Richter vorbehalten.<sup>9</sup> Vielmehr geht es um die beurkundungsrechtlichen Vorabklärungen der Urkundsperson im Rahmen einer Beurkundung.

Das Bundesrecht verlangt für letztwillige Verfügungen Urteilsfähigkeit des Verfügenden.<sup>10</sup> Vorschriften über eine diesbezügliche Prüfungspflicht der Urkundsperson enthält es indes nicht. Insbesondere hat sich die Urkundsperson nach Bundesrecht auch nicht zur Urteilsfähigkeit der Urkundspartei zu äussern.<sup>11</sup> Das heisst jedoch nicht, dass sie ungeachtet der Urteilsunfähigkeit beurkunden darf. Einige kantonale Beurkundungsgesetze schreiben eine gewisse Prüfungspflicht der Urkundsperson bezüglich der Urteilsfähigkeit der Urkundsparteien ausdrücklich vor.<sup>12</sup> Wo keine ausdrücklichen Bestimmungen betreffend die Urteilsfähigkeit enthalten sind, kann eine entsprechende Prüfungspflicht aus der Pflicht zur Überprüfung der Handlungsfähigkeit abgeleitet werden.<sup>13</sup> Im Übrigen wäre eine Prüfungspflicht mangels entsprechenden Bestimmungen jedenfalls unter die allgemeine Sorgfaltspflicht der Urkundsperson zu subsumieren.<sup>14</sup> Somit ist die Urkundsperson grundsätzlich bei jeder Beurkundung verpflichtet, sich mit der Frage der Urteilsfähigkeit der Beurkundungsparteien auseinanderzusetzen. Bei der Beurkundung letztwilliger Verfügungen gilt diese Prüfungspflicht umso mehr, als dass die Testierfähigkeit von Bundesrechts wegen ausdrücklich verlangt wird.

9 BK-UCHER (Fn. 3), Art. 16 ZGB, N 139.

10 Art. 467 ZGB.

11 Art. 501 f. ZGB; Die Äusserung der Beurkundungszeugen zur Verfügungsfähigkeit des Testators basiert im Übrigen lediglich auf deren eigenen Wahrnehmung und hat somit praktisch nur formellen Charakter (vgl. Ziff. 3 lit. d nachstehend).

12 In den Kantonen Zug und Zürich muss sich die Urkundsperson im Bezug auf die Urteilsfähigkeit der Partei «vergewissern» (§ 13 Beurkundungsgesetz ZG; § 14 Notariatsgesetz ZH i.V.m. § 239 Abs. 1 EGzZGB des Kantons Zürich). Auch im Kanton Basel Land wird die Prüfungspflicht der Urteilsfähigkeit explizit erwähnt (§ 27 Abs. 1 Einführungsgesetz ZGB BL).

13 Z.B. § 43 Notariatsverordnung BE: «Die Notarin oder der Notar prüft die Identität und die Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien [...]»; Im Kanton Luzern soll sich die Urkundsperson jeweils «möglichst zuverlässige Kenntnis» über die «Fähigkeit der Partei» verschaffen (§ 26 Beurkundungsgesetz LU).

14 Vgl. hierzu JÖRG SCHMID, Aktuelle Fragen zum Beurkundungsverfahren, Schulthess Verlag 2007, S. 28, welcher aus der Sorgfaltspflicht der Urkundsperson ausdrücklich auch eine Prüfungspflicht betreffend Urteilsfähigkeit der Beurkundungsparteien ableitet.

#### 2. Umsetzung der Prüfungspflicht

Grundsätzlich darf die Urkundsperson von der Urteilsfähigkeit des Testators ausgehen und muss diesbezüglich keine speziellen Abklärungen treffen. Dies ergibt sich aus der Vermutung der Urteilsfähigkeit erwachsener Personen.<sup>15</sup> Zweifelt die Urkundsperson an der Testierfähigkeit des Testators,<sup>16</sup> stellt sich die Frage, auf welche Art und Weise und bis zu welchem Grad sie sich von der Urteilsfähigkeit überzeugen muss. Einerseits geht es dabei um die Wahrnehmung der ihr von Berufes wegen auferlegten Sorgfaltspflicht, andererseits soll jedoch auch der Wille des Verfügenden über dessen Tod hinaus gewährleistet werden. In gewissen kantonalen Beurkundungsgesetzen finden sich ansatzweise Bestimmungen, wie die Urkundsperson die Urteilsfähigkeit der Beurkundungspartei prüfen soll.<sup>17</sup> Konkrete Vorschriften fehlen diesbezüglich jedoch regelmässig und insbesondere der Prüfungsumfang wird dem Ermessen der Urkundsperson überlassen. Obwohl die Urteilsfähigkeit jeweils anhand der Umstände im Einzelfall beurteilt werden muss,<sup>18</sup> hat die Rechtsprechung diesbezüglich gewisse allgemein gültige Grundsätze entwickelt.<sup>19</sup> Daran kann sich die Urkundsperson betreffend ihre Abklärungen über die Urteilsfähigkeit eines Testators in Zweifelsfällen orientieren.

#### 3. Grundsätze der Rechtsprechung zur Abklärung betreffend Urteilsfähigkeit eines Testators

Wer Urteilsunfähigkeit eines Testators geltend macht, hat dies aufgrund der Vermutung der Urteilsfähigkeit zu beweisen.<sup>20</sup> Da der strikte Beweis nach dem Tod des Testators naturgemäss nicht mehr geführt werden kann, wird das Beweismass entsprechend herabgesetzt.<sup>21</sup> So genügen gemäss Literatur und Rechtsprechung bereits Indizien, welche die Urteilsunfähigkeit des Testators als sehr wahrscheinlich erscheinen lassen, für eine Umkehr der Beweislast.<sup>22</sup> Es geht dabei um die Gesamtwürdigung aller Indizien im konkreten Fall. An diesen von der Rechtsprechung ex post entwickelten Grundsätzen soll sich die Urkundsperson orientieren, wenn sie sicherstellen will, dass ein von ihr beurkundeter letzter Wille auch durchsetzbar sein wird.

##### a. Gutachten über den Gesundheitszustand des Testators

Ein medizinisches Gutachten kann notwendig werden, wenn der zuständige Richter aufgrund anderer Indizien nicht in der Lage ist, den Gesundheitszustand des Testators zum massgeblichen

15 MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, BSK, 3. A. 2006, Art. 16 ZGB, N 47.

16 Beispielsweise aufgrund dessen hohen Alters, ungewöhnlicher Verfügungen oder und/oder auffälliger Verhaltensweisen.

17 So hat die Urkundsperson im Kanton Aargau die Parteien bei Zweifeln an deren Urteilsfähigkeit «über ihre zur Mitwirkung erforderlichen Eigenschaften zu befragen» (§ 32 Notariatsordnung AG). Im Kanton Basel Stadt hat die Urkundsperson bei Zweifeln an der Handlungsfähigkeit «erforderlichen weiteren Abklärungen zu treffen» (§ 30 Notariatsgesetz BS).

18 «Relative Nichtlogifizierbarkeit» der Urteilsfähigkeit (BK-Bucher [Fn. 3], Art. 16 ZGB, N 9).

19 Vgl. für eine Übersicht hierzu insbesondere BGE 124 III 5.

20 Z.B. BGE 90 II 9, E. 3, m.w.H.

21 BGE 117 II 231, E. 2b, m.w.H.

22 BK-UCHER (Fn. 3), Art. 16 ZGB, N 127; BGE 125 III 5, E. 1b.

Zeitpunkt zu beurteilen.<sup>23</sup> Ist der Testator verstorben, dürfte dies der Regelfall bilden. Aus diesem Grund messen die Gerichte solchen Gutachten grosse Bedeutung zu.<sup>24</sup> Massgebend für die Urteilsfähigkeit ist jeweils der Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung. Insbesondere Anhaltspunkte für eine allfällige Altersdemenz, welche eine Abnahme der geistigen Fähigkeiten mit sich bringt ohne akut in Erscheinung zu treten, können dabei meist nur durch Fachpersonen abschliessend beurteilt werden.

Die Urkundsperson, welche an der Urteilsfähigkeit des Testators zweifelt, kann von diesem ein Arztzeugnis erbitten.<sup>25</sup> Es bietet sich in diesem Fall an, das Zeugnis wenn möglich vom jeweiligen Hausarzt ausstellen zu lassen, welcher die Krankengeschichte des Testators kennt. Auf die Einholung eines (psychiatrischen) Gutachtens durch einen Experten sollte in der Regel jedoch verzichtet werden. Ein solches Vorgehen würde den Zugang des Testators zur öffentlichen Beurkundung übermässig erschweren und würde wohl auch regelmässig auf relativ grosses Unverständnis der betroffenen Person stossen. Allenfalls wäre denkbar, dass das beigebrachte Arztzeugnis – welches die Urteilsfähigkeit bestätigt – als Beilage in die Urkunde eingebunden wird. Obwohl daraus bereits ersichtlich ist, dass bei der Urkundsperson betreffend der Urteilsfähigkeit des Testators Zweifel bestanden haben, wird zugleich nachgewiesen, dass sie sich diesbezüglich vergewissert und von der Urteilsfähigkeit überzeugt hat. Damit kann im Hinblick auf einen allfälligen Ungültigkeitsprozess möglicherweise bereits Einfluss auf die Beweislastverteilung genommen werden. An eine Vermutung der Urteilsunfähigkeit<sup>26</sup> dürften in einem solchen Fall automatisch höhere Anforderungen gestellt werden.

#### b. Komplexität der letztwilligen Verfügung

Die Urteilsfähigkeit muss stets im Zusammenhang mit dem jeweiligen Rechtsgeschäft beurteilt werden.<sup>27</sup> Obwohl die Errichtung von letztwilligen Verfügungen tendenziell wohl als anspruchsvolles Rechtsgeschäft beurteilt werden kann,<sup>28</sup> müssen Intellekt des Testators und Komplexität der Verfügungen im Einzelfall untersucht werden. Entsprechend dieser Komplexität der jeweiligen Verfügungen wird auch die Messlatte zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit des Testators anzusetzen sein. Im Entscheid 5C.257/2003 hat es das Bundesgericht beispielsweise offen gelassen, ob es sich bei einer Enterbung grundsätzlich um ein besonders anspruchsvolles Rechtsgeschäft handelt oder nicht. Die Vorinstanz hatte die Komplexität der letztwilligen Verfügung –

die Enterbung eines Sohnes (durch seine körperlich schwer kranke Mutter) – relativiert, weil sie die einzige Änderung bezüglich eines früheren Erbvertrags darstellte. In einem solchen Fall «*seien keine besonderen Anforderungen betreffend Urteilsfähigkeit zu stellen.*» Weiter sei eine Enterbung «*für den Betroffenen zwar folgenschwer, aber inhaltlich alles andere als kompliziert.*»<sup>29</sup>

Die Urkundsperson soll sich im Vorfeld der Beurkundung und bei Bedarf währenddessen in einem vertieften Gespräch durch gezielte Fragen an den Verfügenden vergewissern, dass dieser die Tragweite seiner letztwilligen Verfügungen versteht und sich deren in ihrer vollen Tragweite bewusst ist.

#### c. Inhalt der Verfügung

Letztwillige Verfügungen, mit welchen unübliche Personen begünstigt werden, oder Verfügungen, welche bekannten «*habituellen Einstellungen und Überzeugungen*»<sup>30</sup> des Testators entgegenstehen, können durchaus darauf hinweisen, dass der Testator nicht mehr in der Lage ist, vernunftgemäss zu handeln.

Allein der Umstand, dass der Inhalt einer letztwilligen Verfügung unvernünftig erscheint, kann jedoch noch nicht per se auf eine Urteilsunfähigkeit des Testators schliessen lassen.<sup>31</sup> Die Urteilsunfähigkeit bestimmt sich in erster Linie alleine nach dem Geisteszustand des Testators und nicht nach dem Inhalt der letztwilligen Verfügung. Treten neben unvernünftig erscheinenden Verfügungen jedoch weitere Indizien hinzu, welche auf eine Urteilsunfähigkeit des Testators schliessen lassen, wird auch dem Inhalt der letztwilligen Verfügung regelmässig Bedeutung beigemessen.<sup>32</sup>

In einem vertieften Gespräch mit dem Testator soll die Urkundsperson gezielte Fragen stellen, welche ihr einen Überblick über das persönliche Umfeld<sup>33</sup> und gegebenenfalls über die religiösen oder politischen Ansichten des Testators verschaffen. Selbstverständlich soll dabei jedoch stets die Persönlichkeitsphäre des Verfügenden gewahrt bleiben. Insbesondere wenn der Testator der Urkundsperson nicht persönlich bekannt ist, ist es für eine Beurteilung des Inhalts der zu beurkundenden Verfügungen oft hilfreich, allfällige frühere letztwillige Verfügungen für einen Vergleich zur Rate zu ziehen. Wesentliche Änderungen gegenüber früheren letztwilligen Verfügungen können so in einem Gespräch thematisiert werden.

#### d. Zeugen

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hält fest, dass der Richter nicht an die Bestätigung der Testierfähigkeit durch die Beurkundungszeugen und auch nicht an die diesbezüglichen Erklärungen der Urkundsperson gebunden ist.<sup>34</sup> Dieser Grundsatz ist

23 BGE 117 II 231, E. 2b; vgl. auch HEINZ HAUSHEER UND REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005, N 06.59.

24 Gleichwohl darf sich der Richter nicht auf das Gutachten verlassen, ohne sich mit dessen Grundlagen auseinanderzusetzen (BGE 117 II 231, E. 2b); BK-BUCHER (Fn. 3), Art. 467 ZGB, N 9; Weitere Beispiele in BGE 74 II 202, E. 1; 91 II 327, E. 8; 108 V 121, E. 4; 124 III, 5 E. 1c.

25 Vgl. hierzu auch CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, S. 298, N 993.

26 Vgl. betreffend Beweislastumkehr Fn. 6.

27 Relativität der Urteilsfähigkeit (vgl. hierzu u.a. BK-BUCHER [Fn. 3], Art. 16, N 87 ff. m.w.H.; ARNOLD ESCHER, ZK, 3. A. 1996, Art. 467 ZGB, N 6).

28 BGE 5C.193/2004, E. 2.1.

29 BGE 5C.257/2003, E. 4.1.

30 BGE 124 III V, E. 2b.

31 BSK-BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 16), Art. 16, N 5.

32 BGE 124 III 5, E.4c/ cc.

33 Familiäres Umfeld; Beziehung zu den durch die letztwilligen Verfügungen begünstigten resp. übergangenen Personen; etc.

34 BGE 124 III 5, E. 1c; 117 II 231, E. 2b und 3b/bb. «Die Zeugenerklärung ist lediglich Indiz und nicht Beweis für Urteilsfähigkeit». (BK-BUCHER [Fn. 3], Art. 16 ZGB, N 138).

nachvollziehbar, erleben die Beurkundungszeugen den Testator doch meist nur während sehr kurzer Zeit. Obwohl die Urkundsperson selber mit dem Testator im Rahmen des Vorverfahrens meist intensiven Kontakt hat, ist eine Beurteilung im Bezug auf die Urteilsfähigkeit durch die Urkundsperson und insbesondere im Bezug auf das Vorliegen einer allfällige Demenz oder anderen Geisteskrankheit, wie zuvor unter Ziff. I dargelegt, äusserst schwierig.<sup>35</sup> Bei Bekannten oder Angehörigen des Testators, welche im Gerichtsverfahren zuweilen ebenfalls als Zeugen befragt werden, überwiegen (verständlicherweise) deren subjektiven Wahrnehmungen. Es können daraus aber auch widersprüchliche Aussagen resultieren und die Gerichte verwerten solche Zeugenaussagen daher nur mit Zurückhaltung.<sup>36</sup>

Unter Umständen ist es daher empfehlenswert, dass die Urkundsperson als Beurkundungszeugen medizinisches Fachpersonal hinzu zieht.<sup>37</sup> Ein solches Vorgehen bietet sich an, wenn die Beurkundung in einem Altersheim oder Spital durchgeführt wird, lässt es sich doch ohne grossen Aufwand umsetzen. Im Rahmen einer Beurkundung in den Büroräumlichkeiten der Urkundsperson dürfte der Aufwand zur Beiziehung von medizinischem Fachpersonal als Beurkundungszeugen wohl nur in Ausnahmefällen angebracht sein.

#### IV. Zur Beurkundungspflicht der Urkundsperson

Grundsätzlich hat die Urkundsperson die Pflicht zur Vornahme einer rogierten Beurkundung.<sup>38</sup> Ausnahmen von der Beurkundungspflicht bestehen regelmässig dann, wenn unabdingbare Voraussetzungen für die Beurkundung nicht erfüllt sind. Bei «offensichtlicher Urteilsunfähigkeit» muss die Beurkundung denn auch abgelehnt werden. Ob die Urteilsunfähigkeit «offensichtlich» ist, vermag die Urkundsperson abgesehen von krassen Fällen mangels entsprechender medizinischer Kenntnisse regelmässig nicht abschliessend zu beurteilen. Es stellt sich demnach die Frage, ob die Urkundsperson die letztwilligen Verfügungen trotz Zweifel an der Urteilsfähigkeit des Testators beurkunden muss. Verschiedene Kantone bestimmen für diesen Fall, dass die Beurkundung trotzdem vorgenommen wird, das Beurkundungsverbal jedoch entsprechend ergänzt wird. Dies ist beispielsweise in den Kantonen Zug und Zürich der Fall.<sup>39</sup> Auch in der Lehre wird zuweilen vertreten, dass die Urkundsperson ihre Zweifel betreffend Urteilsfähigkeit des Testators in das Schlussverbal der

öffentlichen Urkunde aufzunehmen hat.<sup>40</sup> Andere Kantone schreiben im Gegensatz dazu vor, dass die Beurkundung bei Zweifeln an der Urteilsfähigkeit der Urkundspartei abzulehnen sei.<sup>41</sup>

Nach Ansicht der Schreibenden soll ein solcher Vorbehalt in der Beurkundungsformel unterlassen werden.<sup>42</sup> Einer solchen Urkunde haftet bereits bei deren Errichtung der Eindruck der Ungültigkeit an. Dies kann nicht Sinn und Zweck der Beurkundung letztwilliger Verfügungen sein und eine Beurkundung ohne entsprechenden Vermerk ist jeweils zu bevorzugen. Die Urkundsperson soll den Sachverhalt nach eigenem Ermessen soweit abklären, dass sie sich für oder gegen die Vornahme der Beurkundung entscheiden kann. Dabei hat sie sich aufgrund der grundsätzlichen Beurkundungspflicht tendenziell für die Vornahme der Beurkundung zu entscheiden. Gleichzeitig dürfen – ebenfalls gestützt auf die allgemeine Beurkundungspflicht – die Anforderungen an die entsprechenden Prüfungspflichten der Urkundsperson nicht allzu streng beurteilt werden. Die Urkundsperson soll sich im Vorverfahren mit der Wahrnehmung der nach den Umständen gebotenen Prüfungspflichten dennoch soweit absichern, dass sie die getroffenen Abklärungen dokumentiert und ihr in einem allfälligen Ungültigkeitsprozess keine Verletzung ihrer Pflichten vorgeworfen werden kann.

#### V. Zusammenfassung

Die Urkundsperson ist von Gesetzes wegen nur in beschränktem Umfang verpflichtet, die Urteilsfähigkeit eines Testators im Zeitpunkt der Beurkundung von letztwilligen Verfügungen zu überprüfen. Bei blossen Zweifeln der Urkundsperson an der Urteilsfähigkeit des Testators, soll aufgrund der allgemeinen Beurkundungspflicht trotzdem beurkundet werden. Die abschliessende Beurteilung der Urteilsfähigkeit wird dem Richter überlassen. Eine Urkundsperson wird wohl aufgrund ihrer grundsätzlichen Pflicht zur Vornahme der Beurkundung auch kaum je zur Verantwortung gezogen werden, falls letztwillige Verfügungen nachträglich aufgrund Urteilsunfähigkeit des Testators für ungültig erklärt werden. Trotzdem muss sie sich bei der Beurkundung von letztwilligen Verfügungen die Frage der Urteilsfähigkeit jeweils bewusst stellen und allfällige sachdienliche Massnahmen ergreifen. Dabei geht es in erster Linie darum, die Durchsetzung des letzten Willens des Testators auch über dessen Tod hinaus bestmöglich zu gewährleisten. Dieses Argument wird denn auch jedem letztwillig Verfügenden einleuchten. Die Urkundsperson hat diesem die unter den gegebenen Umständen geeigneten Massnahmen vorzuschlagen, so dass die Mittel-Zweck-Relation stimmt. Nach Ableben des Testators kann so die Beweisführung in einem späteren Ungültigkeitsprozess allenfalls antizipiert werden.

35 «Der Übergang von Urteilsfähigkeit zu einer dauernden Urteilsunfähigkeit ist in vielen Fällen schleichend», aus THOMAS GEISER, Demenz und Recht, in: ZVW 3/4/2003, S. 101.

36 Vgl. BGE 124 III 5, in welchem das Bundesgericht betreffend den widersprüchlichen Aussagen der Zeugen festhält, dass «Laien erfahrungsgemäss nur selten eine zutreffende Vorstellung der Urteilsfähigkeit im Rechtssinn haben» (E. 4 d).

37 Anzumerken ist, dass Angehörige gemäss Art. 503 ZGB als Beurkundungszeugen zum Voraus ausser Betracht fallen.

38 Diese ergibt sich auch ganz allgemein aus dem Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV).

39 § 13 Abs. 2 Beurkundungsgesetz ZG i.V.m. dem entsprechenden Kreis schreiben vom 10. Dezember 1946, S. 4 Ziff. 13 Abs. 3; § 20 Abs. 2 Notariatsverordnung ZH i.V.m. § 239 Abs. 2 EGzZGB.

40 LOUIS CARLEN, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, S. 90 f.

41 So beispielsweise der Kanton Luzern in § 20 Abs. 3 lit. d Beurkundungsgesetz.

42 In der Praxis werden solche Vorbehalte denn auch trotz entsprechender gesetzlicher Bestimmungen wohl kaum je angebracht.

Tristan Imhof\*

## Weiterversicherungsmöglichkeiten in der beruflichen Vorsorge

**Stichworte:** Sozialversicherungsrecht, Berufliche Vorsorge, freiwillige Versicherung, Weiterversicherung, externe Versicherung, BVG-Zweckartikel

### I. Einleitung

Im Gegensatz zur ersten Säule, in welcher fast die gesamte Bevölkerung versichert ist, ist die zweite Säule des schweizerischen Vorsorgesystems den Erwerbstätigen vorenthalten. Diese Berufsvorsorge der Erwerbstätigen ist unter bestimmten Voraussetzungen obligatorisch. Andererseits sieht das BVG<sup>1</sup> auch die freiwillige Unterstellung unter das Obligatorium und die Weiterversicherung<sup>2</sup> nach dem Ausscheiden aus dem Obligatorium vor.

Der vorliegende Beitrag zeigt auf, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Versicherte einen einmal erlangten Vorsorgeschutz durch freiwillige Weiterversicherung aufrechterhalten können (Ziff. IV). Dazu wird vorgängig kurz auf die obligatorische und die freiwillige Versicherung (Ziff. II) und auf die durch den BVG-Zweckartikel (Ziff. III) gesetzten Grenzen eingegangen.

### II. Obligatorische und freiwillige Versicherung

Obligatorisch berufsvorsorgeversichert sind grundsätzlich sämtliche Arbeitnehmer<sup>3</sup>, die einen AHV-pflichtigen Jahreslohn erzielen. Nicht obligatorisch versichert sind demgegenüber Selbständigerwerbende<sup>4</sup> sowie jene Arbeitnehmer, die den jährlichen Mindestlohn von CHF 20 520.–<sup>5</sup> nicht erreichen oder das 17. Alterjahr noch nicht vollendet haben (Art. 2 Abs. 1, 7 Abs. 1 BVG, Art. 5 BVV 2<sup>6</sup>) oder das Rentenalter bereits erreicht haben (Art. 10 Abs. 2 lit. a, 13 BVG), sowie für die in Art. 1 j Abs. 1 BVV 2 aufgeführten Arbeitnehmerkategorien. Darunter fallen Arbeit-

nehmer nicht beitragspflichtiger Arbeitgeber (lit. a), Arbeitnehmer mit auf drei Monate befristeten Arbeitsverträgen (lit. b),<sup>7</sup> nebenberuflich tätige Arbeitnehmer, die hauptberuflich<sup>8</sup> der beruflichen Vorsorge unterstellt oder selbständigerwerbend sind (lit. c und Art. 46 Abs. 2 BVG), zu mindestens 70 Prozent invalide Arbeitnehmer (lit. d) und schliesslich die in landwirtschaftlichen Betrieben mitarbeitenden Familienmitglieder (lit. e).

Selbständigerwerbende sowie die vom Obligatorium ausgenommenen Arbeitnehmerkategorien<sup>9</sup> können sich freiwillig dem Obligatorium unterstellen (Art. 4, 44 f. BVG, Art. 1 j Abs. 3 und 4 BVV 2). Ebenfalls freiwillig versichern können sich im Dienste mehrerer Arbeitgeber stehende Arbeitnehmer, deren Einzellöhne unter dem Mindestlohn, deren Gesamtlöhne aber darüber liegen (Art. 46 Abs. 1 BVG). Für die freiwillige Versicherung gelten die Bestimmungen über die obligatorische Versicherung, insbesondere die in Art. 8 BVG festgelegten Grenzbeträge, sinngemäss (Art. 4 Abs. 2 BVG). Will sich demnach eine Person freiwillig dem Obligatorium unterstellen, muss sie grundsätzlich nicht nur bei der AHV versichert sein (Art. 5 Abs. 1 BVG), sondern auch den gesetzlichen Mindestlohn erreichen. Sieht allerdings eine Vorsorgeeinrichtung reglementarisch für die Aufnahme in die Versicherung weniger strenge Voraussetzungen vor als das Gesetz – indem sie beispielsweise von einem Mindestlohn und einem Koordinationsabzug absieht und den versicherten Lohn dem AHV-pflichtigen Lohn gleichsetzt – ist eine Berufsvorsorgeversicherung auch bei Nichterreichen des gesetzlichen Mindestlohnes denkbar.<sup>10</sup> Als weitere Voraussetzung setzt die freiwillige Versicherung jeweils eine entsprechende reglementarische Grundlage bei einer Vorsorgeeinrichtung voraus (vgl. Art. 46 Abs. 1 und 2 BVG).

\* Rechtsanwalt, Legal Consultant bei Aon Consulting AG mit Büros in Bern, Genf und Zürich.

1 Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40).

2 Diese (individuelle) Weiterversicherung ist nicht zu verwechseln mit der (kollektiven) weitergehenden beruflichen Vorsorge, welche sich ihrerseits in einen über die gesetzlichen Minimalleistungen hinausgehenden überobligatorischen Bereich, in einen die gesetzlichen Versicherungsvoraussetzungen unterbietenden unterobligatorischen Bereich und in einen den Zeitrahmen vor Inkrafttreten des BVG betreffenden vorobligatorischen Bereich unterteilen lässt.

3 Der berufsvorsorgerechtliche Arbeitnehmerbegriff richtet sich nach den AHV-rechtlichen Kriterien, ohne dass das AHV-Beitragsstatut formell verbindlich wäre (BGE 129 V 240 E. 3).

4 Darunter werden jene Personen verstanden, die eine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne des AHVG ausüben (Botschaft zum BVG vom 19. Dezember 1975, BBl 1976 Bd. I 252). Laut Art. 3 BVG können Berufsgruppen von Selbständigerwerbenden dem Obligatorium unterstellt werden, was der Bundesrat allerdings bis heute nicht getan hat.

5 Die in diesem Beitrag angeführten Grenzbeträge sind jeweils gültig per 1. Januar 2009.

6 Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (SR 83.441.1).

7 Arbeitnehmer, die für denselben Arbeitgeber mehrere Arbeitseinsätze leisten, deren Gesamtdauer drei Monate übersteigt und deren Unterbrechungen höchstens drei Monate dauern, sind hingegen seit dem 1. Januar 2009 dem Obligatorium unterstellt (Art. 1 k BVV 2).

8 Bei mehreren nebeneinander ausgeübten gleichwertigen Beschäftigungsverhältnissen bestehen hingegen mehrere obligatorische Versicherungsverhältnisse (BGE 129 V 134 ff. E. 3).

9 Allerdings mit Ausnahme der zu mindestens 70 Prozent invaliden Arbeitnehmer (Art. 1 j Abs. 1 lit. d i. v. m. Art. 1 j Abs. 3 und 4 BVV 2 e contrario).

10 Obwohl die berufliche Vorsorge in diesem Fall ausschliesslich den unterobligatorischen Bereich umfasst (vgl. BGE 118 V 163 E. 3), sind darauf ebenfalls die Bestimmungen der obligatorischen Versicherung anwendbar, falls die Vorsorgeeinrichtung umhüllenden Charakters hat (Art. 49 Abs. 2 BVG). Soweit ersichtlich bestehen heute keine ausschliesslich im unterobligatorischen Bereich tätigen Vorsorgeeinrichtungen. Solche sind jedoch durchaus zulässig und wären eventuell in gewissen Branchen auch sinnvoll.

### III. Zweckartikel

Das BVG schreibt seit dem 1. Januar 2006 in seinem Zweckartikel vor, dass der in der beruflichen Vorsorge versicherbare Lohn oder das versicherbare Einkommen eines Selbständigerwerbenden das AHV-beitragspflichtige Einkommen nicht übersteigen darf (Art. 1 Abs. 2 BVG). Laut den parlamentarischen Beratungen soll diese relative Obergrenze<sup>11</sup> des versicherbaren Erwerbseinkommens verhindern, dass sich die Beiträge an die zweite Säule an höheren Löhnen bemessen, als an den empfangenen AHV-Löhnen.<sup>12</sup> Auf jenen Einkommensteilen, auf denen steuerlich privilegiert BVG-Altersguthaben angespart werden, sollen also auch AHV-Beiträge bezahlt werden.<sup>13</sup> Nicht in Frage gestellt wurde im Verlaufe des Gesetzgebungsprozesses zu Art. 1 Abs. 2 BVG hingegen die Weiterversicherungsmöglichkeit nach Art. 47 BVG. Nach dieser Bestimmung können Versicherte, die aus der obligatorischen Versicherung ausscheiden, die Vorsorge oder bloss die Altersvorsorge im bisherigen Umfang bei derselben Vorsorgeeinrichtung weiterführen. Dabei kann es zu Widersprüchen zum neuen Zweckartikel kommen, wenn der AHV-pflichtige Lohn reduziert wird oder gar ganz wegfällt.

Dennoch offerieren viele Vorsorgeeinrichtungen ihren Versicherten die Möglichkeit, bei einer Beschäftigungsgradreduktion ihr bisheriges Erwerbseinkommen weiterzuversichern, wenn sie neben den eigenen auch die Beiträge des Arbeitgebers auf der Lohndifferenz bezahlen. Oder es wird den infolge einer Restrukturierung austretenden Versicherten ermöglicht, ihr früheres Vorsorgelevel bis zum Erreichen des reglementarischen Rücktrittsalters zu erhalten. Zu dieser bei mancher Pensionskasse seit Jahren bestehender Praxis wird ins Feld geführt, die durch das Parlament unverändert belassene Möglichkeit der externen Weiterführung der Vorsorgezugehörigkeit (nach Beendigung der Vorsorgepflicht etwa infolge Wegfalls des AHV-pflichtigen Erwerbseinkommens) sei durch den allgemeinen Grundsatz des Art. 1 Abs. 2 BVG nicht tangiert worden und folglich weiterhin zulässig.<sup>14</sup> Demgegenüber stellen sich das Bundesamt für Sozialversicherung<sup>15</sup> und die Schweizerische Steuerkonferenz<sup>16</sup> auf den Standpunkt, bei Art. 1 Abs. 2 BVG handle es sich um eine neuere Bestimmung, die dem älteren Art. 47 BVG an sich vorgehe; Art. 47 BVG stelle jedoch eine Spezialbestimmung dar, welche als Ausnahmeregelung betrachtet werden könne, wobei sich grundsätzlich eine enge Auslegung aufdränge.

### IV. Weiterversicherungsmöglichkeiten

Das Bedürfnis bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung versichert zu bleiben, kann sich einerseits aus einer Reduktion des Erwerbseinkommens ergeben, wenn eine versicherte Person

- etwa als Folge einer Beschäftigungsgradreduktion einen tieferen Lohn erhält (Ziff. IV.1) oder
- beispielsweise infolge Krankheit, Unfall oder Ausbildung – den Mindestlohn unterschreitet, deshalb aus der obligatorischen Versicherung ausscheidet aber weiterhin bei einem angeschlossenen Arbeitgeber angestellt ist (Ziff. IV.2).

Andererseits kann die Frage nach einer freiwilligen Weiterversicherung auch nach einem Statuswechsel aktuell werden, wenn

- die obligatorische Versicherung mit dem Erreichen des Rentenalters endet (Ziff. IV.3),
- eine aus der obligatorischen Versicherung ausscheidende Person
  - (vorübergehend) nicht mehr erwerbstätig ist (Ziff. IV.4),
  - arbeitslos wird (Ziff. IV.5),
  - ins Ausland entsandt wird (Ziff. IV.6),
  - eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt (Ziff. IV.7) oder
  - bei einem neuen Arbeitgeber angestellt wird (Ziff. IV.8).

#### 1. Weiterversicherung bei Lohnreduktion

Eine Lohnreduktion kann temporär sein und ihre Ursache in einer Krankheit, in einem Unfall, in einer kurzen Arbeitslosigkeit oder in der Mutterschaft haben. Für solche und ähnliche Fälle sieht das Gesetz vor, dass der bisherige versicherte Lohn bis zum Ende der Lohnfortzahlungspflicht bzw. bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubes auf dem ursprünglichen Niveau bleibt, falls die versicherte Person nicht die Herabsetzung des versicherten Lohnes wünscht (Art. 8 Abs. 3 BVG). Erhält eine versicherte Person demgegenüber als Folge einer Änderung ihres Beschäftigungsgrades oder wegen der Aufnahme einer tiefer entlohnten Tätigkeit ein niedrigeres Erwerbseinkommen, hat dies in der Regel einen tieferen versicherten Lohn und einen entsprechend tieferen Vorsorgeschutz zur Folge. Deshalb sehen heute zahlreiche Vorsorgereglemente vor, dass Versicherte ihren bisherigen Lohn trotz Pensenreduktion weiterversichern können, sofern sie neben den eigenen Beiträgen auch die Arbeitgeberbeiträge auf die Lohndifferenz bezahlen. Solche Regelungen sind besonders bei Leistungsprimatkassen von grosser Bedeutung. Denn wird die Rente als bestimmter Prozentsatz des versicherten Lohnes definiert, so hat eine Lohnreduktion unter Umständen eine erhebliche lebenslängliche Rentenkürzung zur Folge. Aber auch Beitragsprimatkassen, bei denen die Rentenhöhe vom Altersguthaben, von dessen jeweiliger Verzinsung und vom Umwandlungssatz abhängt, bieten ihren Versicherten regelmässig eine Weiterversicherung des bisherigen Niveaus an. Für eine solche reglementarisch eingeräumte Weiterversicherungsmöglichkeit kennt das Gesetz heute keine ausdrückliche Grundlage. Art. 47 BVG, welcher die Weiterversicherung selbst bei Ausscheiden aus der obligatorischen Vorsorge ermöglicht, müsste

11 Die absolute Obergrenze liegt gemäss Art. 79c BVG beim zehnfachen oberen Grenzbetrag von derzeit CHF 820 800.–.

12 Amt. Bull. NR 2002 504 (Votum Rudolf Rechsteiner).

13 Amt. Bull. SR 2002 1036 (Votum Eugen David).

14 MARKUS MOSER, Die Einkaufsbestimmungen des neuen Rechts, in: Schaffhauser/Stauffer, BVG-Tagung 2006, Schriftenreihe IRP-HSG Band 42, S. 91 ff., insb. 114 f., Anm. 45.

15 BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge 110/2009, Rz. 677.

16 Schweizerische Steuerkonferenz, Vorsorge und Steuern, Anwendungsfall A.2.4.1/A.5.4.1, 7. Nachtrag – Frühling 2009.

allerdings – in majore minus – auch auf eine Lohnreduktion Anwendung finden. In diesem Zusammenhang lässt die Praxis der Steuerbehörden die Weiterversicherung des bisherigen Lohnes für eine höchstens zweijährige Dauer zu, falls die Lohnreduktion vorübergehend (z.B. infolge Weiterbildung, Babypause) ist.<sup>17</sup>

Eine Gesetzesgrundlage ist nun in Vorbereitung – allerdings nur für ältere Arbeitnehmer: Aufgrund der demografischen Entwicklung, welche zu einer Alterung der Gesellschaft führt und weil die Diskussion über Reformen der Altersvorsorge und insbesondere über das Rentenalter schwierig ist, hat der Bundesrat im Rahmen der Strukturreform in der beruflichen Vorsorge Massnahmen vorgeschlagen, die ältere Arbeitnehmer zur Weiterarbeit motivieren sollen. Danach sollen ältere Arbeitnehmer, die ihre Erwerbstätigkeit vor deren endgültigen Aufgabe reduzieren, nicht aufgrund einer fehlenden Weiterversicherungsmöglichkeit davon abgehalten werden. Deshalb ist vorgesehen, dass Vorsorgeeinrichtungen ihren Versicherten reglementarisch die Möglichkeit einräumen können, durch erhöhte eigene Beiträge die Auswirkungen von Lohnreduktionen vor dem Rentenalter in einem gewissen Ausmass aufzufangen. Versicherte, deren Lohn sich zwischen dem 58. Altersjahr und dem ordentlichen reglementarischen Rentenalter um höchstens ein Drittel reduziert, können sich so die bisherige Vorsorgeleistungen erhalten (Art. 33 a BVG/Entwurf).<sup>18</sup> In seiner Botschaft führt der Bundesrat aus, die neue Bestimmung solle flexible und gleitende Formen des Altersrücktrittes ermöglichen, die es erlauben, den Bedürfnissen und Möglichkeiten der Arbeitnehmenden und der Betriebe angepasste Lösungen zu schaffen. Solche Lösungen sollten dazu beitragen, dass ältere Arbeitnehmende länger im Arbeitsprozess bleiben, da bei einer Lohnreduktion nicht automatisch eine entsprechend tiefere Altersleistung erfolgen werde und für sie daher im Vergleich zu einem Altersrücktritt die Weiterarbeit in einer ihren Möglichkeiten und Wünschen angepassten Form attraktiver werde. Beim vorgeschlagenen Art. 33 a BVG handle es sich um eine Ausnahme von Art. 1 Abs. 2 BVG, die aber nicht zu einer weitgehenden Auflösung des dort verankerten Prinzips, dass in der zweiten Säule höchstens das AHV-beitragspflichtige Einkommen versichert werden kann, führen solle. Daher definiere die Gesetzesbestimmung auch die Voraussetzungen und Grenzen. Die Vorsorgeeinrichtungen seien nicht verpflichtet, eine solche Möglichkeit einzuführen oder diese Grenzen voll auszuschöpfen, andererseits könnten sie auch nicht über diese Grenzen hinausgehen. Es sei auch denkbar, dass Vorsorgeeinrichtungen ihren Versicherten für diese Weiterversicherung in Anwendung von Art. 1 d BVV 2 bis zu drei Pläne zur Wahl anbieten, wodurch die Flexibilität noch weiter erhöht werden könne. Die Reglemente könnten Versicherte nicht zu einer solchen Weiterversicherung verpflichten.<sup>19</sup>

Wie gesehen kennt die heute zugelassene Praxis für die Weiterversicherung des bisherigen Lohnes weder ein Mindestalter der Versicherten noch eine maximal weiterversicherbare Lohnre-

duktion. Insofern führt die vorgesehene Gesetzesänderung entgegen der bundesrätlichen Absicht nicht zu einer Flexibilisierung sondern – zumindest teilweise – zu einer Einschränkung der bisherigen Weiterversicherungsmöglichkeiten.<sup>20</sup> In Bezug auf die Anpassung des weiterversicherten Lohnes an die allgemeine Lohnentwicklung wird sich nicht ändern: Berechnungsgrundlage für die Weiterversicherung bildet sowohl nach der Rechtsprechung zur bisherigen Praxis wie auch nach der Gesetzesvorlage der letzte Lohn vor der Pensenreduktion.<sup>21</sup>

## 2. Weiterversicherung bei Unterschreitung des Mindestlohnes

Sinkt das jährliche Erwerbseinkommen einer vollzeitig beschäftigten Person unter die gesetzliche Mindesthöhe von derzeit CHF 20 520.–, endet grundsätzlich deren obligatorische Versicherung (Art. 10 Abs. 2 lit. c BVG). Die bisherige Versicherung bleibt hingegen erhalten, falls die die Unterschreitung des Mindestlohnes vorübergehend infolge Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Mutterschaft oder aus ähnlichen Gründen erfolgt (Art. 8 Abs. 3 BVG). Eine den Mindestlohn unterschreitende Person kann auch aufgrund des Vorsorgereglements in der zweiten Säule versichert bleiben, sofern dieses einen unterobligatorischen Teil umfasst.<sup>22</sup>

Bei der Bestimmung des versicherten Lohnes können Vorsorgeeinrichtungen reglementarisch vom AHV-pflichtigen Lohn abweichen (Art. 3 BVV 2), indem sie gelegentlich anfallenden Lohnbestandteile weglassen<sup>23</sup> (Abs. 1 Bst. a), indem sie den versicherten Lohn zum Voraus (Abs. 1 Bst. b) oder bei Berufen mit starken Beschäftigungsgradschwankungen pauschal festlegen (Abs. 1 Bst. c). Vorsorgeeinrichtungen können ferner vom Jahreslohn abweichen, indem sie auf den für eine bestimmte Zahlungsperiode ausgerichteten Lohn abstellen. Wird der gesetzliche Mindestlohn einer versicherten Person vorübergehend unterschritten, bleibt diese dennoch der obligatorischen Versicherung unterstellt (Art. 3 Abs. 2 BVV 2). Bei Saisonangestellten, bei welchen ein vorübergehender nicht bezahlter Arbeitsunterbruch als unbezahlter Urlaub gilt, ist dabei grundsätzlich auf den Lohn abzustellen, der im betreffenden Jahr gesamthaft voraussichtlich erzielt wird, sofern die Vorsorgeeinrichtung die Beiträge jährlich abrechnet und das Reglement keine andere Lösung vorsieht.<sup>24</sup>

Für den Fall des Ausscheidens aus der obligatorischen Versicherung können Vorsorgeeinrichtungen ihren Versicherten reglementarisch die Möglichkeit einräumen, dass sie ihre Vorsorge oder bloss ihre Altersvorsorge im bisherigen Umfang weiterführen können (Art. 47 Abs. 1 BVG). Diese Weiterversicherung stellt aufgrund der Gesetzssystematik<sup>25</sup> eine spezielle Art der freiwilligen

20 Vgl. auch JÜRGEN BRECHBÜHL, Massnahmen für ältere Arbeitnehmer – Wie kann ihre Erwerbsbeteiligung verbessert werden? SPV 2008/06 S. 47.

21 Urteil des EVG vom 12. Januar 2004, E. 3, B 35/2002, in: SVR 2004 BVG Nr. 22.

22 Vgl. Ziffer II, insb. Fn. 10.

23 Dadurch wird der versicherte Lohn reduziert, weshalb sich die Überversicherungsproblematik nicht stellt.

24 Urteil des EVG vom 16. Mai 2007, E. 4, B 109/06, in: SVR 2008 BVG Nr. 1.

25 Art. 47 BVG befindet sich unter dem dritten Titel «Freiwillige Versicherung».

17 Schweizerische Steuerkonferenz (Fn. 16).

18 Entwurf zur Änderung des BVG, BBl 2007 5739.

19 Botschaft zur Strukturreform vom 15. Juni 2007, BBl 2007 5721.

ligen Versicherung dar, weshalb auch die entsprechenden Gesetzesbestimmungen zu berücksichtigen sind. Wie in Ziff. III gesehen, ist aber insbesondere das Spannungsverhältnis zum neuen BVG-Zweckartikel zu beachten, welches die Diskussion um die freiwilligen Weiterversicherungsmöglichkeiten prägt. Weiter umfasst die Gesetzesbestimmung von Art. 47 BVG entgegen der Aufzählung von Art. 49 Abs. 2 BVG und Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 OR nicht nur den obligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge. Solange die Reglemente keine einschränkenden Bestimmungen enthalten, gilt diese Weiterversicherungsmöglichkeit auch im über- und im ausserobligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge, und nicht nur in deren obligatorischen Kern, was bei umhüllenden Vorsorgeeinrichtungen ohnehin zu Unterscheidungsschwierigkeiten führen würde.<sup>26</sup> In der Ausgestaltung der Weiterversicherung sind die Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich frei, haben dabei aber die Mindestvorschriften des Gesetzes zu beachten, soweit die Anwendung bestimmter Normen, wie beispielsweise jene über die Beitragspflicht des Arbeitgebers nach Art. 66 BVG aufgrund ihrer Eigenart nicht von vorneherein entfällt. Fehlt eine reglementarische Grundlage, ist eine Vorsorgeeinrichtung, unter Vorbehalt des Rechtsgleichheitsgebots und von Treu und Glauben, nicht verpflichtet, einer ausscheidenden versicherten Person zur Fortführung der beruflichen Vorsorge im Rahmen der Weiterversicherung Hand zu bieten.<sup>27</sup> Die steuerliche Praxis lässt eine Weiterversicherung des bisherigen Lohnes während bis zu zwei Jahren zu, falls eine reglementarische Grundlage besteht und die Lohnreduktion vorübergehend ist oder kurz vor der frühestmöglichen Pensionierung erfolgte.<sup>28</sup>

### 3. Weiterversicherung nach Erreichen des ordentlichen Rentenalters

Die obligatorische Versicherung endet mit dem Erreichen des Rentenalters (Art. 10 Abs. 2 Bst. a BVG), denn in diesem Zeitpunkt entsteht grundsätzlich der Anspruch auf Altersleistungen (Art. 13 Abs. 1 BVG). Die Vorsorgeeinrichtungen können in ihren Reglementen abweichend davon vorsehen, dass der Anspruch auf Altersleistungen mit der Beendigung der Erwerbstätigkeit entsteht und den Umwandlungssatz entsprechend anpassen (Art. 13 Abs. 2 BVG).

Wird der Rentenbeginn aufgeschoben, so steht zur Rentenbemessung ein höheres Altersguthaben zur Verfügung. Das Altersguthaben wächst bei weiteren Beitragsleistungen durch die Beiträge und durch die Verzinsung an; ohne weitere Beiträge bloss durch die Verzinsung. Viele Vorsorgeeinrichtungen räumen ihren Versicherten deshalb reglementarisch eine Weiterversicherungsmöglichkeit nach Erreichen des ordentlichen Rentenalters ein, welche auch die Weiteröffnung des Altersguthabens beinhaltet. Dabei lässt die Praxis der Steuerbehörden in Anlehnung an die AHV einen Abzug der ordentlichen Beiträge bis zum 70. Altersjahr zu, unter der Voraussetzung, dass eine Erwerbstä-

tigkeit auch tatsächlich ausgeübt wird und dem Versicherten reglementarisch keine Wahlmöglichkeit zur Beitragszahlung eingeräumt wird,<sup>29</sup> denn Letzteres würde dem Grundsatz der Kollektivität im Sinne von Art. 1 c und 1 d BVV 2 widersprechen.

Im Rahmen der Strukturreform (Ziff. IV.1) soll eine entsprechende gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Die Weiterversicherung soll über das reglementarische Rentenalter hinaus bis zum 70. Altersjahr ermöglicht werden, sofern und solange die betreffende Person weiterhin eine Erwerbstätigkeit ausübt und eine entsprechende reglementarische Grundlage besteht (Art. 33 b BVG/Entwurf).<sup>30</sup> Durch die Weiteröffnung des Sparguthabens kann es laut bundesrätlicher Botschaft zwar zu Überschreitungen des Vorsorgeplans und zu Abweichungen vom Angemessenheitsprinzip im Sinne von Art. 1 a BVV 2 kommen, was indessen dadurch gerechtfertigt wird, dass die Beiträge real erzieltem Einkommen entsprechen. Eine Verpflichtung zur Einführung dieser Weiterversicherungsmöglichkeit besteht für Vorsorgeeinrichtungen nicht, vielmehr sollen die Vorsorgeeinrichtungen auf die branchen- und unternehmensspezifischen Bedürfnisse zugeschnittene Lösungen verwirklichen können, um so ihre Versicherten möglichst gezielt zu Weiterarbeit motivieren zu können.<sup>31</sup>

### 4. Weiterversicherung bei (vorübergehender) Aufgabe der Erwerbstätigkeit

Mit der Weiterversicherungsmöglichkeit von Art. 47 BVG wollte der Bundesgesetzgeber ermöglichen, dass eine versicherte Person ihre berufliche Vorsorge im Hinblick auf eine spätere Wiederaufnahme der Tätigkeit beibehalten können, wenn sie vorübergehend aus einem Verhinderungsgrund<sup>32</sup> wie Arbeitslosigkeit, Krankheit, Unfall, Schwangerschaft, Invalidität, Auslandsaufenthalt, Weiterbildung usw. nicht erwerbstätig ist.<sup>33</sup> Auch für ältere Arbeitnehmer, die ihre Stelle vor dem Erreichen des frühestmöglichen Pensionierungsalter verlieren, bietet die Weiterversicherung nach Art. 47 BVG oft die einzige Möglichkeit der Erhaltung eines angemessenen Vorsorgeschatzes auf der Basis des bisher versicherten Lohnes. In diesem Sinne wird die Weiterversicherung des bisherigen Lohnes bei einer vorübergehenden Aufgabe der Erwerbstätigkeit oder bei einer Aufgabe der Erwerbstätigkeit kurz vor der möglichen vorzeitigen Pensionierung bis zu einer Dauer von zwei Jahren steuerlich zugelassen, falls das Reglement der Vorsorgeeinrichtung dies vorsieht.<sup>34</sup>

Diese Praxis wird durch den vorgesehenen Art. 33 a BVG zum Teil in Frage gestellt, zumal durch die Gesetzesvorlage nach dem 58. Altersjahr höchstens noch eine Lohnreduktion von einem

26 Urteil des EVG vom 4. September 1992, E. 4 b, in: SZS 1995 S. 300; BSV (Fn. 15); Schweizerische Steuerkonferenz (Fn. 16).

27 Urteil des EVG vom 22. Dezember 1989, in: SZS 1990 S. 84.

28 Schweizerische Steuerkonferenz (Fn. 16).

29 MARINA ZÜGER, Aktuelles aus Sicht der Steuerbehörden, Folie 10, in: Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich, Informationstage 2009 zur beruflichen Vorsorge.

30 Entwurf zur Änderung des BVG, BBl 2007 5739 f.

31 Botschaft zur Strukturreform vom 15. Juni 2007, BBl 2007 5722 f.

32 Allerdings kann allein aus dem Verlassen des Arbeitsplatzes ohne Verhinderungsgrund nicht bereits auf das Ende des Arbeits- und folglich des Vorsorgeverhältnisses geschlossen werden (Urteil des EVG vom 7. März 2006, E. 2, B 58/2005, in: SZS 2006 465).

33 Botschaft zum BVG vom 19. Dezember 1975, BBl 1976 Bd. I 254.

34 Schweizerische Steuerkonferenz (Fn. 16).

Drittel, nicht mehr aber ein vollständige Lohnwegfall weiterversichert werden kann (Ziff. IV.1).

## 5. Weiterversicherung bei Arbeitslosigkeit

Wer arbeitslos wird, scheidet grundsätzlich aus der Vorsorgeeinrichtung des bisherigen Arbeitgebers aus. Bezieht eine arbeitslose Person indessen ein Taggeld der Arbeitslosenversicherung, das zusammen mit einem allfälligen Zwischenverdienst einen Betrag von CHF 78.80.– pro Tag<sup>35</sup> übersteigt, untersteht sie für die Risiken Tod und Invalidität der obligatorischen Versicherung.<sup>36</sup> Die Versicherung bleibt bestehen, solange der Anspruch auf Taggelder besteht, auch wenn der Bezug der Taggelder vorübergehend eingestellt worden ist.<sup>37</sup> Ergänzend dazu können sich arbeitslose Personen für das Risiko Alter im bisherigen Umfang weiterversichern (Art. 47 BVG). Die heute gültige Fassung von Art. 47 BVG steht im Zusammenhang mit der in der Arbeitslosenversicherung per 1. Juli 1997 eingeführten Berufsvorsorgeversicherung. Mit Blick auf die hohen Kosten für einen obligatorischen Vollschutz für die Risiken Alter, Tod und Invalidität entschied sich der Gesetzgeber für einen obligatorischen Teilchutz für die Risiken Tod und Invalidität.<sup>38</sup> Die freiwillige Versicherung für das Risiko Alter hat deshalb komplementären Charakter zu diesen obligatorischen Teilversicherungen. Taggeldbezüger der Arbeitslosenversicherung können somit nicht bloss die Altersvorsorge – ohne Deckung der Risiken Tod und Invalidität – weiterführen.<sup>39</sup> Grundsätzlich obliegt die Durchführung der beruflichen Vorsorge den Arbeitslosenkassen und der Auffangeinrichtung. Die bisherige Vorsorgeeinrichtung kann aber reglementarisch eine Weiterversicherung vorsehen. So können arbeitslose Personen bei der Auffangeinrichtung beantragen, ihre obligatorische Versicherung für die Risiken Tod und Invalidität bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung durchzuführen. Zusätzlich – bzw. ausschliesslich, falls die Risikoversicherung bei der Auffangeinrichtung durchgeführt wird – kann bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung die freiwillige Versicherung für das Risiko Alter durchgeführt werden, wenn deren Reglement dies vorsieht. Die von den Taggeldbezügern geleisteten Beiträge sind von den steuerbaren Einkünften abziehbar.<sup>40</sup>

35 Die in den Artikeln 2, 7 und 8 BVG festgehaltenen Jahresgrenzbeträge werden in Tagesgrenzbeträge umgerechnet, indem erstere durch den Faktor 260.4 geteilt werden (Art. 23 Abs. 1 Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung vom 25. Juni 1982 [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 40a Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung vom 31. August 1983 [AVIV; SR 837.02]).

36 Art. 2 Abs. 3 BVG, Art. 22a Abs. 3 AVIG, Art. 1 Verordnung über die obligatorische berufliche Vorsorge von arbeitslosen Personen (SR 837.174).

37 Botschaft zur 1. BVG-Revision vom 1. März 2000, BBl 2000 2689.

38 Botschaft zur zweiten Teilrevision des AVIG, BBl 1994 Bd. I 359, 384.

39 Allein aus dem Wortlaut von Art. 47 Abs. 1 BVG müsste hingegen auf die Möglichkeit der ausschliesslichen Weiterführung der Altersvorsorge geschlossen werden (vgl. HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, Rz. 447 am Ende).

40 Art. 10 Verordnung über die obligatorische berufliche Vorsorge von arbeitslosen Personen.

## 6. Weiterversicherung bei Entsendung ins Ausland

Eine Person schweizerischer oder ausländischer Nationalität, die im Ausland für einen Arbeitgeber in der Schweiz tätig ist, kann ihre Alters- und Hinterlassenenversicherung weiterführen, falls der Arbeitgeber dazu sein Einverständnis gibt, sie entweder unmittelbar vor ihrer Auslandstätigkeit oder vor Ablauf einer zwischenstaatlich vereinbarten Entsendedauer während mindestens fünf aufeinanderfolgenden Jahren versichert war und innert sechsmonatiger Frist ein entsprechendes Gesuch einreicht (Art. 1 Abs. 3 Bst. a AHVG, Art. 5–5c AHVV). Erfüllt eine ins Ausland entsandte Person diese Voraussetzungen nicht, verfügt sie folglich (vorübergehend) nicht mehr über einen AHV-pflichtigen Lohn. Gleichwohl ist eine Weiterversicherung in der beruflichen Vorsorge während zweier Jahre zulässig, sofern eine entsprechende reglementarische Grundlage besteht.<sup>41</sup> Versicherbar dürfte dabei der bisherige versicherte Lohn sein. Mangels in der Schweiz steuerbarer Einkünfte können die geleisteten Beiträge jedoch nicht steuerlich in Abzug gebracht werden.

## 7. Weiterversicherung bei der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit

Selbständigerwerbende, können sich freiwillig im Obligatorium oder im Überobligatorium versichern, sofern sie die entsprechenden Mindestvoraussetzungen erfüllen (Art. 4 BVG). Dabei können sie sich der Vorsorgeeinrichtung ihres Berufsstandes, allfälliger Arbeitnehmer oder der Auffangeinrichtung anschliessen (Art. 44 BVG). Personen, die aus der obligatorischen Vorsorge austreten, weil sie eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen, steht auch die Weiterversicherung von Art. 47 BVG offen, denn der Wortlaut dieser Bestimmung ist allgemein gefasst und schränkt die Gründe des Ausscheidens aus der obligatorischen Versicherung nicht ein, bei deren Vorliegen eine Weiterführung der Versicherung ermöglicht werden soll. Nimmt also eine Person nach der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses eine selbständige Erwerbstätigkeit auf, kann sie die berufliche Vorsorge bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung weiterführen, wenn deren Reglement dies vorsieht.<sup>42</sup>

Dabei dürfte eine Weiterversicherung des bisherigen Lohnes während zweier Jahre steuerlich zulässig sein; einerseits bei der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit kurz vor der frühestmöglichen vorzeitigen Pensionierung und andererseits auch, wenn eine versicherte Person bloss vorübergehend selbständigerwerbend ist<sup>43</sup>.

## 8. Weiterversicherung bei einem Stellenwechsel

Das BVG sah ursprünglich vor, dass ein Arbeitnehmer nach einem Stellenwechsel als externer Versicherter in der Vorsorgeeinrichtung seines früheren Arbeitgebers verbleiben konnte und folglich einer anderen Vorsorgeeinrichtung als das übrige Perso-

41 Schweizerische Steuerkonferenz (Fn. 16).

42 Urteil des EVG vom 4. September 1992, E. 4a, in: SZS 1995 S. 299.

43 Schweizerische Steuerkonferenz (Fn. 16).

nal angehörte.<sup>44</sup> So war es nach Art. 29 Abs. 2 BVG ausdrücklich möglich, die Freizügigkeitsleistung bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung zu belassen, sofern dies im Reglement vorgesehen war und der neue Arbeitgeber zustimmte. Unter diesen Voraussetzungen konnte bei einem Stellenwechsel eine Befreiung von der Mitgliedschaft bei der neuen Vorsorgeeinrichtung beantragt werden, sofern die Zugehörigkeit zur bisherigen Vorsorgeeinrichtung beibehalten wurde.<sup>45</sup> Mit dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes<sup>46</sup> wurde der Art. 29 BVG ersatzlos gestrichen. Dazu führte der Bundesrat aus, auch die Weiterführung der Vorsorge bei der bisherigen Einrichtung (externe Mitgliedschaft) sei denkbar, wenn deren Reglement dies zulasse. Eine ausdrückliche Erwähnung dieser Möglichkeit sei jedoch nicht nötig, da in diesem Fall keine Austrittsleistung fällig werde. Obwohl das Vorsorgeverhältnis grundsätzlich mit dem Arbeitsverhältnis beginne, führe das Ende des Arbeitsverhältnisses nicht zwangsläufig zum Ende des Vorsorgevertrags. So könne ein Arbeitnehmer den Arbeitgeber verlassen, ohne aus der Vorsorgeeinrichtung auszutreten, so zum Beispiel, wenn er als externes Mitglied weiterhin bei derselben Vorsorgeeinrichtung versichert bleibe. Da kein allgemeingültiger fixer Endpunkt vorgegeben werden könne, obliege es den Parteien des Vorsorgeverhältnisses, den Endzeitpunkt selber festzulegen.<sup>47</sup> Da folglich die Streichung von Art. 29 BVG in der bundesrätlichen Botschaft einzig mit der ausbleibenden Austrittsleistung im Fall einer externen Mitgliedschaft begründet wurde, kann allein aus der Entfernung der Bestimmung nicht auf die Unzulässigkeit der externen Versicherung beim Stellenwechsel geschlossen werden. Wie gesehen, ist nach Art. 47 BVG die Weiterversicherung von Arbeitnehmern bei Ausscheiden aus der obligatorischen Versicherung möglich, wenn die reglementarischen Bestimmungen der neuen Vorsorgeeinrichtung dies zulassen.

Das bedeutet umgekehrt aber nicht, dass das Ausscheiden aus der obligatorischen Versicherung Voraussetzung für eine Weiterversicherung bilden würde, denn dies hätte zur Folge, dass der ursprüngliche Art. 29 Abs. 2 BVG in Widerspruch zu Art. 47 BVG gestanden hätte. Weder aus dem Sinn der Streichung von Art. 29 BVG noch aus Art. 47 BVG kann also ein Verbot der externen Versicherung nach einem Stellenwechsel abgeleitet werden. Wechselt demnach eine versicherte Person ihre Arbeitsstelle, kann sie ihre berufliche Vorsorge weiterführen, falls der neue Arbeitgeber zustimmt und die bisherige Vorsorgeeinrichtung dies reglementarisch vorsieht.

Diese Weiterversicherungsmöglichkeit führt zu einer relativ freien Wahl der Vorsorgeeinrichtung, wogegen stichwortartig einige Bedenken anzubringen sind: So basiert das heutige betriebliche Vorsorgekonzept auf einem starken Engagement des Arbeitgebers für «seine» Pensionskasse, welche er aber auch als Argument bei der Rekrutierung und als Element seiner Personalpolitik einsetzen kann. Die Regel, dass die Wahl des neuen Arbeitgebers auch eine Wahl seiner Pensionskasse bedeutet, wird durch die beschriebene Weiterversicherungsmöglichkeit durchbrochen. Weiter werden durch eine freie Pensionskassenwahl Solidaritäten zwischen den Versicherten abgebaut, was etwa der Durchführbarkeit des Leistungsprimats entgegensteht. Durch die Entsolidarisierung und die individuelle und risikogerechte Tarifierung werden versicherungstechnische Risiken auf die Versicherten übertragen. Dadurch, dass nicht mehr alle Arbeitnehmer bei der Vorsorgeeinrichtung ihres Arbeitgebers versichert sind, kann der Grundsatz der Parität nicht mehr befolgt werden und die Durchführung der beruflichen Vorsorge wird zeit- und kostenintensiver.<sup>48</sup>

44 Botschaft zum BVG vom 19. Dezember 1975, BBl 1976 Bd. I 224.

45 Urteil des EVG vom 15. März 1994 E. 5, in: SZS 1994, S. 372; Urteil des EVG vom 26. Mai 1993 E. 4, in: SZS 1994, S. 376 f.

46 Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Vorsorge vom 17. Dezember 1993 (FZG; SR 831.42).

47 Botschaft zum FZG vom 26. Februar 1992, BBl 1992 Bd. III 574, 603.

48 Vgl. zum Ganzen: Econcept/ECOFIN, Freie Wahl der Pensionskasse – Machbarkeitsstudie, BSV-Forschungsbericht Nr. 9/05, Zürich 2005; Pittet Associés, Machbarkeitsstudie zur freien Pensionskassenwahl – Vergleichsstudie, BSV-Forschungsbericht Nr. 10/05, Genf 2005; MARKUS MOSER und HANS-ULRICH STAUFFER, Freie Pensionskassenwahl? Mit dem heutigen System der beruflichen Vorsorge unvereinbar, SPV 2004/04 S. 55.

Thierry Luterbacher\*

## Kollektivrisiko bei Anwaltsgesellschaften

**Stichworte:** Haftpflichtrecht, Anwalt, Kollektiv, Berufshaftpflichtversicherung, Versicherungsmöglichkeiten

### I. Ausgangslage

Die Anforderungen an den Anwaltsberuf haben sich in den letzten Jahrzehnten entsprechend den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Umwälzungen mit grosser Geschwindigkeit verändert. Während früher noch die Auffassung im Vordergrund stand, der Anwaltsberuf gehöre zu den wissenschaftlichen Berufsarten,<sup>1</sup> nimmt das Publikum heute den Anwalt mehr und mehr wie einen anderen Dienstleistungserbringer war, der sich im harten Konkurrenzkampf mit anderen Rechtsdienstleistern bewähren muss. In einem Zeitalter, in dem Dienstleistungen immer mehr wie Produkte angepriesen und verkauft werden, will der Konsument fehlerfreie Leistungen.<sup>2</sup> Wieso der Anwalt bezüglich Haftung anders als andere Dienstleister behandelt werden soll, leuchtet breiten Kreisen nicht ein.<sup>3</sup> Von einem Anwalt werden daher einwandfreie Dienste erwartet. Die Haftungsanforderungen werden bei Dienstleistern laufend verschärft.<sup>4</sup> Davon ist auch der Anwaltsberuf nicht ausgenommen.<sup>5</sup> Für den praktizierenden Anwalt ist es je länger je weniger möglich, sich als Einzelkämpfer in sämtlichen ständig komplexer werdenden Rechtsgebieten zurecht zu finden und überdies allen Anliegen der zunehmend international operierenden Klientel zeitgerecht und kompetent nachzukommen. Im Lichte dieser Ausgangslage müssen Wege gefunden werden, um diesen hohen Anforderungen zu genügen. Taugliche Lösungen sieht man meistens in einem Zusammenschluss von Anwälten, wo sich verschiedenste Fachkompetenzen vereinigen. Schliessen sich mehrere Anwälte zu einer Gemeinschaft zusammen, so geschah das bisher traditionellerweise in der Form einer einfachen Gesellschaft oder im Kleide einer Kollektivgesellschaft.<sup>6</sup> Seit neuestem ist unter gegebenen Voraussetzungen auch der Zusammenschluss mehrerer Anwälte in der Ausgestaltung einer juristischen Person zulässig, wobei hier insbesondere die Aktiengesellschaft im Vordergrund steht.<sup>7</sup>

Im Folgenden wird auf die Haftungsrisiken und auch über die Versicherungsmöglichkeiten dieser kollektiven Gebilde einzugehen sein.

### II. Mögliche Gesellschaftsformen und Kollektivrisiko

#### 1. Einfache Gesellschaft

Eine einfache Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR stellt bekanntlich eine Rechtsgemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit dar. Sie ist keine juristische Person und auch kein Träger eigener Pflichten und Rechte. Verpflichtet und berechtigt sind immer nur die einzelnen Gesellschafter.<sup>8</sup> Sie kann im Unterschied zur Kollektiv<sup>9</sup>- und zur Kommanditgesellschaft<sup>10</sup> unter ihrer Firma keine Rechte erwerben und keine Verbindlichkeiten eingehen und nicht vor Gerichten klagen und verklagt werden.<sup>11</sup> Alle Gesellschafter als Einzelpersonen müssen zusammen eingeklagt werden und können nur zusammen klagen. Es liegt eine notwendige Streitgenossenschaft vor.<sup>12</sup>

Eine einfache Gesellschaft wird bei einer Anwaltsgemeinschaft dann etwa anzunehmen sein, wenn sich mehrere allein praktizierende Anwälte zu einer losen Bürogemeinschaft zwecks Tiefhaltung der Kosten zusammengeschlossen haben: Man mietet zusammen Büroräumlichkeiten, hält zusammen eine Bibliothek, installiert für alle zusammen einen Photokopierer und weitere Geräte, beschäftigt Personen für Sekretariatsarbeiten, welche für alle Anwälte der Bürogemeinschaft Leistungen erbringen etc. Die Kosten werden in aller Regel im Umfang der beanspruchten Leistungen verteilt. Jeder Anwalt führt seine Mandate selber auf eigene Rechnung. Gegen aussen treten die Anwälte selbständig und unabhängig auf. Jeder verfügt über eigenes Briefpapier, eigene Vollmachtsformulare, eigene Bank- und Postcheckkonti sowie eine eigene Mehrwertsteuernummer.<sup>13</sup> Treten die Anwälte jedoch Dritten gegenüber unter einer gemeinsamen Bezeichnung auf, benutzen sie Briefpapier, auf dem alle Anwälte aufgeführt sind und arbeiten mit Vollmachts-

\* Dr. iur., Rechtsanwalt, Winterthur.

1 BGE 123 I 16.

2 Vgl. THIERRY LUTERBACHER, Haftung und Versicherung von Dienstleistern, Studienheft recht 7/2008, Bern, S. 4; WOLFGANG WIEGAND, Zur Haftung für Dienstleistungen, in: recht 1990, Bern, S. 140.

3 MICHAEL KULL, Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, Zürich 2000, S. 4.

4 WALTER FELLMANN, Der einfache Auftrag und die aktuelle Entwicklung im Recht der freien Berufe, in: recht 2008, Bern, S. 122 f.; WIEGAND (Fn. 2), S. 139.

5 Eine Zusammenstellung von Haftungsbeispielen für vertragswidriges Verhalten von Anwälten findet sich bei LUTERBACHER (Fn. 2), S. 34 ff.

6 Vgl. SHELBY DU PASQUIER und PHILIPP FISCHER, La responsabilité de l'avocat dans une étude constituée en personne morale, in: SZW 2008, S. 549.

7 ZR 2006 Nr. 71; vgl. die Nachweise bei DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 548; WALTER FELLMANN, Neue Rechtsformen für Anwaltskanzleien und Auswirkung auf die Haftung des Anwalts, in: Tagung der Winterthur Versicherungen vom 20. September 2006, Zürich 2006, S. 55 ff., S. 57 ff.

8 Art. 543 ff. OR.

9 Art. 562 OR.

10 Art. 602 OR.

11 Vgl. die Hinweise bei LUKAS HANDSCHIN, Kommentar zu Art. 530–542 OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. II, Basel/Frankfurt am Main, 3. Auflage 2008, N 6 zu Art. 530 OR.

12 DANIEL STAEHELIN, ADRIAN STAEHELIN und PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich 2008, § 13 N 41.

13 FELLMANN (Fn. 7), S. 61.

formularen mit gegenseitiger Substitutionsvollmacht, wird ein solcher Zusammenschluss wohl nicht mehr als eine einfache Gesellschaft, sondern schon eher als eine Kollektivgesellschaft zu qualifizieren sein.<sup>14</sup>

## 2. Kollektivgesellschaft

Die Kollektivgesellschaft ist ein Zusammenschluss unter einer gemeinsamen Firma von mindestens zwei natürlichen Personen, welche unbeschränkt haften.<sup>15</sup> Die Kollektivgesellschaft betreibt in aller Regel ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe<sup>16</sup> und die Gesellschafter haben sich in das Handelsregister einzu-tragen.<sup>17</sup> Der Eintrag in das Handelsregister ist bloss deklaratorisch.<sup>18</sup> Die Träger von Rechten und Pflichten sind die Gesellschafter.<sup>19</sup> Im Verhältnis zu Dritten tritt die Kollektivgesellschaft jedoch ähnlich wie eine juristische Person auf:<sup>20</sup> Sie ist handlungs-, prozess- und betreibungsfähig.<sup>21</sup> Als Sonderform der Kollektivgesellschaft<sup>22</sup> wurde die Kommanditgesellschaft als mögliche Form einer Anwalts-gesellschaft kaum jemals diskutiert. Mangels Relevanz wird an dieser Stelle nicht darauf eingegangen.

Im Gegensatz zu einer losen Bürogemeinschaft hat eine partnerschaftlich organisierte, als Kollektivgesellschaft ausgestaltete Anwaltssozietät einen umfassenden Zweck: Die Partner einer solchen Gemeinschaft beabsichtigen, zusammen mit allfälligen Mitarbeitern eine Zusammenarbeit in der ganzen Breite und Tiefe ihrer Tätigkeit, nicht nur bezogen auf die Unkosten, sondern auch auf die Erträge. Alle Partner arbeiten auf gemeinsame Rechnung und teilen Gewinn und Verlust nach einem bestimmten Schlüssel wie Umsatz, Anciennität, Aquisitionsleistung und allfälligen weiteren Kriterien.<sup>23</sup> Nach einem älteren Verständnis wurden solche Anwaltskanzleien trotz gegebenen Voraussetzungen nicht als kaufmännisches Unternehmen qualifiziert.<sup>24</sup> Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts stützt auf den Eindruck ab, den die Mandanten nach guten Treuen von der Struktur der Kanzlei und der Betreuung ihrer Mandate haben dürfen.<sup>25</sup> Daraus kann abgeleitet werden, dass wohl heute jede grössere Anwaltskanzlei nach kaufmännischen Grundsätzen organisiert ist und einer geordneten Buchführung bedarf. Es wird sich somit bei grösseren Kanzleien meistens um ein in das Handelsregister eintragungspflichtiges Gewerbe nach Art. 934 Abs. 1 OR handeln.<sup>26</sup>

## 3. Abgrenzung einfache Gesellschaft/ Kollektivgesellschaft

### a. Bedeutung

Werden mehrere Anwälte mandatiert und teilen sie sich insbesondere nach eigenen Absprachen die Arbeit, wird regelmässig von einer solidarischen Haftung<sup>27</sup> der Anwälte<sup>28</sup> für vertragliche Schadenersatzansprüche auszugehen sein.<sup>29</sup> Schwierig ist in der Praxis die Frage, ob bei einem Mandat an mehrere Anwälte eine einfache Gesellschaft oder eine Kollektivgesellschaft vorliegt. Die Abgrenzung ist insofern von Bedeutung, als eine Kollektivgesellschaft als solche eingeklagt werden kann, während bei der einfachen Gesellschaft alle Gesellschafter zusammen ins Recht gefasst werden müssen. Die Mitglieder der einfachen Gesellschaft haften nach Art. 544 Abs. 3 OR unmittelbar solidarisch, die Kollektivgesellschaftler haften jedoch nach Art. 568 Abs. 3 OR nur subsidiär persönlich und solidarisch.<sup>30</sup> Sodann müssen einfache Gesellschafter für vor ihrem Eintritt begründete Verpflichtungen nur einstehen, wenn sie ihnen beitreten;<sup>31</sup> die Kollektivgesellschaftler haften dagegen gemäss Art. 569 OR von Gesetzes wegen.<sup>32</sup> Für unerlaubte Handlungen eines Gesellschafters besteht bei der einfachen Gesellschaft keine solidarische Haftung der anderen Gesellschafter, auch nicht als Geschäftsherren nach Art. 55 OR, da zwischen den Gesellschaftern kein Subordinationsverhältnis besteht.<sup>33</sup> Bei der Kollektivgesellschaft haften die Gesellschafter gemäss Art. 567 Abs. 3 für unerlaubte Handlungen eines Mitgliedes solidarisch, sofern dieses die Handlungen in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begangen hat.<sup>34</sup>

### b. Kriterien des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte Gelegenheit, im Entscheid vom 3. Juli 1998<sup>35</sup> zur Frage Stellung zu nehmen, wann eine Anwaltskanzlei als einfache Gesellschaft oder als Kollektivgesellschaft zu qualifizieren sei. Aufschlussreich sind die Ausführungen des Bundesgerichts zur Frage, ob eine Kollektivgesellschaft oder eine einfache Gesellschaft vorliegt:

- Eine Anwaltskanzlei braucht sich nicht explizit als Kollektivgesellschaft zu erkennen geben. Eine solche kann konkludent entstehen und sich namentlich aus dem Verhalten der Partner

14 Vgl. II.3b.

15 Art. 552 Abs. 1 OR.

16 Aus Art. 553 OR ergibt sich, dass auch Kollektivgesellschaften zulässig sind, die kein kaufmännisches Unternehmen betreiben (vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ und PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007, § 13 N 32).

17 Art. 552 Abs. 2 OR.

18 Vgl. die Nachweise bei CARL BAUDENBACHER, Kommentar zu Art. 552–556 OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Fn. 11), N 40 zu Art. 553 OR.

19 BGE 116 II 655.

20 BAUDENBACHER (Fn. 18), N 3 zu Art. 552 OR.

21 Art. 562 OR.

22 BAUDENBACHER (Fn. 18), N 1 zu Art. 594 OR.

23 FELLMANN (Fn. 7), S. 62.

24 FELLMANN (Fn. 7), S. 57 f.

25 BGE 124 III 363, 364 ff.

26 FELLMANN (Fn. 7), S. 59 und S. 64.

27 Art. 403 Abs. 2 OR: «Haben mehrere Personen einen Auftrag gemeinschaftlich übernommen, so haften sie solidarisch . . .»

28 Art. 544 Abs. 3 OR.

29 HANS PETER WALTER, Unsorgfältige Führung eines Anwaltsmandates, in: Schaden – Haftung – Versicherung, Peter Münch und Thomas Geiser (Hrsg.), in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. V, S. 129 ff.; S. 781 ff., Basel 1999, N 16.12.

30 Vgl. auch RETO T. ROUSS, Anwaltliche Sorgfalt und die Folgen anwaltlicher Sorgfalt in einer Sozietät, in: Die Sorgfalt des Anwalts in der Praxis, Anwaltsseminar der Winterthur Versicherungen vom 23. April und 27. Oktober 1997, S. 94.

31 ROUSS (Fn. 30), S. 96.

32 Vgl. ROUSS (Fn. 30); WALTER (Fn. 29), N 16.13.

33 BGE 84 II 382.

34 STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (Fn. 12), § 30 N 43.

35 BGE 124 III 363 ff.

ergeben, ohne dass ihnen diese Rechtsfolgen bewusst sein muss.

- Betreibt eine Anwaltsgemeinschaft unter einer gemeinsamen Firma ein kaufmännisches Unternehmen, ist sie zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet (Art. 522 OR). Dass zum heutigen Zeitpunkt mindestens jede grössere Anwaltskanzlei nach kaufmännischen Grundsätzen organisiert ist und einer geordneten Buchführung bedarf, sei zurecht von der Basler Justiz erkannt worden. Werde in solchen Anwaltskanzleien der nach Handelsregisterverordnung geforderte Umsatz erreicht, handle es sich um ein eintragungspflichtiges Gewerbe. In solchen Fällen werde das Verhältnis zwischen Anwalt und Klient in einer Weise entpersonalisiert, dass anstelle des individuellen Vertrauensverhältnisses ein Team von Anwälten tritt, in welchem der jeweilige Spezialist für einen Teilaspekt des Problems die Lösung suche. Weiche die individuelle Anwaltspraxis mit ihrem ursprünglichen «Kerngeschäft» (Rechtsberatung, Erarbeiten von Rechtsschriften, Prozessführung etc.) der kollektiven Berufsausübung unter gleichzeitiger Ausdehnung des Tätigkeitsfeldes (Treuhand, Bankgeschäft, Vermögensverwaltung, Unternehmensberatung inklusive Mergers&Acquisitions etc.) ab, müsse man namentlich beim Auftreten mit einheitlichem Briefkopf und einer einheitlichen Zahlstelle eine Kollektivgesellschaft und nicht eine einfache Gesellschaft im Sinne einer losen Bürogemeinschaft annehmen. Eine Anwaltsgemeinschaft, die nach aussen kollektivgesellschaftlich auftritt, müsse sich zivilrechtlich auf diesen Rechtsschein behaften lassen.
- Weiteres Element für das Vorliegen einer Kollektivgesellschaft und Abgrenzungskriterium zur einfachen Gesellschaft ist das Auftreten unter gemeinsamer Firma. Benützt etwa innerhalb einer Bürogemeinschaft jeder Anwalt sein eigenes Briefpapier, spricht dies nicht für eine Kollektivgesellschaft.
- Unabhängig davon, wie eine Anwaltskanzlei auf dem Markt auftritt, haftet sie für Pflichtverletzungen ihrer Mitglieder nur dann kollektiv, wenn das anspruchsbegründende Mandat den einfachen Gesellschaftern oder der Kollektivgesellschaft als Gesamtmandat – und nicht einem bestimmten Gesellschafter als Einzelmandat – erteilt wurde.

#### 4. Juristische Personen

##### a. Generelles

Anwaltsgemeinschaften dürfen sich seit neuestem auch als juristische Personen konstituieren.<sup>36</sup> Neben der Haftungsbeschränkung<sup>37</sup> wirken dabei auch andere Motive mit.<sup>38</sup> Obwohl bei der Ausgestaltung von Anwaltsgemeinschaften in der Form einer ju-

ristischen Person die Aktiengesellschaft im Vordergrund steht, kommen auch die GmbH oder die Genossenschaft in Frage.<sup>39</sup> Die Aufsichtsbehörden verlangen, dass die Beherrschung einer Anwaltsgesellschaft durch eingetragene Anwälte garantiert ist.<sup>40</sup> Die Anwälte inklusive Partner sind primär Arbeitnehmer der juristischen Person.<sup>41</sup> Um die Unabhängigkeit zu gewährleisten, müssen die Arbeitsverträge vorsehen, dass die juristische Personen den angestellten Anwälten keine konkreten Weisungen bezüglich der Mandatsführung geben dürfen.<sup>42</sup> Damit die angestellten Anwälte vor Gericht auftreten können, benötigen sie dafür eine spezielle vom Anwaltsvertrag unterschiedliche Vollmacht des Klienten, damit die Postulationsfähigkeit gewahrt werden kann.<sup>43</sup> Der persönliche Geltungsbereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und der Berufsregeln nach BGFA bleibt indessen von der Rechtsform der Anwaltsgemeinschaft unberührt.<sup>44</sup>

##### b. Beachtung von körperschaftlichen Strukturen

Die körperschaftliche Struktur bringt es mit sich, dass die Anwälte als Gesellschafter gewisse gesellschaftsrechtliche Pflichten zu beachten haben. Während sich die Pflicht des Anwalts als Aktionär auf den Betrag für die bezogenen Aktien zu bezahlen beschränkt,<sup>45</sup> müssen bei der GmbH nicht nur Stammanteile beglichen,<sup>46</sup> sondern auch weitere Pflichten des Gesellschaftsrechts beachtet werden: Nach Art. 803 Abs. 1 OR sind die Gesellschafter zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet; gemäss Art. 796 Abs. 1 OR können die Statuten zu gewissen Nebenleistungen verpflichten. Bei der Genossenschaft richten sich die Beitrags- und Leistungspflichten nach Art. 867 Abs. 1 OR. Für diejenigen Anwälte, die eine Organstellung einnehmen, ist festzuhalten, dass sich allenfalls eine Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, Art. 820 OR und Art. 903 OR ergeben kann,<sup>47</sup> so etwa wenn im Fall einer Überschuldung die Bilanz nicht rechtzeitig beim Richter deponiert wird. Diese körperschaftliche Verantwortlichkeit ergibt sich aus der Leitung der juristischen Person und ist klar von der Haftung aus Anwaltsvertrag zu unterscheiden.<sup>48</sup>

##### c. Haftung

Die juristische Person haftet ausschliesslich mit ihrem Gesellschaftskapital. Vorbehalten bleibt der sogenannte Durchgriff.<sup>49</sup> Unter Vorbehalt von besonderen Regelungen haften die angestellten Anwälte nicht für Ansprüche aus Anwaltsverträgen,<sup>50</sup> es

36 ZR 2006 Nr. 71; Verfügung der Anwaltskommission des Kantons Obwalden vom 29. Mai 2006 (AKO 06/001/ab); Entscheid vom 31. März 2007 der Camera per l'avvocatura e il notariato de Tribunale d'appello des Kantons Tessin (18.220 763); FELLMANN (Fn. 7), S. 57 ff.; DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 548.

37 Eine grössere Zürcher Kanzlei sah sich unlängst mit einer Forderung von CHF 100 Mio. konfrontiert: Plädoyer 2004, S. 8 ff.

38 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 549 f.

39 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 550 ff.

40 JÖRG SCHWARZ, Anwalts-AG und Anwalts-GmbH – einige Überlegungen zu gesellschaftsrechtlichen Fragen, in: Anwaltsrevue 2008, S. 235.

41 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 551 ff.

42 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 561.

43 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 558.

44 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 559.

45 Art. 680 Abs. 1 OR.

46 Art. 793 Abs. 1 OR.

47 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 556 und S. 560.

48 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 560.

49 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 559.

50 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 555.

sei denn, nicht die juristische Person, sondern ein angestellter Anwalt sei persönlich mandatiert worden.<sup>51</sup> Nicht auszuschliessen ist, dass ein angestellter Anwalt die juristische Person gestützt auf Art. 321 e OR schadlos halten muss, wenn diese etwa Schadenersatz zu leisten hatte, weil der angestellte Anwalt sein Mandat unsorgfältig geführt hat. Allerdings ist in solchen Fällen zu beachten, dass das Berufsrisiko in erster Linie von der Sozietät zu tragen ist,<sup>52</sup> was das Haftungsrisiko für angestellte Anwälte erheblich vermindert. Auch bei ausservertraglichen Ansprüchen ist nicht auszuschliessen, dass nicht nur die juristische Person, sondern auch ein angestellter Anwalt ins Recht gefasst werden kann. Dies ist etwa der Fall wegen einer falschen Auskunft gestützt auf Art. 41 OR.<sup>53</sup>

### III. Legitimation für Ansprüche aus Anwaltsvertrag

#### 1. Aktivlegitimation

Nach unbestrittener Ansicht wird ein Anwalt nach Auftragsrecht<sup>54</sup> tätig. In erster Linie ist der Mandant als Vertragspartner berechtigt, Schadenersatzansprüche aus der unsorgfältigen Führung eines Anwaltsvertrages zu stellen. Der Mandant kann eine natürliche oder juristische Person sein. Hat eine Mehrheit von Personen dem Anwalt einen Auftrag erteilt, ist das interne Rechtsverhältnis massgebend.<sup>55</sup> Eine Personenmehrheit liegt etwa bei einer einfachen Gesellschaften, einer Erbengemeinschaft oder einer Miteigentümergeinschaft vor. Schliessen Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften mit dem Anwalt einen Vertrag, sind sie selber infolge ihrer Partei- und Handlungsfähigkeit zur Geltendmachung von Ansprüchen berechtigt.<sup>56</sup> Ausnahmsweise kann ein Anwaltsvertrag zugunsten eines Dritten abgeschlossen werden. Dann erwirbt dieser Dritte nach Art. 112 Abs. 2 OR einen Anspruch zur Deckung seines eigenen Schadens. Dies kommt z.B. vor, wenn eine Rechtsschutzversicherung einen Anwalt für einen Versicherten mandatiert.<sup>57</sup>

#### 2. Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist grundsätzlich immer der beauftragte Anwalt.<sup>58</sup> Besteht ein Gesamtmandat an mehrere Anwälte ist bei einfachen Gesellschaften und Kollektivgesellschaften die Frage der Passivlegitimation speziell zu beachten. So hat das Zürcher Obergericht Anwaltskanzleien wiederholt als Kollektivgesellschaften qualifiziert mit der Folge, dass die Passivlegitimation der persönlich eingeklagten Partner abzulehnen war.<sup>59</sup> Umgekehrt hat das Bundesgericht das Nichteintreten bezüglich einer

Klage gegen eine Anwaltsgemeinschaft als Kollektiv geschützt und einen einzelnen Anwalt zur Verantwortung gezogen.<sup>60</sup> Es empfiehlt sich, vor Einreichen einer Klage gegen eine Anwaltssozietät ganz genau abzuklären, ob ein Gesamt- oder nur ein Einzelmandat besteht. Im Zweifelsfall muss wohl gegen das Kollektiv und gegen den einzelnen Anwalt gleichzeitig vorgegangen werden. Seit neuestem ist unter gegebenen Voraussetzungen auch der Zusammenschluss mehrerer Anwälte in Form einer juristischen Person zulässig.<sup>61</sup> In diesen Fällen ist letztere passivlegitimiert, sofern der Vertrag mit dieser eingegangen wurde. Ansonsten muss gegen den einzelnen Anwalt geklagt werden.

### IV. Versicherung

#### 1. Obligatorium

Art. 12 lit. f BGFA schreibt vor, dass Anwälte nach Massgabe der Art und des Umfangs der Risiken, die mit ihrer Tätigkeit verbunden sind, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen haben. Dabei hat die Versicherungssumme mindestens eine Million Franken pro Jahr zu betragen. Anstelle der Haftpflichtversicherung können andere, gleichwertige Sicherheiten erbracht werden. Da die Berufshaftpflichtversicherer nicht verpflichtet sind, mit den Anwälten einen Versicherungsvertrag abzuschliessen, kann das Versicherungsobligatorium im Ergebnis zur Streichung aus dem Register führen, wenn kein Versicherungsunternehmen eine Versicherung anbieten will. Dies kommt einem Berufsverbot gleich.<sup>62</sup> Findet ein Anwalt keinen Versicherer mehr – was wirklich in nur ganz seltenen Fällen vorkommen dürfte – besteht immerhin nach der nun überarbeiteten gesetzlichen Regelung<sup>63</sup> die Möglichkeit, sich nach alternativen, gleichwertigen Sicherheiten wie beispielsweise eine Bankgarantie, umzusehen. Solche Lösungen werden jedoch in der Regel viel teurer als die Prämien für eine Berufshaftpflichtversicherung und daher naturgemäss nur vereinzelt anzutreffen sein.

#### 2. Einfache Gesellschaft

Während ein Alleinpraktiker nur für sich eine Haftpflichtversicherung abschliesst, sind bei einer als einfache Gesellschaft ausgestalteten Bürogemeinschaft verschiedene Möglichkeiten denkbar. Jeder Gesellschafter kann für sich eine Berufshaftpflichtversicherung abschliessen. Jeder Einzelne wird in einer solchen Konstellation Versicherungsnehmer und Prämienschuldner.<sup>64</sup> Sodann können selbstverständlich alle Anwälte zusammen als einfache Gesellschafter einen Versicherungsvertrag abschliessen. Da der

51 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 558.

52 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 562.

53 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 557.

54 BGE 127 III 359; vgl. die Nachweise bei LUTERBACHER (Fn. 2), S. 31.

55 WALTER (Fn. 29), N 16.10.

56 Art. 562 OR und Art. 602 OR.

57 WALTER (Fn. 29), N 16.11.

58 RUOSS (Fn. 30), S. 90.

59 Vgl. die Hinweise auf diese Quellen und die Kritik an dieser Rechtsprechung bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 16), § 13 N 71.

60 BGE 124 III 363 ff.

61 ZR 2006 Nr. 71; Verfügung der Anwaltskommission des Kantons Obwalden vom 29. Mai 2006 (AKO 06/001/ab); Entscheid vom 31. März 2007 der Camera per l'avvocatura e il notariato de Tribunale d'appello des Kantons Tessin (18.220 763); FELLMANN (Fn. 7), S. 57 ff.

62 THIERRY LUTERBACHER, Die Berufshaftpflichtversicherung des Rechtsanwalts, in: Tagung der Winterthur Versicherungen vom 20. September 2006, Zürich 2006, S. 181.

63 Die neue Fassung von Art. 12 lit. f BGFA wurde am 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt.

64 LUTERBACHER, Berufshaftpflichtversicherung (Fn. 62), S. 187.

einfachen Gesellschaft keine Rechtspersönlichkeit zukommt, sind die den Versicherungsvertrag unterzeichnenden Anwälte zusammen als Personenmehrheit Versicherungsnehmer und Prämien-schuldner und nicht die einfache Gesellschaft selbst.<sup>65</sup> Eine weitere Variante besteht darin, dass nur ein Anwalt der einfachen Gesellschaft einen Versicherungsvertrag abschliesst und seine Kollegen als mitversicherte Personen namentlich in der Police aufgeführt werden. Man nennt diese Versicherung auf fremde Rechnung.<sup>66</sup> Mit einer solchen «Kanzleipolice» wird die Gesellschaftsform jedoch entgegen einer in Anwaltskreisen verbreiteten Meinung nicht in dem Sinne präjudiziert, als eine solche «Kanzleipolice» nun den Zusammenschluss der Anwälte als Kollektivgesellschaft qualifizieren würde. Ob eine einfache oder eine Kollektivgesellschaft vorliegt, bestimmt sich nicht nach der Ausgestaltung der Berufshaftpflichtversicherung, sondern zum einen nach dem Willen der Gesellschafter und zum anderen nach dem erweckten Rechtsschein im Aussenverhältnis.<sup>67</sup> Für den Fall, dass die zusammenarbeitenden Anwälte trotzdem als Kollektiv- und nicht als einfache Gesellschaft qualifiziert würden, empfiehlt es sich, im Versicherungsvertrag eine Klausel aufzunehmen wonach auch allfällige Ansprüche gegen die Kanzlei als Kollektivgesellschaft gedeckt sind.

In der Praxis ist bei Sozietäten, die als einfache Gesellschaft ausgestaltet sind, oft zu beobachten, dass jeder dort tätige, selbständige Rechtsanwalt eine eigene Berufshaftpflichtversicherung – sei es bei der gleichen oder bei einer anderen Versicherungsgesellschaft – für sich abgeschlossen hat. Die Versicherungen sind an solchen Konstellationen wenig interessiert, weil sie befürchten, Leistungen für ihren Versicherungsnehmer erbringen zu müssen, der selber direkt nicht fehlerhaft gehandelt hat, jedoch wegen Art. 544 Abs. 3 OR solidarisch für seinen bei einer anderen Versicherung versicherten Gesellschafter mithaftet. Dafür hat die Versicherung keine Prämien eingenommen. Deshalb gehen die Versicherer dazu über, in solchen Konstellationen jeweils die Deckung für solidarische Haftung auszuschliessen. Zudem ist die geschilderte Konstellation auch für den Anwalt in einer solchen einfachen Gesellschaft nicht risikolos. Es wurde weiter oben schon dargetan, dass die Abgrenzung der einfachen Gesellschaft zur Kollektivgesellschaft bei Anwaltskanzleien schwierig ist.<sup>68</sup> Eine Sozietät, die nach aussen als Kollektivgesellschaft auftritt, muss sich zivilrechtlich darauf behaften lassen.<sup>69</sup> Ergibt sich, dass eine Kollektivgesellschaft vorliegt, haftet jedenfalls primär diese und nicht der einzelne Gesellschafter.<sup>70</sup> Falls für die Haftung der Kollektivgesellschaft kein Versicherungsvertrag abgeschlossen wurde, sondern nur für die Haftung des einfachen Gesellschafters, würde ein Versicherungsschutz für die Verpflichtungen der Kollektivgesellschaft daher entfallen.

65 LUTERBACHER, Berufshaftpflichtversicherung (Fn. 62), S. 188.

66 LUTERBACHER, Berufshaftpflichtversicherung (Fn. 62), S. 188.

67 BGE 124 III 363 ff.

68 Vgl. oben II.3.

69 FELLMANN (Fn. 7), S. 37.

70 Art. 567 OR.

### 3. Kollektivgesellschaft

Grössere Anwaltssozietäten treten gegen aussen meistens als Kollektivgesellschaft auf. In aller Regel werden sie als solche auch einen Versicherungsvertrag abschliessen. Versicherungsnehmerin ist in diesen Fällen dann immer die Kollektivgesellschaft. Die einzelnen Anwälte als Mitglied der Kollektivgesellschaft sind nicht Versicherungsnehmer. Durch die Unterzeichnung des Versicherungsvertrages wird die Kollektivgesellschaft verpflichtet und berechtigt.<sup>71</sup> Im Versicherungsvertrag ist umschrieben, wer alles versichert ist.

### 4. Juristische Personen

Aus Sicht der Versicherung ist es grundsätzlich unproblematisch, ob eine Anwaltsgemeinschaft in der Form einer juristischen Person gekleidet ist. Als solche ist sie rechtsfähig und kann Versicherungsverträge abschliessen. Wichtig ist, dass nicht nur die juristische Person als Versicherungsnehmerin und Prämienzahlerin im Versicherungsvertrag aufgeführt wird, sondern ebenso sämtliche Anwälte, die in der Sozietät arbeiten, im Versicherungsvertrag namentlich erwähnt sind. So besteht die Gewähr, dass auch in Fällen, in denen nicht nur die Haftpflicht der juristischen Person, sondern auch die Haftpflicht eines einzelnen angestellten Anwaltes zur Diskussion steht, Versicherungsschutz für alle in der Police aufgeführten Personen besteht. Dies kann bei Einzelmandaten vorkommen oder bei Haftung für falsche Auskunft. Aus Sicht der Versicherung stellt daher die körperschaftliche Organisationsform einer Anwaltsgemeinschaft grundsätzlich keine Schwierigkeit dar. Sollte allerdings die versicherte juristische Person wegen eines Fehlverhaltens eines bei ihr angestellten Anwaltes, der über dieselbe Police versichert ist, Schadenersatz geleistet haben und diesen Anspruch gestützt auf Art. 321 e OR auf den fehlbaren Anwalt überwälzen wollen,<sup>72</sup> wäre dieser nicht gedeckt. Es handelt sich um einen nicht versicherten Eigenschaden. Weil sämtliche versicherten Personen einander gleichgestellt sind, ist die Lage so, wie wenn die juristische Person als Versicherungsnehmerin gegen sich selber Ansprüche erheben würde.<sup>73</sup>

## V. Schlussbemerkungen

Schliessen sich mehrere Anwälte zusammen, ist insbesondere darauf zu achten, dass der Unterscheidung zwischen einfacher Gesellschaft und Kollektivgesellschaft und den rechtlichen Konsequenzen genügend Bedeutung geschenkt wird. Gründet eine Anwaltsgemeinschaft eine juristische Person, ist die persönliche Haftung von angestellten Anwälten nicht ausgeschlossen. Unabhängig davon, in welcher Rechtsform die Anwaltssozietät ausgestaltet ist, empfiehlt es sich, nicht nur die Gesellschaft als solche, sondern auch immer noch sämtliche Anwälte einzeln mit Namen in der Police als mitversicherte Personen aufzuführen.

71 Art. 567 OR.

72 DU PASQUIER/FISCHER (Fn. 6), S. 562.

73 LUTERBACHER, Berufshaftpflichtversicherung (Fn. 62), S. 228 f.

Jörg Zumstein\*

## Es gilt das gesprochene Wort

**Stichworte:** Diktieren, digitales Diktieren, Büroorganisation, Spracherkennung

### I. Analyse des Grundproblems

Generationenwechsel beim Diktat: Evaluation und Einführung eines digitalen Diktiersystems in einer Anwaltskanzlei mit Notariat.

Auf den 1. Januar 2008 schlossen sich insgesamt acht Konsulenten und Partner zur Kanzlei «von ins/wyder/zumstein» zusammen. Bei diesem Projekt waren mannigfache organisatorische Aspekte nicht nur zu erkennen, sondern zu regeln, ja sogar zu lösen. Eine der wenigen Fragen, welche weder erkannt, noch behandelt wurden, betraf die Erarbeitung von Korrespondenzen. Wohl galt es als selbstverständlich, dass neben eigener Fingerfertigkeit der Partner an technischen Schreibgeräten ein «Diktiersystem» vorhanden sei. Niemand machte sich jedoch auch nur im Ansatz Gedanken darüber, die Übereinstimmung von Sprechgeräten, Tonbändern und Abspielgeräten, ja auch nur von Netzgeräten, im Gesamtsystem zu überprüfen.

Es folgte, was folgen musste: Die wenigen Tonbänder, welche qualitativ gut verständliche Aufnahmen ermöglichten, liessen sich nicht auf allen Handgeräten besprechen oder auf allen Abspielgeräten verarbeiten. War also die Mühsal der Suche nach passenden Gerätekombinationen bei planbaren Korrespondenzen und Rechtsschriften noch halbwegs vertretbar, so wurde die entsprechende Suche bei dringlicheren Schriften zunächst eine Zumutung, bevor die Zustände schlicht unzumutbar wurden.

Bei der Suche nach einem Ersatz musste von den Anwendern eines Diktiersystems zunächst der Grundsatz geklärt werden, ob ein Bedürfnis danach überhaupt bestünde, da jeder Arbeitsplatz mit einem eigenen Computersystem bestückt ist. Dabei erwies sich, dass selbst in jener Generation, die mit Computern aufgewachsen ist, das Diktieren immer noch eine wirksame Unterstützung sein kann. Insbesondere kurze Briefe, Telefon- oder Aktennotizen sind häufig schneller und zeitgerechter erarbeitet, wenn sie diktiert werden können. Aber auch komplexere Schriftsätze sind häufig strukturierter und flüssiger verfasst, wenn sie diktiert werden können.

### II. Grundsatzentscheid

Nach diesen Erkenntnissen stellte sich die Frage nach der Wahl des Systems. Schnell war klar, dass es nur ein digitales System sein kann – analoge mit Tonbändern gibt es nicht mehr. Weiter galt es zu entscheiden, ob ein System mit automatischer Spra-

cherkennung und damit Umsetzung in geschriebenem Text zu beschaffen sei.

Dagegen sprachen drei Faktoren:

1. Die (zugegebenermassen vermutete) technische Komplexität und der (ebenso vermutete) hohe Aufwand, die persönliche Spracherkennung zu schulen.
2. Fehlende Erfahrungen von Berufskolleginnen und Berufskollegen in der erfolgreichen Anwendung eines solchen Systems.
3. Und vor allem: Die Notwendigkeit, einmal erfassten Text durch Mitarbeitende überprüfen lassen zu müssen sowie diesen Text auch noch ansprechend zu gestalten.

Insgesamt erschien die Option der automatischen Spracherkennung und Umsetzung mindestens zur Zeit als zu kosten- und zeitaufwendig, als dass sich eine vertiefte Auseinandersetzung damit gerechtfertigt hätte.

### III. Wahl des Produkts

Aus welchen Gründen die Wahl auf das Produkt «Frisbee» des Anbieters Calison (früher: Dictaphone, heute: iSpeech AG, [www.ispeech.ch](http://www.ispeech.ch)) fiel, lässt sich nicht mehr eruieren. Verschiedene Gründe dürften dazu beigetragen haben, welche nachfolgend aufgelistet werden, ohne dass die Abfolge der Hinweise auf die Gewichtung schliessen lassen würde:

- Name des Produkts,
- Auswahl verschiedener Geräte-Optionen,
- Verständlichkeit der Offerte,
- Präsentation durch den Mitarbeitenden des Anbieters,
- Erläuterung der Funktionsweise,
- Preisverhältnisse.

### IV. Systemaufbau

Die Hardware ist denkbar einfach: Wer diktiert, hat ein handliches Sprechgerät; wer schreibt, hat Kopfhörer und eine Pedalerie. Das System setzt weiter ein Netzwerk voraus, weil die erfassten Diktate innerhalb des Netzwerkes übertragen, gespeichert und an den einzelnen Stationen abgerufen werden. Das Umwandeln der Daten wird von der Software übernommen; ausreichend ist, das besprochene Handgerät in die Dockingstation einzulegen, welche gleichzeitig als praktischer Aufbewahrungsort des Handgerätes, als Ladestation (jajawohl, das Handgerät ist akkubetrieben!) und eben als Schnittstelle für die Datenübermittlung dient.

\* Jörg Zumstein ist Fürsprecher und Partner der Kanzlei «von ins/wyder/zumstein».

## V. Installation und Schulung

Der Systemlieferant benötigt während eines von der Anzahl der vorgesehenen Geräte abhängigen Zeitraums Zugang zum Netzwerk, in unserem Fall ca. eine Stunde. Dort wird die zentrale Software installiert, sie wird weiter auf jeder PC-Arbeitsstation, welche vom Sprechenden oder Schreibenden bedient wird, installiert. An jenen Arbeitsplätzen, an welchen Diktiergeräte zum Einsatz gelangen, werden diese über die genannten Dockingstations installiert. Wo die Diktate verarbeitet werden, sind schliesslich die Pedalerien und Kopfhörer zu installieren. Damit ist das System bereit für die Schulung und den Gebrauch.

Die Schulung erfolgt zweigeteilt für die Sprechenden und für die Schreibenden. Die Schulung der Sprechenden, deren technische Kompetenzen einer Gauss'schen Normverteilung folgt, dauerte eine halbe Stunde. In dieser Zeit wurden die Grundfunktionen der Diktiergeräte vermittelt; eine Nachschulung war nicht mehr nötig. Diese kurze Schulungsdauer ist eine direkte Folge des sehr einfachen Geräteaufbaus, welcher in der Funktionsweise weitgehend gleich aufgebaut ist, wie die bestbekanntesten früheren «Dictaphone»: Schiebetaste, Vor- und Rücklauf, Lautstärkereglung.

Neuen «Digitaldiktierern» muss nur vermittelt werden, dass digitales Diktieren eben wesentlich mehr kann als nur Tonbänder füllen: So lassen sich ganze Textblöcke nachträglich dort einfügen, wo sie hingehören (früher war nur ein Überspielen des bereits Diktierten möglich), zudem lassen sich Textmarken anbringen.

Die Schulung der Schreibenden ging ähnlich kurz vonstatten. Hier galt es, das Abrufen der in einem zentralen Datenpool gesammelten Diktate und das Verwalten des bereits Geschriebenen zu vermitteln. Der Gebrauch von Kopfhörern und Pedalen war allen bereits vertraut.

## IV. Was ist nun neu und besser?

Am neuen System ist eigentlich nichts neu. Diese triviale Feststellung ist durchaus positiv zu werten. Der Vorgang des Diktierens ist vertraut, das System verlangt keine diesbezüglichen Verhaltensänderungen beim Sprechenden. Wesentlich besser ist hingegen die technische Verfügbarkeit des Systems, ebenso die Tonqualität.

## VII. Highlights

Ein eigentliches Highlight ist die Möglichkeit, dringende Diktate zu priorisieren. Eilige Korrespondenzen können mit einer (leider verführerisch) leichten Tastenfunktion so gekennzeichnet werden, dass sie im Pool der zu schreibenden Diktate klar als Prioritäten erkennbar sind. Für ein Sekretariat, welches mehreren Partnern zur Verfügung steht, wird damit der Überblick über die zu bewältigenden Aufgaben stark vereinfacht.

Weil im Datenpool nicht nur die Prioritäten der verschiedenen Diktate erkennbar sind, sondern auch deren jeweilige Länge, ist auch die Planbarkeit der Arbeiten stark vereinfacht worden.

Schliesslich gibt es auch die Möglichkeit, die Diktate als «Brief», «Vertrag» oder «Rechtsschrift» zu deklarieren. Damit ist klar erkennbar, dass beispielsweise eine als priorisiert gekennzeichnete Rechtsschrift ohne Zweifel eine fristbewehrte Arbeit darstellt, welche möglichst umgehend zu erledigen ist, dieweil ein nicht priorisierter Vertrag in der Reihenfolge der Arbeiten zurückgestellt werden könnte.

## VIII. Zusammenfassung

In einer Kanzlei, deren Partner in der forensischen und beratenden Advokatur, im Notariat und in der Wirtschaftsmediation arbeiten, ist die Arbeitstechnik des Diktats auch heute aktuell. Das neue digitale System hat uns die vertrauten und bewährten Arbeitsweisen belassen. Zusätzlich haben wir Hilfsmittel gewonnen, welche die Bewältigung der anfallenden Aufgabe für das schreibende Personal erleichtert haben. Die technische Zutrittschwelle ist selbst für Personen, die Anzeichen von Technophobie aufweisen, leicht zu meistern. Es zeigt sich, dass das Verfassen und erfolgreiche Versenden einer SMS-Nachricht komplizierter ist, als mit «Frisbee» zu diktieren.

Zu den Kosten ist festzuhalten, dass diese durchaus fair im Sinne von angemessen erscheinen: Das System läuft derart stabil, dass seit seiner Erstinstallation keine Interventionen des Lieferanten mehr notwendig waren, die Geräte funktionieren alle zuverlässig und zeigen auch nach zehn Monaten intensiven Gebrauchs keine Schwächezeichen. Die Einführung des digitalen Systems in unserer Kanzlei hat sich damit nach Auffassung aller Anwender bestens bewährt. Und sollte tatsächlich jemand so verwegen sein, die Spracherkennung aktivieren zu wollen: Auch dafür wäre das System vorbereitet! ■

Stephan Neidhardt\*

## Spürbare Effizienzsteigerung durch digitales Diktieren

**Stichworte :** Digitales Diktieren, Büroautomation, Open Standards, Prozessoptimierung, IT, Anwenderfreundlichkeit

Im Zeitalter der digitalen Kommunikation spielt das Diktat in digitaler Form eine wichtige Rolle zur Steigerung von Produktivität und Effizienz in der Unternehmung. Die Anwaltskanzlei Walder Wyss & Partner AG in Zürich berät nationale und internationale Klienten aus allen Wirtschaftszweigen. Diktate gehören hier zum Alltag, um die umfangreichen Dossiers und die Korrespondenz mit den Klienten zeitgerecht und kostengünstig bewältigen zu können. Die Kanzlei hat den Wechsel von den analogen Diktiergeräten zum digitalen Diktieren vollzogen. Die Abläufe haben sich dadurch wesentlich vereinfacht, das Diktieren «ausser Haus» ist möglich geworden und auch die Assistentinnen empfinden ihre Arbeit als angenehmer.

Die Kanzlei benutzte analoge Diktiergeräte, deren Kassetten in den Sekretariaten mit Hilfe eines Abspielgerätes abgehört und die Diktate in Text umgesetzt wurden. Wie viele andere Unternehmen kämpften auch die Zürcher Anwälte gegen die Unzulänglichkeiten analoger Diktiersysteme: Kassetten müssen physisch transportiert werden, können beschädigt werden oder verloren gehen und die Tonqualität ist oft schlecht. Darüber hinaus erreichten die analogen Systeme mit der Zeit das Ende ihrer Lebensdauer. Die Reparaturkosten wurden inakzeptabel hoch, vom Produktivitätsverlust der Anwälte aufgrund defekter Geräte ganz zu schweigen.

### I. Entscheidung nach Pilotinstallation

Von Anfang an war klar, dass nur eine digitale Lösung den künftigen Anforderungen gerecht werden könnte. Unser IT-Team stellte die Muss-Kriterien für die neue Lösung auf. So sollte die Bedienung für die Benutzer so einfach sein wie bisher und sich von der analogen Lösung möglichst wenig unterscheiden. Darüber hinaus legte das IT-Team fest, dass die bereits vorhandene Infrastruktur genutzt und die Lösung zentral verwaltet werden müsse. Das Datei-Management sollte serverbasiert erfolgen.

Nach einer Pilotinstallation, in die zwei Anwälte, das dazugehörige Sekretariat sowie die IT eingebunden wurden, und nach intensiven Tests, die auch externes Diktieren und die Übertragung der Sprachdateien an das Sekretariat beinhalteten, fiel die Entscheidung zugunsten der angebotenen netzwerkbasiernten Diktatlösung von WinScribe, realisiert durch Voicepoint.

Installation sowie Einführung und Schulung konnten nach knapp drei Wochen bereits abgeschlossen werden. Die Anwender der serverbasierten Lösung (Autoren und Sekretariate) sind nach Business-Gruppen organisiert, wobei jede Gruppe ihre Dik-

tate an ein oder mehrere vordefinierte Sekretariate übermittelt. Die neue Lösung wurde in die bestehende IT-Infrastruktur eingebunden. Für den externen Zugriff setzten unsere Informatiker auf eine bestehende SSL-VPN-Lösung, die einen sicheren standort-unabhängigen Zugriff auf die Anwendungen bieten.

### II. Geringer Schulungsaufwand

Die Schulung auf die neue Lösung benötigte nur wenig Zeit, da während der Einführung grösster Wert auf Einfachheit gelegt wurde. Gegenüber der «analogen Zeit» sollte sich für die Benutzer möglichst wenig ändern. Die Sekretariate wurden während der Installation an den Arbeitsplätzen eingeführt, und auch für die Anwälte reichten zehn Minuten, um sie im Umgang mit den neuen digitalen Diktiergeräten zu schulen und ihnen die Übertragung der Sprachdateien zu erläutern.

Für Violdiktierer ist dabei wichtig, dass sich die Diktatdateien in bis zu sieben Ordnern organisieren lassen. Damit geht auch Violdiktierern nicht die Übersicht verloren. Nach einem Diktat wird das Gerät auf die Dockingstation gestellt und eine so genannte Importer-Software sorgt automatisch für die Übertragung der Sprachdatei an das zugewiesene Sekretariat.

### III. Abläufe wesentlich vereinfacht

Die Abläufe haben sich in unserer Kanzlei, verglichen mit der analogen Zeit, wesentlich vereinfacht. Vor allem das externe Diktieren ist sehr viel einfacher geworden, da die Übertragung der Diktate per Laptop kein Problem ist. Digitales Diktieren ist so einfach, dass nicht nur Schriftsätze, sondern auch E-Mails per Sprache erledigt werden können.

Geht ein Diktat im Sekretariat ein, werden die Mitarbeiter per Pop-up-Fenster informiert. Die Bearbeitung des Diktats übernimmt die dem jeweiligen Anwalt zugeordnete Assistentin. Sollte sie nicht verfügbar sein, kann jede andere Assistentin aus dem jeweiligen Sekretariat (Schreibpool) die Arbeit übernehmen. Die fertig bearbeiteten Diktate werden manuell durch die Assistentin als «abgeschlossen» gekennzeichnet.

Digitales Diktieren hat den Workflow in unserer Kanzlei wesentlich vereinfacht, insbesondere bei den externen Diktaten. Die Lösung entspricht unseren hohen Sicherheitsanforderungen und erfüllt entsprechende Standards. Der vereinfachte Workflow führte zu einer deutlichen Verkürzung der Durchlaufzeiten eines Diktats und damit zu einem verbesserten Kundenservice. Aus wirtschaftlicher Sicht haben die Effizienzgewinne zu einer höheren Produktivität und interessanten Kosteneinsparungen in der Administration geführt. ■

\* Rechtsanwalt und Partner bei Walder Wyss & Partner AG, Zürich.

## ■ Verfassungsrecht/droit constitutionnel (I)

### Art. 29 Abs. 2 und 31 Abs. 3 BV; rechtliches Gehör, Untersuchungshaft

Dem Gesagten zufolge verzichtete der Beschwerdeführer unterschrieben auf persönliche Anhörung vor dem Haftrichter. Dieser Verzicht beinhaltete aber nicht auch den Verzicht auf schriftliche Stellungnahme und Einsicht in die Haftakten durch den Rechtsverteidiger des Beschwerdeführers. Ein solcher Verzicht liesse sich aus der Formulierung des Verzichts auf Seite 3 des Haftantrags («Ich verzichte ausdrücklich auf eine Anhörung durch den Haftrichter.») jedenfalls nicht ableiten. Im Gegenteil äusserte sich der Rechtsanwalt des Beschwerdeführers gemäss unbestritten gebliebenen Behauptungen mehrmals dahingehend, zum Haftantrag schriftlich Stellung nehmen und vorgängig Akteneinsicht nehmen zu wollen. Der Haftrichter hätte den Entscheid über die Anordnung der Untersuchungshaft deshalb nicht treffen dürfen, ohne dem Beschwerdeführer resp. seinem Rechtsvertreter vorgängig die Gelegenheit eingeräumt zu haben, sich zum Haftantrag der Staatsanwaltschaft schriftlich zu äussern und Einsicht in die Haftakten zu nehmen. Aufgrund dieser Unterlassung hat der Haftrichter die Rechte des Angeschuldigten aus § 61 Abs. 1 StPO resp. dessen Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 31 Abs. 3 und Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt.

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B\_23/2009, 16.2.2009, X. c. Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl und Bezirksgericht Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

## ■ Verwaltungsrecht/Droit administratif (II)

### Interprétation littérale et changement de jurisprudence

En l'occurrence, l'interprétation littérale ne permet pas d'aboutir à un résultat clair, l'indication précise de la durée de la mise à l'enquête publique (trente jours) étant relativisée par la locution adverbiale «en règle générale». Il s'agit dès lors d'examiner les travaux préparatoires. 2.3.1 La seconde phrase de l'ancien art. 12a al. 1 LPN a été introduite lors de l'adoption de la loi fédérale du 18 juin 1999 sur la coordination et la simplification des procédures de décision (RO 1999 3071 ss). Elle ne figurait cependant pas dans le texte du projet de loi du Conseil fédéral (FF 1998 2221 ss), mais a été introduite au stade des débats parlementaires sur proposition de la Conseillère nationale Nabholz (BO 1999 CN 57–58). En l'absence de message du Conseil fédéral ou de prises de position écrites émanant des commissions législatives, il y a lieu d'examiner les déclarations des parlementaires et plus particulièrement celles de l'auteur de la seconde phrase de

l'art. 12b al. 1 LPN. La Conseillère nationale Nabholz a présenté sa proposition en rappelant tout d'abord que lors de la révision de la LPN entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1996, le Conseil fédéral avait renoncé à introduire un délai pour la durée de la mise à l'enquête publique, afin de ne pas empiéter sur la souveraineté cantonale (BO 1999 CN 57). Dans son message, il avait cependant relevé qu'«en obligeant les autorités à fixer un délai d'opposition raisonnable, on entend garantir que l'exercice du droit de recours ne soit pas entravé par des délais trop brefs. Eu égard au nombre relativement élevé de projets pouvant faire l'objet d'un recours et aux possibilités restreintes des organisations habilitées à recourir, le délai ne devrait en principe pas être inférieur à trente jours» (Message concernant la révision de la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 26 juin 1991, FF 1991 III 1156 ch. 22). La Conseillère nationale Nabholz a ensuite illustré ses propos en relevant la rigueur du système du droit valaisan si l'on combine les délais et les modalités d'exercice de l'opposition (notamment lorsque la mise à l'enquête publique débute un vendredi et que le délai de dix jours compte ainsi deux week-ends ou lorsque les heures d'ouverture des guichets des administrations communales sont limitées à quelques heures par semaine). (. . .) La proposition de la Conseillère nationale Nabholz n'en fut pas moins adoptée par le Conseil national à 76 voix contre 58, dans la forme proposée. Il faut en déduire que ledit Conseil n'a pas tenu pour décisive l'argumentation des opposants à la proposition et a voulu exclure les délais d'opposition cantonaux excessivement brefs, soit ceux inférieurs à vingt jours (. . .) Ainsi, l'analyse des travaux préparatoires montre que le législateur a introduit la locution «en règle générale» dans le but de ne pas conférer une portée absolument contraignante à la norme en cause, tout en excluant ainsi les délais inférieurs à vingt jours. Au surplus, de manière générale, la doctrine récente en matière de procédure administrative fédérale se montre critique à l'encontre des délais inférieurs à vingt jours (Patrick Sutter, in Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008, n° 9 ad art. 30a al. 2 PA). Dans ces conditions et pour des motifs de sécurité du droit, il y a lieu de retenir que l'art. 12b al. 1 LPN interdit les délais cantonaux, respectivement de mise à l'enquête publique et d'opposition, inférieurs à vingt jours.

L'arrêt attaqué instaure une nouvelle solution jurisprudentielle, considérant que le précédent raisonnement «tablait sur une prémisse erronée» qui ne correspondait ni à la volonté du législateur ni au texte de la seconde phrase de l'art. 12b al. 1 LPN. Ce changement de jurisprudence repose ainsi sur des motifs objectifs tirés à la fois du texte de la norme et de sa genèse, qui suffisent à justifier la nouvelle interprétation. Par ailleurs, on peut concevoir qu'en abrégeant le délai pour déposer une oppo-

Diese Rubrik enthält eine Auswahl der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts unter Berücksichtigung von nicht zur Publikation vorgesehenen Entscheiden, von Änderungen und Präzisierungen der Rechtsprechung sowie von Entscheiden der kantonalen Gerichte und des Europäischen Gerichtshofes. Die Kurzfassungen werden jeweils in der Originalsprache des Urteils wiedergegeben.

Cette rubrique contient une sélection de la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances tenant compte des décisions dont la publication n'est pas prévue, des changements de la jurisprudence, des décisions apportant une précision à la jurisprudence, ainsi que des décisions des tribunaux cantonaux et de la Cour de justice des Communautés européennes. Les résumés sont rédigés dans la langue originale du jugement.

sition, l'autorité empêche en définitive le justiciable de faire valoir ses droits, alors qu'il eût été en mesure de les invoquer en temps utile s'il avait connu la nouvelle jurisprudence. Le recourant n'avait en outre aucune raison de penser que le Tribunal cantonal reviendrait sur son arrêt du 2 juin 2003. Dès lors, le principe de la bonne foi commandait audit tribunal d'avertir préalablement les justiciables de son changement de jurisprudence ou à tout le moins de ne pas les empêcher de faire valoir leurs droits dans le cas particulier. Par conséquent, le recourant doit être mis au bénéfice de la pratique retenue par le Tribunal cantonal dans son arrêt du 2 juin 2003, dès lors qu'aucune information sur un changement à ce sujet n'a été donnée. Dans ces conditions, le prononcé d'irrecevabilité pour tardiveté viole le droit à la protection de la bonne foi. Le recours doit être admis pour ce dernier motif et l'autorité cantonale doit admettre à titre exceptionnel que l'opposition a été formée en temps utile.

(1<sup>re</sup> Cour de droit public, 1C\_383/2008, 21.1.2009, WWF Suisse c/ Association Les Amis de la Passerelle etc.; arrêt publié dans le RO [135 II 78]. – condensé Bû)

#### **Art. 30 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 40 Abs. 1 lit. a VGG; öffentliche Verhandlung**

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Strassburger Organe anerkennt, dass auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet werden kann. Der Verzicht muss – ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt – eindeutig und unmissverständlich sein. Ein Verzicht wird insbesondere angenommen, wenn kein Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung gestellt wird, obwohl das Gericht in der Regel nicht öffentlich verhandelt (vgl. BGE 127 I 44 E. 2 e/aa S. 48; 122 V 47 E. 2 d S. 52 mit zahlreichen Hinweisen). Diese Konstellation liegt hier nicht vor, haben doch die Beschwerdeführer in ihrer Stellungnahme vom 7. Januar 2008 nicht bloss um einen Augenschein, sondern ausdrücklich um eine «Beschwerdeverhandlung mit Augenschein vor Ort» ersucht (vgl. Art. 40 Abs. 1 lit. a VVG). Das Bundesverwaltungsgericht vertritt in seiner Vernehmlassung den Standpunkt, die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung könne nicht im Rahmen eines Beweisantrages verlangt werden. Gründe für eine solche Einschränkung sind nicht ersichtlich. Auch Art. 40 VGG macht diesbezüglich keine Vorbehalte. Ebenso wenig liegen besondere Gründe vor oder wurden solche geltend gemacht, die einer öffentlichen Verhandlung entgegenstehen könnten (vgl. BGE 122 V 47 E. 3 b S. 55 ff. mit Hinweisen). Mit Blick auf den Grundsatz von Treu und Glauben kann nicht angenommen werden, die Beschwerdeführer hätten durch ihr Verhalten im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet.

Der Verzicht des Bundesverwaltungsgerichts auf eine öffentliche Verhandlung stellt einen Verfahrensmangel dar, der nicht im bundesgerichtlichen Verfahren behoben werden kann, sondern zur Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz zur Durchführung einer öffentlichen Verhandlung und zu neuer Entscheidung führt (Art. 107 Abs. 2 BGG).

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1C\_386/2008, 29.1.2009, Gemeinde Riniken et al. c. NOK und Bundesverwaltungsgericht; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

#### **Art. 89 al. 1 LTF; examen abstrait d'une norme cantonale**

En vertu de l'art. 89 al. 1 LTF, peut former un recours en matière de droit public quiconque est particulièrement atteint par l'acte normatif attaqué (lettre b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (lettre c). Lorsque le recours est dirigé, comme en l'espèce, contre un acte normatif cantonal, la qualité pour recourir appartient à toute personne dont les intérêts sont effectivement touchés par l'acte attaqué ou pourront l'être un jour; une simple atteinte virtuelle suffit, à condition toutefois qu'il existe un minimum de vraisemblance que le recourant puisse un jour se voir appliquer les dispositions contestées (ATF 131 I 291, 124 I 11, 122 I 70). Il suffit en outre que l'intérêt digne de protection soit factuel, à la différence de ce qui prévalait sous l'empire de l'art. 88 OJ (ATF 133 I 286).

Les décisions relatives à l'effet suspensif font partie des mesures provisionnelles. Elles n'ont d'effet ni sur l'existence d'une voie de recours sur le fond, ni sur les conditions de recevabilité de celle-ci, et sont par ailleurs en principe soustraites au champ d'application de la CEDH (ATF 129 I 103; 118 Ia 473). En ce sens déjà, l'argumentation des recourants, fondée sur les différentes dispositions relatives au droit d'accès à une autorité judiciaire, apparaît sans fondement. Selon l'art. 51 al. 1 LPJA, le recours administratif bénéficie en principe de l'effet suspensif; celui-ci peut cependant être retiré «pour de justes motifs», puis restitué – d'office ou sur requête – par l'autorité de recours (art. 51 al. 2 et 3 LPJA; cf. également l'art. 55 al. 1 à 3 PA). Dans cette hypothèse, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, elle n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185; 110 V 40; 106 Ib 115), et tenir compte de l'issue probable de la cause si celle-ci est clairement prévisible (ATF 129 II 286; 106 Ib 115). Les «justes motifs» au sens de l'art. 51 LPJA sont des raisons convaincantes qui découlent d'une soigneuse pesée des intérêts publics et privés en présence, en tenant compte en particulier du principe de la proportionnalité. L'exécution de la décision entreprise ne peut être ordonnée, en dérogation à la règle générale de l'art. 51 al. 1 LPJA, qu'après une appréciation consciencieuse des circonstances de la cause. Quant à l'art. 51 al. 2 LPJA, il doit être interprété de manière à tenir compte, si nécessaire, des spécificités du domaine de droit public concerné (arrêt 2C\_490/2007 du 15 octobre 2007). La nouvelle réglementation n'apporte pas de changement sur ce point.

Les recourants craignent qu'un recours ne devienne sans objet au cas où la décision attaquée aurait déjà été exécutée. Cela serait rendu possible par le fait que la demande de restitution de l'effet suspensif n'est plus elle-même assortie d'un effet suspensif automatique. Le législateur a toutefois tenu compte de ce risque en exigeant que la demande de restitution soit traitée sans délai. Il est par ailleurs possible à l'autorité saisie de pallier

cette absence d'effet suspensif, lorsque cela apparaît nécessaire, en ordonnant, d'office ou sur requête, les mesures provisionnelles nécessaires au maintien de la situation ou à la sauvegarde des intérêts compromis (art. 28 a LPJA). La loi cantonale confère ainsi à l'autorité de recours un pouvoir de décision suffisant pour permettre d'éviter, lorsqu'il y a lieu, qu'un recours ne devienne sans objet en raison de l'exécution prématurée de la décision attaquée. La responsabilité qu'encourt une autorité qui retire arbitrairement l'effet suspensif, qui refuse arbitrairement de restituer ou tarde à le faire (art. 51 al. 5 LPJA), constitue également une protection contre les abus que les recourants semblent redouter. La modification législative est ainsi susceptible d'une interprétation et d'une application conformes au droit supérieur.

(I<sup>re</sup> Cour de droit public, 1C\_435/2008, 6.2.2009, A., B., C. / Grand Conseil VS; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

### Prise en charge des honoraires d'avocat selon la LAVI

L'objet du litige se limite à déterminer si le recourant peut être mis au bénéfice de la solution exceptionnelle retenue dans l'ATF 133 II 361. Si tel ne devait pas être le cas, l'intéressé estime que les victimes induites en erreur dont la cause n'a été tranchée par le Tribunal administratif qu'après la publication de l'arrêt précité seraient injustement défavorisées (cf. arrêt 1C\_96/2008 du 6 août 2008). Il ressort clairement du considérant 3.4 de l'ATF 133 II 361 que c'est la confusion que l'ATF 131 II 121 a pu créer chez les victimes qui constitue le critère déterminant pour permettre de renoncer à l'application immédiate de la nouvelle précision de jurisprudence. En l'espèce, il est patent que l'ATF 133 II 361 n'avait pas encore été publié lorsque les autorités pénales ont statué sur les dépens et lorsque le recourant a attaqué l'ordonnance de l'Instance LAVI auprès du Tribunal administratif. Dans ces circonstances, il ne se justifie pas de traiter le recourant différemment de la victime dont la cause a donné lieu à l'ATF 133 II 361. Par conséquent, il s'agit à nouveau, à titre exceptionnel, de renvoyer la cause à l'Instance LAVI afin qu'elle examine si les frais d'avocat que le recourant fait valoir couvrent l'activité strictement nécessaire à la défense de ses droits et qu'elle statue à nouveau sur la demande d'indemnisation à l'aune de la portée qui pouvait être donnée à l'ATF 131 II 121. L'autorité cantonale veillera en outre à respecter les principes qui ont été rappelés au considérant 6 de l'ATF 133 II 361.

(I<sup>re</sup> Cour de droit public, 1C\_411/2008, 19.2.2009, A. / Instance d'indemnisation de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) GE; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

### ■ Zivilrecht und SchKG/Droit civil et poursuite pour dettes et faillite (III)

#### Art. 281 CC; Décision incidente, mesures provisionnelles, action alimentaire

Les mesures provisoires prises, en faveur d'un enfant majeur, sur la base de l'art. 281 CC se distinguent des mesures de régle-

mentation que sont les mesures provisoires ordonnées pour la durée de la procédure de divorce (art. 137 al. 2 CC). Alors que celles-ci sont définitivement acquises (ATF 130 I 347 consid. 3.2; 128 III 121 consid. 3 c/bb p. 123) et que la décision qui les ordonne constitue, dès lors qu'elle met fin à l'instance sous l'angle procédural et a un objet différent de celui de la procédure (de divorce) au fond, une décision finale au sens de l'art. 90 LTF (ATF 134 III 426 consid. 2.2 et les arrêts cités), les mesures provisoires ordonnées en faveur d'un enfant majeur en vertu de l'art. 281 CC sont des mesures d'exécution anticipée de ce qui est demandé au fond (ATF 117 II 127 consid. 3 c; arrêt 5P.409/1996 du 20 décembre 1996 consid. 4 b), ce qui implique le remboursement des contributions d'entretien versées à titre provisoire en cas de rejet de l'action au fond (Hegnauer, Commentaire bernois, n. 44 s. ad art. 281–284 CC; Fabienne Hohl, Procédure civile, t. II, n. 2852), et la décision qui les ordonne constitue, dès lors qu'elle est prise pendant la procédure principale et pour la durée de celle-ci, une décision incidente au sens de l'art. 93 LTF. En vertu de l'art. 93 al. 1 let. a LTF, les décisions incidentes ne peuvent faire l'objet d'un recours que si elles sont susceptibles de causer un préjudice irréparable. Il appartient au recourant d'alléguer et d'établir la possibilité que la décision préjudicielle ou incidente lui cause un préjudice irréparable, à moins que – hypothèse non réalisée en l'espèce – celui-ci ne fasse d'emblée aucun doute (ATF 133 III 629 consid. 2.3.1).

(II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 5A\_270/2008, 20.11.2008, X. / A.; publication prévue dans le RO. – condensé Bû)

#### Art. 271 al. 1 ch. 4 LP: Séquestre

L'intimé s'est opposé au séquestre en prétendant que celui-ci était investigatoire et que les conditions de son prononcé n'étaient pas remplies sur les points suivants: il affirmait qu'il ne devait pas le montant réclamé, qu'il n'avait pas l'intention de se soustraire à ses obligations par la fuite (art. 271 al. 1 ch. 2 LP) et que son domicile se trouvait en Suisse (art. 271 al. 1 ch. 4 LP). En revanche, il n'a jamais contesté expressément qu'il disposait de biens auprès du siège genevois. En l'absence d'opposition de l'intéressé sur cette question, il était arbitraire de révoquer l'ordonnance de séquestre au motif que l'existence de biens auprès du siège de Genève n'avait pas été rendue vraisemblable. Au demeurant, on peut se demander si, dès lors que la créancière a rendu vraisemblable l'existence de biens appartenant au débiteur auprès de la succursale zurichoise de la banque, il n'est pas également plausible que le débiteur détient des biens auprès de l'établissement genevois, le siège et les succursales ne formant qu'une seule entité sur le plan juridique (cf. arrêt 7B.314/1998 du 17 février 1999 consid. 7; arrêt de l'Obergericht du canton de Zurich in: ZR 2000 p. 106 n<sup>o</sup> 39; Walter A. Stoffel, op. cit., n. 30 ad art. 272 LP; contra: Luc Thévenoz, Jurisprudence civile récente in: Journée de droit bancaire et financier 2001, p. 123 ss, 127; Saverio Lembo, Le séquestre des comptes des succursales requis au siège de la banque: une porte ouverte au séquestre investigatoire? in PJA 1993 p. 801 ss, 806; Nicolas Jeandin/Carlo Lombardini, Le séquestre en Suisse d'avoirs bancaires à l'étran-

ger: fiction ou réalité in: PJA 2006 p. 967 ss, 973; Nicolas Jean-din/Saverio Lembo, Le séquestre civil et la localisation des avoirs bancaires in: Journée 2006 de droit bancaire et financier, p. 21 ss, 34–35; Felix C. Meier-Dieterle, Formelles Arrestrecht – Eine Checklist in: PJA 1996, p. 1225). En définitive, le recours doit être admis, l'arrêt attaqué annulé et la cause renvoyée à la cour cantonale (art. 107 al. 2 LTF), à qui il appartiendra d'examiner si les autres conditions du séquestre sont réalisées.

(II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 5A\_402/2008, 15. 12. 2008, Dame X., c/ Y.; arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

### **Art. 9 BV; Honorar des unentgeltlichen Rechtsvertreters (fürsorgerische Freiheitsentziehung)**

Der Umstand, dass angesichts der eingereichten Kostennote in der Höhe von Fr. 1 617.25 nur gerade eine Entschädigung von Fr. 452.– gesprochen worden ist, erweckt allein schon wegen des Missverhältnisses zwischen fakturiertem und zugesprochenem Aufwand Bedenken. Überdies wird die Berücksichtigung von nur gerade drei Arbeitsstunden für die Behandlung des Falles dessen Bedeutung und Schwierigkeitsgrad in keiner Weise gerecht. Nicht in Betracht gezogen wird dabei insbesondere, dass die Stundenansätze für Volontärinnen und Volontäre lediglich  $\frac{2}{3}$  der Ansätze für patentierte Anwälte betragen, womit nicht zuletzt dem Umstand Rechnung getragen wird, dass ein Praktikant mehr Zeit beansprucht, als ein patentierter und erfahrener Anwalt. Nach der im konkreten Fall anwendbaren Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (SGS 178.112) hat der unentgeltliche Rechtsbeistand seinen Zeitaufwand in der Honorarnote genau anzugeben (§ 18 Abs. 2 Tarifordnung). Unter diesen Umständen kann von der festsetzenden Behörde auch erwartet werden, dass sie sich mit der eingereichten Kostennote auseinandersetzt und zumindest summarisch erörtert, warum welche der angegebenen Honorarposten nicht berücksichtigt werden. Im vorliegenden Fall hat der Präsident zwar in summarischer Weise darauf hingewiesen, dass in der Deservitenkarte Aufwendungen aufgeführt seien, die mit dem Fall nichts zu tun hätten und deshalb nicht berücksichtigt werden könnten. Für den Betroffenen aber ist nicht nachvollziehbar, warum die nicht berücksichtigten Posten, die sich namentlich auf die Einholung der Vollmacht, auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, das Gesuch um Aktenherausgabe sowie die Vorbereitung der Verhandlung beziehen, keinen verfahrenswesentlichen Aufwand darstellen sollen. [...]

Unter Berücksichtigung des krassen Missverhältnisses zwischen dem deklarierten und dem anerkannten Aufwand und der äusserst spärlichen Begründung, der die Ausführungen in der Vernehmlassung teilweise widersprechen, vermag die Kostenfestsetzung insgesamt vor Art. 9 BV nicht standzuhalten.

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5D\_175/2008, 6. 2. 2009, X. c. Kantonsgericht Basel-Landschaft; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

### **Art. 9 und 29 Abs. 3 BV; unentgeltliche Rechtsvertretung (Eheschutz)**

Hauptsächlich angefochten ist der Umstand, dass die Vorinstanz nicht über das Begehren um unentgeltlichen Rechtsbeistand entschieden, sondern dieses zufolge Zusprechung einer vom Prozessgegner zu bezahlenden Parteientschädigung – weil gegenstandslos geworden – als erledigt abgeschrieben hat. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 9 und 29 Abs. 3 BV, weil trotz Vorliegen aller Voraussetzungen der unentgeltliche Rechtsbeistand nicht gewährt worden sei und damit die nachweislich bedürftige Beschwerdeführerin für Anwaltskosten hafte, die sie gar nicht bezahlen könne.

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ergibt sich, soweit das kantonale Recht keine weitergehenden Ansprüche gewährt, als Minimalgarantie direkt aus Art. 29 Abs. 3 BV (BGE 122 I 322 E. 2.b S. 324 mit Hinweisen). Gemäss dieser Bestimmung hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Art. 29 Abs. 3 BV verlangt, dass der Anwalt einer unentgeltlich verbeiständeten Partei vom Staat entschädigt wird, wenn bei Obsiegen die kostenpflichtige Gegenpartei nicht mit Erfolg belangt werden kann (BGE 122 I 322 E. 3.d S. 326 f.). Die Zusprechung einer Parteientschädigung entbindet deshalb die zuständige Behörde nicht davon, über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung zu entscheiden.

Gegenstandslosigkeit ergibt sich allenfalls mit Bezug auf ein Gesuch um Befreiung der Gerichtskosten. Sofern eine Partei grundsätzlich Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, im Verfahren indessen entweder keine Gerichtskosten gesprochen oder solche dem Prozessgegner auferlegt werden, wird ein entsprechendes Gesuch um Befreiung der Gerichtskosten unter den genannten Umständen gegenstandslos, weil die gesuchstellende Partei gerade keine Verfahrenskosten zu tragen hat (Urteil 5C.169/2006 vom 13. September 2006 E. 3 mit Hinweis auf BGE 109 Ia 5 E. 5 S. 11). In diesem Sinn ist die Abschreibungsverfügung der Vorinstanz, soweit sie die Gerichtskosten betrifft, nicht zu beanstanden, was von der Beschwerdeführerin ausdrücklich nicht bemängelt wird.

Wie über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung zu entscheiden ist, hängt letztlich davon ab, ob die Parteientschädigung vom Prozessgegner – allenfalls auf dem Wege der Zwangsvollstreckung – eingebracht werden kann. Handelt es sich bei der kostenpflichtigen Gegenpartei um ein Gemeinwesen oder auch um eine private Partei, deren Zahlungsfähigkeit ausser Zweifel steht, lässt sich gegen eine Entscheidung, das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung abzuweisen, nichts einwenden. Anders verhält es sich jedoch, wenn sich die Zahlungsfähigkeit als unsicher erweist, zumal diesfalls gewährleistet bleiben muss, dass der Anwalt der bedürftigen Partei nötigenfalls durch den Staat entschädigt wird. Wie dies prozessual sichergestellt wird, ist verfassungsrechtlich ohne Belang. Über das Gesuch um

unentgeltliche Verbeiständung kann z.B. mit dem Entscheid in der Sache selbst befunden, die Entschädigung durch den Staat aber vom späteren Nachweis der Uneinbringlichkeit der Parteienentschädigung abhängig gemacht werden (z.B. für das Bundesgericht: Urteil 5C.169/2006 vom 13. September 2006 E. 3). Denkbar ist allerdings auch, den Entscheid über die unentgeltliche Verbeiständung auszusetzen und darüber nur erforderlichenfalls zu entscheiden. Schliesslich kann es sich rechtfertigen, die Entschädigung des Anwalts direkt festzulegen, wenn die Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei bereits feststeht (was allerdings nicht bereits aus dem Umstand zu folgen braucht, dass der Gegenpartei ebenfalls die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden ist).

Indem die Vorinstanz überhaupt nicht über das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Verbeiständung befunden und auch die Einbringlichkeit der zugesprochenen Parteienentschädigung unbestrittenermassen zumindest als fraglich bezeichnet werden muss, hat sie den aus Art. 29 Abs. 3 BV fliessenden Anspruch der Beschwerdeführerin auf unentgeltliche Rechtspflege verletzt.

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A\_849/2008, 9.2.2009, X. c. Obergericht des Kantons Schaffhausen; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

## ■ Strafrecht/Droit pénal (IV)

### **Art. 5 Ziff. 4 EMRK, Art 56 Abs. 6 StGB; Verwahrungsüberprüfung**

Der allgemeine Grundsatz nach Art. 56 Abs. 6 StGB – wonach eine Massnahme, soweit ihre Voraussetzungen nicht (mehr) erfüllt sind, aufzuheben ist – findet seine Konkretisierung unter anderem in Art. 64a StGB. Danach wird der Täter aus der Verwahrung bedingt entlassen, sobald zu erwarten ist, dass er sich in der Freiheit bewährt. Gestützt auf Art. 64b Abs. 1 lit. a StGB prüft die zuständige Behörde, auf Gesuch hin oder von Amtes wegen, mindestens einmal jährlich, und erstmals nach Ablauf von zwei Jahren, ob und wann der Täter aus der Verwahrung bedingt entlassen werden kann. Jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, hat das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist (Art. 5 Ziff. 4 EMRK). Dieser Anspruch auf Haftkontrolle ist durch die Prüfung der bedingten Entlassung aus der Verwahrung gewährleistet. Über die bedingte Entlassung ist nicht in dem in Ziff. 2 Abs. 2 SchlBestStGB geregelten gerichtlichen Überprüfungsverfahren zu befinden. In diesem Verfahren hat das Gericht einzig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine therapeutische Massnahme erfüllt sind, und gegebenenfalls diese anzuordnen; andernfalls wird die Verwahrung nach neuem Recht weitergeführt. Über die bedingte Entlassung aus der altrechtlichen Verwahrung hat nach Art. 64b StGB – wie übrigens auch nach altem Recht (Art. 45 aStGB) – die zuständige Behörde zu entscheiden (Urteil

6B\_103/2008 vom 9. Oktober 2008 E. 2.4; Urteil 1P.382/2004 vom 28. Juli 2004 E. 2.3.2, in: *Pra* 2005 Nr. 2 S. 5). [ . . . ]

Die Vorbringen des Beschwerdeführers sind nicht geeignet, eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK zu begründen. Angesichts der festgestellten unveränderten tatsächlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers ist der Grund für die Weiterführung der Verwahrung nach neuem Recht nicht weggefallen (s. BGE 6B\_144/2008 a.a.O.). Der diesbezügliche Einwand des Beschwerdeführers erweist sich als unbehelflich. Weiter genügt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Verfahren nach Art. 64a f. StGB dem Anspruch auf Haftprüfung nach Art. 5 Ziff. 4 EMRK. Bereits nach altem Recht bestand bei rechtskräftiger gerichtlicher Verurteilung und Anordnung einer stationären Massnahme kein Anspruch auf jederzeitige Anrufung des Haftrichters (Urteil 1P.382/2004 a.a.O.). Wie das Kassationsgericht zutreffend ausführt, gilt dies auch für das neue Recht, zumal dieses im Gegensatz zum bisherigen Recht neben der Prüfung von Amtes wegen das jederzeitige eigene Gesuchsrecht des Betroffenen erwähnt (Urteil 6B\_103/2008 a.a.O.). Der Beschwerdeführer hat sein erstes Haftentlassungsgesuch am 21. Mai 2008 eingereicht und die Verfügung des Sonderdiensts nicht mittels Rekurs angefochten. Der Rekurs des Beschwerdeführers gegen die Abweisung seines (zweiten) Gesuchs um bedingte Entlassung ist zurzeit bei der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich hängig. Nach dem Gesagten ist der Rechtsschutz nach Art. 5 Ziff. 4 EMRK gewahrt.

(Strafrechtliche Abteilung, 6B\_33/2009, 25.2.2009, X. c. Oberstaatsanwaltschaft und Kantonsgericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

### **Art. 29 Abs. 2 BV; rechtliches Gehör, antizipierte Beweiswürdigung**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst unter anderem das Recht einer Partei, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden (BGE 126 I 15 E. 2 a/aa; 124 I 49 E. 3 a, 241 E. 2, je mit Hinweisen). Aus dem Gehörsanspruch folgt, dass das Gericht rechtzeitig und formrichtig angebotene Beweismittel zu rechtlich erheblichen Tatfragen abzunehmen hat (BGE 122 I 53 E. 4 a mit Hinweisen). Allerdings darf es einen Beweisantrag ablehnen, wenn es aufgrund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in antizipierter Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch die beantragte weitere Beweiserhebung nicht geändert würde (BGE 131 I 153 E. 3; 130 II 425 E. 2.1, je mit Hinweisen). Bei der Abweisung von Beweisanträgen in antizipierter Beweiswürdigung ist allerdings Zurückhaltung geboten. Es darf nicht leicht hin angenommen werden, dass das Beweisergebnis aufgrund der bereits abgenommenen Beweise feststeht (Robert Hauser/ Erhard Schweri/Karl Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 55 N. 10; Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff., 1182). Das Gericht muss begründen, weshalb die Erhebung der beantragten Beweise an seiner bereits gewonnenen Überzeugung nichts zu ändern vermöchte (Gérard Piquerez, *Traité de*

procédure pénale Suisse, 2<sup>ème</sup> édition 2006, § 47 n° 337). Zur Begründung hierfür reicht es nicht aus, dass das Gericht darlegt, weshalb es aufgrund der bereits abgenommenen Beweise eine bestimmte Überzeugung gewonnen hat.

Diese Grundsätze gelten nicht nur für die Abweisung von Beweisanträgen der beschuldigten Person, sondern entsprechend auch für die Abweisung von Beweisanträgen der Staatsanwaltschaft in antizipierter Beweiswürdigung.

Die Vorinstanz hat die von der Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren gestellten Beweisergänzungsanträge abgewiesen, weil ihres Erachtens aus den im erstinstanzlichen Entscheid sowie aus den von ihr ergänzend genannten Gründen nicht zu unterdrückende Zweifel an der Täterschaft des Beschwerdegegners bestehen. Damit hat die Vorinstanz indessen nur dargelegt, dass sie aufgrund der bereits abgenommenen Beweise sowie aufgrund der Indizien nicht zu unterdrückende Zweifel an der Täterschaft des Beschwerdegegners hat. Sie hat aber die beantragten weiteren Beweise nicht einer vorweggenommenen Würdigung unterzogen und nicht ausgeführt, weshalb das Ergebnis dieser Würdigung an der bereits gewonnenen Überzeugung nichts zu ändern vermöchte. Damit hat die Vorinstanz im Ergebnis die Beweisergänzungsanträge ohne Begründung abgewiesen und dadurch ihre aus dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) resultierende Begründungspflicht verletzt.

(Strafrechtliche Abteilung, 6B\_699/2008, 6. 3. 2009, Staatsanwaltschaft I des Kantons Uri c. X. und Obergericht des Kantons Uri; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

## ■ Sozialversicherungsrecht/Droit des assurances sociales (V)

### Art 41 ATSG; Frist, Wiederherstellung

Die Vorinstanz hat im Weiteren erwogen, da die Daten der elektronischen Agenda nur auf dem lokalen Laufwerk des Computers abgelegt gewesen seien und eben dieser Computer ausgestiegen sei, hätten die von diesem geretteten Daten mit entsprechender Vorsicht behandelt werden müssen. Es entspreche der allgemeinen Erfahrung, dass Computerdaten, wenn sie nicht speziell durch Backups gesichert seien, bei Computerproblemen leicht verloren gingen. Hier seien vor Fristablauf offensichtlich schwerwiegendste Computerprobleme aufgetreten. Deswegen habe sogar der ganze Computer ersetzt werden müssen und es sei erforderlich gewesen, die Dateien mit einer speziellen Software wieder herzustellen. Bei diesem Sachverhalt hätte die allein elektronisch geführte Agenda zwingend auf ihre Vollständigkeit überprüft werden müssen. Da dies nicht erfolgt sei, könne nicht von einem unverschuldeten Fristversäumnis ausgegangen werden.

Die vorinstanzliche Beurteilung ist nicht zu beanstanden. Was in der Beschwerde vorgebracht wird, führt zu keinem anderen Ergebnis. Geltend gemacht wird zunächst, der PC-Supporter habe den Rechtsvertreter vor Ablauf der Frist nicht darauf hinge-

wiesen, dass ein Teil der Daten verloren sein könnte. Der Rechtsvertreter habe daher in gutem Glauben von der Vollständigkeit der Fristentabelle ausgehen können. Das Perfide an der Sache sei, dass nicht die gesamte Fristentabelle, sondern lediglich aktuelle Eintragungen verloren gegangen seien. Da das Erscheinungsbild der Fristentabelle und der übrigen Programme gleich wie zuvor gewesen sei, hätten weder der PC-Supporter noch der Rechtsvertreter den Datenverlust erkennen können.

All dies vermag die Beschwerdeführerin oder den Rechtsvertreter nicht zu entlasten. Es bleibt dabei, dass aufgrund des aufgetretenen erheblichen Computerproblems eine Prüfung der Fristeintragungen auf Vollständigkeit hätte erfolgen müssen, und zwar auch ohne Hinweis des PC-Supporters auf einen möglichen Datenverlust. Dass das Erscheinungsbild der Programme unverändert geblieben war, ändert hieran ebenfalls nichts.

(I. sozialrechtliche Abteilung, 8C\_910/2008, 30. 1. 2009, S. c. AXA Winterthur und Verwaltungsgericht des Kantons Luzern; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

### Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Befangenheit des Gutachters

In der Beschwerdeschrift wird überdies vorgebracht, der Chefarzt des Zentrums Y. pflege eine feindschaftliche Beziehung zu den Anwälten der die Versicherte vertretenden Kanzlei und habe diese gegenüber der Invalidenversicherung auch schon als Ursache des Schleudertraumaproblems bezeichnet.

Ausstandsgründe betreffen in erster Linie das Verhältnis zwischen Sachverständigem und Partei. Der Parteivertreter vertritt im Prozess nicht seine eigenen Interessen, sondern diejenigen seiner Mandantin, so dass ein Sachverständiger in aller Regel nicht schon deswegen befangen erscheint, weil er ersterem gegenüber angeblich feindschaftlich gesinnt ist. Ein schweres persönliches Zerwürfnis zwischen dem Parteivertreter und dem Gutachter, welches als konkreter Befangenheitsgrund oder zumindest als Anschein einer Voreingenommenheit des Gutachters zu werten wäre, ist mit der angeführten angeblichen Äusserung des Chefarztes des Zentrums Y. nicht dargetan. Reaktionen von Expertinnen und Experten auf Verhaltensweisen einzelner Parteien vermögen nur dann einen Ausstandsgrund zu setzen, wenn sie objektiv betrachtet unverhältnismässig sind und beispielsweise in einen Gegenangriff oder eine Herabsetzung der Parteien münden (Kiener/Krüsi, Die Unabhängigkeit von Gerichtssachverständigen, in: ZSR 2006 S. 505). Selbst wenn es zutreffen sollte, dass Dr. med. A. der Unterstützung von Schleudertraumapatienten durch die Mitglieder der Anwaltskanzlei kritisch gegenübersteht, lässt dieser Umstand für sich allein nicht Zweifel an der persönlichen Integrität und der pflichtgemässen Ausübung der Gutachtertätigkeit nach bestem Wissen und Gewissen des Chefarztes aufkommen. Eine Meinungsverschiedenheit zwischen Rechtsvertreter und Gutachter nimmt in der Regel kein solches Ausmass an, dass bei objektiver Betrachtungsweise von einem Anschein der Befangenheit gesprochen werden kann, welcher die Untersuchung und Beurteilung eines zu begutachtenden Sachverhalts zum Nachteil der Partei beeinflussen könnte. Es verhält sich dabei ähnlich wie bei einer

unabhängig von einem konkreten Verfahren in einer wissenschaftlichen Publikation erfolgten Meinungsäusserung, welche ebenfalls keinen Befangenheitsgrund darstellt (SVR 2006 UV Nr. 19 S. 67, U 305/05).

(I. sozialrechtliche Abteilung, 8C\_509/2008, 4.2.2009, R. c. AXA Versicherungen AG und Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

#### **Art. 61 Abs. 1 lit. f ATSG; unentgeltliche Rechtspflege, prozessuale Bedürftigkeit**

Hat der Gesuchsteller Vermögen, kann ihm zugemutet werden, dieses zur Finanzierung des Prozesses zu verwenden, soweit es einen angemessenen Vermögensfreibetrag, den sog. «Notgroschen», übersteigt. Bei dessen Festsetzung ist nach der Rechtsprechung den Verhältnissen des konkreten Falles, wie namentlich Alter und Gesundheit des Gesuchstellers, Rechnung zu tragen. Das Bundesgericht und frühere Eidgenössische Versicherungsgericht haben in besonderen Fällen Vermögensfreibeträge von Fr. 20 000.– und mehr zuerkannt (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts I 362/05 vom 9. August 2005 E. 5.3, mit Hinweisen). Ein allfälliger Überschuss zwischen dem Einkommen und dem Notbedarf des Gesuchstellers ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen. Dabei sollte der monatliche Überschuss ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen. Zudem muss der Gesuchsteller mit dem ihm verbleibenden Überschuss in der Lage sein, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten (Pra 2008 Nr. 67 S. 444, E. 3.1 [5A\_336/2007]; Urteil 4A\_87/2007 vom 11. September 2007 [E. 2.1], mit Hinweisen; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts I 770/05 vom 2. November 2006 [E. 5.8]; vgl. auch BGE 118 Ia 5 E. 3 a S. 8 f.). [ . . . ]

Die Vorinstanz geht bei notwendigem Vermögensverzehr zur Bestreitung der Lebenskosten offenbar von einem allgemein gültigen (pauschalen) Notgroschen von Fr. 20 000.– aus. Jedenfalls hat sie den «Sparbatzen» ohne konkrete Bezugnahme auf die individuellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin (wie Alter der Eheleute [Beschwerdeführerin: Jahrgang 1954; Ehegatte: Jahrgang 1955], Gesundheit der Versicherten, Selbständigerwerbenden-Status des einzig verdienenden Ehegatten), insbesondere ungeachtet der Höhe des laufenden Vermögensverzehrs (Differenz zwischen prozessuaalem Zwangsbedarf und massgebenden Einnahmen) festgesetzt. Namentlich dann, wenn das verfügbare Vermögen den praxisüblichen Notgroschen – wie hier – nur um wenige tausend Franken übersteigt, darf aber das Ausmass des laufenden Vermögensverzehrs bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Eigenfinanzierung der Prozess- und Anwaltskosten nicht völlig ausgeblendet werden.

(II. sozialrechtliche Abteilung, 9C\_874/2008, 11.2.2009, G. c. Versicherungsgericht des Kantons Solothurn; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

#### **Art. 52 AHVG; Schadenersatzverfahren, Vergleich, Begründung (Präzisierung und Weiterentwicklung der Rechtsprechung)**

Nach dem klaren Wortlaut von Art. 50 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 ATSG ist ein Vergleich über Schadenersatzansprüche im Verfügungsverfahren nicht zulässig. Ob dasselbe auch gilt für das Einsprache- und das hier interessierende Beschwerdeverfahren, ist damit aber nicht präjudiziert, da für diese gemäss Abs. 3 die Absätze 1 und 2 nur «sinngemäss» gelten, was Raum für sachlich begründete weitere Konkretisierungen des Vergleichsrechts lässt. [ . . . ]

Zwar stehen auch bei [Schadenersatzforderungen nach Art. 52 AHVG] am Ausgangspunkt Beitragsforderungen, doch müssen weitere Anspruchsvoraussetzungen gegeben sein (namentlich Rechtswidrigkeit und Verschulden der Arbeitgeber bzw. ihrer Organe), bezüglich welcher häufig ein Sachverhaltsermessen besteht, so dass eine vergleichsweise Regelung Sinn macht (Baer, a.a.O., S. 447 ff.; Freivogel, a.a.O., S. 107 f.). Hinzu kommt, dass bei Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG das Gleichbehandlungsgebot ohnehin eingeschränkt gilt, indem mehrere haftpflichtige Organe solidarisch haften und die Ausgleichskasse sich darauf beschränken kann, gegen einen oder einige von mehreren potenziell Haftenden vorzugehen (BGE 119 V 86 E. 5 a S. 87). Insoweit besteht bei Schadenersatzverfahren – anders als in Beitragsstreitigkeiten – von vornherein ein Dispositionsbereich der Ausgleichskasse. Wenn es der Ausgleichskasse freisteht, gegen bestimmte Personen gar nicht vorzugehen, wäre es widersprüchlich, ihr zu verbieten, einen Vergleich einzugehen (Baer, a.a.O., S. 439).

Insgesamt ergibt sich aus diesen Gründen, dass für Schadenersatzforderungen nach Art. 52 AHVG im gerichtlichen Beschwerdeverfahren auch unter der Herrschaft des ATSG ein Vergleich zulässig ist. [ . . . ]

Aus den genannten Gründen sowie in Präzisierung und Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung ist festzuhalten, dass der Beschluss, mit welchem ein Gericht das Verfahren infolge eines vor ihm geschlossenen Vergleichs abschreibt, zumindest eine summarische Begründung enthalten muss, welche darlegt, dass und inwiefern der Vergleich mit Sachverhalt und Gesetz übereinstimmt.

(II. sozialrechtliche Abteilung, 9C\_915/2008, 13.2.2009, BA für Sozialversicherungen c. K. und Ausgleichskasse und Versicherungsgericht des Kantons Solothurn; in der AS publiziert [135 V 65]. – Zusammenfassung *Be*)

#### **Art. 61 lit. g ATSG; Parteientschädigung**

Streitig und zu prüfen ist, ob der vorinstanzliche Kostenentscheid, soweit er der obsiegenden Beschwerdeführerin unter Hinweis auf deren Eigenschaft als «Versicherungsträger» eine Parteientschädigung verweigert, bundesrechtskonform ist (Art. 95 BGG). [ . . . ]

Art. 61 lit. g ATSG ist mit Art. 68 Abs. 3 BGG übereinstimmend auszulegen. Es besteht indessen kein Grund, darüber hinausgehend auch die Beschwerdeführerin, welche im hier interessierenden Zusammenhang als privater Taggeldversicherer keine öffentlichrechtliche Aufgabe wahrnimmt, einem Sozialversiche-

rer gleich von der Zusprechung einer Parteientschädigung auszuschliessen. Die Wendung «obsiegende Beschwerde führende Person» in Art. 61 lit. g ATSG erfasst also auch die Beschwerdeführerin, welche vor Vorinstanz nicht als Durchführungsorgan der Sozialversicherung, sondern zur Wahrung ihrer privatrechtlichen geschäftlichen Interessen aufgetreten ist und somit Anspruch auf Ersatz der Parteikosten hat. Es ist Sache der Vorinstanz, die Höhe der Parteientschädigung nach Massgabe des kantonalen Verfahrensrechts festzulegen (Art. 61 Ingress ATSG).

(II. sozialrechtliche Abteilung, 9C\_67/2008, 16.2.2009, Schweizerische Mobilien c. IV-Stelle Bern und Verwaltungsgericht des Kantons Bern; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

### Art. 61 Abs. 1 lit. f ATSG; unentgeltliche Verbeiständung

Das kantonale Gericht hat das mittels Kostennote (in Höhe von Fr. 4868.85 einschliesslich Auslagen und Mehrwertsteuer) geltend gemachte Honorar ohne Begründung auf Fr. 2200.– (einschliesslich Auslagen, zuzüglich Mehrwertsteuer von Fr. 167.20) veranschlagt. Das zugesprochene Betreffnis entspricht, bei einem Stundenansatz von Fr. 180.– (vgl. BGE 132 I 201), nach Abzug der Auslagen einem Aufwand von elfeinhalb Stunden. Darin enthalten sind unter anderem die Verfassung von Klageschrift, Replik sowie einer weiteren Eingabe an die Vorinstanz. Ein Zeitaufwand von etwa zwölf Stunden liegt bereits insofern an der unteren Grenze dessen, was als angemessener Aufwand bezeichnet werden kann. Hinzu kommt zur Klärung des Parteistandpunktes erforderliche Korrespondenz mit dem behandelnden Orthopäden. Die Akten sind zwar nicht besonders umfangreich; indessen vergrösserte die lange Verfahrensdauer den notwendigen Aufwand, weil sich die Rechtsvertreterin wiederholt neu mit der Materie befassen musste. In Anbetracht der Umstände im Einzelfall (BGE 117 Ia 22 E. 3a) erscheint das vorinstanzlich zugesprochene Honorar als willkürlich tief (vgl. Urteil 8C\_391/2007 vom 26. Mai 2008 E. 3). Art. 61 lit. f Satz 2 ATSG sieht die unentgeltliche Verbeiständung bloss dem Grundsatz nach vor, überlässt es als Minimalvorschrift aber dem kantonalen Recht, Bemessungsvorgaben aufzustellen. Mit Blick auf den diesbezüglichen Ermessensspielraum des kantonalen Gerichts (BGE 118 Ia 133 E. 2b S. 134) überprüft das Bundesgericht die Frage demnach nicht frei. Da kein besonderer Grund ersichtlich ist, der eine Rückweisung an das kantonale Gericht zur neuen Festsetzung der Entschädigung nahelegen würde (vgl. erwähntes Urteil 8C\_391/2007 E. 3.3.2 in fine), ist der Beschwerdeführerin für den kantonalen Prozess vielmehr diejenige Entschädigung zuzusprechen, welche noch als willkürfrei bemessen zu anerkennen gewesen wäre, wenn die Vorinstanz sie so festgesetzt hätte. Dies trifft bei einem Betrag von Fr. 3000.– (ohne Auslagen, einschliesslich Mehrwertsteuer) zu.

(II. sozialrechtliche Abteilung, 9C\_671/2008, 6.3.2009, S. c. AXA Leben AG und Sozialversicherungsgericht des Kantons Basel-Stadt; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

# DIE PRAXIS

BUNDESGERICHT

EVG

EGMR

Neben weiteren, nicht in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheiden sowie umfassenden Hinweisen auf die aktuellsten Leitentscheide des Bundesgerichts, die innerhalb der letzten Monate im Internet zugänglich gemacht worden sind, enthält die April-Ausgabe 2009 der **Praxis** Übersetzungen der unten aufgeführten BGE ins Deutsche.

BGE	Praxis	Gegenstand
134 I 269	Nr. 40	Gesetzgebung des Kantons Genf betr. Arbeitslosigkeit; Vernehmlassungsverfahren vor der Verabschiedung des Ausführungsreglements; Minimallöhne für Solidaritätsbeschäftigungen («emplois de solidarité»); Gesamt- und Normalarbeitsverträge;
134 II 329	Nr. 41	Aufnahme in die kantonale Liste der Anwaltspraktikanten; Anforderungen an den anstellenden Anwalt (Kt. Waadt)
134 III 570	Nr. 46	Gerichtsbarekeitsimmunität eines fremden Staates; Arbeitsvertrag
134 III 597	Nr. 43	Einfache Gesellschaft; Übertragung der Mitgliedschaft; Grundsatz der Akkreszenz
134 III 615	Nr. 44	Paulianische Anfechtung; Leistungen einer Treuhandgesellschaft als Revisionsstelle; weitere Beratungsleistungen
134 IV 307	Nr. 48	Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften, Verjährung
134 V 257	Nr. 49	Verjährung des Schadenersatzanspruchs nach Art. 52 AHVG

Die Praxis – 98. Jg. 2009 – ISSN 1017-8147 – erscheint monatlich; [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch).

## Rechtsetzung des Bundes (Mai 2009)\* Législation fédérale (mai 2009)\*

### I. In-Kraft-Treten

Bundesgesetze/Bundesbeschlüsse/Verordnungen

–

### II. Referendumsvorlagen

Bundesbeschluss über eine befristete Zusatzfinanzierung der Invalidenversicherung durch Anhebung der Mehrwertsteuersätze. Botschaft des Bundesrats 05.053 vom 22.06.2005: BBl 2005 4623. Beschluss des Parlaments vom 13.06.2008: BBl 2008 5241.

Bundesbeschluss zur Schaffung einer Spezialfinanzierung für Aufgaben im Luftverkehr. Botschaft des Bundesrats 07.066 vom 29.08.2007: BBl 2007 6373. Beschluss des Parlaments vom 03.10.2008: BBl 2008 8231.

Bundesbeschluss über den Verzicht auf die Einführung der allgemeinen Volksinitiative. Beschluss des Parlaments vom 19.12.2008: BBl 2009 13. Bericht Kommission vom 21.02.2008: BBl 2008 2891. Stellungnahme des Bundesrates vom 16.04.2008: BBl 2008 2907.

Verfassungsartikel vom 03.10.2008 «Zukunft mit Komplementärmedizin». Beschluss des Parlaments vom 03.10.2008: BBl 2008 8229. Botschaft des Bundesrats 06.066 vom 30.08.2006: BBl 2006 7591.

### III. Vernehmlassungen

#### Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates über die Cyberkriminalität

Das am 1. Juli 2004 in Kraft getretene Übereinkommen ist die bisher einzige internationale Konvention, die sich mit Computerkriminalität befasst. Die Schweiz erfüllt die Anforderungen des Übereinkommens bereits weitgehend. Es werden zwei Anpassungen im Bereich des Strafgesetzes sowie des Rechtshilfegesetzes vorgeschlagen. Frist: 30.06.2009.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

#### 05.404 Parlamentarische Initiative. Verbot von sexuellen Verstümmelungen

Die Kommission beantragt die Einführung eines neuen, spezifischen Straftatbestandes der Verstümmelung weiblicher Genitalien. Damit sollen die mit der heute geltenden, nicht für alle Formen von Genitalverstümmelung einheitlichen Rechtslage einhergehenden Abgrenzungs- und Beweisschwierigkeiten überwunden und ein eindeutiges Signal der Ächtung dieser gravierenden Menschenrechtsverletzungen gesetzt werden. Zudem soll eine im Ausland begangene Verstümmelung weiblicher Genitalien in der Schweiz auch dann bestraft werden können, wenn sie am Tatort nicht strafbar ist. Frist: 22.06.2009.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

### I. Entrée en vigueur

Lois fédérales/Arrêtés fédéraux/Ordonnances

–

### II. Objets soumis au référendum

Arrêté fédéral relatif au financement additionnel de l'AI par un relèvement temporaire des taux de la TVA. Message du Conseil fédéral 05.053 du 22.06.2005: FF 2005 4377. Arrêté du Parlement du 13.06.2008: FF 2008 4745.

Arrêté fédéral sur la création d'un financement spécial en faveur de tâches dans le domaine du trafic aérien. Message du Conseil fédéral 07.066 du 29.08.2007: FF 2007 6023; Arrêté du Parlement du 03.10.2008: FF 2008 7471.

Arrêté fédéral portant suppression de l'initiative populaire générale. Arrêté du Parlement du 19.12.2008: FF 2009 13. Rapport de la Commission du 21.02.2008: FF 2008 2549. Avis du Conseil fédéral du 16.04.2008: FF 2008 2565.

Article constitutionnel du 03.10.2008 «Pour la prise en compte des médecines complémentaires». Arrêté du Parlement du 03.10.2008: FF 2008 7469. Message du Conseil fédéral 06.066 du 30.08.2006: FF 2006 7191.

### III. Procédures de consultation en cours

#### Approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité

La Convention, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2004, est à ce jour la première convention internationale à traiter de cybercriminalité. La Suisse remplit déjà largement les exigences. On se propose seulement d'effectuer une adaptation du code pénal et une de la loi sur l'entraide pénale internationale. Date limite: 30.06.2009.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

#### 05.404 Initiative parlementaire. Réprimer explicitement les mutilations sexuelles commises en Suisse et commises à l'étranger par quiconque se trouve en Suisse

La commission propose d'introduire dans le Code pénal un nouvel article réprimant de manière spécifique les mutilations génitales féminines. Ce nouvel article a pour but de mettre fin aux problèmes de définition et de preuve liés à la situation juridique actuelle, qui fait des différences entre les variantes de mutilations génitales, et de signifier clairement la proscription de cette violation grave des droits de la personne humaine. La commission suggère en outre de rendre une telle infraction punissable en Suisse même si elle a été commise à l'étranger et n'est pas pénalement répréhensible dans l'Etat dans lequel elle a été perpétrée. Date limite: 22.06.2009.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

\* Diese Übersicht erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. / Cet aperçu n'a pas pour vocation d'être exhaustif.

### **Totalrevision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz)**

Grundanliegen der Totalrevision des VVG sind die Anpassung des Versicherungsvertragsrechts an die veränderten Gegebenheiten und Bedürfnisse sowie die Sicherstellung eines vernünftigen und realisierbaren Versicherungsschutzes. Der Gesetzesentwurf sorgt für eine Ausgewogenheit zwischen den Verpflichtungen der Versicherungsnehmer einerseits und jenen der Versicherungsunternehmen andererseits. Frist: 31.07.2009.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/d/ogg/pc/pendent.html>)

### **Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung einer selbstbewohnten Liegenschaft. (04.450 Parlamentarische Initiative. Ersatzbeschaffung von Wohneigentum, Förderung der beruflichen Mobilität)**

Die Gesetzesrevision beinhaltet die notwendigen Änderungen für den Wechsel von der Besteuerung des Grundstückgewinns nach der absoluten Methode zur relativen Methode. Bei der relativen Methode wird die Besteuerung des Gewinns im Verhältnis der Reinvestition zum erzielten Erlös aufgeschoben. Die vorgeschlagene Änderung lässt den steuerpflichtigen Personen aber die Möglichkeit, ganz auf den Steueraufschub zu verzichten. Frist: 15.07.2009.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/d/ogg/pc/pendent.html>)

### **Änderung von Verordnungen betreffend das Fernmeldegesetz (FMG)**

Die Ausführungsbestimmungen zum Fernmeldegesetz (FMG) sind aufgrund der Erfahrungen, die seit dem Inkrafttreten der Änderung des FMG am 1. April 2007 gesammelt wurden, zu ändern. Zudem haben die jüngsten Entwicklungen auf dem Fernmeldemarkt und im Bereich der internationalen Regulierung Lücken aufgedeckt, die zu beheben sind. Frist: 05.06.2009.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/d/ogg/pc/pendent.html>)

### **Änderungen der Verkehrszulassungsverordnung: Mindestanforderungen an die Eignung zum Führen von Motorfahrzeugen**

In der Hauptsache sollen die medizinischen Mindestanforderungen zum Führen von Motorfahrzeugen aktualisiert sowie kognitive Mindestanforderungen in die Verordnung aufgenommen werden. Frist: 30.06.2009.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/d/ogg/pc/pendent.html>)

## **IV. Aus den Räten**

Das detaillierte Sessionsprogramm können Sie einsehen unter: <http://www.parlament.ch/poly/Framesets/D/Frame-D.htm>.

### **Révision totale de la loi sur le contrat d'assurance**

La révision totale de la LCA a pour principaux objectifs d'adapter le droit du contrat d'assurance au contexte et aux besoins actuels ainsi que de garantir à des conditions raisonnables une protection appropriée des assurés. Le projet de nouveau droit veille à instaurer un équilibre entre, d'un côté, les obligations des preneurs d'assurance et, de l'autre, celles des entreprises d'assurance. Date limite: 31.07.2009.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/f/ogg/pc/pendent.html>)

### **Imposition différée en cas d'acquisition d'une habitation de remplacement affectée à l'usage de l'acquéreur. (04.450 Initiative parlementaire. Acquisition d'un nouveau logement. Encourager la mobilité professionnelle)**

La révision proposée prévoit que l'imposition des gains immobiliers doit être effectuée selon les principes de la méthode relative, et non plus de la méthode absolue. Selon cette nouvelle méthode, l'imposition du gain est différée en fonction du réinvestissement par rapport au produit obtenu. Le texte de loi laisse toutefois la possibilité au contribuable de renoncer intégralement au report de l'imposition. Date limite: 15.07.2009.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/f/ogg/pc/pendent.html>)

### **Modification des ordonnances relatives à la loi sur les télécommunications (LTC)**

Les dispositions d'exécution de la loi sur les télécommunications (LTC) doivent être modifiées sur la base des expériences faites depuis l'entrée en vigueur, le 1er avril 2007, de la modification de la LTC. Par ailleurs, les derniers développements sur le marché des télécommunications et dans le domaine de la régulation internationale ont mis à jour des lacunes qu'il convient de combler. Date limite: 05.06.2009.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/f/ogg/pc/pendent.html>)

### **Modifications de l'ordonnance réglant l'admission à la circulation routière: exigences minimales concernant l'aptitude à conduire des véhicules automobiles**

Il s'agit principalement de mettre à jour les exigences médicales minimales déterminant l'aptitude à conduire des véhicules automobiles et d'introduire des exigences cognitives minimales. Date limite: 30.06.2009.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/f/ogg/pc/pendent.html>)

## **IV. Activités des Conseils et des commissions parlementaires**

Vous pouvez consulter le programme détaillé de la session à l'adresse suivante: <http://www.parlament.ch/poly/Framesets/F/Frame-F.htm>.

François Bohnet\*

## Les conflits d'intérêts en matière de défense au pénal – TF 1B\_7/2009 du 16 mars 2009

**Mots clés :** avocat, conflits d'intérêts, défense au pénal, double représentation, mandats opposés

### I. Introduction

Depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, le Tribunal fédéral s'est penché à plusieurs reprises sur la problématique des conflits d'intérêts de l'avocat. Il a ainsi fixé, par touches successives, la portée de l'article 12 let. c LLCA, qui impose à l'avocat d'éviter tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé.

Si le Tribunal fédéral rappelait dans un arrêt du 18 mars 2003 que l'interdiction des conflits d'intérêts représente une règle cardinale de la profession d'avocat,<sup>1</sup> ce n'est que récemment qu'il a jugé opportun de publier au Recueil officiel sa jurisprudence sur ce thème. L'arrêt 1B\_7/2009 du 16 mars 2009 sera ainsi le troisième arrêt portant sur les conflits d'intérêts de l'avocat à figurer au Recueil officiel, et ce en moins d'un an. Le Tribunal fédéral cite dans cet arrêt des long passages de décisions antérieures non publiées, comme s'il prenait rétrospectivement conscience de l'importance des principes qu'il avait alors posés. Avant de s'intéresser à ce nouvel arrêt, il convient d'évoquer les deux décisions publiées qui le précèdent, soit l'ATF 134 II 108 du 30 avril 2008 et l'arrêt 2C\_504/2008 du 28 janvier 2009.

### II. ATF 134 II 108: les risques concrets sont déterminants

Le 30 avril 2008, le Tribunal fédéral a posé dans l'arrêt ATF 134 II 108, portant sur une cause civile, quelques principes fondamentaux en matière de conflits d'intérêts. On sait depuis lors que seuls les risques concrets de conflits d'intérêts sont interdits et constituent une violation de l'article 12 let. c LLCA. La simple possibilité abstraite que les intérêts de deux personnes divergent par la suite n'interdit pas à l'avocat de les représenter conjointement.<sup>2</sup> Ainsi, un avocat peut, sauf circonstances particulières, représenter une assurance responsabilité civile et l'assuré dans le cadre d'une procédure en responsabilité civile entamée à leur rencontre par le passager d'un véhicule victime de dommages à l'occasion d'un accident de la route. Un risque concret de conflit d'intérêts doit cependant être admis et une double représenta-

tion exclue lorsque les points de vue des parties au contrat d'assurance divergent, soit parce que l'étendue de la couverture de l'assurance est contestée, l'assurance reprochant à l'assuré une violation de son devoir d'information (art. 4 ss LCA), soit parce que la prime d'assurance n'a pas été payée, malgré une sommation (art. 20 LCA), soit encore parce que se pose la question d'une réduction de la couverture, par exemple en cas de faute de l'assuré.

### III. TF 2C\_504/2008: les risques concrets doivent être établis

Le 28 janvier 2009, le Tribunal fédéral, reprenant l'enseignement de cet arrêt, a encore retenu, dans une décision destinée elle aussi à la publication,<sup>3</sup> que les autorités cantonales devaient étayer les faits sur lesquels elles fondaient l'existence d'un conflit d'intérêts concret. Cette affaire met en lumière les difficultés qui surgissent de l'association d'avocats dont les clients peuvent être des adversaires en procédure. En l'occurrence, l'avocat ayant rejoint le cabinet dont l'un des associés représentait les intérêts d'une banque, avait renoncé à deux des trois mandats qui lui avaient été confiés par un ancien administrateur de celle-ci, poursuivi au pénal pour des actes dans le cadre de cette activité. La banque, qui s'était d'ailleurs engagée à prendre en charge les honoraires de l'avocat de l'administrateur inculpé à moins que celui-ci ne soit finalement condamné, était représentée par d'autres avocats dans ces trois procédures.

Pour le Tribunal fédéral, il n'existe pas de conflit d'intérêts concret du seul fait qu'un avocat représente un prévenu dans une affaire pénale à laquelle une banque intervient comme partie civile, banque représentée dans d'autres procédures par l'associé de cet avocat: «Toutefois, la banque n'est pas représentée par F. dans la procédure dont il est question dans cette affaire. Retenir l'existence d'un conflit d'intérêts dans ces conditions nécessite donc un exposé des faits minutieux, afin que l'on puisse saisir en quoi consiste le conflit».

Le Tribunal fédéral est plutôt sévère avec la cour cantonale, puisque l'on admet généralement que l'avocat et ses associés ne peuvent, sans violer l'interdiction de la double représentation, assister un client dans une certaine affaire et assurer la défense de la partie adverse dans un autre dossier. Même s'il ne s'agit pas de la même affaire, l'avocat risque, pour des raisons évidentes, de vouloir ménager les intérêts de ses clients et de ne

\* Professeur à l'Université de Neuchâtel, LL.M. (Harvard), avocat.

1 TF (18.03.2003) 1A.223/2002, consid. 5.2. Ce passage est repris au consid. 5.7 de l'arrêt 1B\_7/2009.

2 Cet arrêt a fait l'objet d'un commentaire dans la revue de l'avocat 2008 364–366. Voir également HANS NATER, *Interessenkollisionen: Herausforderung für Anwältinnen und Anwälte*, RSJ 2008 466.

3 TF 2C\_504/2008, consid. 9.

pas assurer une défense optimale dans les deux cas. Mais il est juste de retenir que les circonstances du cas demeurent déterminantes, et leur exposé apparaissait effectivement peu clair en l'espèce.

#### IV. TF 1B\_7/2009: la défense de coaccusés est en principe exclue

##### 1. Les faits

A l'occasion d'une procédure pénale instruite par la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral contre divers prévenus inculpés de participation ou soutien à une organisation criminelle et blanchiment d'argent, le Procureur général a fait interdiction en cours d'enquête à un avocat tessinois, X., de représenter les prévenus Y. et Z. pour cause de conflit d'intérêts; le jour précédent, le procureur avait désigné un avocat d'office à Y., suite au refus de celui-ci de choisir un nouveau défenseur. L'avocat et Y. ont par la suite requis du Président de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral la réadmission de celui-là comme mandataire privé de Y. Suite au rejet de cette requête, l'avocat et Y. ont recouru auprès du Tribunal fédéral, qui a confirmé la décision querellée.

##### 2. Les conflits d'intérêts

En l'occurrence, l'avocat X. avait déjà représenté le co-accusé Z. durant l'enquête de police et un avocat travaillant dans le même cabinet représentait un autre accusé. De plus, X. représentait d'autres personnes touchées par des mesures de saisies ordonnées dans cette affaire. Si la représentation de personnes touchées par des saisies n'était plus avancée comme motif déterminant par le Président de la Cour des affaires pénales, faute de conflit d'intérêts perceptible, en revanche son intervention en faveur de Z. était rédhibitoire selon son appréciation: durant l'enquête préliminaire, il s'était avéré que la version des faits de Y. et Z. était différente et qu'il n'était pas exclu qu'ils optent pour des lignes de défense différentes.

Le Tribunal confirme les principes posés dans divers arrêts non publiés, en particulier dans l'arrêt 5P.587/1997 du 5 février 1998, antérieur à la LLCA.<sup>4</sup> Le risque de conflits d'intérêts est grand en cas de représentation de co-prévenus. Les conflits d'intérêts latents en cas de défense de co-inceulpés sont souvent difficiles à percevoir en début de cause. S'il est prévisible qu'un conflit intervienne, la double représentation est exclue.<sup>5</sup> La représentation conjointe ne doit donc être admise que si tout risque d'intérêts contradictoires peut être exclu d'emblée. C'est le cas si la version des faits des co-accusés est identique et que leurs intérêts se rejoignent.<sup>6</sup> Elle peut alors se justifier par souci d'efficience.<sup>7</sup> Le fait que les intéressés consentent à la double re-

présentation ou que l'avocat entende plaider l'acquittement pour chacun d'eux n'y change rien.<sup>8</sup> L'obligation de fidélité de l'avocat à l'égard de son client exclut que celui-là plaide contre celui-ci au profit d'un nouveau client lorsque les affaires sont liées. Le mandataire pourrait en effet utiliser des informations dont il a eu connaissance à l'occasion du premier mandat, de manière consciente ou inconsciente.<sup>9</sup> En bref, «[l]orsque le même avocat défend deux coaccusés dans le procès pénal, le risque d'un conflit d'intérêts surgit immanquablement: pour obtenir l'acquittement ou le prononcé d'une peine aussi légère que possible, chaque accusé peut être tenté de reporter la culpabilité sur l'autre; en pareil cas, il sera impossible à l'avocat, confronté à des intérêts contradictoires, d'assister efficacement l'un comme l'autre de ses clients; une telle situation justifie l'interdiction du double mandat».<sup>10</sup>

Pour le Tribunal fédéral, le fait que X. ne défende plus Z. est sans pertinence en l'occurrence: le fait qu'il l'ait représenté lui permet de disposer d'informations dont l'utilisation pour Y. pourrait porter atteinte aux intérêts de Z., si bien que la prudente appréciation du Président de la Cour des affaires pénales ne peut pas être remise en cause.<sup>11</sup>

##### 3. La compétence

Le Tribunal fédéral confirme que le juge qui conduit la cause (respectivement, en l'occurrence, le procureur général de la Confédération, art. 37 al. 1 PPF, et le Président de la Cour des affaires pénales, art. 136 PPF) est compétent pour statuer sur le défaut de capacité de postuler de l'avocat faute d'indépendance.<sup>12</sup> Ce système prévaut également dans les cantons à défaut de dispositions expresses désignant l'autorité de surveillance comme autorité compétente pour statuer sur la conformité du mandat de représentation d'un avocat aux règles de la LLCA.<sup>13</sup>

##### 4. Synthèse

Comme nous avons eu l'occasion de le relever,<sup>14</sup> les risques de conflits d'intérêts sont grands en cas de représentation de co-prévenus. Le Tribunal fédéral confirme ainsi que la représentation conjointe ne doit être admise que si tout risque d'intérêts contradictoires peut être exclu d'emblée.<sup>15</sup> Si un risque survient, l'avocat doit renoncer aux deux mandats.

8 Consid. 5.5.

9 Consid. 5.5 s. et 5.9.

10 Consid. 5.6 qui cite TF 5P.587/1997, RVJ 1998 16, Pra 87 N 98, consid. 4c/aa-bb.

11 Consid. 5.9 s.

12 Consid. 5.3 s. Voir déjà TF (18.03.2003) 1A.223/2002, consid. 5.5; TF (01.02.2005) 2A.560/2004, consid. 1; Ccc VS (19.08.2003) RVJ 2004 263; Ordonnance du juge instructeur NE (25.09.2007) CC.2005.107, RSJ 2008 472.

13 A Genève, la Commission du barreau et son bureau sont compétents, voir art. 12 al. 3 LPav par analogie, Commission du barreau GE (14.02.2005) 47/04, SJ 2007 II 292 (rés.).

14 Cette revue, 2008 364–366, et les exemples donnés: TF (18.03.2003) 1A.223/2002; TF (01.02.2005) 2A.560/2004; TF (01.02.2005) 2A.560/2004; TF (13.05.2005) 1P.227/2005; TF (24.04.2003) 1P.159/2003.

15 Voir déjà TF (07.05.2007) 1B\_41/2007; TF (05.02.1998) 5P.587/1997, consid. 3c, RVJ 1998 64, Pra 87 N 98.

4 Consid. 5.5 s. Voir TF 5P.587/1997, RVJ 1998 16, Pra 87 N 98, consid. 3. Voir également TF (07.05.2007) 1B\_41/2007 et Strafkammer VS (08.02.2007) RVJ 2008 215.

5 Consid. 5.8.

6 Consid. 5.8.

7 Consid. 5.8.

Il ne faut pas voir dans cette jurisprudence une contradiction avec le principe posé par l'ATF 134 II 108 – selon lequel une double représentation n'est interdite qu'en cas de risque concret de conflits –, même s'il est regrettable que le Tribunal fédéral ne cite pas ce précédent dans ce nouvel arrêt.<sup>16</sup> En matière pénale, et comme le rappelait déjà l'arrêt 2C\_699/2007 du 30 avril 2008, le risque de conflits d'intérêts est particulièrement prononcé dans le cadre de la représentation (simultanée ou non) de co-prévenus: l'accusé peut en effet être tenté de reporter la culpabilité sur les autres inculpés,<sup>17</sup> si bien qu'il se justifie d'être particulièrement attentif dans l'examen de ce risque, et ce à tous les stades de la procédure, comme le retient le Tribunal fédéral au considérant 5.11 de l'arrêt 1B\_7/2009: «[i]n diesem Zusammenhang rechtfertigt sich eine umsichtige (prospektive) Abwä-

gung durch den verfahrensleitenden Präsidenten der Strafkammer».

L'exclusion de l'avocat pour cause de conflit d'intérêts ne constitue pas une mesure disciplinaire au sens de l'article 17 LLCA. Elle est la résultante du défaut de capacité de postuler de l'avocat et constitue un incident de l'instance.<sup>18</sup> Les deux procédures sont indépendantes et pourraient aboutir à des résultats contradictoires – exclusion prononcée par le juge en raison d'un conflit d'intérêts et classement du dossier par l'autorité de surveillance faute de violation de la même règle. Cela n'est pas satisfaisant. La meilleure solution serait sans doute de prévoir que le juge suspende la procédure, sauf urgence ou cas évident, dans l'attente d'une décision définitive dans la procédure disciplinaire. Mais la question est particulièrement problématique lorsque, comme dans le cas d'espèce, la procédure se déroule devant des autorités fédérales.

16 Il le mentionne en revanche dans l'arrêt 2C\_504/2008, lui aussi destiné à être publié et portant également sur la défense au pénal.

17 TF 2C\_699/2007, consid. 4.2.3 in fine.

18 Voir Ccc VS (19.08.2003) RVJ 2004 263.



## Zur Erinnerung

Fortsetzung von Seite 236

**Rattenfänger:** jemand, der Gutgläubige mit Versprechungen anlockt, um sie zu betrügen. Im Juni 1284 erschien ein Pfeifer in Hameln, der sich anerbote, gegen eine gewisse Summe alle Ratten aus der Stadt in die Weser zu treiben. Dies gelang ihm mit seiner Pfeife. Da man ihm aber seinen Lohn vorenthielt, lockte er am folgenden Sonntag mit seinem Pfeifen alle Kinder (mit zwei Ausnahmen, die sich verspätet hatten) in den geöffneten nahen Koppelberg. Etwas später kam er in Siebenbürgen wieder zum Vorschein und gründete mit den Kindern die Kolonie der Siebenbürger Sachsen.

**Partizipationsschein:** Genussschein (Art. 657 OR) als Finanzierungsmittel (Finanzierungsgenussschein). Ein Partizipationsschein ist praktisch eine stimmrechtslose Aktie; Art. 656 aff. OR.

**Halsgericht:** im Mittelalter ein Gericht, das schwere, mit harten Leibes- oder Lebensstrafen bedrohte (peinliche) Verbrechen aburteilte; auch als hochnotpeinliches Halsgericht bezeichnet. Die Richtstätte.

**Strangmarke:** nach Strangulation bei Überlebenden ein geröteter Streifen am Hals, bei Leichen eine Hautvertrocknung, die häufig die Form des Strangwerkzeugs wiedergibt.

**clausula rebus sic stantibus:** Klausel «bei unveränderter Sachlage»; das Rechtsgeschäft gilt nur, sofern sich die Umstände, wie sie beim Zustandekommen waren, nicht unvorhersehbar und grundlegend verändern. Tritt dieser Fall ein, verstösst das Beharren auf der Erfüllung gegen Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Beispiel: Unerschwinglichkeit der Leistung, die der objektiven Unmöglichkeit gleichgesetzt wird. In der Praxis wird die Haftung des Schuldners durch eine Kriegs-, Streik- oder Freizeichnungsklausel eingeschränkt oder aufgehoben oder es kann die Leistung durch eine Goldoder Valutaklausel (Devisenklausel) gesichert werden.

**Tontine:** der Staat nimmt in kleiner Stückelung ein Darlehen auf mit der Verpflichtung, Kapital und Zins nach Ablauf einer bestimmten

Zeit jenen Einlegern, die dann noch leben, als Kapital oder Rente zurückzuzahlen. Der Name kommt vom italienischen Arzt Lorenzo Tonti, der nicht der Erfinder ist, aber 1689 in Frankreich die erste Tontine auflegte.

**beneficium deliberandi:** die Bedenkzeit von drei Monaten, binnen der ein Erbe die Erbschaft ausschlagen kann; Art. 567 f. ZGB.

**culpa in contrahendo:** schuldhaftes Verletzung vorvertraglicher Pflichten, wobei die Schadenersatzpflicht unabhängig davon eintreten kann, ob der Vertrag in der Folge gültig zustande kommt oder nicht. Grundlage ist Art. 2 Abs. 1 ZGB.

**Milizparlament:** der Gegensatz zu einem Berufsparlament, d.h., die Parlamentarier sind nur nebenberuflich Politiker.

**beneficium excussionis realis:** Einrede der Vorausverwertung; solange der Gläubiger Sicherheiten des Schuldners im Besitz hat, kann er verlangen, dass er auf Pfandverwertung und nicht auf Pfändung betrieben wird; Art. 495 Abs. 2 OR und Art. 41 Abs. 1 SchKG.

**Universalität der Verschuldenshaftung:** während die Kausalhaftung auf einzelne, abgegrenzte Schädigungstatbestände zugeschnitten ist, ist Art. 41 OR immer dann anwendbar, wenn jemandem widerrechtlich bzw. in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zugefügt wurde.

**traditio**

- **ex iusta causa:** die Besitzverschaffung aus einem gültigen Zuwendungsgrund im römischen und gemeinen Recht.
- **per chartam:** die Verfügung über das reisende Gut durch ein Traditionspapier.

**Urteilssurrogat:** Urteil, Entscheidungssurrogate. Im SchKG sind Urteilssurrogate der gerichtliche Vergleich, die gerichtliche Schuldanerkennung sowie jeder vollstreckbare Entscheid einer eidgenössischen oder kantonalen Verwaltungsbehörde über öffentlichrechtliche Ansprüche; Art. 80 SchKG. Sie berechtigen zur definitiven Rechtsöffnung.

Aus: Peter Metzger, *Schweizerisches juristisches Wörterbuch, einschliesslich Versicherungsrecht mit Synonymen und Antonymen*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2005



Ernst Staehelin\*

## Jahresbericht 2008/2009 (Delegiertenversammlung vom 12. Juni 2009 in Luzern) Rapport annuel 2008/2009 (Assemblée des délégués du 12 Juin 2009 à Lucerne)

### Einleitung

Der SAV hat im Berichtsjahr seine Bemühungen fortgesetzt und intensiviert, um die Rahmenbedingungen für die Ausübung unseres Berufes bestmöglich zu gestalten. Verschiedene Einzelfragen sind mit der Verwaltung, insbesondere mit dem Bundesamt für Justiz, und mit dem Bundesgericht besprochen und meistens einer Lösung zugeführt worden. Auch auf internationaler Ebene sind die Kontakte weitergeführt worden, um sicherzustellen, dass ausländische und internationale Entwicklungen rechtzeitig erkannt werden, um die für die Schweiz erforderlichen Massnahmen ergreifen zu können. Für die Einzelheiten wird auf die entsprechenden Teil-Berichte in diesem Jahresbericht verwiesen.

Der SAV hat vor zehn und vor fünf Jahren bereits Bemühungen unternommen, um in der einen oder anderen Art Branchenwerbung zu betreiben. Diese seinerzeitigen Bemühungen sind vor allem wegen der Kostenfolgen erfolglos geblieben. Im vergangenen Jahr ist der Gedanke, auf Anstoss einiger kantonaler Verbände, wieder aufgenommen worden. Es konnte im Laufe des Jahres 2008 zusammen mit einer spezialisierten Agentur ein Konzept erarbeitet werden, welches der Delegiertenversammlung zur Genehmigung unterbreitet wird. Vorgängig sind die Idee im Grundsatz und anschliessend das Konzept an den Präsidentenkonferenzen diskutiert worden. Die berechtigten Einwände wurden ernst genommen und das Konzept deutlich verbessert. In einer Schluss-Redaktionssitzung konnten auch die sprachlichen Belange bereinigt werden.

Im Zusammenhang mit der beabsichtigten Branchenwerbung sind auch Bemühungen aufgenommen worden, den in Zürich bestehenden «Matching Service» (anonyme Vermittlung von Anwältinnen und Anwälten für potentielle Klienten) unter dem Namen «AdvoFinder» für die ganze Schweiz einzurichten. Eine Testphase für die deutsche Schweiz ist vor kurzem gestartet worden. Erweist sich dies als erfolgreich, so sollen auch die Romandie und das Tessin einbezogen werden.

Im Dezember 2008 ist die neue schweizerische ZPO verabschiedet worden. Dank den Bemühungen des SAV konnte für das Berufsgeheimnis inhaltlich ein ähnliches Resultat erreicht werden wie im Jahr zuvor für die schweizerische Strafprozessordnung. Damit sind die beiden Hauptverfahrensrechte des Bundes für das Berufsgeheimnis faktisch gleich ausgestaltet. Es ist zu erwarten, dass diese neuen Regelungen einen klaren Einfluss auf die Praxis zu diesen Fragen in den andern Verfahrensrechten des Bundes haben.

Am 22. April 2009 hat der Bundesrat die Vernehmlassung zu einem neuen Bundesgesetz über die Unternehmensjuristinnen und -juristen (Unternehmensjuristengesetz) eröffnet. Der SAV war von Anfang an bei der Behandlung dieser Fragestellung vom federführenden Bundesamt für Justiz miteinbezogen und konnte die Entwicklung dieser Gesetzgebung begleiten. Der SAV hat Verständnis für das Grundanliegen der Unternehmensjuristinnen und -juristen; auf Intervention des SAV ist die Bundesverwaltung davon abgekommen, diese Regelung als

neuen Teil ins BGFA aufzunehmen, sondern hat es vorgezogen, dafür ein eigenes Gesetz zu schaffen. Der SAV wird im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zu den einzelnen Bestimmungen Stellung nehmen.

Aufgrund der strukturellen Änderungen bei der Aufsicht des Finanzmarktes (Schaffung der FINMA und gleichzeitige Ablösung verschiedener Kommissionen etc., darunter auch der Kontrollstelle betr. Geldwäscherei) konnten die Anpassungsarbeiten in den Statuten usw. der SRO betr. Anwaltsgesellschaften und von Anwälten gehaltenen separaten Gesellschaften für die Finanzintermediation noch nicht abgeschlossen werden. Der SAV ist in Kontakt mit der SRO, um eine im Vergleich zu den andern SRO's wettbewerbsfähige Lösung zu finden.

Es dürfte nicht erstaunen, dass die Arbeit des SAV und damit vor allem des Generalsekretariates, seit der Schaffung des vollamtlichen Generalsekretärs anfangs der 90er Jahre stark zugenommen hat. Neben den immer zunehmenden Anzahl von Gesetzen und Gesetzesänderungen und den damit verbundenen Stellungnahmen (und sei dies auch nur zur Klärung der Frage, ob eine Stellungnahme abgegeben werden soll oder nicht) ist auch intern grosse zusätzliche Arbeit angefallen, insb. mit der Entwicklung und Durchführung des neuen Fachanwalts-Titels. Der Vorstand SAV hat sich deshalb entschlossen, dem Generalsekretär eine Mitarbeiterin zur Seite zu stellen, die spezielle Aufgaben übernimmt und ihn davon entlastet. In diesem Sinne wird auf anfangs Oktober 2009 Frau lic. iur. Andrea Schafer mit einem Teilzeitpensum ihre Arbeit aufnehmen. Die dadurch zusätzlich anfallenden Kosten können mit den bestehenden Mitteln bestritten werden.

Der Vorstand wird bis zur Delegiertenversammlung insgesamt fünf Sitzungen jeweils mindestens halbtägige abgehalten haben. Es kommen fünf weitere Sitzungen des Ausschusses und eine Vielzahl von Terminen zu Einzelfragen hinzu.

### Aus dem Vorstand

#### Anwaltskongress (Brenno Brunoni)

Die Vorbereitungen für den Anwaltskongress 2009 wurden nach einer kurzen Verschnaufpause nach dem Kongress 2007 bereits Anfang 2008 in Angriff genommen. Mit den Kollegen Hans-Rudolf Trüeb und Andreas Furrer hat das OK zudem fachliche Unterstützung erhalten. Die beiden Kollegen werden die bis anhin für die Fortbildungsveranstaltungen zuständigen Walter Fellmann und Tomas Poledna im Hinblick auf den Kongress im Jahre 2011 ablösen und sind dem OK bis dahin eine willkommene Verstärkung.

Das OK hat sich für den Kongress 2009 hohe Ziele gesetzt und möchte die Rekordteilnehmerzahl von 2007 noch übertreffen. Um diesen Ansprüchen gerecht zu werden, wurden die Rahmenbedingungen optimiert und neue inhaltliche Akzente gesetzt. Neu beginnt die Tagung bereits am Donnerstagmorgen mit Schwerpunkten zu Spezialthemen im Bereich «Organisation und Management», speziellen Ausbildungsblöcken für Berufseinsteiger, sowie mit der Aus- und Weiterbildung für Finanzintermediäre, Mediatoren, Fachanwälten usw.. Damit dieses breit gefächerte Angebot bewältigt werden kann, mussten im näheren Umkreis des KKL zusätzliche Räumlichkeiten hinzugemietet werden. Freitag und Samstag sind – wie gehabt – zur Hauptsache den Fachge-

\* Dr. Ernst Staehelin, Präsident SAV/FSA. – Der Jahresbericht 2008/2009 setzt sich zusammen aus den Teilrapporten des Präsidenten, der Vorstandsmitglieder (Ressortchefs) und der Leiter der verschiedenen Fachausschüsse.

bieten gewidmet. Als Novum wurde ein Schwerpunktsthema gesetzt, welches sich in mehreren sich wiederholenden Workshops den neuen Prozessrechten widmet. Die Wiederholungen sollen sicherstellen, dass es möglichst wenige Überschneidungen zu anderen interessanten Weiterbildungsthemen gibt.

Neue Massstäbe wurden auch für die Schlussveranstaltung gesetzt: Diverse Höhepunkte, beginnend mit einem Referat der Vorsteherin des EJPD und einer anschließenden Podiumsdiskussion zum Thema «Vertrauen» an der unter der Leitung von Stephan Klapproth (SF Schweizer Fernsehen) Frau Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf, ein Vertreter des Nationalbankdirektoriums und weitere prominente Personen teilnehmen, werden den SAV-Weiterbildungskongress 2009 mit einem wahren und würdigen Schluss-Bouquet beenden.

Das OK, welchem ich an dieser Stelle für seinen grossen und generösen Einsatz herzlich danken möchte, hat somit keine Mühe gescheut, auch in diesem Jahr ein attraktives Programm anbieten zu können. Er vertraut darauf, dass sich dieser Einsatz gelohnt hat und von den SAV-Mitgliedern mit einer möglichst zahlreichen Teilnahme auch honoriert wird.

### PPK SAV/CPP FSA (René Rall)

Die Wirtschaftskrise hat auch die Entwicklung der Kapitalanlagen der Pensionskasse des Schweizerischen Anwaltsverbandes negativ beeinflusst. Die PPK-SAV musste entsprechende Börsenverluste hinnehmen und weist per Ende 2008 erstmals eine Unterdeckung auf. Mit einem noch im November 2008 verschickten Informationsschreiben hat die PPK-SAV ihre Versicherten vorzeitig auf die unerfreuliche Situation aufmerksam gemacht. Sie hielt es – im Unterschied zu vielen anderen Kassen – für wichtig, auch und insbesondere in Krisenzeiten am Grundsatz der Transparenz festzuhalten. Die Versicherten schätzten die offene Informationspolitik. Trotz der vorzeitig angekündigten Unterdeckung wurden per Jahresende dennoch überraschend zahlreiche Einkäufe für fehlende Beitragsjahre getätigt.

Gerade in der Zeit der grossen Verunsicherung gilt es die Mechanismen rund um den Deckungsgrad richtig darzustellen. Der Deckungsgrad erläutert, in welchem Verhältnis die Aktiven der Stiftung – also insbesondere die Summe der Kapitalanlagen – die auf den Stichtag berechneten Verpflichtungen der Stiftung decken. Auch bei einem Deckungsgrad von weniger als 100 muss die Pensionskasse ihre laufenden Verpflichtungen gegenüber ihren Versicherten erfüllen. Anders gesagt: Der Deckungsgrad beeinflusst die Versicherungsleistungen im Alter oder bei Tod/Invalidität nicht. Dies gilt bei der PPK SAV umso mehr, als die Liquidität zu keiner Zeit gefährdet war oder gefährdet ist.

Direkte Vergleiche zwischen Deckungsgraden von Pensionskassen sind dabei nicht immer möglich, da die Berechnung des Deckungsgrades für eine Pensionskasse Entscheide über verschiedene Variablen erfordern. Die PPK-SAV stützt ihre Berechnung auf folgende Erkenntnisse:

Bis anhin haben viele Anwältinnen und Anwälte ihr Alterskapital nicht in Form einer Rente, sondern als Kapital bezogen. Unterdessen zeichnet sich eine Trendwende ab: 50 % der Pensionierten beziehen ihr Guthaben in Form einer Rente. Damit verändert sich eine für den Deckungsgrad massgebliche Komponente: Auf dem Deckungskapital der Rentner kann weiterhin eine Rendite erwirtschaftet werden.

Ein weiteres wichtiges Element ist die Alterserwartung. Hier hat der Stiftungsrat einer Pensionskasse einzig die Möglichkeit, die Berechnungsgrundlagen den neuen Gegebenheiten anzupassen. Die den entsprechenden Berechnungen zugrunde liegenden Tafeln stützen sich auf Statistiken ab und sind nicht beeinflussbar. Aus dem konkreten Alltag ist hingegen bekannt, dass viele Anwältinnen und Anwälte ihre

Pensionierung aufschieben und demzufolge diese Berechnung in der Wirklichkeit zugunsten der Pensionskasse beeinflussen.

Handlungsspielraum gibt es für eine Pensionskasse betreffend zwei Elementen: Das erste ist der sogenannte Umwandlungssatz, bei welchem es darum geht, wie das angesparte Altersguthaben in eine Rente umgerechnet wird. Hier ist die PPK-SAV immer noch auf der grosszügigen Seite. Hinsichtlich des Deckungsgrades bedeutet dies, dass relativ hohe Kapitalien zur Seite gelegt werden müssen, damit dieser Umwandlungssatz aufrecht erhalten werden kann.

Das zweite beeinflussbare Element ist der sogenannte technische Zinssatz. Mit technischem Zinssatz ist die von der jeweiligen Kasse zu prognostizierende Rendite, welche zwecks Abdeckung sämtlicher Ansprüche in der Zukunft erwirtschaftet werden muss (Vollrendite), abzüglich Verwaltungskosten gemeint. Hier gilt: Je höher der technische Zinssatz, desto kleiner muss das zur Verfügung stehende Kapital sein; je tiefer der technische Zinssatz (und somit je vorsichtiger die Renditeprognose), desto höher ist das Kapital, das ausgewiesen werden muss. Wenn es darum geht, zwischen Pensionskassen Vergleiche zu ziehen, ist vor allem dieser Faktor massgebend. Die PPK-SAV verwendet einen technischen Zinssatz von 3.5 %. Es gibt viele Kassen, die höhere technische Zinssätze verwenden und damit auch günstigere Deckungsgradberechnungen machen können. Vergleichbar sind somit nur jene Lösungen, die denselben technischen Zinssatz verwenden.

Ein weiterer wichtiger Punkt: Die PPK-SAV ist sehr gut strukturiert, sie ist mit anderen Worten «jung» und hat wenig Pensionierte. Dies wird sich in mittelbarer Zukunft nicht ändern. Es bleibt ihr somit ein weitaus längerer Zeithorizont, um einen schlechten Deckungsgrad während einer sich über Jahre hinaus verbessernden Wirtschaftslage wieder zu optimieren, als bei Kassen die heute schon überaltert sind oder es demnächst sein werden.

Der Stiftungsrat und der Anlageausschuss haben die Entwicklungen in den letzten Monaten intensiv verfolgt. Die PPK-SAV lässt sich von den beiden marktführenden Experten für Pensionskassen, der PPC-metrics und von der Complementa beraten. Die Anlagestrategie wurde im Vorjahr auf Empfehlung der hierfür beigezogenen Experten festgelegt. Bis auf Weiteres soll an dieser festgehalten werden, da die Risikofähigkeit der PPK-SAV gegeben ist: Durch einen langfristigen Anlagehorizont, einen sehr kleinen Rentnerbestand und aufgrund der Zunahme an Versicherten und Kapital.

Wie oben dargelegt, muss die PPK-SAV, um den Deckungsgrad konstant halten zu können, die notwendigen Reserven aufbauen und um den Verpflichtungen nachkommen zu können, eine durchschnittliche Performance von 3.5 % erwirtschaften. Allein mit Staatsanleihen lässt sich diese Zielvorgabe nicht erreichen! Entsprechend muss die PPK-SAV (ja ist diese sogar gesetzlich dazu verpflichtet) Teile ihres Anlagevermögens in andere Anlageklassen (Aktien, Immobilien etc.) investieren, die mittel- und längerfristig höhere Erträge abwerfen. Grössere Wertschwankungen – wie in diesem Jahr – sind der Preis dafür.

Welche Vorkehrungen hat der Stiftungsrat der PPK-SAV bis anhin getroffen?

Im Sinne einer Vorsichtsmassnahme entschied der Stiftungsrat aufgrund der Marktentwicklung bereits im April 2008 den Neugeldzugang nicht den beiden Banken Credit Suisse und LODH zu überweisen, sondern Festgeldanlagen vorzunehmen. Damit konnten Börsenverluste auf dem Neugeld vermieden werden.

Der Bundesrat hat die Verzinsung auf dem obligatorischen BVG-Teil für 2008 mit 2.75 % und für 2009 mit 2 % festgelegt. Aufgrund der aktuellen Situation hat der Stiftungsrat hier vorgegriffen und auf den Endbestand per 31. Dezember 2008 rückwirkend für das Jahr 2008 auf dem ganzen Altersguthaben nur noch eine Verzinsung von 2 % gewährt. Die gesetzliche Verzinsung wird gewährt, wenn der obligatorische Teil des Altersguthabens inklusive Zins höher ist als das vorhan-

dene Altersguthaben. Im gleichen Sinn werden als weitere Massnahme ab dem 1. Januar 2009 die Altersguthaben mit 0% verzinst. Der Stiftungsrat wird im November 2009 aufgrund der Börsen-, Rendite- und Deckungsgradentwicklung entscheiden, ob auf dem Versichertenbestand per 31. Dezember 2009 dennoch eine mit 2008 vergleichbare Verzinsung für das Jahr 2009 gewährt wird.

Seit der Loslösung von der Swisslife hat die PPK-SAV die Risikobeträge per 1. Januar 2008 zum zweiten Mal gesenkt. Die gezielten Einsparungen durch die neue Geschäftsstelle und die Risikoentwicklung (Todesfall- und Invaliditätsrisiken) wurden den Versicherten weitergegeben. Die PPK-SAV hat für 2008/2009 eine Rückversicherung mit Gewinnbeteiligung mit der Versicherungsgesellschaft «Die Mobilier» abgeschlossen. Aufgrund der geringen Schadenbelastung in den letzten Jahren, kann nach der Wartezeit von 24 Monaten mit einer bedeutenden Gewinnbeteiligung gerechnet werden. Der Stiftungsrat verfolgt die Risikoentwicklung auch in den nächsten Jahren sorgfältig und verwendet diese Mehreinnahmen bis auf Weiteres zur Stärkung des Deckungsgrades.

Noch offen ist die künftige Höhe des Renten-Umwandlungssatzes. Dieser liegt im 2009 bei 6.8%. Die PPK-SAV wendet den Umwandlungssatz im Unterschied zu vielen anderen Kassen sowohl auf dem obligatorischen als auch auf dem überobligatorischen Teil an. Die meisten Mitbewerber haben deutlich tiefere Umwandlungssätze und rechnen teilweise auf dem überobligatorischen Teil mit einem Umwandlungssatz von 5.8%. Bevor die PPK-SAV in diesem Bereich handelt, wartet sie den definitiven Entscheid des Parlaments zu den Mindestumwandlungssätzen auf dem obligatorischen Teil ab.

Erfreulich ist, dass PPK-SAV wiederum eine Vergrösserung des Versichertenbestandes vermelden kann. Die Anzahl der Versicherten ist per Ende 2008 um 70 Personen auf 1 337 Versicherte angestiegen, was einem Zuwachs von 5.5% entspricht. Erfreulich ist zudem die Tatsache, dass sich hauptsächlich selbständig erwerbende Anwältinnen und Anwälte der PPK-SAV angeschlossen haben.

### Fachanwalt SAV (Beat von Rechenberg)

Das Projekt Fachanwalt SAV entwickelt sich erfreulich. Seit Mitte 2008 sind alle 5 Fachgebiete (Arbeitsrecht, Bau- und Immobilienrecht, Erbrecht, Familienrecht Haftpflicht- und Versicherungsrecht), für welche der SAV einstweilen die Vergabe von Spezialisten-Titeln geregelt hat, abgedeckt und es sind bereits 169 zertifizierte Fachanwälte SAV und Fachanwältinnen SAV tätig. Der Fachanwalt SAV gibt dem Berufsstand die Möglichkeit, sich im Markt als Fachmann zu profilieren. Der SAV erwartet, dass in absehbarer Zeit 10% oder mehr SAV-Mitglieder als «Fachanwälte SAV» den Rechtsuchenden zur Verfügung stehen werden.

In der Deutschschweiz laufen im Arbeitsrecht, Bau- und Immobilienrecht sowie im Haftpflicht- und Versicherungsrecht bereits die zweiten Kurse, im Erbrecht sogar schon der dritte Kurs. Der zweite Kurs Familienrecht startet im August 2009. Erfreulich ist auch die Entwicklung in der Romandie, wo derzeit der zweite Bau- und Immobilienrechtskurs und der erste Haftpflicht- und Versicherungsrechtskurs laufen. Ein erster Kurs im Arbeitsrecht konnte im 2008 erfolgreich abgeschlossen werden. Weitere Kurse sind in Planung.

Die Kursteilnehmer sind sich ausnahmslos einig, dass sich der Aufwand (Kursbesuch, Absolvieren der schriftlichen Prüfung sowie des Fachgesprächs) gelohnt hat. Sie äussern sich dahingehend, dass sie nicht nur ausserordentlich viel gelernt hätten, sondern dass, insbesondere auch der intensive Erfahrungsaustausch, die unkomplizierten Diskussionen und die neue Freundschaften zu den wertvollen Errungenschaften der Kurse zählen.

Die Führung des Fachanwaltstitels SAV ist an die Erfüllung einer permanenten Weiterbildung (2 Tage pro Jahr, was 12 Credits ent-

spricht) geknüpft. Ende Februar 2009 haben die ersten Fachanwälte ihre Weiterbildungsdeklaration für das Jahr 2008 eingereicht.

Zurzeit wird die Einführung eines weiteren Fachgebiets, nämlich Strafrecht, geprüft. Die Einführung eines «Fachanwalts SAV» ist nur in solchen Gebieten möglich, in welchen eine genügend grosse Nachfrage besteht, sowohl von Klienten- als auch von Anwaltsseite her. Die Durchführung der Zusatzausbildung auf hohem Niveau in Form der heute angebotenen Spezialisierungskurse setzt voraus, dass sich genügend qualifizierte Teilnehmer um den Titel bemühen.

Alle Personen und Institutionen, die sich in den letzten Jahren für das Projekt «Fachanwalt SAV» engagiert haben – die Projektleitung mit ihrem Chef Mirko Roš, der das Projekt in Zusammenarbeit mit Annika Dietrich und Marc Labbé durchgezogen hat, die Fachkommissionen sowie die rechtswissenschaftlichen Fakultäten der involvierten Universitäten – können befriedigt auf das Resultat ihrer Bemühungen blicken. Sie setzten sich mit grossem Engagement und Begeisterung für die Durchführung der bisher insgesamt 14 Kurse ein. Ohne diese Leistungsträger wäre die Realisierung des «Fachanwalt SAV» nicht möglich gewesen. Der SAV-Vorstand schliesst sich dem Dank vieler Kursteilnehmer an, die begeistert vom Grossprojekt «Fachanwalt» profitieren.

### Anwaltsrevue (Theres Stämpfli)

Die Anwaltsrevue erschien auch 2008 in einer leicht gesteigerten Auflage von über 8 500 pro Heft und 10 Heften pro Jahr. Mitglieder des SAV können die Anwaltsrevue zudem über die Website des SAV lesen.

Dem Redaktionsteam, bestehend aus dem Chefredaktor, Herrn Kollegen Peter von Ins, dem Helbing Lichtenhahn Verlag und dem Generalsekretär des SAV, gebührt ein grosser Dank für das wiederum attraktive Angebot an Artikeln für die Anwaltschaft und die Abonnentinnen und Abonnenten aus andern Sparten der juristischen Branche. Die Vielfalt der Themen beschlug Berufspolitisches wie die Frage nach dem Berufsgeheimnis der Unternehmensjuristen und ausgewählte Themen der Anwaltskörperschaft, Verfahrensrechtliches wie Fragen zum Bundesgerichtsgesetz oder zum Tribunal arbitral du sport, Erbrechtliches wie Tipps gegen einschlägige Stolpersteine, Anwaltsbetriebliches wie Aspekte der Mehrwertsteuer in der Anwaltspraxis, Gewinnverteilung in der Anwaltscommunity und die Daten- und Sprachkommunikation. Das gut aufgebaute Inhaltsverzeichnis sei den Verbandsmitgliedern anempfohlen.

Nach wie vor unbefriedigend ist die Schwierigkeit, französisch- und italienischsprachige Autoren zu finden, um unserer Leserschaft aus der Romandie und dem Tessin gerecht zu werden. Beiträge aus diesen Sprachregionen sind jederzeit hochwillkommen.

### Domaine législation et jurisprudence (Cyrille de Montmollin)

La FSA a pris position sur les objets suivants:

- 28 mars 2008: révision de la loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance et de la loi fédérale pour la protection des armoiries publiques («Swissness»)
- 5 mai 2008: révision du droit du bail
- 30 septembre 2008: modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale
- 30 novembre 2008: avant-projet rapport explicatif sur la révision totale de la loi sur les marchés publics.
- 30 mars 2009: protection des données lors de l'utilisation de l'infrastructure électronique de la Confédération.

Les textes des prises de position peuvent être consultés sur le site Internet de la Fédération.

Il y a lieu de remercier ici, publiquement, les consoeurs et les confrères qui acceptent de consacrer un temps souvent considérable à l'étude des projets qui nous sont soumis et contribuent, par leurs compétences, au sérieux des prises de position de la FSA.

### Contacts internationaux (Olivier Freymond)

La personne susmentionnée a décrit, dans la Revue de l'avocat (n° 10/2008, pp 478–480) l'état actuel des travaux au sein des différentes organisations professionnelles internationales et la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme concernant les avocats suisses. Il se permet de renvoyer le lecteur à cet article et de se limiter à donner quelques renseignements complémentaires:

#### 1. Conseil des Barreaux Européens (CCBE)

L'année 2008 a connu une activité intense, notamment sur les principaux projets suivants:

Blanchiment de capitaux:

Le CCBE a pris connaissance avec une très vive satisfaction de l'arrêt de la Cour constitutionnelle belge du 23 janvier 2008 et de l'arrêt du Conseil d'Etat français du 10 avril 2008 et a participé aux consultations du GAFI sur le principe de la rédaction de lignes directrices séparées pour la profession d'avocat.

Droit des technologies et de l'information:

Le CCBE a mis à jour ses lignes directrices concernant la communication électronique et Internet. Il a d'autre part suivi les travaux du Conseil des ministres qui a abouti à l'adoption d'un plan d'action relatif à l'e-justice européenne et pris acte du plan d'action de la Commission européenne en faveur de la signature électronique et de l'identification électronique adopté le 2 décembre 2008.

Code de déontologie uniforme:

Le CCBE a créé un groupe de travail chargé d'analyser en détail la question du secret professionnel et d'établir un document destiné à contribuer à une meilleure compréhension du secret professionnel dans la société (voir Revue de l'avocat).

Droits de l'homme:

Le prix des Droits de l'homme 2008 a été décerné à Li Heping, avocat chinois réputé, et au groupe d'avocats espagnols qui est intervenu dans le procès relatif aux attentats à la bombe commis dans des trains le 11 mars 2004 à Madrid.

Le CCBE a d'autre part poursuivi ses efforts dans la promotion de la défense des droits fondamentaux des citoyens en Europe, notamment le droit d'obtenir l'accès à un conseil juridique indépendant.

Enfin, l'auteur du texte a été désigné en qualité d'observateur du CCBE auprès de la CEPEJ (Commission européenne pour l'efficacité de la justice) afin de suivre ses travaux et d'y faire entendre la voix des avocats.

#### 2. L'Union Internationale des Avocats (UIA)

Son congrès annuel a eu lieu à Bucarest du 29 octobre au 2 novembre 2008.

M<sup>e</sup> Pascal Maurer, ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats du canton de Genève et ancien Président de la FBE a été brillamment élu au poste de deuxième vice-Président de cette association dont il deviendra le Président en 2010.

Et M<sup>e</sup> Alain Le Fort, également ancien Bâtonnier de l'Ordre des avocats du canton de Genève, a été élu Président du Comité national suisse.

#### 3. La Fédération des Barreaux d'Europe (FBE)

Elle a tenu son congrès de printemps à Istanbul où les représentants de nombreux barreaux ont débattu de la publicité personnelle des avocats et de la communication des barreaux. A cette occasion, M<sup>e</sup> Mirko Roš, ancien bâtonnier du canton de Zurich, a été brillamment élu au poste de deuxième vice-Président de cette association dont il deviendra le Président en 2010.

Le congrès d'automne s'est déroulé à Torquay. Il a adopté une résolution dont la teneur est la suivante:

«La Fédération recommande que ses membres défendent dans leur pays l'importance cruciale des règles éthiques spécialement:

En militant pour que les règles éthiques et, en particulier les principes essentiels de notre profession (tels que l'intégrité, l'indépendance, la confidentialité et la compétence) deviennent une part fondamentale de la formation prodiguée par les ordres d'avocats eux-mêmes, par son enseignement systématique et l'obligation de passer un examen sur les règles éthiques et les principes essentiels pour être admis dans la profession.

En tenant les avocats informés des règles éthiques et de leurs modifications.

En faisant des règles éthiques légales et particulièrement des principes fondamentaux une part significative de leur programme de formation continue.

En encourageant l'inclusion dans leurs programmes de formation continue de l'obligation pour l'avocat d'être à jour dans la connaissance des réformes significatives de la réglementation en matière déontologique.

En veillant à l'introduction, dans les facultés de droit de leur pays, d'un enseignement substantiel et continu des règles légales éthiques.»

#### Berufsrecht (Ernst Staehelin)

Der Vorstand hat aufgrund eines aktuellen Falles festgestellt, dass die Bestimmungen in den kantonalen Anwaltsgesetzen bezüglich der Möglichkeit des Entzuges des Anwaltspatentes (nicht nur der Streichung im Anwaltsregister) unterschiedlich geregelt sind: 4 Kantone kennen ausdrückliche Bestimmungen, in den andern Gesetzen ist nichts zu finden. Einige Aufsichtsbehörden dieser letztgenannten Kantone stellen sich auf den Standpunkt, dass mit der Zuständigkeit für die Erteilung des Patentes auch diejenige für einen Entzug bei Wegfall der Voraussetzungen gegeben sei.

Der Vorstand hat diese Problematik der Präsidentenkonferenz vom Frühjahr 2009 vorgelegt. Die Präsidentinnen und Präsidenten waren damit einverstanden, dass die Sache der Konferenz der kantonalen Justizdirektoren unterbreitet wird, um eine schweizweit einheitliche Regelung anzustreben.

#### Schweizerische Standesregeln (Ernst Staehelin)

Der Vorstand hat immer wieder Anfragen zu bestimmten Aspekten des Standesrechtes erhalten, insb. betr. Zustellung von Kopien (Art. 25 SSR) und der Vertraulichkeit der Kommunikation unter Kolleginnen und Kollegen mit und ohne Vergleichsvorschlag (Art. 6 und 26 SSR). Der Vorstand hat diese Anfragen im Sinne der Erläuterungen, wie sie mit den Präsidentinnen und Präsidenten besprochen worden sind, beantwortet (vgl. dafür [www.swisslawyers.com](http://www.swisslawyers.com)).

Für die Bestrebungen der Anpassung der SSR an die neuen Prozessrechte sei auf den Bericht des Fachausschusses Anwaltsrecht verwiesen.

## Anwaltskörperschaften (Ernst Staehelin)

Im Laufe der Berichtsperiode haben sich weitere Anwaltskanzleien in der Form der Aktiengesellschaft organisiert (soweit ersichtlich gibt es bis heute noch keine GmbH's). Insgesamt dürften zwischen 500 und 600 Anwältinnen und Anwälte nunmehr in einer Anwaltskörperschaft tätig sein. Es ist zu erwarten, dass bis Mitte 2009 weitere (grosse und auch kleinere) Anwaltsbüros diesen Schritt vollziehen werden.

Im Mai 2008 hat sich die Aufsichtsbehörde des Kantons St. Gallen grundsätzlich gegen die Zulässigkeit einer Anwaltskörperschaft de lege lata geäussert; sie ist bis jetzt mit dieser Ansicht allein geblieben. Im Kanton Genf ist nach Entscheiden des kantonalen Verwaltungsgerichtes eine schweizerische Körperschaft zum Betrieb einer Anwaltskanzlei zulässig, hingegen nicht eine ausländische Körperschaft mit einer Zweigniederlassung in Genf.

Spezifische Probleme wegen der Führung einer Anwaltskanzlei in der Form einer Körperschaft sind bis jetzt nicht bekannt geworden.

## Aus den Fachausschüssen

### Procédure civile/Arbitrage/LP (Jean-Marc Reymond)

#### 1. Réunion annuelle 2008

La traditionnelle réunion annuelle de la commission spécialisée «procédure civile/arbitrage/LP» a eu lieu à Berne le 7 novembre 2008. Elle était placée sous le signe de l'arbitrage international, et plus précisément en matière de recours au Tribunal fédéral, du code de procédure civile suisse et de la Convention de Lugano.

Le premier thème a été traité par deux spécialistes en la matière: Philipp S. Gelzer, docteur en droit, greffier au Tribunal fédéral et médiateur nous a présenté son exposé «Die Beschwerde an das Bundesgericht gegen internationale Schiedssprüche». Par une présentation très vivante, M<sup>e</sup> Gelzer a su captiver son auditoire et l'a fait bénéficier de l'expérience pratique qu'il a acquise auprès de notre Haute Cour.

Philippe Schweizer, docteur en droit, avocat, nous a ensuite entretenus de la «Jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international, cristallisation de quelques paradoxes». Avec le brio qu'on lui connaît, M<sup>e</sup> Schweizer nous a brossé un tableau critique de cette jurisprudence, qui n'a pas de secret pour lui, et relevé ses contradictions.

Comme chaque année, les collaborateurs de l'Office fédéral de la justice avaient aimablement accepté notre invitation: ils nous ont ainsi tenus informés de l'état des travaux dans leur domaine respectif. M<sup>me</sup> Brigitte Rickli, Rechtsanwältin, collaboratrice scientifique au sein de l'Unité droit civil et procédure civile de l'OFJ, Projektleiterin ZPO, a présenté les derniers développements concernant le projet de Code de procédure civile suisse. Le texte définitif de celui-ci, adopté le 19 décembre 2008, a entretemps paru à la Feuille Fédérale (FF 2009 I 21). L'entrée en vigueur est prévue le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Enfin, Rodrigo Rodriguez, Dr. iur., Rechtsanwalt, collaborateur scientifique au sein de l'Unité droit international privé de l'OFJ et chargé de cours à l'Université de Fribourg, nous a présenté les dispositions d'application de la Convention de Lugano révisée, notamment en matière de séquestre et de procédure d'exécution, dont l'entrée en vigueur est également prévue pour le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

Comme c'est la tradition, la réunion s'est poursuivie par un dîner pris en commun.

Au nom des membres de la commission, je remercie chaleureusement nos conférenciers de leur participation et de leur présentation.

#### 2. Réunion 2009

La prochaine séance de la commission aura lieu à Berne, le vendredi 6 novembre 2009 dès 10h30. Les personnes intéressées à y participer ou à faire partie de la commission «procédure civile/arbitrage/LP», qui reste bien entendu ouverte à de nouvelles adhésions sont invitées à prendre contact avec la personne susmentionnée.

### Droit pénal/Procédure pénale (Jacques Meyer)

En 2008, la Commission spécialisée pour le droit pénal et la procédure pénale n'a été saisie d'aucun projet ou avant-projet qui auraient été soumis à la Fédération Suisse des Avocats pour consultation. Cela ne s'était jamais produit depuis le lancement des commissions spécialisées en 1997. Cette suspension momentanée est sans doute liée à l'achèvement des grands projets législatifs en la matière (révision de la partie générale du Code pénal, Code de procédure pénale suisse). Elle sera sans doute de courte durée, si l'on considère l'émotion et l'intérêt que les problèmes pénaux suscitent toujours dans la population et le monde politique.

### Anwaltsrecht (Vincenzo Amberg)

Im vergangenen Jahr traf sich der Fachausschuss Anwaltsrecht – entgegen unserer ungeschriebenen Regel, wonach jährlich zwei Sitzungen stattfinden – nur einmal, nämlich am 28. Oktober 2008.

Der Grund liegt darin, dass wir vom Vorstand SAV den Auftrag erhalten hatten zu prüfen, ob zwischen unseren Standesregeln und der neuen, in absehbarer Zeit in Kraft tretenden Eidgenössischen Zivilprozessordnung inhaltliche und/oder formelle Konflikte bestehen bzw. sich ergeben könnten.

Anstelle der Frühjahrssitzung haben die meisten Mitglieder unseres Fachausschusses je ca. 30 Artikel der neuen Eidgenössischen ZPO auf mögliche Antagonismen zu unseren Standesregeln untersucht und das Resultat ihrer Prüfung in einem Kurzbericht festgehalten.

An der (Herbst-) Sitzung vom 28. Oktober 2008 wurde der Inhalt dieser Kurzberichte erörtert. Dabei haben wir – zusammengefasst – die Feststellung machen können, dass unsere Standesregeln, soweit dies heute überblickbar ist, mit der neuen Eidgenössischen ZPO grundsätzlich kompatibel sind.

Ohne auf weitere einzelne Punkte, die von den Mitgliedern unseres Fachausschusses teilweise kontrovers diskutiert wurden, eingehen zu wollen (dies würde den Rahmen dieses Kurzberichts bei Weitem sprengen), seien an dieser Stelle lediglich die beiden Anträge an den Vorstand SAV erwähnt, welche von den Mitgliedern des Fachausschusses Anwaltsrecht einstimmig gutgeheissen wurden:

Bekanntlich sieht das Gesetz in besonderen Verfahren des zweiten Titels (insbesondere im vereinfachten Verfahren) die Zurverfügungstellung von Formularen für Klage und Klageantwort vor. Es wird beantragt, dass der SAV bei der Ausarbeitung dieser Formulare Einfluss nimmt und dabei darauf hinwirkt, dass auf ihnen der Hinweis auf die Rechtsberatungsstellen der Kantonalen Anwaltsverbände angebracht wird.

Das Gesetz sieht weiter die Möglichkeit vor, Eltern – wenn über ihr Kind Anordnungen zu treffen sind – zu einem Mediationsversuch aufzufordern. In diesem Zusammenhang wird beantragt, Art. 9 SSR bei Gelegenheit wie folgt anzupassen, um diese gerichtlich initiierte Mediation mitzuberücksichtigen:

«Sie (sc. die Anwältinnen und Anwälte) nehmen, wenn sie eine Partei vertreten oder beraten, Rücksicht auf eine laufende oder künftige Mediation.»

Schliesslich hat der Fachausschuss Anwaltsrecht beschlossen, in diesem Jahr die Eidgenössische Strafprozessordnung durchzusehen und auf mögliche Friktionen zu unseren Standesregeln zu überprüfen.

## Kartellrecht (Franz Hoffet)

Im Mittelpunkt der Aktivitäten des Fachausschusses Kartellrecht stand während dieser Berichtsperiode einerseits die Evaluation des Kartellgesetzes, andererseits der Schutz des Anwaltsgeheimnisses im Verfahren vor der Wettbewerbskommission im Lichte der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Fall Panalpina.

### 1. Anwaltsgeheimnisschutz im verwaltungsrechtlichen Verfahren

Im Zusammenhang mit dem Bundesgerichtsentscheid Panalpina und den Entwürfen für eine eidgenössische Zivilprozessordnung und eine eidgenössische Strafprozessordnung hat der Vorstands-ausschuss SAV den Fachausschuss Kartellrecht um eine Stellungnahme zur Frage gebeten, ob und wenn ja, welche Vorkehrungen notwendig sind, um einen gleichmässigen Schutzzumfang des Anwaltsgeheimnisses auch bei Untersuchungen von eidgenössischen Verwaltungsbehörden sicherzustellen. Der Fachausschuss ist der Meinung, dass tragfähige Argumente dafür sprechen, dass die Regelungen zum Schutzzumfang des Anwaltsgeheimnisses gemäss dem Entwurf der eidgenössischen StPO (welche inhaltlich im Wesentlichen jenem des Entwurfs für eine eidgenössische ZPO entsprechen) bei richtiger Auslegung auch für das Verwaltungsverfahren eidgenössischer Behörden anwendbar sind. Damit würden auch bei Hausdurchsuchungen eidgenössischer Verwaltungsbehörden aufgrund analoger Anwendung insbesondere der entsprechenden Bestimmungen in der eidgenössischen StPO anwaltliche Arbeitsprodukte im Gewahrsam des Klienten nicht beschlagnahmt werden können. Offen bliebe damit lediglich die Frage des Geheimnisschutzes für interne Juristen, welche ohnehin in einem eigenen neuen Bundesgesetz geregelt werden soll.

### 2. Evaluation des Kartellgesetzes

Im Januar hat die Evaluationsgruppe zum Kartellgesetz ihren Synthesebericht vom 5. Dezember 2009 mit zahlreichen Beilagen (insbesondere verschiedene externe Gutachten) veröffentlicht. Der Synthesebericht stellt der Wirksamkeit des Kartellgesetzes grundsätzlich ein gutes Zeugnis aus, enthält indessen 14 Empfehlungen der Evaluationsgruppe zu Gesetzes- beziehungsweise Praxisänderungen. Diese betreffen unter anderem institutionelle und verfahrensrechtliche Aspekte. Der Fachausschuss Kartellrecht hat deshalb zuhundert des Vorstands SAV eine Stellungnahme aus anwaltlicher Sicht zu den Empfehlungen der Evaluationsgruppe erarbeitet. Auch andere Verbände (so insbesondere die *economie Suisse*) haben Stellungnahmen zur Evaluation des Kartellgesetzes verfasst. Der Fachausschuss erachtet es deshalb als angezeigt, die Erfahrungen der im Kartellrecht spezialisierten Mitglieder des SAV in der Form einer Stellungnahme in die Diskussion über die Evaluation des Kartellgesetzes einzubringen.

## Mediation (Ursula Gross Leemann)

Der Fachausschuss Mediation traf sich 2008 zu drei Sitzungen. Er organisierte zwei Ausbildungs- und vier Weiterbildungstage sowie das First Annual Meeting der Mediatorinnen und Mediatoren SAV.

Per 24. Juni 2008 wurden Anne-Marie Germanier, Lausanne und Roman Manser, Nidau vom Vorstand des SAV neu in den Fachausschuss Mediation gewählt.

Im 2008 konnten 37 neue Titel Mediator/Mediatorin SAV verliehen werden. Seit 2002 haben sich damit bereits 331 Mitglieder des SAV über eine anerkannte Mediationsausbildung ausgewiesen und haben nach erfolgreicher Absolvierung des obligatorischen SAV-Ausbildungstages, den Titel Mediator SAV/Mediatorin SAV erwerben können. Im Mitgliederverzeichnis des SAV sind diese «Fachtitel» erwähnt. Einige

Mediatoren SAV verloren allerdings ihren Titel wieder wegen Austritt aus dem SAV oder sie verzichteten freiwillig, da sie keinen genügenden Weiterbildungsnachweis erbringen konnten.

Gemäss Reglement Mediator SAV ist ein periodischer Weiterbildungsnachweis zu erbringen. Hierfür fordert der Fachausschuss die Mediatoren SAV dreijährlich zum Nachweis der verlangten Weiterbildungen auf. Leider kam ein Teil der Mediatoren dieser Aufforderung zur Selbstdeklaration nur zögerlich und erst nach mehrfachen Mahnungen nach, was für den Fachausschuss viel Aufwand bedeutete. Einigen Mitgliedern musste wegen fehlendem oder ungenügendem Weiterbildungsnachweis gar der Titelentzug angedroht werden und im Februar 2009 musste der Vorstand des SAV die ersten Titelentzüge aussprechen.

Um der gestiegenen Nachfrage nach Weiterbildungen nachzukommen, organisierte der Fachausschuss im letzten Jahr zweimal zwei Weiterbildungstage. Einmal mit dem bekannten Mediationstrainer aus Los Angeles, Forrest Mosten in Bern und einmal mit Ulrike Gamm und Marion Patera aus Wien in Murten. Beide Weiterbildungen waren ein grosser Erfolg. Zusätzlich fand im Januar 2009 eine eintägige und ebenfalls sehr erfolgreiche Weiterbildung mit Liubjana Wüsthube aus Berlin in Olten statt.

Zum ersten Mal organisierte der Fachausschuss eine halbtägige Weiterbildungs- und Netzwerkveranstaltung, das sogenannte «First Annual Meeting» für Mediatoren SAV in Bern. Die Veranstaltung war mit 70 Teilnehmern voll ausgebucht. Themen waren nebst der Vorstellung des Fachausschusses, die neuen Bestimmungen in der ZPO, die neue EU-Richtlinie zur Mediation sowie Co-Mediation. Zudem fanden vier Workshops statt zu folgenden Themen: Soll die Mediation aus dem Schatten des Rechts treten? Pro und contra einer «lex mediatoris» in der Schweiz/ZPO und Mediation: Wo liegen die Chancen für Anwälte und Mediatoren SAV?/Aktuelle Fragen über die SAV Richtlinien zur Mediation: Rollen und Interessenkonflikte/Die Durchsetzbarkeit von Mediationsverträgen und Mediationsklauseln. In der Anwaltsrevue wird dazu ein zusammenfassender Bericht erscheinen.

Inhaltlich beschäftigte sich der Fachausschuss vor allem mit der neuen ZPO. Nicht zuletzt dank der überzeugenden Lobbyarbeit des SAV, liess sich der Ständerat überzeugen, dass ein Belassen der Bestimmungen zur Mediation im Gesetz sinnvoll ist (Art. 213 ff. ZPO). Der Fachausschuss war erleichtert, dass das Parlament in der Schweiz erkannt hat, dass Mediation international immer mehr an Bedeutung gewinnt und dass deshalb eine minimale Regelung der Schnittstellen auch bei uns notwendig ist. Die EU hat im letzten Jahr eine Richtlinie zur Mediation in Zivil- und Handelssachen erlassen. Sie will damit für grenzüberschreitende Streitigkeiten die Schnittstellen zu den Gerichten regeln und die Mediation als alternative und eigenverantwortliche Streitbeilegungsmethode fördern. Die EU-Richtlinie ist gültig in allen Mitgliedsstaaten ausser Dänemark.

Ausblick: 2009 wird der Fachausschuss am Anwaltskongress wieder mit einem Workshop (Thema Mediation in der ZPO) präsent sein. Zudem organisiert er im Rahmen des Anwaltskongresses erneut zwei Weiterbildungstage mit Forrest Mosten, Los Angeles. Geplant ist auch noch ein Weiterbildungstag im letzten Quartal des Jahres. Der/die TrainerIn ist noch nicht bestimmt. Die nächste Mediationsausbildung findet im September statt.

Schwerpunkt der inhaltlichen Arbeit wird die Vorbereitung der Umsetzung der Mediationsbestimmungen der ZPO in den Kantonen sein. Wir arbeiten hierzu mit dem Schweizerischen Dachverband für Mediation SDM und der Schweizerischen Kammer für Wirtschaftsmediation SKWM sowie den Handelskammern unter dem Titel «Koordination Mediation Schweiz» zusammen. Alt Ständerat Thomas Pfisterer unterstützt uns dabei tatkräftig als Türöffner beim Bundesamt für Justiz, der

Konferenz der Kantonalen Justizdirektoren sowie an Richtertagungen, damit wir über die Mediation orientieren können.

### Sportrecht (Hans Roth)

Der SAV-Fachausschuss «Sportrecht» hat im Berichtsjahr die Schwerpunkte seiner Tätigkeit etwas neu ausgerichtet. Im Zentrum stehen nach wie vor die Unterstützung und Beratung des SAV bzw. seines Vorstands in sportrechtlichen Fragen. Zudem organisiert der Fachausschuss Aus- und Weiterbildungsseminare für die Mitglieder des SAV im Bereiche des Sportrechts. Im Weiteren pflegt er das Networking auf dem Gebiete des Sportrechts zugunsten des SAV und seiner Mitglieder.

Wie bereits im Tätigkeitsbericht 2007 ausgeführt worden ist, hat der Fachausschuss zusammen mit dem Tribunal Arbitral du Sport (TAS) im Februar 2008 im Musée Olympique in Lausanne zum zweiten Mal ein Sportrechtsseminar durchgeführt. Dieser erfolgreiche Anlass, der sich primär an die international im Sportrecht tätigen Anwälte richtete, soll inskünftig alle zwei Jahre stattfinden. Das nächste gemeinsame SAV/TAS-Seminar findet im Jahr 2010 statt.

In den Zwischenjahren zwischen den SAV/TAS-Seminaren soll inskünftig in Zusammenarbeit mit Swiss Olympic und der Association Suisse de Droit du Sport (ASDS) im Haus des Sports in Ittigen bei Bern ein Sportrechtsseminar durchgeführt werden, mit welchem vor allem die national tätigen Sportrechtsanwälte angesprochen werden sollen. Das erste Seminar, das der SAV zusammen mit Swiss Olympic und ASDS organisieren wird, findet am 3. September 2009 statt. Die Ausschreibung wird demnächst erfolgen.

Der Fachausschuss sucht den Kontakt mit Vertretern nationaler und internationaler Institutionen auf dem Gebiete des Sports. Im Januar 2009 haben konstruktive Gespräche mit dem Direktor und weiteren Vertretern des BASPO in Magglingen stattgefunden, an welchen Letztere über die hängigen Projekte des BASPO orientiert und die Vertreter des SAV über die Tätigkeit und Ziele des Fachausschusses berichtet haben.

### Droits de l'homme (Shahram Dini)

La Commission des droits de l'homme a tenu sa réunion de travail annuelle le 16 octobre 2008.

Entre autres sujets, elle s'est penchée sur la problématique des frais de traduction dans les procédures de recours à la Cour européenne des droits de l'homme. Un sondage est en cours auprès de quelques barreaux cantonaux afin d'examiner quels ont été les problèmes concrètement rencontrés par nos confrères à ce sujet. Les conclusions de la commission feront, le cas échéant, l'objet d'une communication.

Au cours de l'exercice écoulé, la Commission s'est intéressée aux projets de modifications législatives notamment celles concernant la loi sur l'asile (LAsi) et la loi sur les étrangers (LEtr). Dans le cadre de la procédure fédérale de consultation, la commission a adressé un projet de détermination au conseil de la FSA.

La commission a notamment relevé que la détention administrative en vue du renvoi et de l'expulsion doit avoir lieu dans des locaux adéquats. La loi précise à cet égard qu'il faut éviter de regrouper les personnes à renvoyer avec des personnes en détention préventive ou qui exécutent une peine et que les personnes en détention administrative doivent, dans la mesure du possible, pouvoir s'occuper de manière appropriée.

Le projet de loi sur l'asile prévoit que l'office assigne au requérant dont l'entrée est refusée en Suisse un lieu de séjour et lui fournit un local adéquat. Les gestionnaires des aéroports sont responsables de la mise à disposition d'un logement adéquat. L'office supporte les frais d'hébergement et la Confédération participe à raison d'un forfait journalier aux frais d'exploitation des cantons pour l'exécution du renvoi.

La commission relève que l'étranger retenu ne l'est pas nécessairement à cause d'un délit, de sorte qu'il ne devrait pas être détenu dans les conditions plus strictes autorisées par le droit pénal mais comme une personne qui doit être maintenue à disposition de l'administration pour assurer son renvoi ou son expulsion. La détention administrative peut être longue puisque dès la phase préparatoire du renvoi, elle peut durer six mois, voire dix-huit mois en cas d'insoumission.

Soucieux de la condition des étrangers en détention administrative, la commission souhaite que des avocats représentant la FSA puissent visiter certains des locaux de détention administrative, les examiner, les décrire, s'en faire une idée quant au confort, à l'intimité et à leur adéquation selon la loi. Ce travail nécessitera le concours actif de nos membres. Une communication sera adressée aux barreaux cantonaux au cours de l'exercice 2009.

La commission a également participé activement aux travaux de l'Association de soutien à une institution pour les droits humains (INDH) (Förderverein Menschenrechtsinstitution Schweiz), dont le but est d'amener les autorités politiques fédérales à légiférer en vue de créer un institut national des droits humains en Suisse (pour plus de détail consulter le site internet: <http://www.foerderverein-mri.ch>).

A noter que le Conseil de la FSA a décidé de décerner, sur une base ponctuelle, une contribution financière à une personne ou à une organisation qui se sera distinguée dans le domaine des droits humains. En 2009, sur proposition de notre commission, le Conseil de la FSA a décidé d'attribuer cette récompense à l'Association de soutien à une institution pour les droits humains (INDH).

L'objectif de l'Association de soutien n'est pas encore atteint et le travail de sensibilisation et de lobbying auprès des parlementaires fédéraux et des autorités cantonales doit se poursuivre, mission devenue plus difficile sur fond de crise économique.

Enfin, la commission est intervenue de manière ponctuelle dans diverses situations, notamment en soutien aux avocats du Pakistan ou encore en faveur de notre Confrère Gao Zhisheng, ardent défenseur des droits de l'homme en Chine. A peine libéré après cinq ans de détention, il se trouve à nouveau arrêté et détenu dans un lieu inconnu, avec des risques concrets de mauvais de traitement et de torture. La FSA est également intervenue auprès du DFAE en vue d'une démarche commune auprès des autorités chinoises.

A signaler encore qu'en février 2010 aura lieu à Genève le 4<sup>e</sup> Congrès mondial contre la peine de mort. La commission entend s'associer à cet événement et les confrères qui souhaitent participer à ce Congrès ou y collaborer sont invités à s'annoncer.

### Aus den Fachkommissionen Fachanwalt

**Arbeitsrecht D** (Mitglieder: Georges Chanson [Präsident], Dr. Alfred Blesi, Dr. Philipp Gremper, Hans Roth, Regula Suter-Furrer)

Nach dem Eintreffen der Anmeldungen zum zweiten Spezialisierungskurs im Arbeitsrecht war es Aufgabe der Mitglieder der Fachkommission im April 2008, diese Dossiers zu prüfen und dem Vorstandsausschuss Fachanwalt begründete Anträge zur Zulassung zu stellen, die zum Teil mit Vorbehalten zum Erwerb des Fachanwaltstitels verbunden und sich mit noch zu kurzer Dauer von Anwaltspraxis oder Mitgliedschaft begründet wurden. Den Kurs, der Ende August 2008 mit 25 Teilnehmenden (davon vier von den Universitäten zugelassene) startete und mit der schriftlichen Prüfung vom 21. März 2009 endete, hat ein Ausschuss der Kommission eng begleitet. Im Mai 2009 werden nicht ganz 20 Teilnehmende des Kurses ihre Fachgespräche absolvieren, was entsprechende Vorbereitungen wie die definitive Prüfung der reglementa-

rischen Zulassungsvoraussetzungen und damit verbundene Anträge an den Vorstandsausschuss und die Auswahl und Einforderungen der Dokumente für die Fachgespräche erfordert. Bei diesen Fachgesprächen tritt ein Mitglied der Kommission, das selbst am Kurs teilnahm, in den Ausstand. Die restlichen Kommissionsmitglieder haben ihren Fachanwaltstitel im August 2007 erworben.

Im Rahmen der permanenten Weiterbildungsverpflichtung hat die Fachkommission ab Beginn des Jahres 2008 arbeitsrechtliche Veranstaltungen in Bezug auf die Anrechnung von Credits beurteilt und diese Entscheide wurden auf der Webseite [www.fachanwalt-sav.ch](http://www.fachanwalt-sav.ch) laufend bekannt gemacht. Daneben wurden auch konkrete Anfragen zur Anrechnung behandelt und in einem Fall ein begründeter Entscheid auf Nichtanrechnung gefällt, da es sich nicht um eine Weiterbildung im Fachgebiet nach den Kriterien der Kommission handelte. Im März 2009 hat sich die Kommission mit ersten Deklarationen der Fachanwältinnen und Fachanwälte zu deren Weiterbildung im Jahr 2008 befasst und mit Freude festgestellt, dass sämtliche Träger des Fachanwaltstitels mehr als nur das Minimum 2 von 12 Credits deklarieren konnten und im Durchschnitt über 20 Credits (bei einem Maximum von 24) anrechenbar waren.

Im Spätherbst wurden unter der Trägerschaft der Fachkommission und der Leitung von Georges Chanson und Alfred Blesi die ersten «Luzerner Tage zum Arbeitsrecht» durchgeführt, einer für Teilnehmende des Spezialisierungskurses reservierte Weiterbildung, bei der in Workshops gegenseitig Wissen und Können vermittelt worden ist. Bei dieser Gelegenheit wurde auch eine Umfrage zur Nachhaltigkeit des ersten Kurses und über die Verwendung des Fachanwaltstitels in der Praxis durchgeführt, über die in der Anwalts Revue zu lesen ist. Die Luzerner Tage zum Arbeitsrecht 2009 werden im Rahmen des Anwaltskongresses im KKL am 9. Juni durchgeführt.

Schliesslich hat die Kommission an einer Sitzung im Februar 2009 die Vorgaben bei den zu deklarierenden Fällen im Rahmen der Zulassung zu den Spezialisierungskursen im Arbeitsrecht diskutiert. Diese Diskussion ist – im Hinblick auf den dritten Kurs, dessen Daten bereits feststehen und der im August 2010 startet – noch im Gang.

### **Droit du travail F** (Auteur du texte: Christian Favre [Président], Membres: Christian Bruchez, Olivier Subilia)

La personne susmentionnée est, depuis novembre 2008, porteur du prestigieux titre de «spécialiste FSA droit du travail». Certains auraient préféré que l'on parle de «spécialiste FSA en droit du travail» et poussent l'audace jusqu'à utiliser cette formule sur leur papier à lettres. Toutes les voies de droit utiles pour contrer tant d'audace doivent bien sûr être réservées à l'endroit de ces fauteurs de trouble.

Mais là n'est pas le propos de l'auteur de ces lignes, qui vous doit un aveu. Et cet aveu est que s'il n'avait pas été embrigadé dans ce module de spécialisation FSA comme formateur, il ne serait sans doute jamais venu. Ayant déjà commis (comme coauteur) quelques ouvrages dans le domaine du droit du travail, il ne voyait pas très bien ce qu'on pouvait lui apprendre à ce propos.

C'est donc fort d'une clause de dispense de l'assiduité âprement négociée que l'auteur du texte a lui-même essuyé les plâtres de la formation FSA francophone en droit du travail, en donnant le premier cours le 21 février 2008 à l'Université de Lausanne.

On pardonnera au rédacteur de souligner que la préparation d'une demi-journée de formation destinée à des Consoeurs et Confrères qui ont tous démontré leur expérience particulière en droit du travail représente un labeur important si l'on veut éviter de donner aux participants l'impression de leur faire perdre leur temps.

Ce souci d'éviter de perdre son temps était aussi celui de l'auteur du texte. L'investissement est important non seulement au plan finan-

cier mais aussi de l'engagement personnel: la réservation de quatorze journées complètes et deux weekends a un impact non négligeable tant sur la vie professionnelle que privée.

Mais ce n'était pas la préoccupation de l'auteur, nanti – comme relevé plus haut – d'une dispense de l'assiduité à ces cours et qui n'envisageait dès lors d'honorer ces derniers que d'une présence très réduite. Sa surprise a été d'autant plus grande de remarquer qu'il n'aura en définitive pas eu besoin d'invoquer semblable faveur, ne brillant que très rarement par son absence.

En effet, les participants ont tous très rapidement constaté non seulement qu'il leur restait beaucoup à apprendre dans le domaine du droit du travail, mais qu'ils prenaient un plaisir qu'ils ne cherchaient pas à dissimuler à suivre cette formation. Au-delà de la qualité remarquable des cours et des intervenants, c'est la richesse des débats entre les «étudiants» et les formateurs qui a marqué les esprits. L'auditoire, composé d'une vingtaine de plaideurs confirmés dans leur domaine, a joué à fond son rôle de contradicteur aux intervenants. L'évocation des expériences personnelles de chacun a régulièrement agrémenté les débats.

Malgré cela, les examens finaux n'ont pas été une simple formalité. Ceux qui les ont subis s'en souviennent encore. Mais il aura été fort plaisant d'entendre régulièrement, à l'occasion du colloque imposé par le Règlement FSA, les candidats expliquer qu'ils auraient géré différemment leur dossier s'ils avaient bénéficié auparavant de la formation.

Aujourd'hui, les participants à la formation FSA droit du travail, volée 2008, se sentent un peu orphelins de leurs cours du jeudi. A telle enseigne qu'ils ont créé une association destinée non seulement à maintenir leurs connaissances professionnelles à niveau, mais à cultiver les liens d'amitié qui se sont tissés.

L'auteur du texte ne saurait conclure ses confessions sans adresser une nouvelle fois ses remerciements à notre Confrère, Monsieur le Professeur Rémy Wyler, qui a été l'artisan inlassable de la mise sur pied de cette formation et de sa réussite. Semblable forfait ne peut pas demeurer ignoré.

### **Droit de la construction et de l'immobilier D et F** (Membres: Denis Esseiva [Président], Suisse alémanique: Beat Denzler, Anton Egli, Anton Henninger, Roland Hürlimann, Beat Messerli, Erwin Scherrer; Suisse romande: Henri Baudraz, Denis Bettems, Richard Calame, Benoît Carron)

La première volée d'avocat(e)s spécialisé(e)s en droit de la construction et de l'immobilier a été formée en 2006–2007. 24 avocat(e)s suisses alémaniques et 14 avocat(e)s suisses romands ont participé à ce cours, dont le succès a été assuré par les Professeurs Jean-Baptiste Zufferey et Hubert Stöckli de l'Institut pour le droit suisse et international de la construction de l'Université de Fribourg.

La Commission a pu s'assurer du haut niveau de connaissance des participants lors des colloques qu'elle a organisés à l'issue de la formation. Elle a pu au demeurant à cette occasion constater les liens étroits que les participants ont noués entre eux, ce qui a conduit ces derniers à fonder une association. Celle-ci a également pour but d'assurer la formation continue de ses membres.

Le deuxième cours de spécialisation a commencé en janvier 2009 et se terminera par les colloques en janvier 2010. La participation est pratiquement équivalente à celle du premier cours, ce qui démontre que l'intérêt pour cette formation n'a pas baissé, bien au contraire. Notre commission s'en réjouit.

### **Erbrecht D** (Mitglieder: Dr. Jürg Honegger [Präsident], Dr. Balthasar Bessenich, Dr. Andreas Flückiger, Dr. Benno Studer, Dr. René Strazzer)

Wir stehen zur Zeit im dritten Fachkurs zur Erlangung des Fachanwaltstitels im Erbrecht und damit kurz vor der Erfüllung des über 5 Jahre angesetzten Vertrages mit den Universitäten Zürich und Luzern. Wir dürfen festhalten, dass die drei gemäss Vertrag durchzuführenden Kurse mit grossem Erfolg stattfinden konnten. Dies nicht zuletzt dank dem kompetenten, ideenreichen und praxisorientierten Einsatz der beiden durchführenden Professoren, die Herren Breitschmid und Eitel.

Aus der Sicht der Fachkommission habe ich die Kurse 2 und 3 jeweils besuchen können und dabei auch über Sinn und Zweck des durchzuführenden Fachgespräches referiert. Dies war unbedingt notwendig, haben sich doch bezüglich dieses Fachgespräches auch aufgrund von Rekursverfahren negative «Ängste» entwickelt. Auf diese Art und Weise konnten allfällige Bedenken sicherlich ausgeräumt werden.

Die Fachkommission hat die Durchführung der Fachgespräche aus der Sicht der Anwaltschaft mit grossem Aufwand, Ernst und Verantwortung durchgeführt und dabei auch nicht gezögert, in den kritischsten Fällen einen Antrag auf Nichterteilung des Fachtitels zu stellen. Sollte das Fachgespräch auch weiterhin einen hohen Stellenwert neben der Prüfung am Schluss des Kurses behalten, so wird es auch in Zukunft notwendig sein, die einzelnen Kandidaten kritisch und vorurteilslos einzustufen.

Möglicherweise werden in Zukunft auch Fragen der Interessenkollision und des Standesrechtes eine zusätzliche Gewichtung im Erbrecht kurs finden müssen. Dies ist bei weiteren Kursen in der Zukunft zu berücksichtigen.

Zudem ist vorgesehen, den Kurs in einem 2-Jahres-Rhythmus wieder anzubieten, sodass ein nächster Kurs im Jahre 2011 stattfinden würde. Eine Pause für das Jahr 2010 ist allen Beteiligten zu gönnen und dient der Sache ebenfalls.

### **Familienrecht D** (Mitglieder: Dr. Daniel Trachsel [Präsident], Birgit Biedermann, Dr. Anka Dietrich, Werner Goldmann, Jacqueline Honsell, St. Gallen, Heidi Mayer Jülich, Jean-Luc Rioult)

Der erste Kurs im Familienrecht fand 2007/2008 statt. Von 19 Teilnehmenden (alle aus dem Kreis des SAV) wurden 18 zertifiziert.

Der zweite Kurs beginnt am 27. August 2009. Die inhaltliche Leitung des Kurses liegt weiterhin bei den Universitäten Freiburg (Frau Prof. Dr. Rumo-Jungo) sowie bei der Universitäten Zürich (Frau Prof. Dr. Andrea Büchler). Die einzelnen Module werden von Vertreterinnen und Vertreter sämtlicher Deutschschweizer Universitäten gestaltet. Es kann ohne Übertreibung gesagt werden, dass alle diejenigen, die im Familienrecht Rang und Namen haben, zum Gelingen des Spezialisierungskurses beitragen. Dies eröffnet den Teilnehmenden interessante Perspektiven im Hinblick auf das Networking.

Die bisherigen Erfahrungen haben dazu geführt, dass

- verstärkt inhaltliche Schwerpunkte bei praxisrelevanten Themen gesetzt werden;
- die Teilnehmenden vermehrt in den Unterricht einbezogen werden;
- der Umfang der «soft skills» (Vermittlung eines psychosozialen Basiswissens, Konfliktdynamik, Vergleichen und Verhandeln) von bisher 2 auf 1 Modul reduziert wurden;
- dem Gedanken der Vernetzung stärker Rechnung getragen und eine Sensibilisierung für die bekannten Schnittstellenproblematiken (mit dem Erb-, Steuer-, Sozialversicherungs-, Ausländer- sowie

Sachenrecht und insbesondere dem internationalen Privatrecht) angestrebt wird.

Geändert haben sich auch die Prüfungsmodalitäten: Es gibt zwei je einhalbstündige schriftliche Prüfungen zum Thema «Existenzsicherung» (also Unterhalt, Sozialversicherungsrecht, Vorsorgeausgleich) und zum Thema «Güterrecht». Darüber hinaus haben die Teilnehmenden einen Fall aus ihrer Praxis umfassend und unter Berücksichtigung verschiedener Gesichtspunkte zu dokumentieren.

Eindrücklich war zu beobachten, wie sich zwischen den Teilnehmenden ein die Kantongrenzen überwindendes Netzwerk entwickelt hat, das auch nach abgeschlossenem Kurs trägt; der weiter bestehende persönliche und fachliche Gedankenaustausch trägt ganz wesentlich zur Qualifikation der Fachanwältinnen und Fachanwälte bei.

Interessenten für diesen Spezialisierungskurs wenden sich für eine Referenz am Besten an eine Fachanwältin/Fachanwalt SAV Familienrecht.

### **Haftpflicht- und Versicherungsrecht D** (Mitglieder: Markus Schmid [Präsident], Dr. Atilay Ileri, Dr. Ueli Kieser, Dr. Werner E. Ott, Dr. Volker Pribnow, Dr. Marc Schaeztle)

Zurzeit wird der zweite Lehrgang zur Erlangung des Titels Fachanwalt SAV für Haftpflicht- und Versicherungsrecht durchgeführt, wobei sich die Kandidaten rund zur Hälfte aus den durch Losentscheid im ersten Kurs überzählig gewesenen Bewerbern rekrutiert. Der Kurs ist weitestgehend nach dem gleichen Muster wie der erste Lehrgang aufgebaut, was leider hie und da mit einem etwas zu geringen Praxisbezug, vor allem im Bereich des Sozialversicherungsrechts einhergeht.

Zu Recht wird das Schwergewicht auf die Vermittlung vertiefter Kenntnisse des Personenschadensrechts gelegt, wobei es angesichts des äusserst breiten Spektrums nicht immer ganz einfach ist, einen Mittelweg zwischen der gewünschten Vertiefung einerseits und der notwendigen Breite andererseits zu finden.

Das Klima in beiden Lehrgängen darf als hervorragend bezeichnet werden, was nicht zuletzt dadurch unterstrichen wurde, dass von den Absolventen des ersten Kurses bereits ein Verein der Fachanwälte SAV im Haftpflicht- und Versicherungsrecht ins Leben gerufen wurde.

Der Lehrgang wurde auch schon in der Fachzeitschrift HAVE (Heft 4/2008, S. 365 ff.) thematisiert und in diesem Zusammenhang auch die Frage gestreift, ob und inwieweit für Fachanwälte ein spezieller Sorgfaltsmassstab gelten soll.

Die Zusammenarbeit mit den involvierten Universitäten ist sehr erfreulich, auch wenn in gewissen Bereichen der Einfluss der Fachkommission wohl als etwas zu gering bezeichnet werden muss. Vor allem im Hinblick auf die gewünschte praxisorientierte Ausrichtung des Lehrganges wird in nächster Zukunft das Gespräch zwischen SAV und Universität geführt werden müssen.

### **Droit de la RC et des assurances F** (Membres: Pierre-Dominique Schupp [Präsident], Pierre Bauer, Michel Bergmann)

La Commission spécialistes RC et droit des assurances a été passablement engagée au printemps 2008 puisque c'est à cette époque qu'elle a examiné et prévu les candidatures au cours qui a débuté en juin 2008.

Le Président a attentivement suivi la mise en route du cours et a rencontré en automne les Professeurs Werro et Kahil-Wolf car il était apparu nécessaire de «recadrer» quelques points de l'enseignement, parfois un peu trop théoriques.

La Commission s'est réunie le 2 avril 2009, pour préparer le Colloque qui se déroulera à Lausanne les 25 et 26 août 2009.

## Dank (Ernst Staehelin)

Die vorstehenden Berichte haben gezeigt, in welchem grossen Umfang der SAV tätig ist, um die Belange seiner Mitglieder und der kantonalen Verbände bestmöglich wahrzunehmen. Im Rahmen der bestehenden Strukturen ist dies nur deshalb möglich, weil sich viele Mitglieder freiwillig und ehrenamtlich für die vielen Einzelbelange einsetzen und intern im Verband, aber auch gegen aussen (Behörden usw.) stark machen; ohne diese Efforts könnten die effektiv erzielten Resultate nie erreicht werden. Es geht deshalb der grosse Dank des SAV an diese Personen, Mitglieder, Fachausschüsse, kantonale Verbände, Präsidentinnen und Präsidenten, Umsetzungskommission «Fachanwalt» und alle weiteren Gremien für die viele, dem Verband zur Verfügung gestellte Zeit und Energie. Auf Ende Juni dieses Jahres geht meine Amtszeit als Präsident SAV zu Ende. Es ist mir ein grosses Bedürfnis, auch

auf diesem Wege und an dieser Stelle allen Mitgliedern des Vorstandes SAV für ihre Unterstützung über ihre Ressorts und in den allgemeinen Fragen, die es zu behandeln galt, ganz herzlich zu danken. Ohne diesen grossen Einsatz wäre vieles nicht möglich gewesen. Dasselbe gilt natürlich auch für den Generalsekretär und seine Mitarbeiterinnen. Der SAV könnte ohne diesen mannigfaltigen Support nicht funktionieren.

Ich werde sehr gerne an meine Zeit im SAV zurückdenken und danke Ihnen allen, dass Sie mir die Chance gegeben haben, dieses Amt auszuüben. Ich wünsche meinem Nachfolger im Amt und dem SAV alles Gute und viel Erfolg bei seinen Anstrengungen zugunsten unseres Berufes!

Bern, 29. April 2009

Ernst Staehelin, Präsident SAV

## Vorankündigung

### Seminar im Sportrecht vom 3. September 2009

Gemeinsam mit der Association Suisse de Droit du Sport (ASDS) und in Zusammenarbeit mit Swiss Olympic führt der SAV am 3. September 2009 im Haus des Sports, Bern, ein Seminar unter dem Titel «Anforderungen an ein modernes Case Management im Sportrecht: vereinsinternes und vereinsexternes Verfahren dargestellt an praktischen Beispielen» durch. Detailinformationen werden via «Newsticker» auf der SAV-Website [swisslawyers.com](http://www.swisslawyers.com) bekanntgegeben. Reservieren Sie sich den Termin bereits heute.

## Annonce

### Séminaire en droit du sport du 3 septembre 2009

Ensemble avec l'Association Suisse de Droit du Sport (ASDS) et avec la collaboration de Swiss Olympic, la FSA organise un séminaire intitulé «Exigences d'un case management moderne en droit du sport: procédure interne et externe présentée à l'aide de cas pratiques pour une association sportive». Ce séminaire se tiendra le 3 septembre 2009 à la Maison du Sport à Berne. D'autres informations détaillées vous seront données via notre «Newsticker» du site Web de la FSA [www.swisslawyers.com](http://www.swisslawyers.com). Réservez déjà aujourd'hui cette date!

## Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

### Zivilrecht/Droit civil

05.06.2009	Kinderbelange im Scheidungsrecht	Freiburg	Universität Freiburg, Weiterbildungsstelle, Rue de Rome 6, 1700 Freiburg, Tel. 026 300 73 47, formcont@unifr.ch, www.unifr.ch/formcont
28.–29.08.2009	Kinder in Konfliktfamilien bei Trennung und Scheidung	Freiburg	Universität Freiburg, Weiterbildungsstelle, Rue de Rome 6, 1700 Freiburg, Tel. 026 300 73 47, formcont@unifr.ch, www.unifr.ch/formcont
16.–17.10.2009	Die Anhörung des Kindes in familienrechtlichen Verfahren	Freiburg	Universität Freiburg, Weiterbildungsstelle, Rue de Rome 6, 1700 Freiburg, Tel. 026 300 73 47, formcont@unifr.ch, www.unifr.ch/formcont
ab 27.08.2009	Spezialisierungskurs Familienrecht: Für die Mitglieder des SAV stellt die erfolgreiche Absolvierung dieses Kurses eine der Voraussetzungen dar, um den Titel Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV Familienrecht zu erlangen	diverse Orte	Sekretariat des Schweizerischen Anwaltsverbandes, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.fachanwalt-sav.ch oder www.avocatspecialiste-fsa.ch

### Handelsrecht/Droit Commercial

27.05.2009	St. Galler Gesellschaftsrechtstag	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
16.06.2009	St. Galler Bankrechtstag	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch

### Strafrecht/Droit pénal

19.06.2009	Der neue Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in der Praxis	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
------------	--	--------	---

### Vertragsrecht/Droit des contrats

23.06.2009	Sozialversicherungsrechtstagung 2009	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
------------	--------------------------------------	--------	---

### Haftpflicht- und Versicherungsrecht/Droit de la responsabilité civile et des assurances

16.06.2009	Umweltschäden – Herausforderung für Umweltrecht und Haftungsrecht	Solothurn	Vereinigung für Umweltrecht (VUR), Postfach 2430, 8026 Zürich, Tel. 044 241 76 91, Fax 044 241 79 05, karin.spielmann@vur-ade.ch, www.vur-ade.ch
18.06.2009	Sozialversicherungsrechtstagung 2009	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
27.08.2009	KVG-Tagung	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch

### Diverses/Divers

27.05.2009	2. Zürcher Praktikertag für Baurecht	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
28.05.2009	Le droit fiscal en 2009	Neuchâtel	Université de Neuchâtel, Service de la formation continue, Rue des Beaux-Arts 21, 2000 Neuchâtel, Tel. 032 718 11 20, Fax 032 718 11 21, Service.foco@unine.ch
29.05.2009	Vortrag: Und darauf haben wir 150 Jahre gewartet?! – Gedanken zur neuen schweizerischen Zivilprozessordnung	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
05.06.2009	EMRK und die Schweiz	Bern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
10.06.2009	Kunst und Recht – Nachwehen des Holocaust	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
10.06.2009	SAV-Weiterbildung Mediation: Kurzmedationen – Tipps und Tricks zum raschen und erfolgreichen Abschluss von Mediationen	Luzern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
10.06.2009	Gerichtsmediation und Privatmediation – internationale Erfahrungen	Luzern	Dr. Lorenz Droese, Universität Luzern, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Zentrum für Konflikt und Verfahren, Hirschgraben 43, Postfach 7459, 6000 Luzern 7, lorenz.droese@unilu.ch, Fax 041 228 77 35
11.06.2009	SAV-Weiterbildung Mediation: Erfolgreiche Intervention in schwierigen Situationen/AUSGEBUCHT/COMPLET	Luzern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
11.–13.06.2009	Anwaltskongress	Luzern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
16.06.2009	3. Zürcher Tagung zum Zivilprozessrecht	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
18.06.2009	Recht aktuell – Workshop im Kartellrecht	Basel	Juristische Fakultät der Universität Basel, Koordinationsstelle «Recht aktuell», Peter-Merian-Weg 8/Postfach, 4002 Basel, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch

19.06.2009	Conference «The Swiss Rules of International Arbitration – Five Years of Experience»	Bern	Swiss Chambers' Court of Arbitration and Mediation, Aeschenvorstadt 67, P.O. Box, 4010 Basel, Fax 061 270 60 05, congress@scam.org
19.06.2009	Vortrag: Bankenkrise: Konsequenzen für die Regulierung	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
19.06.2009	Finanzierung von Erschliessungsinfrastrukturen	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
23.06.2009	8. Zürcher Tagung zum schweizerischen, europäischen und internationalen Steuerrecht	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
August–Oktober 2009	English Course for Lawyers	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
26.08.2009	E-Searching für Juristen	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
26.08.2009	Haftung der Medizinalpersonen	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
28.08.2009	Vortrag: Schweizerische Strafprozessordnung: Eine Revolution für den Kanton Zürich?	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
September 2009	Studienreise USA	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
02.09.2009	12. Zürcher Konferenz Mergers & Acquisitions	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
03.09.2009	1. St. Galler Tagung zum Gesundheitsrecht	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
07.–09.09.2009	Durchführungsfragen des Leistungsrechts der beruflichen Vorsorge	Kartause Ittingen	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
07.–10.09.2009	Prozesse am Runden Tisch – die Kunst des Verhandeln	Freiburg	Universität Freiburg, Weiterbildungsstelle, Rue de Rome 6, 1700 Freiburg, Tel. 026 300 73 47, formcont@unifr.ch, www.unifr.ch/formcont
08.09.2009	Symposium en droit de la famille – Deuxième pilier et épargne privée en droit de divorce	Fribourg	Université de Fribourg, Service de la formation continue, Rue de Rome 6, 1700 Fribourg, Tel. 026 300 73 39, www.unifr.ch/formcont
09.–10.09.2009	Symposium zum Familienrecht – Berufliche und freiwillige Vorsorge in der Scheidung, 2. und 3. Säule sowie Güterrecht	Freiburg	Universität Freiburg, Weiterbildungsstelle, Rue de Rome 6, 1700 Freiburg, Tel. 026 300 73 47, www.unifr.ch/formcont
10.09.2009	5. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
16.–17.09.2009	Medizin und Recht	Hergiswil/NW	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
17.–18.09.2009	Zwischen Wahrheit und Lüge	Kartause Ittingen	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
18.09.2009	SAV-Mediationsausbildung	Bern	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
25.09.2009	Vortrag: Rechtsanwälte und Verwaltungsratsmandate	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
29.09.2009	Vermögensverwaltung III	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
01.10.2009	Management von Anwaltskanzleien	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
05.–08.10.2009	Prozesse am Runden Tisch – die Kunst des Verhandeln	Freiburg	Universität Freiburg, Weiterbildungsstelle, Rue de Rome 6, 1700 Freiburg, Tel. 026 300 73 47, formcont@unifr.ch, www.unifr.ch/formcont
22.10.2009	Aktuelle Entwicklungen im Zivilprozess	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
30.10.2008	Vortrag: Neuerungen im Rechnungslegungsrecht	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
November 2009	Tagung zum Thema Europäische Menschenrechtskonvention	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
03.11.2009	The 6 <sup>th</sup> Annual Conference on International Trust and Inheritance Law Practise	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
26.11.2009	Kapitalmarkttransaktionen V	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
27.11.2009	Vortrag: Aktuelle Entwicklungen im Privatrecht – Was hat die Praxis zu erwarten?	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch

## Verschiedene Veranstaltungen/Autres manifestations

### International

15.–26.06.2009	Twelfth Annual International Commercial Law Seminar	Köln, Deutschland	International Programs, School of Law an UC Davis Extension, 1333 Research Park Drive, Davis CA 95618–4852, Tel. 001 (530) 757 8596, Fax 001 (530) 757 8596, lawinfo@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.usdavis.edu/international/law
17.–19.06.2009	Summer Course on European Company Law	Trier, Deutschland	ERA Europäische Rechtsakademie, Congress Center, Metzger Allee 4, DE-54295 Trier, Tel. 0049 (0)651 937 37 0, Fax 0049 (0)651 937 37 90, www.era.int
22.–26.06.2009	Summer Course on European Labour and Social Law	Trier, Deutschland	ERA Europäische Rechtsakademie, Congress Center, Metzger Allee 4, DE-54295 Trier, Tel. 0049 (0)651 937 37 0, Fax 0049 (0)651 937 37 90, www.era.int
22.–25.06.2009	Summer Course on European Taxation Law	Trier, Deutschland	ERA Europäische Rechtsakademie, Congress Center, Metzger Allee 4, DE-54295 Trier, Tel. 0049 (0)651 937 37 0, Fax 0049 (0)651 937 37 90, www.era.int
29.06.–03.07.2009	Summer Course on European Private Law	Trier, Deutschland	ERA Europäische Rechtsakademie, Congress Center, Metzger Allee 4, DE-54295 Trier, Tel. 0049 (0)651 937 37 0, Fax 0049 (0)651 937 37 90, www.era.int
29.06.–24.07.2009	Summer Program in American Law	Amsterdam, Niederlande	Mr. Chris Wiersma, Columbia Summer Program, Amsterdam Law School, University of Amsterdam, P.O. Box 1030, NL-1000 BA Amsterdam, Tel. 0031 20 525 8813/7303, c.wiersma@uva.nl, www.columbiasummerprogram.org
06.–10.07.2009	Summer Course on European Intellectual Property Law	Trier, Deutschland	ERA Europäische Rechtsakademie, Congress Center, Metzger Allee 4, DE-54295 Trier, Tel. 0049 (0)651 937 37 0, Fax 0049 (0)651 937 37 90, www.era.int
12.07.–24.07.2009	United States and Global Business Law	Budapest, Ungarn	Center for International Legal Studies, Matzenkopfgasse 19, A-5020 Salzburg, Tel. 0043 662 835399, Fax 0043 662 83539922, cils@cils.org, www.cils.org
12.07.–08.08.2009	Orientation in U.S.A. Law	California, Davis	International Programs, School of Law an UC Davis Extension, 1333 Research Park Drive, Davis CA 95618–4852, Tel. 001 (530) 757 8596, Fax 001 (530) 757 8596, lawinfo@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.usdavis.edu/international/law
12.07.–21.08.2009	Summer International Commercial Law LL.M.	California, Davis	International Programs, School of Law an UC Davis Extension, 1333 Research Park Drive, Davis CA 95618–4852, Tel. 001 (530) 757 8596, Fax 001 (530) 757 8596, lawinfo@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.usdavis.edu/international/law
August 2009– Mai 2010	Master of Laws (LL.M.)	California, Davis	International Programs, School of Law an UC Davis Extension, 1333 Research Park Drive, Davis CA 95618–4852, Tel. 001 (530) 757 8596, Fax 001 (530) 757 8596, lawinfo@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.usdavis.edu/international/law
10.–21.08.2009	Structuring an International Joint Venture	California, Davis	International Programs, School of Law an UC Davis Extension, 1333 Research Park Drive, Davis CA 95618–4852, Tel. 001 (530) 757 8596, Fax 001 (530) 757 8596, lawinfo@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.usdavis.edu/international/law
WS 2009/2010	Weiterbildender Masterstudiengang Gewerblicher Rechtsschutz (LL.M.)	Düsseldorf, Deutschland	Zentrum für Gewerblichen Rechtsschutz, Universitätsstrasse 1, DE-40225 Düsseldorf, Tel. 0049 211 81 11587, Fax 0049 211 81 11741, info@gewrs.de, www.gewrs.de
13.–16.10.2009	Sixth Annual Seminar of International Commercial Arbitration: How to Handle BIT Arbitration	Washington DC., USA	American University Washington College of Law, 4801 Massachusetts Avenue, NW, Washington, DC 20016–8181, Tel. 001 (202) 274 4321, Fax 001 (202) 274 4226, arbitration@wcl.american.edu, www.wcl.american.edu/arbitration