

Hans-Philippe Hegetschweizer	Editorial	■ 443
<hr/>		
	Thema/Question du jour	
Michel Bénichou	Droit anglo-saxon, droit continental et contrats	■ 447
Hanns-Christian Salger	«Law – Made in Germany» – deutsches Recht und deutsche Gerichtsbarkeit im Wettbewerb	■ 450
Omar Abo Youssef	Zum Eventualvorsatz bei Raserfällen	■ 451
<hr/>		
	Anwaltspraxis/Pratique du barreau	
Reto Kuster/Diego Clavadetscher	Relèvement des taux de la TVA	■ 457
Andrea Schafer/René Rall	Carte de membre avec SuisseID: un bilan intermédiaire de la FSA	■ 458
Andrea Schafer/René Rall	Mitgliederausweis mit SuisseID: eine Zwischenbilanz des SAV	■ 461
Christian Leupi	Erste Praxiserfahrungen mit der SuisseID	■ 464
Adrian Rufener	Mit der SuisseID zum beweiskräftigen Mailverkehr	■ 466
Beatrice Gukelberger	Mediationsvergleiche: gerichtliche Genehmigung und notarielle Verurkundung	■ 468
<hr/>		
	Rechtsprechung/Jurisprudence	■ 472
<hr/>		
	Forum	
Hermann Thebrath	Immobilienwerb, insbesondere durch ausländische Personen	■ 476
<hr/>		
	Anwaltsrecht/Droit de l'avocat	
Ernst Staehelin	Auch Anwalts-Holding oder nur Anwalts-Gesellschaft?	■ 478
Beat von Rechenberg	Patentenzug: Das Bundesgericht schreitet voran – Wo bleiben die Kantone?	■ 479
Martin Sterchi	Aussagerecht des Anwalts	■ 483
<hr/>		
	SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux	
	Der SAV teilt mit/La FSA vous informe	■ 487
<hr/>		
	Agenda	■ 490

Impressum

Anwaltsrevue/Revue de l'avocat
13. Jahrgang 2010/13^e année 2010
ISSN 1422–5778

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

Zitiervorschlag/Suggestion de citation
Anwaltsrevue 2/2010, S. 61 ff.
Revue de l'avocat 2/2010, p. 61 ss

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

Chefredaktion/Rédacteur en chef
Peter von Ins, Fürsprecher (vJ)
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
Graziella Gut
Lic. phil. Anne-Marie Prévost
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/Secrétariat 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

Zürichsee Werbe AG
Seestrasse 86
8712 Stäfa
Tel. 044 928 56 11
Fax 044 928 56 00
info@zs-werbeag.ch
www@zs-werbeag.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. 198.–, € 141.–
Studenten/Etudiants: Fr. 101.–, € 72.–
Einzelheft/Numéro séparé: Fr. 25.–, € 18.–
Mitglieder des SAV gratis/Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.4% MwSt.
Kündigungen für die neue Abrechnungsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. / La résiliation de l'abonne-

ment pour une nouvelle période doit être communiqué 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 Verlags./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.

Nader(nière): Eloge indirect de l'art. 32 CPC ...

Dès l'aube de son cursus universitaire, Tryphon Beuret s'était orienté, autant que le programme des cours et les possibles options d'examens et de mémoires le permettait, vers les disciplines touchant à la protection des parties faibles et, plus spécialement, à celle des consommateurs. Il obtint une bourse du Fonds national pour aller étudier à Harvard et suivre des cours dispensés par une brochette d'éminents disciples de Ralph Nader et en revint avec un master en droit de l'étiquetage des conserves de champignons de Paris. Il enchaîna aussitôt avec une thèse de doctorat, primée par l'OCQ (Observatoire de la Consommation de Qualité), intitulée «Des exigences minimales quant à la documentation que doivent remettre les opticiens agréés à leurs clients s'agissant des lentilles de contact phototropes varilux en cristal de Bohème dont la correction se situe entre 10 et 12 dioptries».

Après avoir enlevé son brevet d'avocat haut la main il consacra l'essentiel de son activité à pourfendre les producteurs de produits de consommation, spécialement dans l'industrie agro-alimentaire, afin que soit garantie une transparence maximale.

Parmi ses succès les plus retentissants, on relèvera un arrêt de la Cour suprême qui a révolutionné la pratique de l'étiquetage et de l'information à l'acheteur de yaourts bulgares, dont il soutenait qu'elle souffrait de lacunes gravissimes en termes d'information.

Il obtint ainsi que fussent mentionnés tous les composants chimiques contenus dans les produits à vocation directement ou indirectement alimentaire dès qu'ils atteignaient une concentration d'un millionième de milligramme par mètre cube. Des indications vagues, comme vaseline 5%, poivre de Cayenne 2% ne suffirent plus et de semblables raccourcis sont désormais punissables; il faut étiqueter, pour préciser la composition d'un gel comestible

par exemple: «Eparcyléparlal 0,008%, vitamine 28 G-tromalalaline 0,0768%, onanisol 7,02%, tatrobranlatine 2,45%, janvitanculose 0,00098% et burnocubitomax 98,354%». Et gare à vous si l'addition ne donne pas 100%.

Tryphon se dépensa avec tant d'énergie qu'il sentit décliner peu à peu son tonus vital, malgré une cure de sommeil en maison de santé.

Un matin qu'il se sentait particulièrement amorphe et payait son kilo d'arabica à la caisse d'une supérette, il avisa un petit étal portant une ribambelle de flacons minuscules, surmonté d'une pancarte: Nouveau, en promotion, testez Badaboum, la potion qui vous donne une pêche d'enfer dans les dix secondes. Il se dit qu'au point où il en était il pouvait essayer cet élixir, dont il tenta d'examiner la composition, à peine franchi le seuil de son cabinet. Vu la taille de la minibouteille et le nombre d'informations figurant sur l'étiquette, il ne parvint pas à déchiffrer les pattes de mouches qui s'y bouscuaient, malgré ses lentilles varilux phototropes à viscosoupleur séquentiel refroidi au sodium nitrifié. Ni ses deux associés, ni ses secrétaires, n'eurent plus de succès. Il fallut louer un microscope électronique pour recueillir enfin les précieuses informations – totalement ésotériques – pour lesquelles il avait tant lutté.

C'est en rendant son dernier souffle après quelques secondes de spasmes et de convulsions atroces, et après s'être aperçu de ce qu'il ne connaissait pas par coeur la composition chimique du beurre de cacahuète auquel il était gravement allergique, qu'il se demanda s'il n'en avait pas fait un peu trop au cours de sa carrière de Don Quichotte.

Hans-Philippe Hegetschweizer

Michel Bénichou*

Droit anglo-saxon, droit continental et contrats

Mots clés: contrats, droit anglo-saxon, droit continental, mondialisation

Le droit et le besoin de droit se sont mondialisés. Ce processus de mondialisation concerne tous les individus et ce phénomène n'est pas, en lui-même, nouveau. Il a commencé au XVI^{ème} siècle avec les Conquistadores espagnols, s'est poursuivi au XIX^{ème} siècle avec les marchands anglais.

L'Angleterre, en adoptant le libre échange entre 1848 et 1875 est à l'origine de la diversification géographique des marchés. Elle a parallèlement, imposé ses normes et règles juridiques. Dès cette époque, le contrat était influencé par le droit anglais.

Une troisième étape est apparue après la seconde guerre mondiale avec un essor des investissements financiers et implantations à l'étranger.

Le mot «mondialisation» apparaît en 1964 et désigne simplement le territoire qui s'ouvre au commerce international.

Après la chute du mur de Berlin en 1989, de véritables réseaux planétaires se sont installés avec un accroissement de l'interdépendance des pays.

L'intégration s'est faite sur le plan économique mais également culturel et médiatique, voire social. C'est à cette époque que le Professeur *Mac Luhan*, enseignant à l'Université de Toronto, lançait le slogan «la planète est un village». Cette libéralisation des échanges a imposé le contrat comme norme dominante.

Depuis 2000, le développement de l'économie des services constitue la préoccupation de certains pays ou régions et notamment de l'Union Européenne. Ainsi, la stratégie de Lisbonne vise à mettre les services au cœur de l'économie. Il s'agit donc de libéraliser le secteur des services et c'est dans ce cadre que la directive «services» a été adoptée.

Mais, parallèlement, s'est développée une révolution technologique sans précédent. Cette technologie mondialisée s'est caractérisée par l'accès de l'information à chacun et notamment celle juridique.

Le droit est partout, même si la mondialisation organisée du secteur des services juridiques demeure balbutiante. Les services juridiques sont de plus en plus transfrontaliers.

Les services juridiques sont de plus en plus transfrontaliers

Cela a conduit à une forte croissance des grands cabinets d'affaires ayant des bureaux dans plusieurs pays qui font office d'intermédiaires professionnels dans les circuits d'échanges marchands, financiers et commerciaux.

Or, ces grands cabinets – utilisant la stratégie du supermarché – sont largement américains, parfois anglais, rarement continentaux. Ainsi, on constate concomitamment l'émergence de plusieurs phénomènes.

D'une part, la mondialisation a diminué le caractère hermétique des Etats. Ceux-ci, gardiens des frontières et des intérêts de leurs seuls concitoyens, avaient fermé les marchés et les possibilités de prestations. Cela ne peut qu'encourager le rôle de l'avocat qui n'est pas un homme soumis à l'Etat.

Par ailleurs, dès lors que les échanges sont transnationaux, le contrat prend une place prépondérante. Or, c'est la norme que maîtrisent les avocats.

Enfin, la mondialisation des échanges s'accompagne, nécessairement, de l'apparition de juges ou d'arbitres mondiaux. Or, l'avocat est le partenaire privilégié des juges et arbitres. Ainsi, la mondialisation devrait, nécessairement, s'accompagner d'une montée en puissance des avocats et de nos instruments juridiques.

Mais chacun constate l'influence du droit anglo-saxon et notamment du *droit américain sur les contrats*, outils juridiques majeurs.

Le phénomène de l'internationalisation du droit – qui est différent de la notion de droit international et qui privilégie les pratiques transnationales et notamment dans le domaine du commerce – permet de discerner certains principes juridiques qui peuvent avoir une vocation universelle. Toutefois, les principes universels, sont rares et notamment dans le droit des échanges commerciaux.

Ainsi, l'internationalisation du droit peut naître de la consécration d'un système à vocation hégémonique, sans aucun pluralisme juridique et le droit américain, et plus généralement le droit anglo-saxon, a cette volonté naturelle de dominer le monde juridique des affaires.

En premier lieu, de tous temps, le droit des contrats est intimement lié au «business». Le droit peut être conçu comme un instrument pour faciliter les affaires, au service du marché.

L'American Bar Association a conçu un instrument fantastique dénommé CEELI, fondation destinée à propager le droit américain dans le monde. Il s'agit naturellement d'avancer sous le couvert de la nécessité de construire des systèmes juridiques dans des pays émergents ou sortants du communisme.

Mais mettre en place un ordre juridique, c'est commencer, souvent, par le droit des affaires et le droit des contrats. Lorsque les règles juridiques de ces pays reprendront les instruments du droit américain, il sera facile pour les hommes d'affaires américains d'intervenir sur ce marché. L'investissement juridique est rentable.

* Avocat au Barreau de Grenoble, Ancien Bâtonnier, Chef de la délégation française auprès du Conseil des Barreaux Européens (CCBE).

Cette fondation de droit américain est alimentée par des fonds étatiques et des dons émanant de grandes entreprises privées. L'Etat américain et ses entreprises ont parfaitement compris le rôle de «cheval de Troie» que peut jouer le Droit.

En second lieu, certains ont décidé d'utiliser le monde comme un «*marché des droits*», un marché des lois... Si la règle de droit n'existe pas ou est défavorable, on choisira de faire une opération économique ailleurs. Si une place veut être attractive sur le plan marchand ou financier, elle devra adopter la réglementation adéquate. Le droit devient donc un instrument de concurrence et un instrument financier.

Ainsi, un système juridique va s'exporter s'il est conforme aux intérêts des utilisateurs les plus puissants. Les intérêts privés se substituent à la norme étatique et à l'intérêt général.

Le marché dicte donc le droit

Ainsi, comme en France, les Class Actions (ou dans la plupart des pays européens) n'existent pas, certains imaginent engager des actions aux Etats-Unis. D'une part, le processus juridique existe. D'autre part, les Etats-Unis connaissent la notion de dommages et intérêts punitifs qui font de ces actions des mânes financières inimaginables. Chacun a le souvenir de ces actions qui permettent d'obtenir des millions de Dollars et enrichissent les avocats, comme cela a notamment été décrit dans l'excellent livre de John Grisham (*La Transaction*, Editions Robert Laffont 2004).

La Cour Suprême américaine a eu l'occasion de mettre récemment des limites à ces actions introduites par les étrangers sur son territoire grâce à des artifices divers.

En troisième lieu, *les lois américaines s'imposent* dans le monde entier. Il en est ainsi de la loi Sarbanes Oxley qui applique les règles américaines, civiles et pénales, de gestion à toutes entreprises soumises au contrôle de la SEC (Securities And Exchange Commission). Cette loi est une initiative unilatérale destinée à constituer un instrument d'internationalisation du droit des marchés financiers. Elle a généré partout soit des modèles comparables, soit par son application hors des frontières des Etats-Unis, des modifications de pratiques essentielles (ainsi la séparation des auditeurs et des avocats pour cause de conflits d'intérêts).

La France, comme les autres pays, a intégré ce dispositif et l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) présidant les modalités des nouvelles obligations en matière de gouvernement d'entreprises et de contrôle interne, a rappelé que tout émetteur qui publie sur un marché étranger des informations autres que celles prévues par le droit français est tenu de publier simultanément une information équivalente à l'intention du marché français.

C'est reprendre et consacrer les dispositions du Sarbanes Oxley Act Américain.

Enfin, *les clients*, et surtout les plus importants, ont, progressivement, intégré la *methodologie des contrats anglais et américains*.

Qui, aujourd'hui, peut prétendre établir un contrat en deux pages en renvoyant pour l'essentiel aux codes et aux lois étatiques?

Cela, même si ce contrat est parfait, constituera pour le client une simple ébauche inacceptable.

C'est le modèle des contrats américains qui, dans le monde, a triomphé.

Plus le contrat est volumineux, plus les hypothèses conflictuelles sont prévues et répétées, plus les clauses sont multiples, renouvelées et redites, plus le client semble trouver son contentement. Dès lors, les juristes continentaux ont souvent adopté ce modèle de contrat alors même qu'ils savent que le simple renvoi à la loi permettrait de résoudre la plupart des difficultés.

Les avocats intervenant sur le marché du conseil, traitant leur activité comme une véritable industrie, ont contribué à cette influence du droit américain. Le positionnement sur ce marché semble exiger l'abandon de tout nationalisme au profit du seul intérêt supposé du client et surtout de sa seule satisfaction immédiate.

Leur implication est autant plus forte que, parallèlement, les marchands ont découvert le prétoire. La stratégie judiciaire fait partie des affaires et il existe une forte imbrication de l'économique et du judiciaire. Cela, les avocats américains et anglais l'ont compris et intégré dans leur démarche prospective.

Quelle est la place du droit continental?

Face à cette réalité, *quelle est la place du droit continental* et, en son sein, celle du droit français?

Dans tous les pays européens, les avocats ont entrepris une véritable révolution.

Ils ont compris que le risque était d'être exclus du marché.

Cette hypothèse était concevable dans la mesure où d'autres acteurs intervenaient sur le marché du droit et occupaient des postes importants en liaison avec les entreprises. Les besoins de droit existent. Il fallait donc que les avocats puissent les satisfaire. Ils doivent donc être compétitifs et adapter leurs structures aux besoins existants ou émergents. Dans tous les pays, des réformes ont été faites.

Il s'agit maintenant de garder réserve et morale car le second risque, encore plus important, est d'être absorbé par le marché. L'avocat introduirait la logique marchande jusque dans les mécanismes de production du droit pur. Il serait un marchand de droit, un businessman et serait alors traité comme tel.

L'autre enjeu des avocats européens, pour subsister dans ce marché mondialisé, est d'imposer leurs normes juridiques. Les contrats s'y prêtent. Les juristes français du XX^{ème} siècle ont accueilli cette idée que le contrat était le siège d'une lutte d'intérêts et d'un rapport de conflits, et non d'un équilibre permanent.

Il y a parfois rupture d'équilibre, les forces économiques en présence étant inégales. Ils ont intégré, lors de la formation de contrats, cette dimension. Le droit ayant des fins pratiques, il doit notamment permettre de corriger cette asymétrie.

Les avocats ont également intégré l'idée que le droit ne pouvait être confondu avec le contentieux. Toutefois, leur connaissance du contentieux leur permettait de prévenir, au contraire, toute hypothèse de conflits et de procès.

Outre les règles de droit impératives, le juriste continental peut user des règles de droit supplétives de volonté. Il s'agit de combiner volonté des parties et règles d'ordre public.

Le droit continental ne recherche nullement l'isolement, la suprématie ou une codification imposée. Cette ambition serait assimilée à prétention.

Au XIX^{ème} siècle, le Code Civil Napoléonien pouvait servir de modèle à de nombreux pays en Europe mais également sur d'autres continents. Le droit continental est aujourd'hui celui qui est le plus appliqué dans le monde. C'est également cette méthode qui est la plus utilisée.

Toutefois, en dépit de cette prééminence démographique, c'est le droit anglo-saxon qui s'impose.

Alors s'il faut défendre l'idée d'une marge nationale, il est nécessaire d'encourager la phase d'unification par hybridation des droits européens, notamment.

Un droit européen est en train de naître dans tous les domaines

Grâce aux différents traités qui se sont superposés mais également au travail considérable de la Cour de Justice, des règles juridiques communes en Europe se sont dégagées et imposées.

Contrairement au XIX^{ème} siècle où le droit avait concerné les libertés et les individus, le droit communautaire s'est d'abord attaché à l'économie et à la concurrence.

L'harmonisation des droits touche directement les contrats.

Un droit européen des contrats – 28^{ème} Régime – sera proposé.

Il ne s'agira pas d'un droit des contrats imposé mais plus sûrement d'une «boîte à outils» contenant différentes clauses qui pourront être appliquées dans les contrats européens ou transnationaux.

L'utilisation des clauses-type, réadaptables à des situations mondiales, permettra la naissance d'une véritable culture juridique des contrats en Europe, concurrente du droit américain.

Ce sera un instrument que chaque entreprise, quelle que soit sa taille, pourra utiliser.

Parallèlement, il faut faire connaître le droit continental.

C'est dans ce cadre qu'une «Fondation pour le droit continental» a été créée à la double initiative du Gouvernement français et des professions juridiques (avocats, notaires, huissiers...). Le Conseil Scientifique est largement ouvert à des juristes du monde entier.

Son objectif est de promouvoir le droit continental et pour ce faire, elle utilise les implantations locales, les conférences internationales et les actions ponctuelles.

Les Barreaux peuvent également avoir un rôle considérable dans l'exportation du droit continental.

Leur action doit permettre à un pays de devenir récepteur par exportateur de règles et d'avocats.

Nous sommes entrés dans l'ère de la mobilité. Les migrations sont liées au travail. Elles sont tout aussi anciennes que les hommes. Certaines de ces migrations sont subies par des personnes n'ayant pas le choix, vivant dans des pays pauvres, dangereux. En revanche, un autre type de migration prend de l'essor: «la fuite des cerveaux». Elle correspond au désir des élites, c'est-à-dire les travailleurs qualifiés, de trouver des tâches dignes de leurs compétences. L'exil est alors volontaire.

Un pays, pour conserver son influence juridique, doit donc recevoir les étudiants étrangers et notamment, pour nous, des juristes et des avocats communautaires ou non communautaires.

Ceux-ci apportent leurs spécialisations, leurs innovations.

Parallèlement, il faut inciter les jeunes avocats à une formation européenne et internationale par la pratique des langues, la connaissance des systèmes juridiques étrangers et l'acquisition de nouveaux systèmes de pensée.

Cela suppose l'enseignement du droit international et comparatif.

Le droit continental doit, parallèlement, aux fins d'accroître le rôle des juristes dans cette mondialisation, être un laboratoire d'innovation juridique.

Les ordres d'avocats doivent créer un environnement favorable à leurs ressortissants en permettant l'intensification des échanges entre avocats du monde.

On pourrait certes attendre et défendre l'utopie d'un droit mondial

Mais, l'économie est devenue le véritable moteur de la mondialisation.

Dès lors, le droit risque de se mondialiser sous l'influence de l'économie la plus puissante qui imposera ses choix.

Le conflit entre les cultures juridiques est actuellement le plus souvent résolu au détriment de la culture civiliste. La Common Law bénéficie de la force économique des Etats-Unis et de la puissance de ses law firms.

De plus, un avocat ou juriste pratiquant la Common Law se considère comme un ambassadeur de cette loi dont il est fier.

La force de frappe des juristes anglo-saxons tient aussi à la solidarité professionnelle qu'ils sont parvenus à créer entre eux.

Dans le monde de la Common Law, les juristes forment une communauté, quelle que soit leur fonction, au sommet de laquelle on trouve les juges.

Ceux-ci n'arrivent à cette fonction qui consacre une carrière que tardivement et se sentent donc très proches des avocats dont ils continuent de fréquenter les clubs.

Ce sont les juges professionnels, fort peu nombreux et triés sur le volet, qui encadrent le milieu juridique et cela donne une grande unité à la communauté des juristes et donc, une plus grande fluidité du droit.

Ainsi, se créent des élites judiciaires qui font défaut dans les pays de droit civil où les juges sont simplement considérés comme des fonctionnaires et les avocats comme des gens de prétoire. Il nous faut créer et développer cette culture identitaire.

Les avocats communautaires et autres – défenseurs du droit continental – doivent devenir des agents actifs de la mondialisation du droit.

Cette mondialisation engage des conflits et des luttes d'influence.

L'idée soutenue d'un «pluralisme juridique ordonné» est une douce utopie alors que le droit constitue, pour les Etats-Unis notamment, un soft power.

La mondialisation va donc intensifier l'expansionnisme juridique ou judiciaire de certains états.

Dans son «projet de paix perpétuelle», Kant évoquait déjà la «monarchie universelle» et faisait par de sa crainte d'une hégémonie.

Aujourd'hui, le monarque semble être le businessman.

Le droit n'est pour lui qu'un outil qu'il pourra utiliser, droit anglo-saxon ou droit continental, en fonction des intérêts immédiats et du profit que cela lui procure.

Mais, si nous voulons passer ce cap et introduire une morale, y compris dans le marché, alors nous ne devons jamais oublier que la mondialisation devrait être d'abord celle des Droits de l'Homme.

Il convient donc, au-delà d'une lutte d'influence, de plaider pour ce concept et d'accepter, dans une forme de réalisme, une interdépendance entre économie et Droit de l'Homme, refusant de se résigner au primat de l'économie sur l'individu. ■

Hanns-Christian Salger*

«Law – Made in Germany» – deutsches Recht und deutsche Gerichtsbarkeit im Wettbewerb

Stichworte: Deutsches Recht, Deutsche Gerichtsbarkeit, Law made in Germany, Kammer für internationale Handelssachen, Civil law

Seit geraumer Zeit ist zum «Kampf ums Recht» ein internationaler Wettbewerb der Rechtsordnungen getreten. Dem von der Law Society of England and Wales erhobenen Anspruch, in international wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten mit englischem materiellem Recht, englischer Gerichtsbarkeit und englischem Schiedswesen besser als alle anderen Rechtsordnungen dem Handel dienen zu können, musste aus den kontinentaleuropäischen Ländern entgegengetreten werden.

Die Kampagne «Law – Made in Germany» greift eine Formulierung auf, die entgegen der beabsichtigten Brandmarkung zum erfolgreichen Gütesiegel wurde. «Law – Made in Germany» drückt sehr sinnfällig aus, worum es geht: In dem Bereich des internationalen Wirtschaftsverkehrs, in dem die Akteure wählen können, welchen Rechtsordnungen und welchen Gerichtsordnungen, auch Schiedsgerichtsordnungen, sie sich unterwerfen wollen, sollen die Vorzüge des deutschen materiellen und Verfahrensrechts und der deutschen Justiz dargelegt und beworben werden. Es geht im Kern um internationale Verträge der privaten Wirtschaft.

Die «vermarktungsfähigen Vorteile» des deutschen Rechts liegen in Folgendem: Es handelt sich um die über 100 Jahre erprobte, grosse, d.h. umfangreiche Rechtsordnung einer durchaus nicht streitscheuen, entwickelten Industriegesellschaft, kritisch geprüft und weiterentwickelt in engem Schulterschluss zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft. Als kodifiziertes Recht ist es von vornherein systematischer und widerspruchsfreier als reines Fallrecht. Im internationalen Vergleich sind nur wenige Rechtsfragen unentschieden.

Bei internationalen Ex- und Importverträgen, auch Anlagenbauverträgen, bietet sich seit vielen Jahren zunächst die Verein-

barung des International Einheitlichen Kaufrechts an, das in nahezu allen Ländern der Welt gilt, allerdings nicht in England. Dieses Kaufrecht bedarf der Ergänzung durch eine nationale Rechtsordnung, und das deutsche Recht eignet sich hierfür in besonderer Weise. Zum einen hat deutsches Vertrags- und Kaufrecht das 1980 in Wien beschlossene International Einheitliche Kaufrecht erheblich beeinflusst. Zum anderen hat sich auch das deutsche Recht in der Schuldrechtsreform vor einigen Jahren umgekehrt dem International Einheitlichen Kaufrecht angepasst. Das deutsche Recht ist geradezu prädestiniert, das International Einheitliche Kaufrecht zu ergänzen.

Recht und Gericht sollten nicht auseinanderfallen; nur in seinem eigenen Recht ist der Richter wirklich gut – aus Kenntnis und Erfahrung. Ansonsten sollte man auf die Schiedsgerichtsbarkeit zurückgreifen.

Insofern ist die deutsche Gerichtsbarkeit allerdings kein «notwendiges Übel» bei der Vereinbarung deutschen Rechts, sondern im Gegenteil ergibt sogar einen besonderen Vorteil. Denn das deutsche Zivilverfahren stellt sich im internationalen Vergleich – vor allem gegenüber den USA – als besonders effizient, berechenbar und kostengünstig dar:

- Die Entscheidungen ergehen – erneut im internationalen Vergleich – ausgesprochen schnell (Vorbereitung und Prozessleitung durch Gericht);
- die Entscheidungen als solche sind in hohem Masse berechenbar, weil das deutsche Recht, nicht zuletzt durch die Rechtsprechung, sehr ausgeformt ist. Der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird durchwegs gefolgt; sie ist auch in Bedeutung und Umfang verständlich; und nicht zuletzt
- die Verfahren sind kostengünstig und in ihren Kosten, insbesondere auch was die Kostenerstattung an die Gegenseite betrifft, nahezu exakt berechenbar. Die vor Kurzem vorgelegten Vorschläge zur Reform des englischen Prozesskostensystems

* Prof. Dr., LL.M., Rechtsanwalt, Attorney at Law (N.Y.), Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie gewerblichen Rechtsschutz, SALGER Rechtsanwälte, Partnerschaftsgesellschaft, Frankfurt am Main.

haben sich insbesondere am deutschen System orientiert. Auch vorangegangene Kommissionen, die sich mit dem englischen Zivilprozess beschäftigten, haben immer wieder auf die hohe Effizienz der deutschen Verfahrenspraxis als vorbildlich hingewiesen.

Die in Mode gekommenen verschiedenen alternative (appropriate) dispute resolution-Modelle und -Vorschläge finden in erster Linie ja nicht ihre Begründung darin, dass die klassische justizförmige Streitentscheidung nicht zu sachgerechten Ergebnissen führt. Vielmehr sind es die *«prohibitive costs and expenses»*, die Privatpersonen, aber auch Unternehmen nach weniger kostspieligen Alternativen Ausschau halten liessen.

Ein weiterer Punkt kann hier vermutlich angefügt werden, nämlich der Urkundenprozess und der im deutschen Recht und in der deutschen Rechtsprechung durch Arreste und einstweilige Verfügungen sehr umfassend und sehr effizient gewährte vorläufige Rechtsschutz.

Die deutschen Juristen, vor allem die Rechtsanwälte und Richter, haben mittlerweile die deutsche Sprache als Hindernis im eingangs beschriebenen Wettbewerb der deutschen Rechtsordnung insbesondere gegenüber der englischen erkannt und auf Abhilfe gedrängt. Der Bundesrat hat deshalb bereits Anfang dieses Jahres ein «Gesetz zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen» verabschiedet. Das Gesetz ermöglicht es, Rechtsstreitigkeiten vor deutschen Gerichten in englischer Sprache zu führen, d.h. dass sowohl Schriftsätze als auch vorzulegende Dokumente in Englisch verfasst sein können und nicht ins Deutsche übersetzt werden müssen, dass aber auch die mündliche Verhandlung in englischer Sprache geführt wird und sogar die Urteile in englischer Sprache abgefasst werden. Es besteht die Erwartung, dass der Bundestag dem Gesetz im nächsten Jahr zustimmen wird. We shall see ... ■

Omar Abo Youssef*

Zum Eventualvorsatz bei Raserfällen

Schlagworte: Raser, Eventualvorsatz, Vorsatzindikatoren, Gefährdung des Lebens, Volksinitiative «Schutz vor Rasern»

I. Einleitung

Anlass, sich erneut¹ mit dem Thema zu befassen, gibt ein Urteil des Bundesgerichts vom 4.6.2010², bei dem es um ein Autorennen ging, das mit einer Frontalkollision mit einem korrekt entgegenkommenden Fahrzeug endete und das Leben der Beifahrerin und Freundin des überholenden Lenkers sowie das der Lenkerin des am Rennen unbeteiligten Fahrzeugs forderte. Der vorinstanzliche Schuldpruch wegen mehrfach begangener vorsätzlicher Tötung³ wurde im Wesentlichen mit der Begründung bestätigt, dass

der Verlust der Herrschaft über das Fahrzeug für den Täter aufgrund der Umstände erkennbar gewesen sei. Zu diesen Umständen zählten der sonntägliche Ausflugsverkehr kurz nach der Mittagszeit, die relativ kurvenreiche Ausserortsstrecke, die massiv übersetzte Geschwindigkeit (mindestens 48 km/h zu schnell), der krass ungenügende Abstand, die Warnungen und eindringlichen Bitten der Freundin, davon abzulassen, die fehlende Fahrpraxis (der Täter hatte den Führerausweis im Unfallzeitpunkt erst seit 40 Tagen), die einen Monat vor dem Unfall erfolgte Teilnahme an einem spontanen Rennen, bei dem es nur durch pures Glück zu keinem Unfall kam, sowie die mangelnde Abwehrchance der Lenkerin des entgegenkommenden Fahrzeugs. Unter diesen Umständen sei dem Täter das sehr hohe Risiko eines Unfalls mit Todesfolge sowohl für die Insassen des Autos als auch für die übrigen Verkehrsteilnehmer bewusst gewesen. Er habe nicht mehr ernsthaft darauf vertrauen dürfen, den Erfolg durch seine fahrerischen Fähigkeiten noch abzuwenden. Die Hoffnung auf das Ausbleiben der Tatbestandsverwirklichung genüge für den Ausschluss der Inkaufnahme des Erfolgs jedenfalls nicht. Der Täter habe es darauf ankommen lassen, weil es ihm nur darum gegangen sei, den Beweis seiner fahrerischen Überlegenheit zu erbringen. Dieses Ziel habe er über alles andere gestellt, auch über

* RA Dr. iur., Oberassistent für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich.

1 Vgl. explizit zum Thema der Raserdelikte schon GODENZI/BÄCHLI-BIÉTRY, Tötungsvorsatz wider Willen? – Die Praxis des Bundesgerichts bei Raserdelikten, in: Schaffhauser (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2009, St. Gallen 2009, S. 561 ff.; VEST/WEBER, Anmerkungen zur Diskussion über den Eventualvorsatz bei Raserfällen, ZStrR 2009, S. 443 ff.; SCHLEIMINGER METTLER, «... denn sie wissen, was sie tun», Die Abgrenzung des Eventualvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit am Beispiel der Raserfälle, AJP 2007, S. 40 ff.; SCHUBARTH, Dolus eventualis – positive und negative Indikatoren, Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichts von 1943–2007, AJP 2008, S. 519 ff.; RIKLIN, Eventualvorsätzliche Tötung im Strassenverkehr, in: Stöckli/Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechtstagung 16.-17. März 2006, Bern 2006, S. 258 ff.; OBERHOLZER, Raser sind Mörder? oder von den Gefahren normativer Zuschreibung aus Gründen der Generalprävention, in: Quelo/Römer/Cimichella/Dittmann/Steiner (Hrsg.), Strassenverkehr, Auto und Kriminalität, Bern 2008, S. 181 ff.; SCHWEIZER, Raserurteile: Verwässerung des Eventualvorsatzes, plädoyer 2/2007, S. 32 ff.

2 BGer 6B_168/2010 v. 4.6.2010.

3 Tötungsvorsatz wurde auch bejaht im Lamborghini-Fall (vgl. SCHULTZ, Rechtsprechung und Praxis zum Strassenverkehrsrecht in den Jahren

1983–1987, Bern 1990, S. 93 ff.), im Fall von Gelfingen (BGE 130 IV 58) und in BGer 6S.114/2005 v. 28.3.2006, verneint hingegen in BGE 133 IV 1, BGE 133 IV 9 und BGer 6B_519/2007 v. 29.1.2008.

seine eigene Sicherheit und diejenige seiner Freundin. Insgesamt sei ihm der Eintritt des Erfolgs gleichgültig gewesen.⁴

Das Bundesgericht gibt mit dieser Begründung einmal mehr⁵ zum Ausdruck, dass der Nachweis des Eventualvorsatzes nur im Lichte der tatsächlichen Umstände des Einzelfalles erbracht werden kann.⁶ Im Übrigen legt es sich Zurückhaltung auf und nimmt Eventualvorsatz nur in besonders krassen Fällen an, in denen sich aus dem *gesamten* Geschehen ergibt, dass der Lenker sich gegen das geschützte Rechtsgut entschieden hat.⁷ Dieser ganzheitlichen Betrachtungsweise ist – wie noch zu zeigen sein wird – zuzustimmen.

II. Abgrenzung des Eventualvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit

Die (in der Praxis schwierige) Unterscheidung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit liegt seit jeher⁸ auf der Willenseite. Dem Täter ist in beiden Fällen das Risiko der Tatbestandsverwirklichung bewusst. Während der bewusst fahrlässig handelnde Täter sich über dieses Risiko hinwegsetzt, d.h. darauf vertraut, dass schon nichts passiert, entscheidet sich der eventualvorsätzlich handelnde Täter für die Tatbestandsverwirklichung, d.h. er stellt sie ernstlich in Rechnung, findet sich mit ihr ab, mag sie ihm auch unerwünscht sein.⁹ Der Täter muss sich sagen: «Mag es so oder anders kommen, auf jeden Fall handle ich.»¹⁰ Den verwendeten Begrifflichkeiten lässt sich nicht entnehmen, was damit genau gemeint ist.¹¹ Aus diesem Grund ist zurückzugreifen auf äusserlich feststellbare Indizien und Erfahrungsregeln, um daraus Rückschlüsse auf die inneren Vorgänge beim Täter zu ziehen.¹² Von äusseren Tatsachen auf die innere Einstellung des Täters zu schliessen, ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn sich die Frage, wie er sich zur Möglichkeit des Erfolgseintritts stellt,¹³ anders nicht beantworten lässt. Damit ist auf der einen Seite die Schwierigkeit angesprochen, den Vorsatz zu beweisen, und auf der anderen durch den Schluss von äusseren Tatsachen auf innerliche Vorgänge gleichzeitig aber auch deutlich gemacht, dass Vorsatz in weitgehendem Umfang zugeschrieben und nicht festgestellt wird.

1. Der Eventualvorsatz und die Beweisproblematik

Vor bald 70 Jahren stellte das Bundesgericht fest, dass die Frage, ob der Täter so gewollt habe, eine Frage des Beweises sei, der nicht leichthin als erbracht angesehen werden könne, wenn das Wissen um die Möglichkeit des Erfolges das einzige Indiz für das Wollen sei.¹⁴ In der Tat stösst man bei der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit auf unüberbrückbare Beweisprobleme, handelt es sich dabei doch um innere Vorgänge, die sich einer direkten Wahrnehmung von aussen entziehen.¹⁵ Darüber Bescheid geben könnte nur der Täter. Aber auch wenn einem das Bild eines kooperationswilligen Täters vorschwebt, ist damit noch nicht gesagt, dass sich dessen umgangssprachliche Äusserungen auch tatsächlich in die juristischen Kategorien übertragen lassen.¹⁶ Abgesehen davon kann auch fraglich sein, ob er überhaupt dazu fähig ist, Aussagen über sein Wissen und Wollen im Zeitpunkt der Tatbegehung zu machen, sich daran erinnert oder willens ist auszusagen, die Tat bestreitet oder Falschaussagen macht.¹⁷ Als Ausweg aus diesem Dilemma bleibt – auch wenn der subjektive Tatbestand aus den Vorgängen im Kopf des *konkreten* Täters abgelesen werden müsste – nur, mithilfe von Erfahrungswerten, Urteilen in anderen Fällen und des Wissens eines Durchschnittsmenschen in der gleichen Situation Rückschlüsse auf die Psyche des Beschuldigten zu ziehen. Damit geht es letztlich aber nicht mehr in erster Linie um eine Feststellung, sondern vielmehr um eine Zuschreibung.¹⁸

2. Vorsatz als Zuschreibung und Wertung

Wenn Vorsatz mehr zugeschrieben als festgestellt wird, stellt sich als Nächstes die Frage, nach welchen Kriterien eine solche Zuschreibung geschehen soll. Es liegt nahe zu vermuten, dass die verschiedenen Abgrenzungsformeln nicht nur der begrifflichen Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit dienen, sondern eben auch einer Erleichterung der Zuschreibung.¹⁹ Dies führt dazu, dass ein Ergebnis herbeigeführt werden kann, welches kriminalpolitisch erwünscht ist oder als «gerecht» empfunden wird.²⁰ Damit ist zugleich aber auch eine der Wandlung unterliegende Wertung verbunden, welche ihren Ursprung im Alltagsverständnis der Unterscheidung von «versehentlichem» und «absichtlichem» Handeln hat.²¹ Die soziale Einschätzung einer bestimmten Handlung ist mithin mitverantwortlich dafür, dass ein Täter nur wegen fahrlässiger und nicht vorsätzlicher Bege-

4 BGer 6B_168/2010 v. 4. 6. 2010, E. 1.4.

5 Vgl. z.B. BGE 133 IV 9, 19 f.

6 Vgl. auch SCHUBARTH (Fn. 1), S. 519.

7 BGE 133 IV 9, 20.

8 Vgl. schon BGE 69 IV 75, 80.

9 Vgl. unter vielen STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 3. Aufl., Bern 2005, § 9 N 104; TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. Aufl., Zürich 2004, S. 100 f.; BGE 96 IV 99, 100 f.

10 Zu dieser sog. Frank'schen Formel vgl. z.B. DONATSCH/TAG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8. Aufl., Zürich 2006, S. 117; RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenslehre, 3. Aufl., Zürich 2007, § 16 N 42.

11 Vgl. JENNY, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK StGB I, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 12 N 53.

12 Vgl. z.B. BGE 130 IV 58, 62.

13 DONATSCH/TAG (Fn. 10), S. 117.

14 BGE 69 IV 75, 80.

15 Statt vieler STRATENWERTH (Fn. 9), § 9 N 62.

16 Vgl. NUSSBAUMER/PANTLI, Urteil des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 11. 9. 1996, Anmerkungen aus sprachwissenschaftlicher Sicht zu ZR 96 (1997), Nr. 9, S. 34–36, AJP 1998, S. 112 ff.

17 Vgl. JENNY (Fn. 11), Art. 12 N 54.

18 Vgl. unter vielen ARZT, Der Apfelschuss – strafrechtliche Randbemerkungen zu Wilhelm Tell, recht 2004, S. 180.

19 Näher VEST, Vorsatznachweis und materielles Strafrecht, Diss. Basel 1985, Bern 1986, S. 93 ff.

20 Vgl. JENNY (Fn. 11), Art. 12 N 55.

21 Vgl. KRAUSS, Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht, in: Jäger (Hrsg.), Kriminologie im Strafprozess, Frankfurt a.M. 1980, S. 110, S. 127; GODENZI, Bemerkungen zu BGer 6B_168/2010 v. 4. 6. 2010, FP 6/2010 (demnächst erscheinend).

hung bzw. umgekehrt verurteilt wird. Weil Strafrecht nicht zuletzt auch das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden sowie spezial- und generalpräventive Zwecke in Betracht ziehen sollte, wäre es verfehlt, wenn sich das Gericht über eine solche Wertung hinwegsetzen würde. Dem Entscheid für oder gegen den Vorsatz mag aufgrund fehlender aussagekräftiger Unterscheidungsmerkmale etwas Willkürliches anhaften, immerhin scheint das Bundesgericht sich dabei aber auf Vorsatzindikatoren zu stützen.²²

3. Vorsatzindikatoren und deren Gewichtung

Vorsatzkonstellationen müssen sich durch qualifizierte Merkmale im Sachverhalt auszeichnen.²³ Damit sind die Umstände des Einzelfalles angesprochen, aus denen auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit geschlossen wird. Das Bundesgericht hat als Umstände in seiner Rechtsprechung die Grösse des (dem Täter bekannten) Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe sowie die Art der Tathandlung und die dem Opfer verbleibenden Chancen, den Erfolgseintritt durch sein eigenes Verhalten abzuwehren, berücksichtigt.²⁴ Kritisiert wird daran, dass daraus das Verhältnis der Indikatoren untereinander nicht hervorgehe und der Sachrichter deshalb keine Methode vorgegeben bekomme, nach der er sich richten könne.²⁵ Tatsächlich hat sich das Bundesgericht auch schon über einzelne der genannten Vorsatzindikatoren ohne Begründung hinweggesetzt.²⁶ Gefordert werden muss deshalb einerseits eine rechtsgleiche Anwendung der Indikatoren sowie andererseits deren klare Definition²⁷. Nur so kann erreicht werden, dass das Gericht einen Fall aufgrund dieser Kriterien sachgerecht entscheidet. Fraglich ist indessen, ob es notwendig ist, die einzelnen Indikatoren im Sinne einer allgemeingültigen Umschreibung namhaft zu machen,²⁸ oder ob es nicht ausreichend ist, «aus dem Wissen um das Risiko unter Berücksichtigung der Umstände auf Inkaufnahme des Erfolgs zu schliessen»²⁹. Die Erfassung sämtlicher Umstände zukünftiger Einzelfälle, die für die Abgrenzung des Vorsatzes von der Fahrlässigkeit relevant sein könnten, ist nicht vorstellbar, so dass deren Aufzählung³⁰ entbehrbar erscheint. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts³¹ – auch

wenn sich dieses in erster Linie an der Erfolgswahrscheinlichkeit zu orientieren scheint –³² ist deshalb zu fordern, dass bei der Beurteilung der Frage, ob der Täter vorsätzlich gehandelt hat, von einer Gesamtbetrachtung ausgegangen wird, die sämtliche im zu beurteilenden Fall relevanten äusseren Umstände berücksichtigt. Diese Offenheit darf aber nicht dazu führen, dass je nach gewünschtem Ergebnis im einen Fall die positiven und im anderen Fall die negativen Vorsatzindikatoren betont werden.³³

Eine Gesamtbetrachtung nicht zu ersetzen, jedoch erste Anhaltspunkte zu liefern vermag die Bildung von Fallgruppen. *Godenzi/Bächli-Biétry* machen drei Fallgruppen aus:³⁴ erstens im Alleingang begangene Verkehrsregelverletzungen, zweitens Autorennen unter Feinden und drittens Autorennen unter Freunden. Zur ersten Fallgruppe gehören Fälle wie der vom Bundesgericht beurteilte, wo ein Fahrer mit stark übersetzter Geschwindigkeit (mindestens 50 km/h zu schnell) auf einer Ausserortsstrecke einen Selbstunfall verursachte, wobei sein Sohn sowie er selbst verletzt und sein Neffe getötet wurde.³⁵ Eine eventualvorsätzliche Tötung wurde verneint, weil der Täter die Örtlichkeiten gut gekannt, keinerlei Verkehr geherrscht und darüber hinaus Art, Zustand und Bodenhaftung des Autos sowie die einwandfreie Beschaffenheit der Strasse einen Unfall nicht unumgänglich gemacht hätten. Ebenso habe sich aus einer polizeilichen Testfahrt ergeben, dass sich die Unfallstrecke mit einer Geschwindigkeit von 120 km/h ohne grosse Probleme hätte bewältigen lassen.

Die Autorennen der zweiten Fallgruppe zeichnen sich durch wechselseitige Überholmanöver und feindselige Provokationen aus. Begründen lässt sich der Eventualvorsatz insbesondere bei böswilligen Fahrmanövern, die einzig zum Zweck haben, den Gegner zum Aufgeben zu zwingen, den Beweis der eigenen fahrerischen Überlegenheit zu erbringen bzw. seinem Kontrahenten den Meister zu zeigen.³⁶ In solchen Fällen scheint der Raser nur dann von seinem Tun Abstand nehmen zu wollen, wenn er das Scheitern seines Gegners, das nebst dem Abbruch des Rennens eben auch in einem Unfall bestehen kann, feststellt. Auch wenn wohl nur in wenigen Fällen davon ausgegangen werden kann, der Raser habe einen Unfall seines Kontrahenten gewünscht, so hat er sich vor dem Hintergrund seines unbedingten Siegeswillens allemal damit abgefunden. Selbst wenn man dem Lenker unterstellt, er habe darauf vertraut, nicht selbst Opfer eines Unfalles zu werden, schliesst dies nicht aus, in Bezug auf andere Verkehrsteilnehmer auf Eventualvorsatz zu erkennen.³⁷ Im Übrigen vermag aber nicht einmal diese Annahme restlos zu überzeugen, weil der in feindlicher Atmosphäre agierende Raser den Sieg über seinen Kontrahenten über alles andere stellt, ausser sein ei-

22 Vgl. BGer 6B_168/2010 v. 4.6.2010, E. 1.3; BGE 130 IV 58, 63; BGE 133 IV 9, 20.

23 FOLKA, Das Rechtsgut, Strafrecht versus Kriminalpolitik, dargestellt am Beispiel des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafrechtsgesetzbuches, des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) und des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG), Diss. Freiburg, Basel 2006, S. 725.

24 Vgl. BGE 125 IV 242, 252; BGE 130 IV 58, 62; BGE 131 IV 1, 4; BGE 133 IV 1, 7; ferner schon BGE 119 IV 1, 3.

25 JENNY (Fn. 11), Art. 12 N 49; vgl. auch MAIER/SCHÖNING, Bemerkungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Eventualvorsatz, unter Berücksichtigung von Kasuistik des Geschworenengerichts des Kantons Zürich, ZStrR 2000, S. 270, S. 284 ff.; GODENZI/BÄCHLI-BIÉTRY (Fn. 1), S. 598.

26 Vgl. BGE 133 IV 1, 7 f.

27 Vgl. zum Element der Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung ausführlich MAIER/SCHÖNING (Fn. 25), S. 285 ff.

28 MAIER/SCHÖNING (Fn. 25), S. 293.

29 BGE 125 IV 242, 253 (Hervorhebung durch Autor).

30 Vgl. dazu m.w.H. GODENZI/BÄCHLI-BIÉTRY (Fn. 1), S. 621 f.; mit Verweis auf die deutsche Literatur SCHLEIMINGER METTLER (Fn. 1), S. 42.

31 BGE 133 IV 9, 20.

32 Vgl. RIKLIN (Fn. 1), S. 262 f. mit dem Hinweis auf die in der Rechtsprechung verwendete Formulierung, wonach vom Wissen auf den Willen zu schliessen sei, «wenn sich dem Täter die Verwirklichung der Gefahr als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolges ausgelegt werden kann» (vgl. BGer 6B_168/2010 v. 4.6.2010, E. 1.3).

33 So geschehen in BGE 133 IV 1, 7 f.

34 GODENZI/BÄCHLI-BIÉTRY (Fn. 1), S. 623 ff.

35 BGer 6B_519/2007 v. 29.1.2008.

36 Vgl. BGer 6B_168/2010 v. 4.6.2010, E. 1.4.

37 Vgl. aber RIKLIN (Fn. 1), S. 261.

genes Leben.³⁸ Diesfalls nähme er folglich nicht nur für sich selbst, sondern auch für die mit ihm im gleichen Fahrzeug zu einer Schicksalsgemeinschaft verbundenen Mitinsassen höchstens eine schwere Körperverletzung in Kauf, nicht aber eine Tötung. Die in diesem Punkt wenig differenzierende bundesgerichtliche Rechtsprechung vermag denn auch nicht zuletzt deshalb nicht zu überzeugen, weil sie alle Involvierten über einen Leisten schlägt.³⁹

Von den vorherigen unterscheidet sich die dritte Fallgruppe darin, dass die das Autorennen veranstaltenden Raser freundschaftlich miteinander verbunden sind und es deshalb weniger um den unbedingten Sieg als vielmehr um ein spielerisches Kräftemessen geht. Ihnen ist die körperliche Integrität des Gegenübers demnach nicht gleichgültig, im Gegenteil, beiden ist zuzutehalten, dass sie unter Umständen durchaus auch gewillt wären, das Rennen zugunsten der Gesundheit des Rennpartners abzubrechen. Solche Raser rechnen typischerweise gerade nicht mit Verletzungsfolgen des Rennpartners, weshalb zumindest in Fällen, wo nur die beiden Rennpartner involviert sind, Indizien für die Annahme von Fahrlässigkeit vorhanden sind. Zu unterscheiden von diesen Fallkonstellationen sind solche, bei denen auch unbeteiligte Dritte betroffen sind. Hier drängt sich die Frage auf, ob durch die Veranstaltung eines Rennens «in besonders krassen Fällen» nicht implizit zum Ausdruck gebracht wird, der Tod Unbeteiligter werde in Kauf genommen. Jedenfalls sollte bei massiven Geschwindigkeitsüberschreitungen jedem durchschnittlich begabten Menschen (eine Zuschreibung) insbesondere auf verkehrsreichen Strassen die Möglichkeit eines Unfalles mit Unbeteiligten vor Augen schweben, wobei in Erinnerung zu rufen ist, dass die Hoffnung auf das Ausbleiben des Erfolgs den Eventualvorsatz nicht auszuschliessen vermag.

Wie angetönt können die umschriebenen Fallgruppen nur als Leitlinien dienen. Einerseits erfassen sie naturgemäss nicht sämtliche denkbaren Fälle, und andererseits ist eine schematische Subsumierung eines Sachverhaltes unter eine der Fallgruppen nicht angezeigt, weil sich gerade aufgrund der Umstände des Einzelfalles Abweichungen ergeben können. Dies hat sich auch bereits in der Rechtsprechung des Bundesgerichts gezeigt, das eine *absichtlich* herbeigeführte Streifkollision auf der Autobahn bei einer Geschwindigkeit von 120 km/h bei geringfügigem Sachschaden und ausbleibenden Verletzten mit der Begründung, es habe eine reelle Möglichkeit der Verhinderung eines Unfalles durch Stabilisierung des ins Schleudern geratenen Fahrzeugs bestanden, nicht als versuchte Tötung, sondern als Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB) qualifizierte.⁴⁰ Allgemein scheint das Bundesgericht bei ausbleibenden Todes- oder Körperverletzungsfolgen mit der Annahme von Eventualvorsatz sehr zurückhaltend,⁴¹ ansonsten der Angeklagte im geschilderten Fall wegen versuchter

Tötung bzw. Körperverletzung hätte verurteilt werden müssen. Mit dem Rechtsempfinden der Allgemeinheit vereinbaren lässt sich bei Vermeidung der Verwirklichung der Gefahr eine Verurteilung wegen Gefährdung des Lebens zwar besser, Konsistenz mit der übrigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur eventualesätzlichen Tötung in ähnlich gelagerten Fällen ist jedoch keine auszumachen. Die Gefahr der Willkür ist nicht zu übersehen.⁴² Es fragt sich deshalb, ob Art. 129 StGB eine gangbare Alternative wäre.

III. Gefährdung des Lebens als Ausweg?

Ist man der Ansicht, auch eine Gesamtbetrachtung führe bei Raserfällen zu keinen adäquaten Ergebnissen, weil in jedem Fall auf Fahrlässigkeit erkannt werden müsse,⁴³ ist zu fragen, ob nebst dem Erkenntnis auf fahrlässige Tötung bzw. Körperverletzung der Täter auch wegen Gefährdung des Lebens verurteilt werden könnte. Vorausgesetzt wird objektiv eine unmittelbare Lebensgefahr und subjektiv nebst direktem Vorsatz⁴⁴ Skrupellosigkeit. Eine unmittelbare Lebensgefahr wird dann bejaht, wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Wahrscheinlichkeit oder nahe Möglichkeit der Verletzung des geschützten Rechtsguts besteht.⁴⁵ Bei Raserfällen mag man dies und auch die Skrupellosigkeit im Sinne einer besonderen Hemmungs- und Rücksichtslosigkeit⁴⁶ noch bejahen. Fraglich ist aber, ob in solchen Fällen auch davon ausgegangen werden kann, der Täter habe die unmittelbare Lebensgefahr *direktvorsätzlich* herbeigeführt. Der direkte Vorsatz liegt vor, wenn der Täter weiss oder als sicher voraussieht, dass sein Handeln zur Verwirklichung des Tatbestands führt, und dennoch tätig wird, auch wenn er mit seinem Handeln andere Zwecke verfolgt. Dabei kann dem Täter der deliktische Erfolg auch gleichgültig oder gar unerwünscht sein; es genügt, dass er ihn als notwendige Folge oder als Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks in seinen Entschluss miteinbezogen hat.⁴⁷ In Raserfällen ist in aller Regel davon auszugehen, dem Täter sei bewusst, dass er durch sein Verhalten für Mitfahrer und andere Verkehrsteilnehmer eine unmittelbare Lebensgefahr schafft. Dass sein Handeln nicht direkt darauf ausgerichtet ist, ihm die Lebensgefahr sogar unerwünscht ist, ändert nichts an dieser Beurteilung. Denn es ist – vorausgesetzt der Sachverhalt enthält keine abweichenden Hinweise – anzunehmen, der Täter habe die Gefahr als notwendige Folge des durch die Raserfahrt verursachten «Kicks» bei seinem Entschluss, eine solche Fahrt anzutreten, mitberücksichtigt.⁴⁸ Damit müsste nebst den Tötungs- bzw. Körperverletzungsdelikten auch Art. 129 StGB als erfüllt betrachtet werden. Zu beachten ist

38 Deshalb schießt das Bundesgericht in BGer 6S.114/2005 v. 28.3.2006, wo es einen Raser wegen eventualesätzlicher Tötung seines Beifahrers und Freundes verurteilte, über das Ziel hinaus.

39 Vgl. zuletzt in BGer 6B_168/2010 v. 4.6.2010.

40 BGE 133 IV 1.

41 Vgl. auch BGer 6S.127/2007 v. 6.7.2007; BGer 6S.563/1995 v. 24.11.1995 = Pra 1996 Nr. 173; BGer 6S.164/2005 v. 20.12.2005.

42 Vgl. RIKLIN (Fn. 1), S. 268 f.

43 Vgl. nur SCHWEIZER (Fn. 1), S. 37; OBERHOLZER (Fn. 1), S. 186.

44 Statt vieler BGE 94 IV 60, 64; BGE 101 IV 154, 160.

45 Vgl. statt vieler BGE 94 IV 60, 62; BGE 111 IV 51, 55; BGE 121 IV 67, 70 = Pra 1996 Nr. 24.

46 Vgl. BGE 121 IV 67, 70; Pra 1996 Nr. 173; BGer 6S.164/2005 v. 20.12.2005.

47 Vgl. BGE 119 IV 193, 194.

48 Vgl. Pra 1996 Nr. 173; BGer 6S.164/2005 v. 20.12.2005; BGer 6S.127/2007 v. 6.7.2007 (auch hier wird der direkte Vorsatz mehr zugeschrieben als festgestellt).

aber, dass sich der Eventualvorsatz auf Tötung vom Gefährdungsvorsatz dadurch unterscheidet, dass der Täter im letzteren Fall darauf vertraut, der Tod des Opfers werde nicht eintreten. Dies setzt voraus, dass er annimmt, die Gefahr könne durch sein Verhalten oder dasjenige der gefährdeten Person abgewendet werden.⁴⁹ Je mehr die Todesfolge vom Zufall abhängt, desto eher ist eventualvorsätzliche Tötung anzunehmen.⁵⁰ Dies führt zum Ergebnis, dass nicht Art. 129 StGB, sondern Art. 111 StGB einschlägig ist, wenn das sichere Wissen um die unmittelbare Lebensgefahr einhergeht mit dem Eventualvorsatz bezüglich der Todesfolge.⁵¹ Ist dem Täter ein Tötungsvorsatz jedoch nicht nachzuweisen, ist nebst der fahrlässigen Tötung bzw. Körperverletzung immer auch der Tatbestand der Gefährdung des Lebens zu prüfen. Diesem kommt somit die Funktion eines Auffangtatbestands zu.⁵² Eine Lösung des Raserphänomens ausschliesslich über den Tatbestand von Art. 129 StGB⁵³ würde diesen Überlegungen jedoch nicht gerecht.

IV. Die Volksinitiative «Schutz vor Rasern»

Mit einem eigenen Tatbestand (Art. 123c BV «Schutz vor Raserrinnen und Rasern»⁵⁴) sollen in der Verfassung der Raserbegriff definiert sowie ein spezifischer Strafrahmen festgelegt werden. Ziel der von der Schweizer Strassenopfer-Stiftung RoadCross⁵⁵ getragenen, aber noch nicht zustande gekommenen⁵⁶ Volksinitiative ist einerseits, Raser möglichst lange aus dem Verkehr zu ziehen, andererseits erhofft man sich durch die Regelung eine präventive Wirkung.⁵⁷ Auch wenn es sich verbietet, tätergruppenspezifische Strafen⁵⁸ zu statuieren, ein strafrechtlicher Tatbestand nicht in die Bundesverfassung gehört und sich das Raserphänomen auch mit den bereits vorhandenen Mitteln des Strafrechts lösen lässt,⁵⁹ soll im Folgenden kurz auf den Initiativtext eingegangen und dieser kritisch gewürdigt werden.

Als Raser wird mit Freiheitsstrafe von 1 bis 4 Jahren⁶⁰ bestraft, wer durch vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingeht, namentlich durch besonders krasse Missachtung

der zulässigen Höchstgeschwindigkeit,⁶¹ waghalsiges Überholen oder Teilnahme an einem nicht bewilligten Rennen mit Motorfahrzeugen (Abs. 1). Im Unterschied zur groben Verkehrsregelverletzung in Art. 90 Ziff. 2 SVG, die auch fahrlässig begangen werden kann,⁶² erfasst die Initiative nur *vorsätzliche* Verletzungen. Durch die bloss beispielhafte Aufzählung der Verletzung von elementaren Verkehrsregeln haben sich die Verfasser der Initiative für die gleich offene Formulierung wie der Gesetzgeber in Art. 90 Ziff. 2 SVG entschieden und es der Rechtsprechung überlassen, im Einzelfall festzulegen, welche Verkehrsregel als elementar zu qualifizieren ist. Im Übrigen wird mit Abs. 1 die Zuschreibung noch viel deutlicher: Sobald jemand besonders schnell fährt, waghalsig überholt oder an einem Rennen teilnimmt, nimmt man an, gehe er das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder sogar Todesopfern ein. Damit wird im Grunde genommen lediglich der Vorsatz auf die Verletzung der Verkehrsregeln verlagert.

Von den Initiatoren bemängelt wird insbesondere die fehlende Härte der ausgesprochenen Strafe. Im Auge haben sie dabei sowohl Gesetz als auch Rechtsprechung. Auf der Ebene der Gesetzgebung sei darauf hingewiesen, dass eine Belegung mit höherer Strafe bereits mit den Mitteln des heute geltenden Rechts möglich wäre. So könnten für eine fahrlässige Tötung, die in Raserfällen mit einer groben Verletzung von Verkehrsregeln einhergehen wird, in Anwendung von Art. 49 StGB Strafen bis zu 4½ Jahren Freiheitsstrafe ausgesprochen werden.⁶³ Trotz der in der Bevölkerung vorherrschenden Zero-Tolerance-Atmosphäre scheinen die Gerichte aber nicht gewillt zu sein, ihre sich am unteren Strafrahmen bewegenden Strafen⁶⁴ nach oben anzupassen; vielmehr eröffnen sie sich den Weg zu höheren Strafen über den Eventualvorsatz, was unangebracht ist. Dahingestellt sei im Rahmen dieses Aufsatzes die Frage, ob höhere Strafen automatisch zu erhöhter Verkehrssicherheit beitragen.⁶⁵

Ausserdem werden Fahrzeuge von Rasern eingezogen, wobei der Erlös aus ihrer Verwertung an den Staat fallen und insbesondere der Unterstützung von Verkehrsoffern dienen soll (Abs. 3). Auch diese Bestimmung ist insofern überflüssig, als Art. 69 StGB eine Einziehung bereits zulässt.⁶⁶ Problematisch ist auch, dass der Verwertungserlös dem Staat zukommen soll, weil nach überein-

49 AEBERSOLD, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK StGB II, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 129 N 28.

50 REHBERG, Vorsätzliche Lebensgefährdung = Eventualvorsätzliche Tötung?, Bemerkungen zum Gefährdungsvorsatz nach der bundesgerichtlichen Praxis, in: Schmid/Killias (Hrsg.), Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier, Bern 1996, S. 13, S. 18.

51 STRATENWERTH/JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003, § 4 N 12.

52 FINGERHUTH, in: Trechsel et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 129 N 1.

53 So aber OBERHOLZER (Fn. 1), S. 186.

54 Zum Text der Initiative vgl. auch NZZ v. 28.4.2010, Nr. 97, S. 13.

55 Für weitere Details vgl. www.roadcross.ch

56 Die Sammelfrist läuft am 27.10.2011 ab.

57 Vgl. SCHNEEBERGER, Rasen als eigener Tatbestand, Volksinitiative gegen Strassenrowdys lanciert, NZZ v. 28.4.2010, Nr. 97, S. 13.

58 VEST/WEBER (Fn. 1), S. 456 f.

59 Kritisch zur Instrumentalisierung des Strafrechts durch die Kriminalpolitik RIKLIN (Fn. 10), § 1 N 54.

60 Bei Verursachung des Todes oder der schweren Körperverletzung anderer Menschen wird der Täter entsprechend höher bestraft (Abs. 2).

61 Überschreitung um mind. 40 km/h bei einer Höchstgeschwindigkeit von 30 km/h, um mind. 50 km/h innerorts, um mind. 60 km/h ausserorts und um mind. 80 km/h auf Autobahnen (Abs. 1 Satz 2).

62 Vgl. GIGER, SVG, Strassenverkehrsgesetz, 7. Aufl., Zürich 2008, Art. 90 N 11.

63 Vgl. RIKLIN (Fn. 1), S. 269.

64 Vgl. WEISSENBARGER, Tatort Strasse: Rechtsprechung des Bundesgerichts im Strassenverkehrsstrafrecht im Jahre 2004, in: Schaffhauser (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2005, St. Gallen 2005, S. 423, S. 433.

65 Vgl. als Alternative den Vorschlag von SCHERRER, Wohin mit den Rasern?, Therapie als langfristiger Schutz für die Öffentlichkeit, NZZ v. 21.7.2004, Nr. 167, S. 14, wonach Raser verpflichtet werden müssten, auf eigene Kosten einen Kurs auf einer Rennstrecke zu absolvieren, bevor ihnen der Führerausweis wieder ausgehändigt wird.

66 Kritisch dazu SCHUBARTH, Konfiskation des Autos – angemessene Sanktion gegen «Raser»? Zur Einziehung des Fahrzeuges im Kontext der Sanktionen gegen Verkehrsdelinquenten und ihre rechtsstaatlichen Grenzen, AJP 2005, S. 527, S. 531 ff.

stimmender Ansicht in Lehre und Rechtsprechung die Einziehung keine Vermögensstrafe darstellt.⁶⁷ Wenn aber der Verwertungserlös dem Berechtigten (unter Umständen also auch dem Täter) auszuhändigen wäre, fragt sich, ob eine Einziehung noch zweckmässig wäre. Immerhin würde der mit dem Tatfahrzeug emotional stark verbundene Täter aber davon getrennt. Zu prüfen wäre überdies, in welchem Verhältnis die Bestimmung zu Art. 73 StGB steht. Im Gegensatz zum sehr weiten Terminus «Unterstützung», der im Übrigen nur *ein* Verwendungsbeispiel darstellt, ist die Verwendung zugunsten des Geschädigten im Sinne von Art. 73 StGB nur zur Deckung des Schadens und der Genugtuung vorgesehen. Weil abgesehen davon die fehlende Schadensdeckung durch eine Versicherung wenig wahrscheinlich ist, bleibt für die Anwendung von Art. 123 c Abs. 3 BV durchaus Raum, wohl eher aber im Rahmen von allgemeinen Massnahmen zur Unterstützung von Verkehrspflichten (z.B. Einrichtung von spezialisierten Beratungsstellen).

Als weitere Sanktion sieht die Initiative den Entzug des Führerausweises vor; bei Ersttaten für mindestens 2 Jahre, bei Wiederholungstaten für immer (Abs. 4).⁶⁸ Die Wiedererteilung darf nur nach einer positiven verkehrspsychologischen Beurteilung erfolgen (Abs. 5).⁶⁹ Bei dringendem Verdacht, dass ein Raserdelikt begangen wurde, wird der Führerausweis bis zum rechtskräftigen

Entscheid vorsorglich entzogen (Abs. 6). Ähnliche, jedoch weniger strikte Regeln sind bereits im geltenden Recht enthalten.⁷⁰ Zuzustimmen ist der Voraussetzung der positiven verkehrspsychologischen Beurteilung für die Wiedererteilung des Ausweises,⁷¹ weil man sich davon erhoffen darf, dass «pathologische»⁷² Raser aus dem Verkehr gezogen werden. Sinnvoll erscheint auch die Regelung des vorsorglichen Entzugs bei dringendem Tatverdacht. Jedenfalls kommt man damit dem Ziel der Initiative, wonach Raser möglichst lange aus dem Verkehr gezogen werden sollen, mit relativ einfachen Mitteln näher.

V. Fazit

Massgebend für die Unterscheidung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit in der Praxis sind nicht so sehr die in Literatur und Rechtsprechung verwendeten Begrifflichkeiten, als vielmehr eine Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalles. Damit wird man sich aber zumindest in heiklen Abgrenzungsfällen in weitgehendem Masse von der Ansicht trennen müssen, der Vorsatz richte sich nach dem Wissen und Willen des betreffenden Täters. Im Gegenteil, dieser wird mehr zugeschrieben als festgestellt. ■

67 Statt vieler BAUMANN, in: Niggli/Wiprächtiger (Fn. 11), Art. 69 N 14; BGE 117 IV 345, 346.

68 Wobei das Gesetz im zweiten Fall vorsehen kann, dass der Ausweis ausnahmsweise wieder erteilt werden kann, jedoch frühestens nach 10 Jahren.

69 Das Gesetz kann weitere Voraussetzungen vorsehen oder bestimmen, dass die Wiedererteilung mit Auflagen verbunden wird.

70 In Frage kommen je nach Fallkonstellation ein Fahrverbot (Art. 67 b StGB) und Administrativmassnahmen (Art. 16 ff. SVG).

71 Vgl. SCHERRER (Fn. 65).

72 Vgl. BÄCHLI-BIÉTRY, Zur Psychologie und Psychopathologie des Raser-Phänomens, in: Queloz/Römer/Cimichella/Dittmann/Steiner (Fn. 1), S. 203, S. 206 ff.

Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprüche

Ignorantia iudicis foret calamitas innocentis. Unwissenheit des Richters ist das Verderben des Unschuldigen.

Culpa lata dolo aequiparatur. Grobe Fahrlässigkeit steht Vorsatz gleich. S. Dig. 11, 6, 1 § 1 g. E. (Ulpian); u. schon 16, 3, 32 (Celsus unt. Berfg. a. Nerva d. Ä.).

Delictum iteratum gravius est. Ein wiederholtes Delikt ist schwerer. Der Wiederholungstäter wird schwerer bestraft. S. Glosse Consuetudini zu Cod. Just. 1, 4, 3 § 4 g. E.

Ne bis in idem (crimen iudicetur oder quis vocetur oder contes-tetur). Dass nicht zweimal wegen ein und desselben (Verbrechens geurteilt oder jemand vor Gericht gestellt oder ein Prozess begonnen werde). S. Glosse Non potest zu Dekret Gratians 2, 2, 1, 14 § 1 (Johannes Teutonicus). S. schon Nahum 1, 9. Peter Landau, Ursprünge und Entwicklung des Verbotes doppelter Strafverfolgung wegen desselben Verbrechens in der Geschichte des kanonischen Rechts, in: SZ Kan. 87 (1970) 124–156, bes. 138 ff. u. 146. Roland Michael Kniebühler, Transnationales ne bis in idem. Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension (Berlin 2005).

Vanae voces populi non sunt audiendae. Auf die unzuverlässigen Stimmen des Volkes darf man nicht hören. Ein Richter darf sich nicht nach den Forderungen und der Stimmung des Publikums und der Öffentlichkeit richten. Cod. Just. 9, 47, 12 (Diokletian).

Ex malitia nemo commodum habere debet. Bosheit darf niemand zum Vorteil gereichen.

Debitor sui ipsius nemo esse potest. Niemand kann sein eigener Schuldner sein. Man kann nicht zugleich Schuldner und Gläubiger sein; bei nachträglicher Vereinigung beider Funktionen in einer Person erlischt die Schuld.

Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur. Rechtsbestimmungen werden nicht für einzelne Personen, sondern allgemeingültig getroffen. Dig. 1, 3, 8 (Ulpian).

Fraus et dolus nemini debent patrocinari. Betrug und Arglist dürfen niemand schützen. Sie dürfen dem Täter nicht zugute kommen. Damasus, Regulae canonicae 20. S. schon Dekretalen 2, 14, 2 g. E. (Alexander m.).

Viam publicam populus non utendo amittere non potest. Die Allgemeinheit kann einen öffentlichen Weg durch Nichtbenutzung nicht verlieren. Dig. 43, 11, 2 (Javolen oder Cassius).

Deliberandum est diu quod statuendum est semel. Es ist längere Zeit zu bedenken, was ein für allemal festzusetzen ist. S. Publius Syrus, Sentenzen D 10.

Persuadere plus est quam compellere parere. Überzeugen ist mehr als zum Gehorsam zwingen. S. Dig. 11, 3, 1 § 3 a.A. (Ulpian).

Transactio est instar rei iudicatae. Der Vergleich entspricht einem Gerichtsurteil. Er kommt ihm in der Wirkung gleich. S. Cod. Just. 2, 4, 20 a.A. (Diokletian).

Fortsetzung auf Seite 482

Reto Kuster* et Diego Clavadetscher**

Relèvement des taux de la TVA

Mots-clés: TVA, relèvement des taux

En application de deux arrêtés fédéraux (cf. FF 2008 4745 et FF 2009 3901), les taux de la TVA seront relevés du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2017. Le taux ordinaire de la TVA passera ainsi de 7,6 à 8,0%, le taux réduit de 2,4 à 2,5% et le taux spécial pour l'hébergement de 3,6 à 3,8%.¹

La date de la prestation détermine le taux applicable

Pour savoir si c'est l'ancien ou le nouveau taux qui doit être appliqué, le seul critère déterminant est celui de la date à laquelle la prestation a été fournie. Ainsi, contrairement à ce qui était prévu lors de relèvements antérieurs, une limitation temporelle pour appliquer l'ancien taux à des prestations effectuées avant 2011 ne peut être imposée unilatéralement par l'administration fiscale. Il n'y a en effet aucune disposition transitoire prévoyant une date limite et la perte subséquente du droit d'appliquer l'ancien taux. Les assujettis sont donc libres de préparer ce décompte à une date ultérieure, pour autant que les prestations aient été accomplies avant le 1^{er} janvier 2011.

Facturation jusqu'au 31. 12. 2010

Pour les factures envoyées aux clients jusqu'à fin 2010 (y compris pour des factures intermédiaires qui interviennent en cours de mandat), ce sont les anciens taux qui s'appliquent. Une facturation intermédiaire au 31 décembre 2010 n'est pas obligatoire, puisque l'administration fiscale, comme il a déjà été mentionné, ne peut fixer une date limite pour un décompte avec l'ancien taux. Toutefois, sur le plan purement pratique, une facturation intermédiaire pourra faciliter les questions de délimitation entre nouveaux et anciens taux, à condition naturellement que le décompte concerne bien des prestations déjà effectuées (pour les avances de frais, voir ci-dessous).

Facturation dès le 1^{er} janvier 2011

Si la facture envoyée dès le 1^{er} janvier 2011 concerne aussi bien des prestations effectuées sous l'ancien taux que le nouveau, chaque prestation devra être couplée avec le taux correct. Dans sa publication «Info TVA 19», en particulier sous chiffre 2.2.,

* D^r en droit, avocat, expert fiscal diplômé, Partner Bratschi Wiederkehr & Buob, responsable du ressort impôts FSA.

** avocat, expert fiscal diplômé, responsable du Schweizerisches Mehrwertsteuer-Institut.

1 Cet article est une traduction libre de l'article allemand «Satzserhöhung bei der Mehrwertsteuer» paru dans la Revue de l'Avocat 10/2010.

l'AFC fait observer qu'il est important de distinguer, dans cette phase transitoire, entre les «demandes d'acomptes et les états de situations». Même si la formulation de l'AFC reste laconique sur la façon d'opérer cette distinction, il faut en déduire que les études d'avocats devront générer, au moyen de leur logiciel de saisie des prestations effectuées, un état de situation de tous les mandats au 31 décembre 2010. Cet état facilitera les démarches lors d'un éventuel contrôle de l'AFC pour les factures émises dès 2011 avec l'ancien taux.

Avances de frais

Le chiffre 2.3.2 de l'Info TVA 19 précise par ailleurs que le nouveau taux peut être appliqué dès à présent s'il s'agit d'un acompte pour des services qui ne seront effectués qu'en 2011. Il ne peut toutefois s'agir d'une obligation, dès lors que le nouveau droit ne sera formellement applicable qu'après son entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2011. Corrélativement, les avances de frais pourront être calculées d'après l'ancien taux jusqu'au 31 décembre 2010, et ce même si les prestations ne seront finalement accomplies qu'en 2011. Toutefois, par rapport à l'économie fiscale qui pourrait (temporairement) être réalisée, rien ne justifie vraiment de demander à tous ses clients, avant la fin de l'année, d'importantes avances de frais calculées selon l'ancien taux, dès lors que la TVA couverte par ces avances ne représentera qu'un acompte fiscal. En effet, lors de la facturation finale, seule la TVA plus élevée s'appliquera pour toute prestation effectuée dès le 1^{er} janvier 2011, de sorte que le client devra encore s'acquitter de la différence algébrique entre l'ancienne TVA (déjà payée avec l'avance de frais) et la nouvelle.

Répartition des taux pour les honoraires calculés d'après la valeur litigieuse ou le résultat obtenu

Même dans l'hypothèse où les honoraires ne sont pas calculés d'après le temps consacré à l'affaire, mais selon d'autres facteurs, le décompte des prestations effectuées doit là aussi tenir compte des différentes périodes. Aucun critère de calcul n'a été explicitement prévu, de sorte qu'il conviendra d'examiner chaque cas particulier. On pourra cependant tenir compte du nombre d'heures déjà effectuées jusqu'au 31 décembre 2010, ou encore calculer les honoraires en imaginant que le mandat a pris fin le 31 décembre 2010. Il est fortement recommandé de documenter et d'archiver tous les calculs de répartition entre 2010 et 2011 afin de faciliter les informations à donner lors d'un éventuel contrôle par l'AFC.

Nouveaux formulaires

Dans le but de simplifier les décomptes TVA basés sur des taux différents, l'AFC a préparé un nouveau formulaire que les assujettis recevront, pour la première fois, au 3^e trimestre 2010. Pour le calcul de l'impôt, le formulaire contiendra deux colonnes au moyen desquelles les honoraires pourront être calculés avec le taux correct.

Dette fiscale nette

Pour les avocats qui utilisent la méthode des taux de la dette fiscale nette, leur situation n'est pas fondamentalement différente de ceux qui utilisent la méthode effective. Avec la dette fiscale nette, l'avocat continuera d'indiquer dans ses factures le taux normal de la TVA et sera confronté aux mêmes problèmes de délimitation entre prestations déjà effectuées et avances de frais. La seule différence réside dans le calcul du décompte TVA où le taux multiplicateur pour les avocats passera de 5,8 à 6,1 %.

A l'instar de la méthode effective, il faudra déterminer si la TVA doit être facturée avec l'ancien ou le nouveau taux, en distinguant entre les prestations accomplies avant ou dès le 1^{er} jan-

vier 2011. Afin de multiplier leurs honoraires par le bon taux, les avocats ayant choisi la méthode de la dette fiscale nette recevront eux aussi un nouveau formulaire pour leur décompte TVA. Il convient par ailleurs de signaler que le relèvement des taux permet, au 1^{er} janvier 2011, de (re)passer de la méthode effective à celle de la dette fiscale nette, y compris lorsque le délai d'attente de trois ans n'est pas encore écoulé.

Mise à jour des logiciels

Tant les logiciels comptables que les programmes de saisie du temps consacré à un mandat devront être mis à jour le plus rapidement possible, en particulier pour les codes TVA. Ces nouveaux codes devront impérativement être utilisés pour toute prestation effectuée dès le 1^{er} janvier 2011. Avant d'envoyer une facture au client, il sera utile de vérifier si le timesheet rattache correctement toutes les prestations du mandat au bon code TVA. Enfin, comme certains fournisseurs envoient dès à présent leur facture avec la nouvelle TVA pour des prestations qui ne seront accomplies qu'en 2011 (typiquement, pour des services réguliers à payer d'avance), la mise à jour des logiciels des assujettis qui utilisent la méthode effective s'avère également urgente. ■

Andrea Schafer* et René Rall**

Carte de membre avec SuisseID: un bilan intermédiaire de la FSA

Mots-clés: communication électronique, mise en pratique de la SuisseID, rapport d'expérience

Il est possible de commander sa carte de membre avec SuisseID depuis juillet dernier. Sa mise en service ne constitue toutefois pas le point final d'un projet très intense à plusieurs égards, mais bien plutôt le début d'une inévitable transition vers un avenir électronique utile à notre profession. Depuis la première commande, toutes les personnes impliquées dans ce projet n'ont cessé de travailler assidûment, d'éliminer certains défauts de jeunesse et d'optimiser l'ensemble des processus. Enfin, la FSA continue d'examiner d'autres applications possibles de la SuisseID et d'obtenir, au niveau des autorités, une standardisation des processus et des structures pour toutes les procédures et instances. D'autres questions fondamentales sont également traitées à plusieurs échelons, notamment celle d'un dépôt central des mémoires préventifs ou celle des pièces du dossier déposées sous format électronique à un tribunal, ce qui permettrait p. ex. à un avocat genevois de consulter le dossier sans avoir à se déplacer à Bellinzone.

Bref, avec l'introduction d'une carte de membre intégrant la SuisseID, une première étape importante a été franchie vers un

avenir profondément électronique. La communication électronique a elle aussi fortement évolué dans toute l'Europe. La Confédération, dans son programme législatif, en a tenu compte:

- Elle a tout d'abord permis aux parties, dans plusieurs projets législatifs fédéraux liés à l'organisation judiciaire ou à la procédure, de déposer auprès des tribunaux ou des autorités leurs écritures sous format électronique. Il en sera ainsi aux 130 CPC, 33a LP et 110 CPP. La FSA souhaiterait une situation similaire dans toutes les procédures.
- Le Conseil fédéral a ensuite réglé, avec l'Ordonnance sur la communication électronique dans le cadre de procédures civiles et pénales et de procédures en matière de poursuite pour dettes et de faillite du 18 juin 2010, la façon dont les écritures des parties, mais aussi la notification des jugements ou des ordonnances pouvaient techniquement être traitées de manière identique dans les différentes procédures.

Dès le début, la FSA a toujours été convaincue que, pour susciter l'intérêt des avocats, il fallait que le projet apporte non seulement un réel avantage, à savoir la simplification des procédures et une

* Collaboratrice juridique de la FSA.

** Secrétaire général de la FSA.

économie de temps, mais aussi que ce nouvel instrument de travail puisse être obtenu à un *prix raisonnable*.

Il a également été important pour la FSA, avec l'entrée en vigueur des nouvelles procédures et la possibilité qui y est prévue de déposer les écritures sous format électronique, de rendre les membres FSA familiers dès la première heure aux instruments de travail nécessaires à la communication électronique. Tous ceux qui s'habituent dès aujourd'hui à cette nouvelle façon de travailler ne se sentiront pas dépassés par l'évolution européenne. D'ici un à deux ans, ces applications seront en effet monnaie courante dans toute l'Europe.

Il serait toutefois faux d'affirmer que la première utilisation de la SuisseID s'apparente à quelque chose de facile. De la commande à cette première utilisation, en passant par les différentes étapes d'installation, il y a en effet plusieurs obstacles à franchir. Ceux qui sont déjà passés par là peuvent le confirmer.¹ Néanmoins, une fois ces étapes effectuées, des nouvelles portes s'ouvrent, avec prochainement les écritures qui pourront être déposées électroniquement auprès des tribunaux, faisant passer le courrier postal à la trappe. Comme le montre d'ailleurs l'article de M^e Adrian Rufener (voir ci-dessous), il ne faut pas oublier que la SuisseID présente déjà maintenant d'autres avantages pratiques et qu'elle allège considérablement l'exécution des tâches courantes.

A diverses reprises, il a été demandé à la FSA s'il n'était pas trop tôt pour entrer dans ce grand projet de la communication électronique. La réponse est clairement négative. D'une part, le législateur a créé pour le 1^{er} janvier 2011 les conditions nécessaires à la communication électronique, de sorte que les autorités cantonales ont elles aussi dû s'y préparer. D'autre part, les avocats suisses doivent envoyer un signal clair pour ne pas se laisser distancer sur le plan international et de faire passer la Suisse comme un pays n'ayant pas su répondre à l'évolution technique. Attendre que tous les processus aient été peaufinés dans les moindres détails ne constituera jamais un moyen efficace. Il est important de donner aux autorités le sentiment que leurs efforts et les démarches entreprises ont permis de créer des outils de travail devenus entre-temps efficaces, même s'ils peuvent encore être améliorés et optimisés. Enfin, une pleine utilité de la SuisseID ne pourra être atteinte que si un nombre suffisamment important d'avocats participent à ce projet, à l'instar de l'Autriche où près de 90 % de nos confrères se sont déjà familiarisés avec cet instrument de travail utile et rentable.

Nous n'en sommes naturellement pas encore là en Suisse. Et pour tous ceux qui effectuent les premiers pas et qui pourraient éventuellement se sentir peu sûrs dans le maniement de la carte, tant la FSA que QuoVadis et PrivaSphere leur apportent un soutien infatigable. Tous ces partenaires ont pour seul objectif de soutenir les membres qui nécessitant un support technique. N'hésitez donc pas à solliciter le service d'assistance téléphonique de QuoVadis au 0900 008 007. En janvier prochain, la FSA organisera par ailleurs une série de formations à travers toute la Suisse. Ces séminaires d'une demi-journée, gratuits et organisés dans

huit grandes villes, permettront de revoir les étapes d'installation et de configuration, mais également de donner un aperçu technique de toutes les utilisations pratiques de la carte. Vous trouverez d'autres informations, notamment les dates et les lieux de ces séminaires, dans la rubrique «La FSA vous informe» (voir ci-dessous).

Les remarques qui suivent mettent l'accent sur certains problèmes fréquemment rencontrés dans la pratique. Juste après, nous reviendrons encore une fois sur la question de la sécurité de la SuisseID.

Installation de la SuisseID

Avant d'installer votre SuisseID, veuillez préalablement vérifier que tous vos logiciels sont bien à jour. Suivez ensuite les instructions, étape par étape, qui vous seront indiquées sur www.quovadis.ch/activation. Si vous ne possédez pas les droits d'administrateur pour installer de nouveaux programmes (typiquement, dans les grandes entreprises), contactez votre e-support.

Pour faciliter la compréhension de la terminologie utilisée lors de l'installation initiale de votre carte de membre, nous définissons ici les termes les plus importants:

Transport-PIN

Il s'agit du PIN lié à votre certificat qualifié. Le certificat qualifié est celui dont vous avez besoin pour signer électroniquement des documents, étant rappelé que seule la signature de ce type de certificat est assimilée juridiquement à une signature manuscrite. Lors de l'activation de votre SuisseID sur www.quovadis.ch/activation, vous serez invité à remplacer le code reçu par courrier par un code de votre propre choix.

PIN

Il s'agit du code qui permet de valider votre certificat d'authentification (*authentication certificate*). Ce certificat est celui dont vous avez besoin pour vous identifier sur Internet (lors d'un login, p. ex. pour la commande d'un extrait du casier judiciaire) et pour signer vos e-mails. Pour le destinataire, la signature électronique montre de manière irréfutable – pour autant que le sceau n'ait pas été brisé – que l'e-mail provient bien de l'expéditeur qui a signé et qu'aucune modification n'a été faite durant le transfert des données.

Lors de l'activation de votre SuisseID sur www.quovadis.ch/activation, vous serez là aussi invité à remplacer le code reçu par courrier par un code de votre propre choix.

Attention

1. Veuillez choisir pour les deux certificats le même code PIN. Vous n'aurez ainsi qu'un seul code à mémoriser, ce qui minimise le risque d'oubli ou de confusion. Cette démarche ne se justifie toutefois que pour les premières utilisations. En effet, après une certaine pratique dans le maniement de votre carte, il se justifiera de configurer un code PIN différent pour chacun des deux certificats.

¹ Voir ci-dessous l'analyse de M^e Christian Leupi.

Pourquoi recommandons-nous ces deux étapes progressives? Si vous introduisez quatre fois un code PIN «Signature» erroné, votre certificat qualifié sera définitivement bloqué (directive de la Loi sur la signature électronique, SCSE), de sorte que vous ne pourrez plus signer vos documents. Une fois bloqué, il n'est donc plus possible de configurer un nouveau code PIN «Signature» et vous devrez – pour de nouveau pouvoir signer vos documents – commander une nouvelle carte et payer les frais qui en découlent. Lorsque l'utilisateur en est encore à ses débuts, l'expérience nous montre que la probabilité d'introduire un code erroné lorsqu'il y a deux PIN différents est particulièrement haute. En revanche, l'utilisateur qui dispose déjà d'une certaine habitude distingue en principe les deux types de certificat, de sorte qu'il se justifiera d'utiliser des codes PIN différents pour des questions de sécurité.

Le code PUK ne peut être utilisé que pour débloquent le certificat d'authentification (voir ci-dessous).

2. Veuillez ne pas choisir une combinaison de nombres facilement identifiables, comme des numéros de téléphone, dates de naissance, numéros de plaques, etc. Gardez toujours en mémoire que votre carte, sur Internet, s'assimile à une pièce d'identité et qu'elle vous engage pleinement lorsqu'elle est utilisée. Nous vous recommandons donc d'être toujours très prudent avec votre SuisseID.

PUK

Votre code PUK vous permet de débloquent votre certificat d'authentification si vous avez introduit quatre codes erronés. Il est donc important que vous conserviez en un endroit sûr la lettre qui contient ce code et toujours à un endroit différent de votre SuisseID. Ceci également en raison du *mot de passe de révocation*. Vous aurez besoin de celui-ci si vous deviez bloquer votre SuisseID.

Utilisateurs de Mac OS X version 10.6

Pour l'instant, il n'est malheureusement pas possible d'utiliser la SuisseID avec la dernière mise à jour Mac OS X 10.6. Mac s'est fixé comme priorité de régler au plus vite ce problème connu à un niveau mondial. Si vous faites partie des utilisateurs de cette version, nous vous prions de téléphoner à QuoVadis². Celle-ci reprendra contact avec vous dès la résolution du problème.

Logiciels pour signer vos documents électroniquement

Les documents peuvent valablement être signés électroniquement avec la version intégrale d'Adobe Acrobat, mais aussi avec le logiciel gratuit de la Confédération «Open eGov LocalSigner». Vous pouvez télécharger celui-ci sous https://www.e-service.admin.ch/wiki/display/suispublic/LocalSigner_SAV_fr. La FSA recommande à ses membres de travailler avec «Open eGov LocalSigner». Comme déjà mentionné, ce logiciel est gratuit, par opposition à Adobe Acrobat dont la version intégrale coûte environ CHF 800 par poste de travail. Mais «Open eGov LocalSigner»

permet également d'intégrer automatiquement un timbre horodateur. Ceci signifie que chaque document signé contiendra en plus une preuve «notariée» par un service d'horodatage externe certifiant que vous avez présenté des données ou des documents sous cette forme à un certain moment. Si vous n'utilisez pas de timbre horodateur, votre signature n'indiquera que l'heure du système d'exploitation de votre ordinateur, ce qui n'est pas suffisant d'un point de vue juridique. Pour le surplus, «Open eGov LocalSigner» est en permanence amélioré et adapté aux dernières exigences de sécurité.

La SuisseID est-elle sûre? Le SECO prend clairement position

Lors d'une démonstration faite le 22 septembre 2010 par les «experts en piratage» d'une société informatique bernoise, la question de la sécurité de la SuisseID a été remise sur le tapis. Ces experts ont mis en avant le fait qu'un piratage de la SuisseID était tout-à-fait possible. Cette assertion n'est d'ailleurs pas nouvelle (voir à ce sujet la newsletter 1/2010 sous www.swisslawyers.com/servicecenter/informationen/newsletter). Pour un auditoire pris au dépourvu, la façon dont a été présenté le piratage ne permet toutefois pas de tirer les bonnes conclusions. La démonstration suggère en effet qu'un outil de travail bien établi et reconnu comme particulièrement sûr à un niveau mondial, repris de surcroît par le SECO après plusieurs années d'expériences positives par 90% des avocats autrichiens, puisse tout d'un coup ne plus remplir les critères de sécurité habituels.

La FSA, naturellement préoccupée par cette mise en scène médiatique, a voulu en savoir plus. La réponse du SECO³ sur ce sentiment d'insécurité, amplifié par la démonstration médiatique, est aussi banale que désarmante, mais reste convaincante: «La sécurité absolue n'existe pas!». D'une manière générale, il n'y a toutefois aucune raison de s'inquiéter si les mesures de sécurité habituelles sont prises. D'ailleurs, en y regardant d'un peu plus près, on constate que les ordinateurs utilisés dans les scénarios d'attaque de la démonstration étaient déjà infectés par des virus et pouvaient être gérés à distance! Somme toute, des hypothèses dans lesquelles la SuisseID constituerait certainement le moindre des problèmes. En effet, dans le scénario d'un piratage, les pirates possèderaient probablement sans difficulté supplémentaire le mot de passe pour tout le réseau, avec pour conséquence qu'ils pourraient suivre et commander à distance chacune des opérations (en plus d'une utilisation de la SuisseID).

Que faut-il faire pour exclure au mieux l'éventualité de tels scénarios? Il convient tout d'abord de protéger les ordinateurs contre toute attaque en installant un pare-feu efficace, ainsi qu'un logiciel de sécurité régulièrement mis à jour, et d'ôter systématiquement la carte de son lecteur après utilisation. A savoir: via Internet, un pirate ne peut accéder à un PC (corrélativement à la SuisseID) que lorsque cet ordinateur n'est pas suffisamment protégé contre les attaques de tiers ou les logiciels malveillants

2 N° du service d'assistance téléphonique de QuoVadis: 0900 008 007.

3 Cf. www.swisslawyers.com/servicecenter/informationen/presseservice

(malwares). Et même dans ce cas, il reste difficile et ardu, y compris financièrement, de pirater la SuisseID. Afin de minimiser l'espace temporel durant lequel il serait possible de le faire, il est recommandé de retirer sa SuisseID lorsque celle-ci n'est pas utilisée.

En résumé, la FSA conseille à ses membres de prendre les mesures de sécurité suivantes:

- Activation du pare-feu (processus standard);
- Activation d'un anti-virus régulièrement mis à jour (processus standard);
- Après utilisation, retrait systématique de la SuisseID de son lecteur (doit devenir un processus standard);
- Pour la signature de documents, utilisation d'un logiciel fiable accompagné d'un mode d'emploi suffisamment clair, p. ex.

LocalSigner de la Confédération recommandé par la FSA (voir également le mode d'emploi édité par cette dernière).

Bref, la SuisseID reste un outil particulièrement sûr qui ne peut pas être piraté facilement. Les scénarios utilisés lors de la démonstration sont extrêmement improbables et peuvent être exclus au mieux si les mesures de sécurité recommandées ci-dessus ont été prises.

Nous espérons ainsi avoir convaincu d'autres membres à commander aujourd'hui encore leur carte de membre. Vous trouverez des informations plus détaillées dans la rubrique «La FSA vous informe».

A tous ceux qui la possèdent et l'utilisent déjà, nous souhaitons qu'elle leur donne entière satisfaction! ■

Andrea Schafer* und René Rall**

Mitgliederausweis mit SuisseID: eine Zwischenbilanz des SAV

Stichworte: elektronischer Rechtsverkehr, Umsetzung SuisseID, Erfahrungsbericht

Seit Juli kann der Mitgliederausweis mit SuisseID bestellt werden. Dessen Einführung bildete jedoch nicht den Schlusspunkt eines in verschiedener Hinsicht intensiven Projekts, sondern einen ersten unausweichlichen Schritt in eine hilfreiche elektronische Geschäftsabwicklung im Bereiche der Justiz. Seit der ersten Bestellung wird an allen Stellen weiterhin angestrengt gearbeitet, Kinderkrankheiten ausgemerzt und Prozesse optimiert. Nicht zuletzt arbeitet der SAV weiterhin daran, die Anwendungsmöglichkeiten der SuisseID sowie die Vereinheitlichung der Prozesse und Strukturen auf Stufe der Behörden quer durch alle Verfahren und Instanzen zu erwirken. Themen wie ein zentrales Schutzschriften-Depot oder elektronische Gerichtsarchive, die es beispielsweise einer Anwältin resp. einem Anwalt aus Genf erlauben sollen, auf dem elektronischen Weg Einsicht in die Akten zu nehmen, ohne nach Bellinzona reisen zu müssen, werden weiterhin auf allen Stufen verfolgt.

Kurzum: Mit dem Mitgliederausweis mit SuisseID wurde ein erster wichtiger Schritt in Richtung elektronischer Rechtsverkehr getan. Ein Projekt, welches auch auf gesamteuropäischer Ebene heftig vorangetrieben wird. Der Bund hat diese Entwicklung in Europa in sein Gesetzgebungsprogramm aufgenommen:

- Er hat in *verschiedenen Gesetzgebungsprojekten des Bundes zu Gerichtsorganisation und Verfahren* den Parteien neu die Möglichkeit eingeräumt, Eingaben bei Gerichten oder Behörden auch in elektronischer Form einzureichen. So geschehen in Art. 130 ZPO, Art. 33a des Bundesgesetzes zum SchKG

und Art. 110 der Strafprozessordnung. Bestreben des SAV ist es, dass dies künftig in allen Verfahren Standard sein wird.

- Mit der Verordnung vom 18. Juni 2010 über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Straf- und Zivilprozessen sowie von SchKG-Verfahren hat der Bundesrat geregelt, wie Parteieingaben sowie der Versand der Urteile resp. der Verfügungen in den verschiedenen Verfahren nach Massgabe ihrer Gleichheit auch technisch gleich abgewickelt werden können.

Dem SAV war von Beginn weg klar, dass die Anwaltschaft nur bewegt werden kann, wenn einerseits ein *eigentlicher Nutzen, nämlich die Vereinfachung von Abläufen und die damit verbundene Zeitersparnis, gegeben ist* und andererseits dieses neue Hilfsmittel zu *einem vernünftigen Preis* erhältlich ist.

Wichtig war ihm auch, seine Mitglieder im Hinblick auf die Inkraftsetzung der Prozessordnungen und der dort statuierten Möglichkeit, Eingaben auf dem elektronischen Weg zu tätigen, mit den hierfür notwendigen Arbeitsinstrumenten von erster Stunde an vertraut zu machen. All jene, welche sich bereits heute damit bekannt machen, können spätestens in ein bis zwei Jahren, wenn die Anwendung in ganz Europa zur Gewohnheit geworden ist, aus dem Vollen schöpfen.

Es wäre jedoch bestimmt falsch zu sagen, dass der erste Umgang mit der SuisseID ein leichter ist. Von der Bestellung über die Installation bis zur Anwendung müssen verschiedene Hürden genommen werden. Jene, die bereits soweit sind, können dies bestätigen.¹ Hat man diese Hürden aber erst einmal genommen, öffnen sich neue Türen, und schon bald sind die elektronischen Eingaben bei Gericht Tagesgeschäft und der Gang zur Post Ver-

* Juristische Mitarbeiterin SAV.

** Generalsekretär SAV.

1 Vgl. nachfolgenden Bericht von Kollege Christian Leupi.

gangenheit. Dass die SuisseID darüber hinausgehende, jetzt bereits anwendbare und die tägliche Geschäftsabwicklung erheblich erleichternde Nutzungsmöglichkeiten bietet, darf, wie der nachfolgende Artikel von Kollege Adrian Rufener aufzeigt, dabei nicht vergessen gehen.

Der SAV wurde verschiedentlich gefragt, ob er nicht zu früh den Einstieg in das Grossprojekt elektronischer Rechtsverkehr gewagt habe. Dazu ein klares Nein. Zum einen hat der Gesetzgeber per 1. 1. 2011 die Voraussetzungen für den elektronischen Rechtsverkehr geschaffen und rüsten die kantonalen Gerichtsbehörden dementsprechend auf, zum anderen ist auch die Schweizer Anwaltschaft aufgefordert, ein klares Signal zu setzen, wenn sie international nicht ins Hintertreffen geraten und sich damit der Gefahr eines Standortnachteils aussetzen will. Zuzuwarten bis alle Abläufe im Detail perfekt sind, wird nie zielführend sein. Es gilt den Behörden die Gewissheit zu geben, dass ihre Anstrengungen und Bemühungen und die in der Zwischenzeit tauglichen, aber gewiss noch ausbaubaren und verbesserungsfähigen Hilfsmittel bei der Anwaltschaft auf guten Grund stossen. Der angestrebte Nutzen wird nur erzielt werden können, wenn die Anwaltschaft sich möglichst breit an diesem Vorhaben beteiligt. Ähnlich wie in Österreich, wo sich mittlerweile 90% der Anwältinnen und Anwälte mit diesem Instrument gewinn- und nutzbringend vertraut gemacht haben.

Soweit sind wir in der Schweiz natürlich noch nicht. Und all jenen, die noch am Anfang stehen oder vielleicht die ersten Schritte bereits getan haben, möglicherweise aber noch etwas wacklig unterwegs sind, leistet der SAV in Zusammenarbeit mit QuoVadis und PrivaSphere unermüdlichen Beistand. Es ist das Anliegen aller Beteiligten, niemanden im Regen stehen zu lassen. Zögern Sie nicht, die Helpline (0900 008 007) von QuoVadis zu kontaktieren. Im Januar organisiert der SAV zudem eine Roadshow durch die ganze Schweiz. An dieser kostenlosen Veranstaltung werden v.a. die Schwerpunktthemen der Installation sowie der praktischen Anwendung beleuchtet. Details zu den genauen Daten und Austragungsorten finden Sie weiter hinten in den Verbandsmitteilungen.

Nachfolgend werden einzelne Aspekte, die erfahrungsgemäss zu Problemen geführt haben, aufgeführt. Anschliessend gehen wir noch einmal auf den Aspekt der Sicherheit der SuisseID ein.

Installation der SuisseID

Achten Sie darauf, dass Sie die neusten Updates Ihrer Software gemacht haben, bevor Sie die SuisseID installieren. Folgen Sie daraufhin Schritt für Schritt der Anleitung unter: www.quovadis.ch/activation. Sollten Sie keine Berechtigung haben (sogenannte Administratorenrechte), Software zu installieren (typischerweise im Umfeld grösserer Unternehmen), kontaktieren Sie bitte Ihren E-Support.

Nachstehend ein paar Begriffserklärungen im Zusammenhang mit der Erstinstallation Ihres Mitgliederausweises zum besseren Verständnis:

Transport-PIN

Hier handelt es sich um den PIN Ihres *Qualifizierten Zertifikates* (das Qualifizierte Zertifikat benötigen Sie für das digitale – gesetzlich der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellte und damit rechtsgültige – Unterschreiben Ihrer Dokumente). Bei der Aktivierung der SuisseID werden Sie gebeten, diesen durch Ihren eigenen PIN-Code zu ersetzen (www.quovadis.ch/activation).

PIN

Es handelt sich um den PIN Ihres Authentisierungs-Zertifikates (Authentication Certificate). Das Authentication Zertifikat benötigen Sie einerseits für Ihre Authentifikation im Netz (Log-In: bsp. Bestellung Strafregisterauszug) und andererseits um Ihre E-Mails zu signieren. Beim Versand eines signierten E-Mails weiss der Empfänger – sofern das Siegel ungebrochen ist – dass das E-Mail zweifelsfrei vom Absender stammt und während der Übermittlung nicht verändert wurde.

Bei der Aktivierung der SuisseID werden Sie gebeten, auch diesen durch Ihren eigenen PIN-Code zu ersetzen (www.quovadis.ch/activation).

Achtung:

1. Bitte setzen Sie für beide Zertifikate denselben eigenen PIN-Code. So haben Sie einen einzigen PIN-Code, was die Gefahr mindert, dass Sie den PIN-Code vergessen oder versehentlich verwechseln. Dieses Vorgehen empfiehlt sich zumindest für den Einstieg. Mit zunehmender Übung und Sicherheit im Umgang und vor allem bei regelmässigem Einsatz empfiehlt es sich dann aus Sicherheitsgründen, für beide Zertifikate separate PINs zu wählen.

Weshalb empfiehlt sich dieses schrittweise Vorgehen? Bei 4-maliger nacheinander folgender Falscheingabe des Signatur-PIN-Codes wird Ihr qualifiziertes Zertifikat gesperrt (Vorgabe aus dem Signaturgesetz ZertES) und Sie können damit keine rechtsgültigen Unterschriften mehr leisten! Der Signatur-PIN-Code kann nicht wiederhergestellt werden und Sie müssen – falls Sie weiterhin digital signieren wollen – einen neuen Mitgliederausweis mit Kostenfolge bestellen! Wir haben die Erfahrung gemacht, dass die Quote von Falscheingaben zu Beginn des Einsatzes der Suisse-ID mit zwei verschiedenen PINs sehr hoch war. Geübte können mit der Zeit sehr wohl die beiden Zertifikatstypen voneinander unterscheiden und dafür unterschiedliche PINs verwenden, was wie erwähnt, aus Sicherheitsgründen auch zu empfehlen ist.

Der PUK gilt nur für das Entsperren des «Authentication»-Zertifikates!

2. Bitte verwenden Sie keine leicht ermittelbaren Zahlenkombinationen wie Telefon-Nummern, Geburtsdatum, Autokennzeichen etc. Bedenken Sie immer, dass diese Karte Ihre Identität im Netz bescheinigt und damit rechtsgültige Unterschriften geleistet werden können. Der sorgfältige Umgang mit der SuisseID ist deshalb unbedingt empfohlen!

PUK

Mit dem PUK können Sie eine 4-malige Falscheingabe Ihres «Authentication»-Zertifikates entsperren. Aus diesem Grund ist es wichtig, dass Sie das PIN-Schreiben sicher und getrennt von Ihrer SuisseID aufbewahren. Dies auch wegen dem *Revokationspasswort*. Dieses benötigen Sie für eine allfällige Sperrung Ihrer SuisseID.

Mac OS X 10.6-Anwender

Momentan ist es leider weltweit nicht möglich, die SuisseID mit dem neusten Mac OS X 10.6 Update zu nutzen. Mac ist mit Priorität dabei, dieses Problem zu beheben. Sollten Sie zu diesen Anwendern gehören, bitten wir Sie, mit der Helpline von QuoVadis² Kontakt aufzunehmen. Sie werden daraufhin umgehend orientiert, sobald der Fehler behoben ist.

Signatursoftware

Dokumente können sowohl mit der Adobe Acrobat Vollversion gültig unterschrieben werden, als auch mit der gratis Software des Bundes «Open eGov LocalSigner» (Download unter: https://www.e-service.admin.ch/wiki/display/suispublic/LocalSigner_SAV). Der SAV empfiehlt seinen Mitgliedern mit der gratis Signatursoftware des Bundes: «Open eGov LocalSigner» zu arbeiten. Einerseits ist sie wie bereits erwähnt kostenlos (Adobe Acrobat Vollversionen kosten pro Arbeitsplatz ca. CHF 800.–) und andererseits ist bei der Software des Bundes der Zeitstempel (wichtig, damit das Dokument auch vor Gericht beweiskräftig ist) automatisch integriert. D.h. Jedes Dokument, welches Sie signieren, erhält automatisch eine von externer Seite notarierte Zeit, welche belegt, dass bestimmte elektronische Daten oder Dokumente zu einem bestimmten Zeitpunkt in dieser Form vorgelegen haben. Wird der Zeitstempel nicht angewendet, wird die Signatur mit der Zeitangabe vom Computer (Systemzeit) verbunden, welche nicht rechtsgültig ist. Ausserdem wird die Signatursoftware des Bundes laufend optimiert und den neusten Sicherheitsanforderungen angepasst.

Wie sicher ist die SuisseID? – Das SECO bezieht klar Stellung

Anlässlich einer Demonstration sind sogenannte «Hacker-Experten» einer Berner Firma am 22.9.2010 der Frage der Sicherheit der SuisseID nachgegangen und haben prominent herausgestrichen, dass der Missbrauch der SuisseID möglich ist. Die an der «Hacker-Demo» vorgeführte Form des Missbrauchs lässt den unvorbereitet Interessierten die falschen Schlüsse ziehen. Insbesondere wird suggeriert, dass ein etabliertes und weltweit als sicher geltendes Werkzeug, welches das SECO übernommen hat und beispielsweise 90% der Österreichischen Anwälte seit Jahren

mit durchwegs positiven Erfahrungen nutzen, auf einmal nicht mehr sicher sei.

Der SAV, selbst beunruhigt durch diese medial inszenierte Aktion, wollte es verständlicherweise genau wissen. Die Antwort des SECO³ auf diese Unsicherheit streuende Demonstration ist ebenso banal wie entwaffnend und letztlich auch überzeugend: Absolute Sicherheit gibt es nie! Es gibt keinen Grund zur Besorgnis, wenn die üblichen Sicherheitsvorkehrungen getroffen werden. Bei genauerem Hinsehen ergibt sich, dass für die Angriffsszenarien der «Hacker-Demo» bereits völlig virenverseuchte und fremdgesteuerte PCs verwendet wurden! Szenarien, bei welchen die SuisseID wahrscheinlich das kleinste Problem wäre. Denn im von den Hackern supponierten Fall wären sie ohne Mehraufwand auch im Besitz des Adminpasswortes für das ganze Netzwerk und könnten damit jede Bewegung (nicht nur die SuisseID) mitverfolgen.

Was muss getan werden, um solche Szenarien möglichst auszuschliessen? Es gilt, den Gefahrenherd PC durch richtiges Einrichten und Aktivieren einer Firewall sowie aktualisierter Sicherheitssoftware generell gegen Angriffe zu schützen und zudem die SuisseID nach dem Geschäftsvorgang aus dem Leser zu ziehen, damit das Zeitfenster eines möglichen Angriffs minimiert werden kann. Der Hacker findet über das Internet nur Zugang zu einem PC und damit zur SuisseID, wenn der PC selbst nicht hinreichend gut vor Fremdzugriffen und Malware geschützt ist. Und selbst in diesem Fall ist es schwierig und mit einigem (auch finanziellem) Aufwand verbunden, die SuisseID zu knacken.

Zusammenfassend empfiehlt der SAV dem Mitglied folgende Sicherheitsvorkehrungen:

- Aktivierung einer Firewall-Funktion (Standard)
- Stets aktuelles Virenschutzprogramm (Standard)
- SuisseID nach Geschäftsvorgang nicht in Kartenleser belassen (muss Standard werden!)
- Für die Signatur nur eine vertrauenswürdige Signier-Software mit Anleitung verwenden, z.B. die vom SAV bei der Installation empfohlene Software des Bundes, den «eGov LocalSigner».

Fazit: Die SuisseID ist und bleibt ein sicheres Werkzeug und kann nicht leicht gehackt werden: Die an der Hacker-Demonstration verwendeten Szenarien sind extrem unwahrscheinlich und lassen sich durch die oben aufgeführten Massnahmen bestmöglich ausschliessen.

Gerne hoffen wir nun, dass wir weitere Mitglieder davon überzeugen konnten, ihren Mitgliederausweis noch heute zu bestellen. Die Details zur Bestellung finden Sie weiter hinten in den Verbandsmitteilungen.

Allen anderen wünschen wir weiterhin viel Erfolg bei der Anwendung Ihres Mitgliederausweises! ■

² Tel.-Nr. Helpline QuoVadis: 0900 008 007.

³ Vgl. www.swisslawyers.com/servicecenter/informationen/presseservice

Christian Leupi*

Erste Praxiserfahrungen mit der SuisseID

Stichworte: Inbetriebnahme SuisseID, Umgang mit PIN-Codes, Signieren von E-Mails

Die SuisseID ist mittlerweile lanciert und hat auf Basis der Initiative des SAV in Anwaltskreisen bereits ansehnliche Verbreitung gefunden. Es wäre nun allerdings bedauerlich, wenn die SuisseID – nachdem sie von den Anwältinnen und Anwälten bereits rege bestellt wurde – ihr Dasein ungenutzt in den Schubladen der Schreibtische fristen würde.

Der vorliegende Artikel soll deshalb über die ersten Praxiserfahrungen mit der SuisseID berichten, welche der Autor dieses Artikels als «Testnutzer» des SAV machen konnte. Er möchte den Mitgliedern des SAV einerseits Anregungen für den täglichen Einsatz der SuisseID geben und andererseits denjenigen Kolleginnen und Kollegen, welche bisher dem Thema SuisseID keine Beachtung geschenkt haben, beziehungsweise diesem etwas skeptisch gegenüberstehen, etwas die Angst vor dem Unbekannten nehmen.

Bestellvorgang

Der Bestellvorgang wurde erfreulicherweise seit der Lancierung der SuisseID stetig verbessert und dürfte für alle, welche bereits einmal in einem Onlineshop eingekauft haben, kein Problem darstellen. Die «Beglaubigung» der Identität durch eine Kanzleikollegin oder -kollegen vereinfacht und strafft den Bestellprozess erheblich, kann doch damit der sonst obligatorische Gang zur Gemeinde beziehungsweise Post für die Identifizierung vermieden werden.

Obwohl der Bestellprozess an sich nunmehr ausgereift erscheint, ist aus Anwendersicht eine Detailkritik an den Versandmodalitäten angebracht. Da die SuisseID quasi die elektronische Identität des Anwenders darstellt, wäre sicherlich zu wünschen, dass sowohl die SuisseID als auch die Zugangsdaten mit eingeschriebener Post und nicht mit A-Post versendet werden. Zu überlegen ist, ob der Versand sogar nur gegen persönliche Aushändigung erfolgen sollte, wie dies z.B. Mobilfunkanbieter praktizieren.

Inbetriebnahme

Die Mitteilung der Zugangsinformationen mag den unbedarften Anwender auf den ersten Blick etwas überfordern, ist der Inhalt doch sehr technisch (PIN, PUK, Transport PIN, Revokationspasswort etc.). Hier stellt sich sofort die Frage, welches Sicherheitselement zu welchem Zweck dient und was in welcher Form aufbewahrt werden sollte. Allerdings erschliesst sich der Zweck der einzelnen Sicherheitselemente nun besser, da mittlerweile ein Merkblatt beiliegt, welches die einzelnen Begriffe verständlich er-

klärt und auch über den sicheren Umgang mit PUK und Revokationspasswort aufklärt.

Die PIN der SuisseID ist vergleichbar mit einer herkömmlichen PIN bei Bankkarten und Ähnlichem. Allerdings ist zu beachten, dass die SuisseID zwei PINs enthält. Eine PIN dient zur Authentifikation, also beispielsweise zum sicheren Login auf Webplattformen. Eine weitere PIN – die Signatur-PIN – ist notwendig, um die digitale Signatur freizugeben, das heisst um das elektronische Dokument zu signieren. Ob es hier tatsächlich – wie vom Anbieter empfohlen – sinnvoll ist, für beide PINs dasselbe Passwort bzw. dieselbe Zahlenkombination zu verwenden, muss aus Sicht des Benutzers in Frage gestellt werden. Der vorsichtige Benutzer setzt wohl eher zwei unterschiedliche PIN ein, was das Missbrauchspotenzial wesentlich verringert.

In der Startphase der Auslieferung der SuisseID tauchten diverse Fragen im Zusammenhang mit der Installation auf, für welche sich nun im Online-Supportbereich des Anbieters die entsprechenden Antworten finden.

Anwendung allgemein

Im Allgemeinen ist bei der täglichen Anwendung nicht ohne weiteres erkennbar, welche dieser beiden PINs wann erforderlich ist, da die Software einheitlich von PIN spricht. Wird die falsche PIN genutzt, so gibt die Software eine Warnung aus, dass nur noch wenige Versuche zur Verfügung stehen. Dies kann beim Benutzer durchaus etwas Nervosität auslösen. In der Regel ist aber zuerst die PIN zu benutzen, welche den Zugriff auf die Zertifikate freigibt und erst im zweiten Schritt die Signatur-PIN. Dies lässt sich auch daran erkennen, dass das zweite Eingabefenster darauf hinweist, dass nun eine digitale Signatur angebracht wird.

Hier schafft die Empfehlung des Anbieters, für beide PINs denselben Code zu benutzen, natürlich Abhilfe. Allerdings ist nicht auszuschliessen, dass dies auf Kosten der Sicherheit geht, da mit Bekanntwerden des einheitlichen Codes die gesamte Anwendung der SuisseID kompromittiert wäre – allerdings immer unter der Voraussetzung, dass zusätzlich physischer Zugriff auf die Karte besteht.

Die Terminologie ist aber kein Problem der SuisseID an sich, sondern eine Frage der softwaremässigen Umsetzung der Signierung. Es wäre zu wünschen, dass die Anwendungen den Benutzer klar darauf hinweisen, welche der beiden PINs gefragt ist.

Signieren und Verschlüsseln von E-Mails

Einer der Hauptanwendungsbereiche der SuisseID ist das Signieren von E-Mails. Mit der Signatur kann der Empfänger nachvoll-

* Lic. iur., Rechtsanwalt, MAS Business Information Technology, christian.leupi@gr-law.ch

ziehen, dass einerseits die E-Mail tatsächlich vom Absender stammt und andererseits die Nachricht nicht verändert wurde.

Das Signieren von E-Mails ist vom Anbieter grundsätzlich nachvollziehbar erklärt und verständlich erläutert. Es dürfte auch ohne detaillierte Informatikkenntnisse umsetzbar sein. Allerdings beschränkt sich dies momentan auf den Einsatz von Windows-Betriebssystemen und Microsoft Outlook. Sofern der Anwender Windows und Outlook einsetzt, geht das Einrichten der Signaturfunktion mit wenigen Mausklicks vonstatten. Falls andere Betriebssysteme oder E-Mail-Software eingesetzt werden, sieht die Sache schon etwas anders aus. Diese bedingen mehr Konfigurationsaufwand und technisches Know-How. Die Signaturfunktion ist unter der neuesten Version des Apple-Betriebssystems (OS X 10.6.) mit dem integrierten Mailprogramm leider (noch) nicht nutzbar.

Der Anbieter der Anwalts-SuisseID bietet ein Secure E-Mail-Zertifikat an, welches zusätzlich zur Signierung von E-Mails und elektronischen Daten auch die Verschlüsselung von E-Mails und Anhängen ermöglicht. Dieses Zertifikat, welches allerdings in der technischen Spezifikation der SuisseID nicht vorgesehen ist, wurde standardmässig nicht implementiert. Es ist aber auf Anfrage erhältlich und kann manuell auf der SuisseID installiert werden.

Wer die SuisseID mittels Secure-E-Mail-Zertifikat zum sicheren Austausch von E-Mails und elektronischen Daten einsetzen will, muss allerdings mit diversen Einschränkungen leben. Die wichtigste Einschränkung besteht in der Notwendigkeit, dass sowohl Absender als Empfänger von E-Mails eine SuisseID mit Secure-E-Mail-Zertifikat einsetzen müssen, damit der verschlüsselte Informationsaustausch in beide Richtungen klappt. Die Einsatzbreite der Verschlüsselung ist dementsprechend erheblich von der Verbreitung der SuisseID abhängig.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass mit dieser Variante der Verschlüsselung die elektronische Nachricht als solche verschlüsselt wird und dementsprechend auch in verschlüsselter Form elektronisch aufbewahrt wird. Dies birgt die Gefahr, dass die Daten irgendwann nicht mehr entschlüsselt werden können, da diese untrennbar mit dem jeweiligen Zertifikat des Empfängers verknüpft sind. Es ist deshalb aus Sicht der Anwaltskanzlei, welche auf die verschlüsselte E-Mail-Kommunikation setzt, etwas fraglich, ob sich die E-Mail-Verschlüsselung mittels Secure-E-Mail-Zertifikat wird etablieren können.

Im Kanzleibetrieb momentan sicherlich mit weniger Einschränkungen einsetzbar ist die sichere E-Mail-Kommunikation über Zustellplattformen wie z.B. PrivaSphere, welche im Vergleich zur vorerwähnten Verschlüsselung der einzelnen Nachrichten einen etwas anderen Ansatz verfolgen. Diese verschlüsseln nicht die Nachricht bzw. die Daten, sondern den Transportweg der Daten (analog E-Banking). Aus Anwendersicht hat dies den nicht zu unterschätzenden Vorteil, dass die Nachrichten im Klartext empfangen werden und sich die Anwaltskanzlei deshalb keine Gedanken um die Entschlüsselung machen muss. Allerdings setzt der komfortable Einsatz dieser Technologie (z.B. Integration in bestehende Mailserver) erhebliche Investitionen voraus. Die Anwen-

dung der Zustellplattform über den Web-Browser entpuppt sich im Kanzleialltag momentan noch als wenig komfortabel und flexibel.

Signieren von PDF-Dokumenten

Ein weiterer Hauptanwendungsbereich der SuisseID stellt das Unterzeichnen elektronischer Daten wie beispielsweise PDF-Dateien mittels der qualifizierten Signatur dar. Aus Anwaltsicht sind natürlich in diesem Zusammenhang die elektronischen Eingaben an Behörden zu erwähnen.

Zu diesem Zweck stellt der Bund eine Software zum Signieren von PDF kostenlos zur Verfügung – den eGov LocalSigner. Grundsätzlich ist diese Initiative des Bundes zu loben. Allerdings kann der Funktionsumfang des eGov LocalSigner nicht mit kostenpflichtiger PDF-Software mithalten. Nebst dem eGov LocalSigner benötigt der Anwender nämlich zusätzlich noch eine Software zum Erstellen von PDF-Dateien (wobei auch kostenlose Angebote erhältlich sind) sowie sinnvollerweise eine Applikation für das Zusammenführen mehrerer PDF-Dateien zu einer Datei.

Diese Funktionen sind bei kommerziellen Produkten (wie z.B. Adobe Acrobat) meist in einer Software integriert, zusammen mit weiteren Komfortfunktionen wie beispielsweise dem Erstellen von Inhaltsverzeichnissen. Wer also voll auf elektronische Eingaben setzen will, ist mit einer kommerziellen PDF-Software sicherlich besser bedient.

Immerhin hat die Software des Bundes den kostenpflichtigen Produkten etwas voraus. Standardmässig ist nämlich bereits ein Zeitstempeldienst – derjenige der Bundesverwaltung – vorkonfiguriert. Dies ist bei den kommerziellen PDF-Lösungen nicht der Fall. Hier muss der Zeitstempeldienst manuell installiert werden, was aber den Benutzer nicht vor grosse Herausforderungen stellen sollte.

Wie auch der Schweizerische Anwaltsverband auf seiner Webseite empfiehlt, sollte der SuisseID-Anwender standardmässig einen Zeitstempeldienst installieren. Ohne Zeitstempeldienst wird der Zeitpunkt der Signierung des elektronischen Dokuments durch die Systemzeit des Benutzer-PCs gesetzt. Allerdings ist nur mit dem Einsatz eines Zeitstempeldienstes gewährleistet, dass der Zeitpunkt der Signierung des elektronischen Dokuments nachvollziehbar und von unabhängiger Stelle bestätigt nachgewiesen werden kann.

SuisseID und Login bei Online-Angeboten

Ein weiterer Anwendungsbereich der SuisseID ist die Authentifikation gegenüber Online-Angeboten. Die Anmeldung erfolgt in diesem Falle mittels zweier Elemente, erstens durch die SuisseID als physisches Element und zweitens durch die PIN. Dies erhöht die Sicherheit des Logins, da ein Anmelden nur mit Vorliegen der SuisseID geschehen kann. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass damit unter Umständen auch der Einsatzradius beschränkt wird, da die Nutzung nur mit SuisseID und Kartenlesegerät erfolgen kann. Gerade der Sicherheitsgewinn eines Logins per SuisseID

auf einem fremden Computer wird dann unter Umständen durch das Fehlen des Kartenlesegerätes verhindert.

Für die Authentifikation mittels SuisseID ist aus Anwendersicht zu wünschen, dass der Anmeldeprozess möglichst einfach und ohne Benutzerinteraktion in technischer Hinsicht verläuft.

Als Beispiel sei vorliegend die Buchhaltungsanwendung «Abaweb Treuhand» erwähnt, welche über die Internetverbindung als Software-as-a-Service angeboten und genutzt werden kann. Während der Loginprozess im Internet Explorer ohne Konfiguration des Browsers und vorgängige technische Vorkehrungen auf Anhieb funktioniert, erfordert die Benutzung im Firefox eine vorgängige manuelle Installation des Kryptographiemoduls. Diese ist zwar auf den Supportseiten von Quovadis gut erklärt, stellt aber für den Durchschnittsanwender sicherlich eine gewisse Hürde und potenzielle Fehlerquelle dar.

Etwas verwirrend sind zudem die Begriffsbestimmungen im Firefox. Dieser verlangt im Zuge des Loginprozesses ein «Master-Passwort», womit allerdings die PIN gemeint ist. Eine einheitliche Terminologie wäre deshalb sehr wünschenswert.

Zu beachten ist zudem, dass für die Authentifikation das korrekte Zertifikat benutzt werden muss («Authentication» und nicht «Qualified Signature»). Der Internet Explorer wählt das richtige Zertifikat automatisch aus, Firefox präsentiert dem Anwender standardmässig das Signaturzertifikat. Nach Auswahl des Authen-

tisierungszertifikats klappt die Anmeldung auch im Firefox, ansonsten erhält der Anwender eine Fehlermeldung.

Fazit

Der Bestell- und Installationsprozess ist ausreichend dokumentiert und sollte auch für den durchschnittlichen PC-Benutzer zu bewerkstelligen sein. Erste Anlaufstelle sollte im Zusammenhang mit Fragen der Online-Supportbereich des Anbieters sein, welcher bereits eine Vielzahl von Antworten bereithält. Auch die vom Anwender vorzunehmenden Installationen sind nachvollziehbar erklärt.

Momentan scheint aber die Integration der SuisseID hauptsächlich in die Microsoft-Produktpalette gelingen zu sein. Die Installation im Windows-Betriebssystem sowie die Anwendung in Outlook und im Internet Explorer gestaltet sich einfach, während die Anwendung auf Apple-Rechnern sowie in alternativen Webbrowsern und E-Mail-Anwendungen momentan noch zu viele Benutzereingriffe und technisches Verständnis voraussetzt.

Hier sind sicherlich primär die Hersteller gefordert und es wird für die Verbreitung der SuisseID entscheidend sein, dass auch die Anwendung im Nicht-Microsoft-Bereich möglichst benutzerfreundlich gestaltet wird. ■

Adrian Rufener*

Mit der SuisseID zum beweiskräftigen Mailverkehr

Stichworte: sicherer Mailverkehr, digitale Signatur, E-Mail als Beweismittel

In der Anwaltsrevue 4/2009 wurde ausführlich dargestellt, wie der Mailverkehr abgesichert werden kann. An dieser Stelle kann auf Wiederholungen weitgehend verzichtet werden. Mit der SuisseID wird per 1. Januar 2011 nicht bloss der Rechtsverkehr mit den Zivilgerichten und den Strafverfolgungsbehörden möglich sein. Vielmehr sind die Einsatzmöglichkeiten der SuisseID sehr vielfältig, da digitale Zertifikate verschiedene Eigenschaften aufweisen, welche den elektronischen Rechtsverkehr erheblich erleichtern und vor allem auch mehr Rechtssicherheit schaffen. Digitale Zertifikate weisen folgende Eigenschaften auf:

Authentizität/Identifikation (Authentication)

Der Empfänger muss den Absender eindeutig identifizieren und überprüfen können, ob die Nachricht wirklich vom Absender stammt.

Autorisierung (Authorization)

Rechte, Befugnisse und Privilegien eines Benutzers müssen zugeteilt und überwacht werden.

Integrität (Integrity)

Die Nichtveränderbarkeit und Unverfälschbarkeit von Informationen muss garantiert werden, Veränderungen müssen automatisch festgestellt werden können.

Vertraulichkeit (Confidentiality)

Nur der Berechtigte darf eine verschlüsselte Information lesen können.

Nicht Anfechtbarkeit/Unleugbarkeit (Non-Repudiation)

Der Verfasser darf nicht in der Lage sein zu bestreiten, dass er die Information so geschrieben hat.

Allein dieser «Leistungskatalog» zeigt die Vorteile des Einsatzes von digitalen Zertifikaten im Mailverkehr auf. Der ungesicherte Mailverkehr lässt unter anderem weder den Absender des Mails

* Lic. iur. HSG, Partner Schoch, Auer & Partner, St. Gallen, Geschäftsführer des St. Gallischen Anwaltsverbandes.

eindeutig identifizieren, noch besteht in Bezug auf den Mailinhalt Sicherheit darüber, dass dieser weder auf dem Transportweg noch später verändert wird bzw. worden ist. Der zunehmende Einsatz von E-Mail-Kommunikation im Alltag führt dazu, dass oft keine physische Geschäftskorrespondenz mehr vorhanden ist und im Streitfall mittels E-Mail(verkehr) Beweis geführt werden muss.

Die Schweizerische ZPO bezeichnet in ihrem Art. 177 sämtliche Dokumente als Urkunden, welche geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen. Darunter fallen namentlich Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen und elektronische Dateien. Die *Beweiseignung* genügt, eine *Beweisbestimmung* ist im Unterschied zur strafrechtlichen Urkunde nicht Begriffselement (BSK-ZPO, Art. 177 N. 1). Für die Beweiseignung kommt es – wie schon in den bisherigen kantonalen Zivilprozessordnungen – nicht auf die konkrete, sondern auf die abstrakte Eignung zum Beweis an, d.h. die Urkunde muss aufgrund ihrer Natur zum Beweis irgendwelcher Tatsachen geeignet sein, welche rechtlich erheblich sein könnten (BSK-ZPO, Art. 177 N. 3). Oder anders ausgedrückt: beweisrechtlich ist einzig die Eignung als *Erkenntnisquelle* relevant (Botschaft zur ZPO, 7322).

Eine E-Mail stellt eine elektronische Datei dar. Sie ist wie jedes andere elektronische Dokument grundsätzlich geeignet, potenziell rechtserhebliche Tatsachen kundzutun und hat damit Urkundenqualität im Sinne von Art. 177 ZPO.

Urkunden können gemäss Art. 180 Abs. 1 ZPO wahlweise im Original oder in Kopie eingereicht werden. Reicht eine Partei eine Kopie ein, hat die Gegenpartei indessen dann (und nur dann) einen Anspruch auf Einreichung des Originals oder einer beglaubigten Kopie, wenn die Echtheit der Urkunde substantiiert bestritten wird, d.h. sie muss Tatsachen glaubhaft machen, welche Zweifel an der Authentizität zu erwecken vermögen (BSK-ZPO, Art. 180 N. 7). Ebenfalls kann das Gericht – wenn es Zweifel an der Echtheit hat – von sich aus die Einreichung des Originals oder einer beglaubigten Kopie verlangen (Art. 180 Abs. 1 ZPO). Eine E-Mail kann demnach als Kopie auf einem Datenträger eingereicht werden. Alternativ ist eine Eingabe in Papierform bei elektronischen Urkunden möglich (BSK-ZPO, Art. 177 N. 10).

Die *Beweislast* für die Echtheit einer E-Mail trägt nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB die Partei, welche sich darauf beruft. Indessen hat der Gesetzgeber klar festgehalten, dass sich die Gegenpartei (auch bei elektronischen Urkunden) nicht auf eine pauschale Bestreitung der Echtheit beschränken darf, sondern konkrete Umstände darzutun hat, welche beim Gericht

ernsthafte Zweifel an der Authentizität wecken; nur wenn der Gegenpartei Letzteres gelingt, muss die erste Partei den Echtheitsbeweis antreten (Art. 178 ZPO; Botschaft zur ZPO, 7322).

Der *Beweiswert* einer E-Mail und jedes anderen elektronischen Dokuments unterliegt wie bei nicht-elektronischen Urkunden der freien Beweiswürdigung durch den Richter und zwar unabhängig davon, ob es sich bei der eingereichten Urkunde um das Original oder eine Kopie handelt (Botschaft zur ZPO, 7323). Dies gilt ebenfalls im Falle der Einreichung eines Ausdrucks einer E-Mail (BSK-ZPO, Art. 180 N. 9).

Der Unterschied zwischen Original und Kopie ist indessen bei elektronischen Urkunden tendenziell irrelevant, da es letztlich ausschliesslich um die Frage geht, ob eine eingereichte Datei die unveränderten ursprünglichen Daten enthält; diese stellt sich bei «Originalen» genauso wie bei Kopien. Die *Fälschungssicherheit* hat bei elektronischen Dokumenten im Vergleich zu Papierdokumenten einen ungleich höheren Stellenwert, ist es doch insbesondere bei elektronisch gespeicherten Texten, wozu namentlich E-Mails gehören, mit den geeigneten technischen Mitteln ohne Weiteres möglich, den Inhalt einer Datei zu verändern, ohne dass dies für den Betrachter sichtbar wird. Während eine Fälschung eines Papierdokuments, sei sie noch so gekonnt durchgeführt, immer Spuren hinterlässt, ist dies bei gewöhnlichen elektronischen Dokumenten nicht der Fall, weshalb es des Einsatzes digitaler Zertifikate bedarf, um die nachträgliche Manipulation einer Datei auszuschliessen (vgl. hierzu auch: Art. 9 der Geschäftsbücherverordnung, SR 221.431). Nach der oben dargestellten Regelung von Art. 178 ZPO wird allerdings nicht davon ausgegangen werden müssen, dass aufgrund der technischen Manipulationsmöglichkeiten generell Zweifel an der Echtheit von E-Mails bestehen, welche die sich auf die E-Mails berufende Partei zum Nachweis der Echtheit verpflichten würde. Vielmehr wird auch hier zu verlangen sein, dass die Gegenpartei konkrete Zweifel glaubhaft macht, welche über allgemeine Sicherheitsbedenken hinausgehen. Immerhin ist der Einsatz von digitalen Zertifikaten sehr empfehlenswert, damit in einem allfälligen Verfahren gehörig Beweis geführt werden kann.

E-Mail Nachrichten gelten nach der Schweizerischen ZPO als elektronische Urkunden und sind als solche als Beweismittel zulässig. Indessen ist sicherzustellen, dass weder der Absender noch der Inhalt der E-Mail von Unbefugten manipuliert werden kann. Der Einsatz digitaler Signaturen, welche auf der SuisseID vorhanden sind, drängt sich deshalb geradezu auf. ■

Beatrice Gukelberger*

Mediationsvergleiche: gerichtliche Genehmigung und notarielle Verurkundung

Stichworte: gerichtsnaher Mediation, Mediationsvergleich, Schlichtungsverfahren, Entscheidungsverfahren, gerichtliche Genehmigung eines Mediationsvergleichs, Klagerückzug nach Mediationsvergleich, *res judicata*, *ne bis in idem*, öffentliche Verurkundung eines Mediationsvergleichs

Das leicht abgeänderte und ergänzte Handout aus einem der Workshops der Veranstaltung «Fit für die Mediation in der neuen ZPO», organisiert durch den SAV für Mediatorinnen und Mediatoren SAV.

Vorbemerkungen

Was ist ein Mediationsvergleich? Er ist das Ergebnis einer erfolgreichen Mediation.

Hier interessieren nur die Mediationsvergleiche aus einer erfolgreichen gerichtsnahen Mediation. Eine Mediation ist gerichtsnah, wenn sie anstelle eines Schlichtungsverfahrens, während einem Schlichtungsverfahren oder anstelle oder im Laufe eines gerichtlichen Entscheidungsverfahrens durchgeführt wird (Art. 213 ff. schweizerische ZPO¹).

Mediationsvergleiche aus gerichtsfernen Mediationen können gerichtlich nicht genehmigt werden, da keine entsprechende Streitsache rechtshängig ist. Hingegen können sie öffentlich beurkundet werden (Art. 347 ff. ZPO).

Der Mediationsvergleich aus einer gerichtsnahen Mediation kann als privatrechtlicher Vertrag ohne gerichtliche Genehmigung bestehen bleiben, er kann einer gerichtlichen Genehmigung zugeführt oder öffentlich beurkundet werden. Für die gerichtliche Genehmigung ist grundsätzlich die Zustimmung aller Streitparteien (aller Prozessparteien bzw. aller an der Mediation Beteiligten = Medianten) erforderlich; eine öffentliche Verurkundung kann die aus dem Vergleich verpflichtete Partei hingegen allein veranlassen.

1. Die Mediation im Schlichtungsverfahren

Mit der Einreichung der Rechtsbegehren können die Streitparteien anstelle des Schlichtungsverfahrens die Durchführung einer Mediation beantragen (Art. 213 Abs. 1 ZPO). Sofern die Schlichtungsbehörde zur Behandlung der eingereichten Rechtsbegehren zuständig ist und diese innerhalb der Parteiautonomie der Parteien liegen, ist dem Mediationsgesuch ohne weiteres zu entsprechen.

Der Antrag auf Durchführung einer Mediation kann zudem während des Schlichtungsverfahrens gestellt werden (Art. 213 Abs. 2 ZPO). Auch hier ist die Zustimmung aller Parteien erforder-

lich. Da die Schlichtungsbehörde hier sowohl über die Art des ins Recht gelegten Konflikts als auch hinsichtlich der Charaktere der Streitparteien mehr weiss als zu Beginn des Verfahrens, hat sie dem Gesuch nur zu entsprechen, wenn nebst der Parteiautonomie bezüglich des Streitgegenstandes auch Mediationsfähigkeit der Parteien angenommen werden kann. Mediationsfähigkeit der Parteien kann fehlen, wenn der Konflikt derart eskaliert ist, dass eine Einigung nicht mehr vorstellbar ist (diesfalls wohl auch keine Schlichtung) oder wenn die Parteien charakterlich bzw. intellektuell die Tragweite einer Mediation bzw. eines Mediationsvergleichs nicht absehen können. Die Ablehnung eines Mediationsgesuchs wird jedoch die Ausnahme bleiben müssen. Ein derartiger Entscheid dürfte im Übrigen beschwerdefähig sein (Art. 319 ff. ZPO).

Entspricht die Schlichtungsbehörde dem Mediationsbegehren, hat sie das Schlichtungsverfahren zu sistieren (entsprechend Art. 214 Abs. 3 ZPO).

Nach erfolgreicher Durchführung der Mediation können die Parteien der Schlichtungsbehörde entweder bloss davon Mitteilung machen, und die Klägerschaft zieht gestützt darauf die gestellten Rechtsbegehren zurück, bzw. die beklagte Partei unterzieht sich. Die Schlichtungsbehörde liquidiert die Prozesskosten entweder gemäss Mitteilung der Parteien oder nach Gesetz und schreibt die Sache als erledigt vom Protokoll ab.

Beantragen alle Streitparteien, die identisch mit den Teilnehmern der Mediation sein müssen, gemeinsam die gerichtliche Genehmigung des getroffenen Vergleichs, ist dieser durch die Schlichtungsbehörde bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (s. Ziff. 4 hienach) zu genehmigen. Damit wird das Schlichtungsverfahren beendet; denn mit der Genehmigung mutiert der Vergleich zu einer rechtskräftigen Entscheidung. Die Prozesskosten werden gemäss Vergleich oder nach Gesetz liquidiert und die Sache als erledigt vom Protokoll abgeschrieben.

Scheitert die Mediation, was nur eine der Parteien der Schlichtungsbehörde mitteilen muss (meist wird es die klägerische sein), wird ohne weitere Schlichtungsbemühungen die Klagebewilligung erteilt (Art. 213 Abs. 3 ZPO).

2. Die Mediation im Entscheidungsverfahren

Im Entscheidungsverfahren kann eine Mediation jederzeit zu einer Sistierung des Gerichtsverfahrens führen und zwar sowohl gestützt auf eine richterliche Empfehlung an die Adresse der Parteien als

* Dr. iur., Fürsprecherin und Notarin, Mediatorin SKWM, Bern.
1 Im Folgenden ZPO genannt.

auch auf gemeinsamen Antrag der Parteien hin (Art. 214 ZPO). Was «jederzeit» heisst, wird die Praxis im Einzelnen zeigen; fest steht hingegen bereits heute, dass eine Mediation auch ein Rechtsmittelverfahren unterbrechen können soll.

Die Parteien müssen der richterlichen Empfehlung, solange es keine Aufforderung nach Art. 297 Abs. 2 ZPO ist, nicht folgen. Für die richterliche Gutheissung bzw. Ablehnung des Mediationsgesuchs s. oben unter Ziff. 1.

In Bezug auf die Behandlung des Justizverfahrens während der Mediation und die zwei möglichen Arten der Rückmeldung nach erfolgreichem Abschluss der Mediation s. ebenfalls oben unter Ziff. 1.

Wird das Mediationsverfahren erfolglos abgebrochen, nimmt das Gericht das Verfahren an dem Punkt wieder auf, an dem es sistiert worden ist.

3. Die möglichen Unterschiede zwischen einem vor der Schlichtungsbehörde oder dem Gericht abgeschlossenen Vergleich einerseits und einem Mediationsvergleich andererseits

Dass überhaupt Unterschiede denkbar sind, ist auf die Verschiedenheit der Verfahren zurückzuführen.

Während das Zivilverfahren sich mit den ins Recht gelegten Rechtsbegehren und deren Bestreitung befasst, ist das Mediationsverfahren daran nicht unbedingt gebunden. Auf Wunsch der Parteien bzw. allenfalls auf Empfehlung der Mediationsperson kann die Streitsache über die Rechtspositionen hinaus verhandelt und dementsprechend umfassend geregelt werden. Demzufolge können ursprünglich relevante Forderungen ausgewechselt, reduziert oder ausgeweitet werden, bestreitende Positionen aufgegeben und Zugeständnisse gemacht werden, die im Gerichtsverfahren kein Thema waren. Nicht nur inhaltlich kann sich das Mediationsverfahren ganz oder teilweise von den engen juristischen Themen abwenden; es kann auch personell eine Ausweitung erfolgen, indem zu begünstigende Dritte einbezogen werden.

Es ist das eigentliche Merkmal einer Mediation, dass sie über das Kernthema einer juristischen Auseinandersetzung und damit eines Gerichtsverfahrens hinaus geht, also die rechtliche Relevanz eines Konflikts als Teil einer weit umfassenderen Bedeutung betrachtet und vor diesem Hintergrund versucht, eine abschliessende Konfliktbeilegung zu erreichen, in welche auch Konfliktmetastasen und potenzielle Konfliktherde einbezogen werden.

Im Laufe solchen Bemühens kann es sogar passieren, dass ein Teil des ursprünglich relevanten Streits aus den Traktanden fällt, weil eine vorher nicht für möglich gehaltene Gewichtsverlagerung erfolgt.

Während ein vor dem Gericht abgeschlossener Vergleich ersichtlich auf den gestellten Rechtsbegehren basiert, ist es durchaus möglich, dass der zur gerichtlichen Genehmigung eingereichte Mediationsvergleich mit den im Gerichtsverfahren behandelten Themen kaum mehr oder nicht mehr vollständig kompatibel erscheint.

4. Die Grundlage der richterlichen Genehmigung eines Mediationsvergleichs

Der richterlichen Genehmigung hat eine Überprüfung des Vergleichs hinsichtlich Rechtmässigkeit, Umsetzbarkeit und Vollstreckbarkeit voranzugehen und bei Anwendung ausländischen Rechts eine solche betreffend den *ordre public* (s. BGE 131 III 182 S. 135).

Kann das Gericht diese Voraussetzungen bejahen, hat die gerichtliche Genehmigung des vorgelegten Vergleichs zu erfolgen, ungeachtet dessen, ob die Behörde die getroffene Regelung als suboptimal, unausgewogen oder eigenartig erachtet oder nicht.

Eine umfassende Überprüfungskognition kommt der Genehmigungsbehörde nur in Verfahren mit Untersuchungs- bzw. Offizialmaxime zu, also beisp. in einem Ehescheidungsverfahren.

Der hier vertretenen Meinung widerspricht die Botschaft zur schweizerischen Zivilprozessordnung (S. 7337), indem diese der Schlichtungsstelle und dem Gericht die Kompetenz zuweist, einen Mediationsvergleich wegen offensichtlicher Unangemessenheit nicht zu genehmigen. Offenbar sollen bloss angemessene Vergleiche genehmigt werden. Doch was heisst das? Sofern die «offensichtliche Unangemessenheit» nicht einer Rechtswidrigkeit gleich kommt, dürfte die Grenzziehung zwischen verpönter offensichtlicher und noch zu tolerierender blosser Unangemessenheit schwierig sein. Ist es nicht gerade die Dispositionsmaxime, welche ermöglicht, dass Parteien auf verbrieft Rechte verzichten, sofern sie es als angezeigt erachten?

In Bezug auf die der gerichtlichen Genehmigung voranzugehende Überprüfung wird es mit wachsender Literatur weitere Meinungen geben und letztlich vielleicht sogar eines Tages eine höchstrichterlich abgesegnete Praxis. Mit der Überprüfung von Rechtmässigkeit, Umsetzbarkeit und Vollstreckbarkeit des Mediationsvergleichs wird die richterliche Genehmigung jedoch allemal auf einer soliden Basis erfolgen.

5. Die besondere Frage der *res judicata*

Mit der richterlichen Genehmigung werden die gestellten Rechtsbegehren ein für alle Mal als erledigt betrachtet. Sie sind zwischen den Parteien sog. *res judicata*.

Die Schlichtungsbehörde bzw. das Gericht hat sich bei der Genehmigung eines Mediationsvergleichs um diese Frage nicht zu kümmern. Ob die juristisch ins Recht gelegten Begehren also vollumfänglich vergleichsweise geregelt worden sind, liegt ausserhalb der richterlichen Überprüfungspflicht.

Dieses Wissen ist für die Behörden entlastend, appelliert jedoch energisch an die Verantwortung der Mediationspersonen und der Parteianwälte. In der Redaktion von Mediationsvergleichen ist darauf zu achten, dass allfällige Rechtsbegehren, welche vom Vergleich nicht erfasst werden, ausdrücklich ausgenommen werden, also auch von einer gerichtlichen Genehmigung nicht erfasst werden können, sondern gegenteils hierfür eine Klagebewilligung auszustellen oder das sistierte Gerichtsverfahren wieder aufzunehmen ist.

Juristische Laienmediatoren haben hier unbedingt aussenstehende Juristen beizuziehen, falls die Parteien anwaltlich nicht vertreten sind. Sollte den Behörden ein offensichtlich laienhaft redigierter Mediationsvergleich zur Genehmigung unterbreitet werden, dürfte es sich zum Schutz der Parteien und zur eigenen Entlastung unter Umständen aufdrängen, den Vergleich zwecks fachkompetenter Redaktion zurückzuweisen.

6. Die Anfechtung einer Nichtgenehmigung

Die richterliche Nichtgenehmigung eines Vergleichs bzw. die Erteilung der Klagebewilligung oder die Wiederaufnahme des Gerichtsverfahrens kann nach Art. 319 ZPO mit Beschwerde angefochten werden.

7. Die Anfechtung eines gerichtlich genehmigten Mediationsvergleichs

Da ein gerichtlich genehmigter Mediationsvergleich einem vor Gericht abgeschlossenen Vergleich gleichzusetzen ist, ist Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO auch bei einem solchen anwendbar. Der gerichtlich genehmigte Mediationsvergleich kann demnach mittels Revision angefochten werden. Damit kann auch der mit dem Vergleich zusammenhängende Klagerückzug oder die damit zusammenhängende Klageanerkennung angegriffen werden.

Die Revision muss damit begründet werden, der Klagerückzug (bzw. die Klageanerkennung) bzw. der Mediationsvergleich sei «unwirksam». So eröffnet dieses Rechtsmittel die Möglichkeit einer nachträglichen Beanstandung – über die Verantwortlichkeit der Mediationsperson hinaus, Willensmängel auf Seiten der Parteien zu verhindern sowie nach erfolgter Überprüfung des Vergleichs durch eine Schlichtungsbehörde oder ein Gericht.

Damit jedoch noch nicht genug: Der Entscheid der Revisionsbehörde muss ebenfalls nicht akzeptiert werden und kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 332 ZPO). Da bleibt mit Sicherheit der letzte mediative Goodwill auf der Strecke ...

8. Die Besonderheit von Art. 65 ZPO

Diese Bestimmung sieht vor, dass dann keine *res judicata* eintritt, wenn die Klage (nach Zustellung an die beklagte Partei) mit deren ausdrücklicher Zustimmung zurückgezogen wird. Kommt es also zu einem Mediationsvergleich, der keiner gerichtlichen Genehmigung zugeführt werden, der jedoch das Gerichtsverfahren durch Rückzug der Klage aus der Welt schaffen soll, und dazu die beklagte Partei ausdrücklich ihre Zustimmung abgibt, muss diese Partei um die Konsequenzen wissen. Hier ist die Rechtsbelehrungspflicht der Mediationsperson gefordert bzw. es sind die Parteianwälte oder die für eine Fairnesskontrolle beigezogenen juristisch versierten Personen, welche auf die Konsequenzen einer derartigen Zustimmung hinzuweisen haben.

Sollte die Möglichkeit von Art. 65 ZPO gemäss dessen Wortlaut auf das Entscheidungsverfahren beschränkt bleiben, wird die *res judicata* im Schlichtungsverfahren beim Klagerückzug durch einen entsprechenden Vorbehalt (Vorbehalt der Wiedereinrei-

chung des Rechtsbegehrens) verhindert werden müssen.² Auch in diesem Fall sind die Medianten über die Rechtsfolgen eines vorbehaltlosen Klagerückzugs bzw. eines solchen mit Vorbehalt aufzuklären.

Das Nichteintreten der *res judicata* kann unter Umständen ausdrücklich erwünscht sein, beisp. wenn es sich um einen Streit handelt, der zufolge eines länger dauernden Projekts oder einer entsprechenden Konstellation unter den Streitparteien später und trotz momentaner Einigung wieder auftreten und zu gleichen Rechtsbegehren führen könnte.

9. Die öffentliche Verurkundung eines Mediationsvergleichs

Sowohl ein gerichtlich nicht genehmigter Vergleich aus einer gerichtsnahen als auch ein Vergleich aus einer gerichtsfernen Mediation kann einer öffentlichen Beurkundung zugeführt werden. Im Einzelnen wird die öffentliche Verurkundung in Art. 347 ZPO geregelt; in Art. 348 ff. ZPO hält das Gesetz die daraus resultierende Vollstreckbarkeit einer geschuldeten Leistung fest.

Da nur die verpflichtete Partei bei der Verurkundung mitmachen muss, kann sie allein diese verlangen bzw. muss sie dazu jedenfalls ihr Einverständnis abgeben. Faktisch dürfte dies darauf hinaus laufen, dass auch die Verurkundung eines Mediationsvergleichs jeweils durch alle Parteien verlangt wird, ist das Interesse daran auf Seiten des Gläubigers ja ungleich viel grösser als auf Seiten des Schuldners.

In Abweichung der in Art. 347 ZPO aufgeführten Reihenfolge muss die öffentliche Urkunde Folgendes festhalten:

1. muss die geschuldete Leistung konkret umschrieben werden;
2. muss diese Leistung als fällig qualifiziert werden;
3. ist der Rechtsgrund der umschriebenen Leistung zu erwähnen;
4. hat die Urkundspartei, welche mit der aus dem Mediationsvergleich verpflichteten Partei identisch ist, zu erklären, dass sie die umschriebene Leistung und die direkte Vollstreckung dieser Leistung anerkenne.

Wollen die Medianten Missverständnisse und damit neues Unge- mach aus einer allfälligen öffentlichen Verurkundung ihres Vergleichs vermeiden, heisst dies, dass dieser nebst dem Einigungsergebnis den Rechtsgrund der vereinbarten Leistung(en) und eine präzise Angabe betr. deren Fälligkeit aufzuführen hat.

Empfehlungen als Schlusswort

Aus dem Gesagten ergeben sich folgende Empfehlungen:

1. Bei einer gerichtsnahen Mediation dürfte sich empfehlen, bereits in der Mediationsvereinbarung festzuhalten, ob der Mediationsvergleich einer gerichtlichen Genehmigung bzw. «bloss» einer öffentlichen Beurkundung zugeführt werden

² (Art. 208 Abs. 2 ZPO; Kommentar zur neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Schulthess Verlag 2010, Beitrag SUTTER-SOMM/HEDINGER, N. 6 ff zu Art. 65 ZPO, S. 485 ff; Basler Kommentar Schweiz. ZPO, Helbing Lichtenhahn Verlag 2010, Beitrag INFANGER, N. 2 ff zu Art. 65 ZPO, S. 351 f.).

- soll oder nicht. Bei einer gerichtsfernen Mediation ginge es – dementsprechend – um eine Einigung betr. die öffentliche Verurkundung des Mediationsvergleichs.
2. Bei einem Vergleich, der aus einer gerichtsnahen Mediation herrührt, ist vor der Rückmeldung an die Schlichtungsstelle bzw. an das Gericht – ungeachtet dessen, ob eine gerichtliche Genehmigung angestrebt wird oder nicht – genau zu prüfen, ob die getroffene Einigung das/die gestellten Rechtsbegehren vollumfänglich und abschliessend erledigt. Wenn nein, sind im Vergleich die entsprechenden Vorbehalte anzubringen und der Justiz die entsprechenden Anträge zu stellen.
 3. Gleicherweise ist bei Vorliegen der formellen Erfordernisse von Art. 65 ZPO zu prüfen, ob es Sinn machen würde, die beklagte Partei im Rahmen des Mediationsvergleichs zum vorgesehenen Klagerückzug die ausdrückliche Zustimmung abgeben zu lassen. Es dürfte sich empfehlen, diesfalls die dazugehörige Rechtsbelehrung ebenfalls festzuhalten.
 4. Ungeachtet der «Gerichtsnähe» einer Mediation sollte der daraus resultierende Vergleich nebst der konkreten Leistungsumschreibung (wozu die reale Umsetzbarkeit der Verpflichtung gehört) deren Rechtsgrund und Fälligkeit festhalten.
 5. (Zuhanden der auch als Notare praktizierenden Anwälte): Es dürfte sich empfehlen, von der Vollstreckungsurkunde gemäss Art. 347 ZPO dem Gläubiger in jedem Fall einen Entwurf zur Genehmigung zuzustellen und im Falle von Einwänden vor der Verurkundung eine Bereinigung zu suchen, allenfalls unter Beizug der Mediationsperson. Dem Beizug der Mediationsperson müssten die Parteien jedoch ausdrücklich zustimmen. ■

■ Verfassungsrecht / Droit constitutionnel (I)

Art. 61 lit. g ATSG, Art. 9 BV; Parteientschädigung

Nach der Rechtsprechung kann die Parteientschädigung für das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht willkürfrei innerhalb einer Bandbreite von CHF 160.– bis CHF 320.– pro Stunde (inklusive Mehrwertsteuer) festgelegt werden (SVR 2002 AIV Nr. 3 S. 5 E. 4 c). Gemäss BGE 132 I 201 E. 8.7 muss das Honorar des unentgeltlichen Anwalts in der Regel mindestens in der Grössenordnung von CHF 180.– pro Stunde liegen. Vorliegend war der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers zum unentgeltlichen Rechtsbeistand ernannt worden. Der obsiegende Beschwerdeführer darf nicht schlechter gestellt werden als der unterliegende (Urteil 9C_688/2009 vom 19. November 2009, SVR 2010 IV Nr. 27, E. 5.2.1). Mit dem zugesprochenen Honorar von CHF 800.– wäre bei einem Stundenansatz von CHF 180.– somit ein Aufwand von knapp 4,5 Stunden entschädigt. Der Rechtsvertreter hat in seiner zulässigerweise (Art. 99 Abs. 1 BGG) letztinstanzlich eingereichten Kostennote für die drei Beschwerdeführenden einen Aufwand von insgesamt 22 Stunden 20 Minuten angegeben und den resultierenden Betrag durch drei geteilt. Der geltend gemachte Aufwand kann angesichts des Umfangs des Dossiers und der Bedeutung der Sache nicht als unangemessen hoch betrachtet werden. Er ist durch die zugesprochene Parteientschädigung bei weitem nicht abgedeckt. Insoweit erweist sich der vorinstanzliche Entscheid als willkürlich (vgl. Urteil C 223/05 vom 16. November 2005 E. 4.4, SVR 2006 AIV Nr. 15).

(II. sozialrechtliche Abteilung, 9C_338/2010, 26.8.2010, F. c. Ausgleichskasse und Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

§ 57 StPO/ZG, § 15 Abs. 2 AnwT, Art. 9 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK; Parteientschädigung

§ 15 Abs. 2 AnwT sieht einen Stundenansatz von CHF 180.– bis CHF 300.– vor. Für die Bestimmung des Honoraransatzes ist im Einzelfall auf die allgemeinen Regeln von § 2 AnwT zurückzugreifen, wonach die Honorare innerhalb der im Tarif festgelegten Grenzen nach der Schwierigkeit des Falles sowie nach dem Umfang und der Art der angemessenen Bemühungen festzulegen sind. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers gilt dies auch für private Mandate mit einem vereinbarten höheren Honoraransatz (Urteile des Bundesgerichts 6B_30/2010 vom 1. Juni 2010 E. 5.4.2; 6B_497/2007 vom 13. November 2007 E. 2.5.1). Die Entschädigung von CHF 250.– pro Stunde ist im Verhältnis zu den heute unter Strafverteidigern im freien Dienstleistungsverkehr praktizierten Ansätzen eher tief. Das Bundesgericht erachtete jedoch einen Stundenansatz von CHF 250.– in Fällen mittlerer Komplexität bzw. von CHF 200.– oder CHF 220.– in weniger komplexen Verfahren auch in unlängst ergangenen Entscheiden als mit dem Willkürverbot vereinbar (vgl. Urteil 6B_30/2010 vom 1. Juni 2010 E. 5.4.2 und die dort zitierten Entscheide). Die Entschädigung eines tieferen Stundenansatzes als den mit dem privaten Verteidiger vereinbarten verstösst nicht gegen Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK, wenn auch ein Rechtsanwalt mit einem durch-

schnittlichen oder relativ tiefen Stundenansatz Gewähr für eine wirksame Verteidigung bietet (Urteil 6B_30/2010 vom 1. Juni 2010 E. 5.4.3).

(Strafrechtliche Abteilung, 6B_528/2010, 16.9.2010, X. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Zug; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 29 Abs. 3 BV; Amtliche Verteidigung

Der Beschwerdeführerin droht kein besonders starker Eingriff in ihre Rechtsposition. Es handelt sich aber auch nicht um einen Bagatellfall. [...]

Zwar ist der ihr vorgeworfene Sachverhalt überschaubar, doch ist dessen rechtliche Würdigung – wie die einlässlichen Erwägungen des Bezirksgerichts dazu zeigen – geradezu komplex. Es geht namentlich um Fragen des intertemporalen Rechts. Mit ihrer Berufung beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des bezirksgerichtlichen Entscheids. Sie rügt die Verletzung ihrer Verteidigungsrechte und macht die Unverwertbarkeit von Beweismitteln sowie Verjährung geltend. Ohne anwaltlichen Beistand ist die Beschwerdeführerin nicht in der Lage, derartige prozessrechtliche Rügen sachgerecht zu erheben und sie zu begründen. Soll sie nicht lediglich als Objekt, sondern als Subjekt am Rechtsmittelverfahren teilnehmen, ist sie auf anwaltliche Verbeiständung angewiesen. Im Lichte der dargelegten Rechtsprechung, die wesentlich auf die Fähigkeiten der betroffenen Person abstellt, sich im Verfahren zurecht zu finden, ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf amtliche Verteidigung zu bejahen (vgl. BGE 120 Ia 43, wo das Bundesgericht [E. 3 c S. 47] die amtliche Verteidigung bei einer ähnlich hilflosen Person als notwendig erachtete).

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B_184/2010, 9.9.2010, X. c. Staatsanwaltschaft See/Oberland und Obergericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 29 Abs. 2 BV; Unentgeltliche Prozessführung und Vertretung

Nachdem das erstinstanzliche Gericht das effektive Einkommen des Beschwerdeführers anhand der eingereichten Belege zu ermitteln vermochte, war der Beschwerdeführer im Rahmen des von ihm eingereichten Rekurses nicht gehalten, von sich aus seine Einkommensverhältnisse weiter zu erläutern. Unter diesen Umständen hätte ihm die Vorinstanz im Rekursverfahren die Gelegenheit zu weiteren Erklärungen und gegebenenfalls zur Nachreichung von Belegen einräumen müssen, wenn sie die Einkommensverhältnisse für unklar erachtete. Indem die Vorinstanz dies unterliess und dennoch mangels hinreichender Substanziierung nicht auf die Angaben des Beschwerdeführers abstellte, verletzte sie seinen verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). [...]

Der allgemeine Hinweis, der Beschwerdeführer könne den Prozess durch grundpfandgesichertes Darlehen von Verwandten oder Bekannten finanzieren, taugt offensichtlich nicht als hinreichende Begründung zur Ablehnung des Begehrens um unentgeltliche Prozessführung, bleibt doch offen, welche Personen im Umfeld des Beschwerdeführers zu einer Darlehensgewährung überhaupt

in der Lage und bereit sein könnten. Da Prozesskosten nicht unter den im Rahmen der Verwandtenunterstützung zu deckenden notwendigen Lebensunterhalt fallen (BGE 115 Ia 193 E. 3a S. 195, mit Hinweis; zuletzt: Urteil des Bundesgerichts 5A_231/2009 vom 18. September 2009 E. 2.4), ginge die Verwandtenunterstützungspflicht dem Anspruch auf Armenrecht ohnehin nicht vor.

(I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_294/2010, 2.7.2010, X. c. Obergericht des Kantons Schaffhausen; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

■ Verwaltungsrecht / Droit administratif (II)

Art. 12 und 17 BGFA, Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG; Diziplinaraufsicht über die Rechtsanwälte

Tatsachen im Sinne von Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG sind diejenigen Elemente, welche den konkret zu beurteilenden Sachverhalt ausmachen. Beweismittel nach dieser Bestimmung müssen dem Beweis solcher Tatsachen dienen. Eine rechtliche Würdigung von Tatsachen ist selbst indessen keine Tatsache (Urteil 2F_2/2009 vom 23. September 2009 E. 3.2; mit Hinweis auf BGE 102 Ib 45 E. 1 b S. 48; 98 Ia 568 E. 5 b S. 573).

Strafprozessuale Beweisverwertungsverbote [...] bezwecken in erster Linie den Schutz der Verfahrensrechte eines Beschuldigten bzw. Angeklagten im Strafverfahren und nicht die Verhinderung von Sanktionen gegen einen Anwalt, welcher gegen die Berufsregeln verstossen hat.

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2F_1/2010, 4.10.2010, X. c. Anwaltskammer des Kantons St. Gallen und Kantonsgericht St. Gallen; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 24 Abs 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG; Fristwiederherstellung

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann gestützt auf die bundesrechtlichen Verfahrensbestimmungen (namentlich auch auf Art. 24 VwVG) nur auf Fristwiederherstellung erkannt werden, wenn die Säumnis auf ein unverschuldetes Hindernis, also auf die Unmöglichkeit, rechtzeitig zu handeln, zurückzuführen ist (Urteil 1P.123/2005 vom 14. Juni 2005 E. 1.2, in: ZBl 107/2006 S. 391 mit Verweisungen, auch zum Folgenden). Eine Säumnis kann auf objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit zum zeitgerechten Handeln beruhen, wobei von subjektiver Unmöglichkeit dann gesprochen wird, wenn die Vornahme einer Handlung objektiv betrachtet an sich möglich gewesen wäre, aber wegen besonderer Umstände, die in der fraglichen Person liegen, unterlassen worden ist. Entschuldigt wird die Säumnis nur, wenn seitens des Handlungspflichtigen kein Verschulden – auch keine bloss leichte Fahrlässigkeit – vorliegt bzw. die Umstände, welche von der Fristwahrung abhielten, nicht von der handlungspflichtigen Person zu verantworten sind. Dies ergibt sich bereits aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut («unverschuldeterweise», «sans sa faute», «senza sua colpa»). Es gilt somit ein strenger Massstab; nur klare Schuldlosigkeit des Gesuchstellers und seines Vertreters können zur Fristwiederherstellung führen. Insbesondere stellt ein auf Unachtsamkeit zurückzuführendes Versehen kein unverschul-

detes Hindernis dar (Urteil 2P.343/1990 vom 7. Oktober 1991 E. 4b), auch dann nicht, wenn grosse Geschäftslast geltend gemacht wird (BGE 99 II 349 E. 4 S. 352). Zudem vermag ein Hindernis eine Unterlassung grundsätzlich nur so lange zu rechtfertigen, als es andauert bzw. den Handlungspflichtigen vom Handeln abhält (vgl. BGE 112 V 255 E. 2).

(II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C_703/2009, 2C_22/2010; 21.9.2010, X. c. ETH Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

■ Zivilrecht, ZPO und SchKG / Droit civil, Code de procédure civile et poursuite pour dettes et faillite (III)

Art. 31 al. 2 LPC/GE; Remise à un bureau de poste suisse

La question est de savoir si l'appel a été valablement déposé dans le délai de dix jours expirant le vendredi 15 janvier 2010 à minuit. L'art. 31 al. 2 LPC/GE exige cependant que la remise (d'un acte d'appel en l'espèce, ndr) soit faite à un bureau de poste suisse. La doctrine cantonale explique que l'exigence d'un bureau de poste suisse a pour but de couper court à toute discussion sur la date exacte de la remise à la poste qui, s'agissant d'administrations étrangères, ne pourrait guère faire l'objet de vérifications sérieuses et rapides (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, Tome I, n° 3 ad art. 31 LPC/GE). La volonté du législateur cantonal est dénuée de toute ambiguïté. La règle posée correspond d'ailleurs à celle qui vaut devant le Tribunal fédéral (art. 48 al. 1 LTF) et à celle que tous les cantons devront appliquer prochainement (art. 143 al. 1 CPC). En l'espèce, il ressort de l'enveloppe figurant au dossier que l'appel a été déposé au bureau de poste français de Nice le 13 janvier 2010, comme l'intimé l'admet expressément. Selon une recherche effectuée par les recourants auprès de la Poste – et qui n'est pas contestée par l'intimé – le pli n'est arrivé à l'office frontière du pays de destination, c'est-à-dire en mains de la Poste Suisse, que le 16 janvier 2010. Le délai était donc expiré. Selon l'art. 32 LPC/GE, l'expiration du délai accordé par la loi pour l'exercice d'un droit en entraîne la déchéance.

Contrairement à ce que soutient l'intimé, il lui incombait d'acheminer en Suisse son appel en temps utile et il assume le risque de l'auxiliaire qu'il a choisi pour remplir cette tâche (cf. art. 101 CO).

(I^{re} Cour de droit civil; 4A_269/2010, 23.8.2010, X. SA en liquidation, Y. c/ Z; arrêt non publié dans le RO.– condensé *Bü*)

Art. 53 al. 1 Convention de Lugano; Compétence ratione loci

Aux termes de l'art. 53 al. 1 CL, le siège des sociétés et personnes morales est assimilé au domicile. Selon la Cour, la défenderesse A. SA a son domicile au Luxembourg et une succursale à Genève, où la demanderesse peut l'attirer. La Cour s'exprime comme suit au sujet des faits propres à établir la compétence. L'existence des faits justifiant la compétence, s'ils sont contestés, doit être prou-

vée, sauf s'il s'agit de faits qui sont à la fois déterminants pour la compétence et pour le fond (faits doublement pertinents), auquel cas de tels faits seront présumés réalisés pour l'examen de la compétence et ne devront être prouvés qu'au moment où le juge statuera sur le fond de la demande. En d'autres termes, il suffit, pour admettre la compétence du tribunal, que les faits qui constituent à la fois la condition de cette compétence et le fondement nécessaire de la prétention soumise à l'examen du tribunal soient allégués avec une certaine vraisemblance. Sur la base du dossier, il existe un faisceau d'indices indiquant que M. et O., agissant à Genève pour le compte de la succursale de [A. SA], ont pu intervenir dans le cadre de la gestion des sociétés étrangères dont W. était l'ayant droit économique. Par ailleurs, il résulte des inscriptions figurant aux registres du commerce genevois et zurichoises que la succursale de [A. SA] est une entité accessoire, bénéficiant d'une direction. Rien ne permet de douter, en l'état, de son effectivité et de son autonomie partielle, de sorte qu'elle répond à la définition de succursale visée par l'art. 5 ch. 5 CL. Par conséquent, les faits allégués au sujet de l'activité de la succursale de [A. SA] sont suffisants, à ce stade de la procédure, pour fonder la compétence des tribunaux genevois.

En règle générale, selon la jurisprudence, le juge saisi doit examiner sa compétence sur la base des allégués, moyens et conclusions de la demande, sans tenir compte des objections de la partie défenderesse. Seuls les faits déterminants pour la compétence doivent être prouvés, s'ils sont contestés, avant une éventuelle décision séparée sur la compétence, tandis que la preuve des faits déterminants pour la compétence et pour le bien-fondé de l'action – faits doublement pertinents ou de double pertinence – est renvoyée à la suite de l'instance. Suit une discussion de la jurisprudence qui aboutit en la conclusion qu'il demeure donc que même au degré de la simple vraisemblance, la preuve des faits doublement pertinents n'est pas requise au stade d'une décision séparée sur la compétence.

(I^{re} Cour de droit civil; 4A_293/2010, 31.8.2010, A. SA c/ X.; publication de l'arrêt prévue.– condensé Bû)

Art. 60 al. 2 CO; Prescription civile vs pénale

Selon les intimées, dès lors qu'il y a eu poursuite pénale, même achevée par un non-lieu, le 20 décembre 2004, chaque interruption de la prescription civile intervenue avant cette date a fait courir un nouveau délai de prescription pénale de plus longue durée. Peu importe, à cet égard, que les comportements incriminés aient été punissables ou non, du moment que, jusqu'au prononcé du non-lieu, les personnes physiques poursuivies étaient prévenues d'infractions à la LCD. Semblable objection tombe à faux. Comme le souligne avec raison la cour cantonale, à suivre les intimées, il suffirait que l'auteur du dommage fasse l'objet d'une enquête pénale pour que l'art. 60 al. 2 CO s'applique, au moins temporairement, quand bien même le prévenu ferait ensuite l'objet d'un non-lieu, voire d'un acquittement. Une telle interprétation est incompatible avec le texte et le but de la disposition citée. L'adopter permettrait, en effet, d'appliquer cette disposition indépendamment de l'existence d'un «acte punissable»,

de sorte qu'il suffirait au lésé d'obtenir l'ouverture d'une enquête pénale pour bénéficier de la prescription de plus longue durée, quelle que soit l'issue de la procédure pénale. Les recourants font valoir, motif pris de la ratio legis de l'art. 60 al. 2 CO, que, si l'auteur de l'acte dommageable ne peut plus être puni parce qu'il a bénéficié d'un non-lieu ayant un caractère définitif, il ne se justifie plus d'appliquer la prescription pénale de plus longue durée à l'action civile du lésé. Selon eux, il découlerait de la jurisprudence fédérale que le critère pertinent pour savoir si le juge civil est lié par un non-lieu réside, non pas dans la motivation de celui-ci, mais dans son caractère définitif. Revêtu d'un tel caractère en vertu du droit procédural fribourgeois, le non-lieu prononcé le 24 décembre 2004, pour cause de dépôt tardif de la plainte pénale, priverait ainsi les intimées du droit de se prévaloir de la prescription pénale. Force est de constater que les recourants se trompent sur le sens à donner à la jurisprudence censée étayer leur thèse. A leur décharge, il faut certes admettre que la formulation de l'arrêt sur lequel ils se fondent (arrêt 4C.234/1999 du 12 janvier 2000 consid. 5c/aa, in SJ 2000 I p. 421), tout comme celle d'autres précédents (cf. arrêt), n'est pas suffisamment précise pour exclure toute discussion. De fait, dire que «le non-lieu prononcé par le juge pénal ne lie le juge civil que s'il est assorti des mêmes effets qu'un jugement quant à son caractère définitif» est sans doute exact, mais néanmoins incomplet. Semblable affirmation pourrait donner à penser que tout non-lieu entré en force lie le juge civil. Tel n'est cependant pas le cas: l'entrée en force de la décision de non-lieu, i.e. son caractère définitif, est une condition nécessaire mais pas suffisante. A cet égard, il a été jugé, de longue date, qu'une décision de ce genre ne s'impose au juge civil que s'il en appert que les éléments requis pour la réalisation de l'infraction ne sont pas réunis. En d'autres termes, la prescription pénale de plus longue durée ne s'applique pas lorsque la punissabilité de l'auteur a été niée dans la procédure pénale, que ce soit faute d'un élément objectif ou subjectif (arrêts cités). En revanche, un non-lieu (ou un acquittement) fondé sur l'extinction de l'action pénale pour cause de prescription n'empêche pas le juge civil d'examiner lui-même librement s'il existe un acte punissable (arrêts cités). Il en va de même pour ce qui est de la décision libératoire (non-lieu ou acquittement) motivée par le défaut de plainte pénale, lorsque l'infraction imputée à l'auteur du dommage ne se poursuit que sur plainte (arrêts cités).

Cependant, comme il a édicté cette disposition en faveur du lésé, il serait erroné de vouloir lui prêter, à l'inverse, l'intention d'exclure l'application de l'art. 60 al. 2 CO chaque fois que la condamnation pénale de l'auteur du dommage est désormais impossible pour quelque motif que ce soit, en particulier lorsque l'action publique ne peut plus être exercée (cas du défaut de plainte pénale ou de la tardiveté du dépôt de celle-ci pour une infraction ne se poursuivant que sur plainte), qu'il y a été mis un terme par une décision libératoire à caractère définitif (classément, non-lieu ou acquittement) sans que l'autorité compétente n'ait statué sur les éléments constitutifs de l'infraction en cause (cas de la prescription de l'action pénale) ou encore que la sanction est déjà tombée (cas du jugement condamnatore en force).

Il résulte de ces considérations que la simple entrée en force de l'ordonnance de non-lieu du 20 décembre 2004 n'empêche pas en soi la mise en œuvre de la prescription pénale de plus longue durée.

(1^{re} Cour de droit civil, 4A_210/2010, 4A_214/2010, 4A_216/2010, 1.10.2010, divers recourants c/banque X, banque Y et banque Z; publication de l'arrêt prévue.– condensé Bii)

■ Sozialversicherungsrecht / Droit des assurances sociales (V)

Art 61 let. b LPGA; Formalisme excessif, délai de recours

Par lettre du 26 mars 2008 adressée à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois, F. a annoncé recourir contre la décision sur opposition de la CNA du 15 février 2008. Par mégarde, l'avocat du prénommé a toutefois joint à son envoi, qui contenait la décision attaquée de la CNA, l'écriture de recours qu'il avait rédigée contre la décision de l'office AI du 19 février 2008.

Dans un courrier du 30 mai 2008, le juge instructeur du tribunal cantonal a constaté l'erreur. Il a invité le recourant à «clarifier les choses à cet égard, en [lui] faisant parvenir (avec un exemplaire adressé simultanément à la CNA), un acte de recours désignant précisément l'assureur intimé, ainsi que la date et l'objet de la décision entreprise» d'ici le 6 juin 2008. L'avocat de l'assuré a transmis le 5 juin 2008 le mémoire de recours contre la décision sur opposition de la CNA qui, selon ses déclarations, était resté dans son dossier. Le tribunal cantonal vaudois a déclaré irrecevable le recours formé.

La règle de l'art. 61 let. b LPGA découle du principe de l'interdiction du formalisme excessif et constitue l'expression du principe de la simplicité de la procédure qui gouverne le droit des assurances sociales (cf. réf.). C'est pourquoi le juge saisi d'un recours dans ce domaine ne doit pas se montrer trop strict lorsqu'il s'agit d'apprécier la forme et le contenu de l'acte de recours. A cet égard, la jurisprudence a précisé qu'il y a lieu d'accorder un délai convenable en application de l'art. 61 let. b LPGA non seulement dans les cas où l'acte de recours est insuffisamment motivé mais également en l'absence de toute motivation pour autant que le recourant ait clairement exprimé sa volonté de recourir contre une décision déterminée dans le délai légal de recours; demeure réservé l'abus de droit (arrêts cités). Le point de savoir si, comme le soutient le recourant, les premiers juges interprètent l'art. 61 let. b LPGA d'une manière trop restrictive en affirmant que l'octroi d'un délai convenable s'impose uniquement, en cas de représentation, dans les cas où les insuffisances du recours sont dues au fait que l'avocat a été contacté tardivement par un assuré peut demeurer indécis. En effet, l'existence d'une erreur dans les annexes jointes à la lettre du 26 mars 2008 était reconnaissable par le tribunal cantonal et le délai de recours contre la décision sur opposition de la CNA n'était pas encore échu à la date de réception de l'envoi (cf. art. 38 al. 4 let. a LPGA). En vertu du principe général de l'interdiction du

formalisme excessif, l'autorité judiciaire aurait dû avertir le recourant de cette irrégularité et, à défaut de l'avoir fait avant l'échéance du délai de recours, tolérer que l'acte concerné soit régularisé éventuellement hors délai (cf. arrêt 4P.71/2001 du 21 juin 2001).

(1^{re} Cour de droit social, 8C_828/2009, 8.9.2010, F. c/ Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents; arrêt non publié dans le RO.– condensé Bii)

DIE PRAXIS

BUNDESGERICHT 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 Oktober-Ausgabe 2010 der **Praxis** Übersetzungen der unten aufgeführten BGE ins Deutsche.

BGE	Praxis	Gegenstand
136 I 129	Nr. 107	Sozialhilfe; Berücksichtigung der Mittel des nicht Sozialhilfe beziehenden Konkubinatspartners (Kt. Neuenburg)
136 II 142	Nr. 110	Sanierung von abfallbelasteten Standorten; asbesthaltige Gebäude
136 III 123	Nr. 111	Feststellungsklage, verbunden mit einer Erbschaftsklage; Passivlegitimation; notwendige Streitgenossenschaft
136 III 148	Nr. 114	Aktienrechtliche Verantwortlichkeit; Verrechnungsmöglichkeiten des Beklagten im Verantwortlichkeitsprozess
136 III 152	Nr. 116	15-monatige Frist zur Stellung des Konkursbegehrens; Stillstand der Frist etc.
136 III 186	Nr. 113	Mietvertrag; vorbehaltlich anderslautender Abreden keine Pflicht des Mieters, ein zu Wohnzwecken bestimmtes Mietobjekt selber zu bewohnen
136 III 190	Nr. 112	Gültigkeit der Kündigung, die der Vermieter in der Absicht ausspricht, einer bestimmten Nutzungsart (hier als Restaurant) ein Ende zu setzen
136 V 146	Nr. 120	Rahmenfristen bei Erziehungszeiten; Gesetzmässigkeit von Art. 3b AVIV

Die Praxis – 99. Jg. 2010 – ISSN 1017-8147 – erscheint monatlich;
www.legalis.ch

Hermann Thebrath*

Immobilienwerb, insbesondere durch ausländische Personen

Stichworte: Immobilienwerb durch Ausländer, Tagung DACH, europäische Anwaltsvereinigung

Die Tagung der europäischen Anwaltsvereinigung DACH vom 16. bis 18. September 2010 in Lausanne war dem Thema «Immobilienwerb unter besonderer Berücksichtigung des Erwerbs durch Ausländer» gewidmet.

Tagungshotel war eines der «Leading Hotels of the world», das Beau Rivage, unmittelbar am Genfersee gelegen. Während die Begleitpersonen ein attraktives Begleitprogramm geniessen konnten, widmeten sich die Teilnehmerinnen und Teilnehmer den Problemkreisen des Immobilienrechts ausgewählter Länder, wobei das Schwergewicht auf den rechtlichen Fragen beim Immobilienwerb durch ausländische Personen lag.

Präsident Rechtsanwalt Dr. Zimmermann zeigte nach der Einführung in die Thematik die Besonderheiten des Immobilienwerbs in Deutschland auf, wobei sich hier für Ausländer keine Beschränkungen ergeben. Den Länderbericht Österreich erstattete Rechtsanwalt Dr. Kinz zunächst mit einem Überblick über das Kauf- und Grundbuchrecht wie auch die anfallenden Steuern. In Österreich unterliegt der Liegenschaftserwerb durch Ausländer zum Teil erheblichen Beschränkungen.

Den Immobilienwerb in Slowenien stellte Rechtsanwalt Dr. Grilc dar. Er wies daraufhin, dass es in Slowenien noch Grundbesitz, insbesondere Geschäftsräumlichkeiten und Wohnungen, gibt, die noch nicht im Grundbuch eingetragen sind! Im Übrigen genießt das Grundbuch öffentlichen Glauben. Für EU-Bürger der EU-Mitgliedstaaten gibt es keine Beschränkungen. Ausländer aus anderen Drittstaaten können Eigentumsrechte an unbeweglichen Sachen jedoch nur erwerben, insoweit mit dem Herkunftsstaat des Ausländers «Gegenseitigkeit gegeben ist». Für slowenische Staatsbürger darf darum der Immobilienwerb im Drittland des Erwerbers nicht wesentlich schwieriger sein als in Slowenien.

Im Länderbericht Liechtenstein gab Rechtsanwalt lic. iur. Ritter den Hinweis, dass in Liechtenstein grundsätzlich nur Landesangehörige berechtigt sind, Grundbesitz zu erwerben. Eine Ausnahme besteht nur für Personen, die aufgrund völkerrechtlicher Abmachungen (Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum) wie Landesangehörige zu behandeln sind. Den Landesangehörigen sind allerdings schweizerische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Liechtenstein gleichgestellt. Schwieriger ist der Erwerb sogenannter Drittausländer, bei denen ein bereits gegebenes inländisches Wohnbedürfnis Voraussetzung für den Immobilienwerb ist. Die Besonderheiten des Eigentumserwerbs von Ausländern in der Schweiz stellte Rechtsanwalt Dr. Burkhalter dar. Grundsätzlich sind hier die Voraussetzungen des sogenannten Bewilligungsgesetzes (Lex Koller) zu beachten, die auch gelten,

wenn sich das Grundstück bei einem Verkauf bereits in ausländischem Besitz befindet. Für die Bewilligung sind die kantonalen Behörden zuständig. Bewilligungsfrei ist der Erwerb eines Grundbesitzes durch einen Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz zur Begründung eines Hauptwohnsitzes. Zweitwohnungen für Grenzgänger sind ebenfalls bewilligungsfrei. Der Erwerb von Ferienwohnungen hingegen ist bewilligungspflichtig. Bewilligungsfrei wiederum ist der Erwerb von Betriebsstätten-Grundstücken.

Eine Besonderheit im polnischen Immobilienrecht, vorgestellt von Rechtsanwältin Magdalena Iwanska-Trus, besteht im sogenannten «Draufgeld». Dieses wird häufig beim Abschluss eines Vorvertrages dem Verkäufer übergeben. Erfüllt der Käufer aus diesem Vorvertrag nicht seine Verpflichtung zum Abschluss des Kaufvertrags, kann der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten und das Draufgeld behalten, was somit wie eine Vertragsstrafe wirkt. Ausländer müssen für einen Immobilienwerb in Polen vorbehaltlich einer anderen gesetzlichen Regelung eine Genehmigung des Ministers für Innere Angelegenheiten erwerben, wobei das Gesetz aber zwischen Ausländern, die Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der EU/des EWR sind, und sogenannten «Drittausländern» differenziert.

Die Tagungsteilnehmenden und Begleitpersonen hatten zum Ausklang des ersten Tagungstages Gelegenheit, zunächst das Olympische Museum zu besichtigen, in dessen Restaurant sich ein exklusives Gala Dinner anschloss.

Den zweiten Tagungstag eröffnete Rechtsanwalt Kalagiakos mit einem Vortrag über das griechische Immobilienrecht. Vor allem in Grenzgebieten bedarf der Immobilienwerb der besonderen Zustimmung der zuständigen griechischen Behörde. Weiter ist Voraussetzung einer notariellen Beurkundung der vorherige Nachweis, dass die Grunderwerb- bzw. Umsatzsteuer bereits festgesetzt wurde. Das griechische Grundbuch ist nicht nach Grundstücken, sondern alphabetisch nach Personen organisiert. Die sogenannten Transkriptionsbücher geniessen keinen öffentlichen Glauben, weswegen es bei der Vorbereitung und Abwicklung eines Kaufvertrags im Hinblick auf bestehende Übertragungsrisiken anzuraten ist, immer einen Rechtsanwalt einzuschalten, da der mit der Beurkundung des Kaufvertrags beauftragte Notar die erforderlichen Prüfungsaufgaben nicht vornimmt. Das Grundbuchsystem soll aber dahingehend umgewandelt werden, dass es nicht mehr personen-, sondern objektbezogen ist. Schliesslich ist es Voraussetzung für einen Immobilienkauf durch Ausländer, dass eine Steuerregisternummer beantragt worden ist.

Die Besonderheiten des spanischen Rechts stellte Abogado Dr. Frühbeck dar. Auch in Spanien muss der ausländische Käufer eine Steuernummer beantragt haben. Bei Abschluss eines Grund-

* Rechtsanwalt, Dr. iur., Fachanwalt für Steuerrecht, Schalksmühle, Deutschland.

stückerkaufvertrages bedarf es nicht der Einhaltung von Formvorschriften. Er kann sogar mündlich abgeschlossen werden. Allerdings ist die Formvorschrift (notarielle Beurkundung) Voraussetzung für die Eintragung in das Eigentumsregister. Die Begleitung des Immobilienkaufs durch einen Rechtsanwalt ist darum anzuraten.

Dem italienischen Immobilienrecht widmete sich Rechtsanwältin Dr. Walter. In Italien ist eine elektronische Grundbuchabfrage möglich entweder aufgrund Namenseingabe oder Adresse. Für den Grundstückskaufvertrag ist die notarielle Schriftform vorgeschrieben, für Vorverträge ist die Wahrung notarieller Schriftform jedoch nicht erforderlich.

Das Abschlussreferat mit dem Länderbericht Frankreich hielt Rechtsanwalt Dr. Fink. In Frankreich unterliegt der Immobilienerwerb durch Ausländer ebenfalls keinen allgemeinen Einschrän-

kungen, wobei aber Mitteilungs- und Offenlegungspflichten (zum Beispiel an das Finanzministerium, die Banque de France etc.) besteht. Die Kaufpreiszahlung erfolgt über die Buchhaltung des beteiligten Notariats.

Die Referate zeigten die zum Teil gravierenden Unterschiede bei der Möglichkeit des Immobilienerwerbs durch Ausländer in den einzelnen Ländern auf. Die Tagungsteilnehmenden konnten wertvolle Informationen für ihre tägliche berufliche Arbeit mitnehmen, zumal angesichts der Globalisierung immer mehr Immobilienerwerb durch Ausländer stattfindet. Den Abschluss der Tagung bildete sodann eine Schifffahrt auf dem wunderschönen Genfersee. Die immer wieder die berufliche Alltagsarbeit bereichernden Tagungen lassen Vorfremde auf die nächste Tagung aufkommen, die vom 12. bis 14. Mai 2011 in Istanbul stattfindet. ■

Ernst Staehelin*

Auch Anwalts-Holding oder nur Anwalts-Gesellschaft?

Stichwörter: Anwalts-Gesellschaft, Anwalts-Holding, Unabhängigkeit, ausländische Anwalts-Gesellschaft, Haupt- und Nebenzweck einer Anwalts-Gesellschaft, resp. Anwalts-Holding

Einleitung

In AWR 10/2010, S. 421 ff., ist ein Beschluss der Zürcher Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte publiziert, in dem u.a. der Frage nachgegangen wird, ob eine (schweizerische) Anwalts-Gesellschaft von einer ausländischen Anwalts-Gesellschaft gehalten werden könne. Die Aufsichtskommission ist richtigerweise zum Schluss gekommen, dass dies nicht zulässig sei. Dieser Erkenntnis ist nichts beizufügen. Erstaunlicherweise wird in diesem Beschluss in einer separaten Ziffer 38 aber festgehalten, dass wohl auch bei einer rein schweizerischen Umgebung eine Anwalts-Holding nicht zulässig sei (mindestens kann die Formulierung so verstanden werden); der zu entscheidende Fall gab keinen Anlass, auch die Frage im Falle einer rein schweizerischen Gestaltung zu entscheiden. Es soll deshalb im Folgenden der Frage nachgegangen werden, ob diese Unzulässigkeit wirklich gegeben ist.¹

Ohne auf die Gründe einzugehen, weshalb eine Holding-Struktur Sinn macht, ist es vorstellbar, dass eine Anwaltskanzlei sich z.B. pro Standort in je einer Gesellschaft («X Basel AG», «X Bern AG», «X Genève SA», «X Zürich AG»), nach Sachgebieten («X M&A AG», «X Private Clients AG») oder nach noch anderen Parametern organisiert.

Die Struktur wäre zunächst so, dass die natürlichen Personen Aktionäre der Anwalts-Holding sind, und dass diese die einzelnen Gesellschaften («operative Gesellschaft») hält.

Die Transparenz bleibt

Der Zürcher Beschluss führt vor allem Transparenzgründe bei der Frage der Unabhängigkeit gegen die Zulässigkeit der Anwalts-Holding an. Einer genaueren Überprüfung hält dieses Argument aber nicht stand.

Überprüfungskriterium für die institutionelle Unabhängigkeit nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA ist eine mögliche Einflussnahme durch Personen, die nicht im Anwaltsregister eingetragen sind. Diese Unabhängigkeit ist zunächst dann gegeben, wenn der Anwalt alleine/selbstständig praktiziert oder wenn er bei jemandem angestellt ist, der seinerseits im Register eingetragen ist. Wie das Bundesgericht zu Recht festgehalten hat,² ist die Anstellung bei einer andern (natürlichen oder juristischen) Person zwar zunächst unabhängigkeitschädlich; diese Vermutung kann aber widerlegt

werden. Im Fall der Anwalts-Gesellschaft wird dieser (Gegen-)Beweis dadurch geführt, dass (je nach Kanton) alle oder die Mehrheit der Aktionäre registrierte Anwältinnen und Anwälte sein müssen. Mit den bekannten Kautelen ist die Transparenz gesichert, womit die Aufsichtsbehörden die Tätigkeit der Anwältinnen und Anwälte in einer Anwalts-Gesellschaft zulassen. Ist die Struktur nun so, dass Aktionärin der (operativen) Anwalts-Gesellschaft eine andere Gesellschaft ist, die ihrerseits die Bedingungen der Aufsichtsbehörde für die Anwalts-Gesellschaft erfüllt, so geht an Transparenz qualitativ nichts verloren, auch wenn möglicherweise der Überprüfungsaufwand der Aufsichtsbehörde etwas grösser wird. An diesem letzten Punkt kann es aber nicht scheitern. Die Lage ist nicht grundsätzlich eine andere, als wenn nur eine Anwalts-Gesellschaft (mit registrierten Anwältinnen und Anwälten als Aktionäre) beurteilt werden müsste. Selbstverständlich hat auch die operative Anwalts-Gesellschaft diejenigen Voraussetzungen zu erfüllen, die sicherstellen, dass keine fremde Einflussnahme auf ihrer Ebene erfolgt (Zusammensetzung des VR, der GL, Vorsitz im VR, Vorsitz in der GV usw.).

Weshalb eine solche Struktur mit Art. 8 Abs. 1 lit. d, zweiter Halbsatz BGFA (Anstellung nur bei einer Person, die ihrerseits in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen ist) nicht mehr vereinbar sein soll, ist nicht zu erkennen. Auch unter dem Aspekt der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV muss von der Zulässigkeit ausgegangen werden: Grundsätzlich untersteht die Anwaltstätigkeit der Wirtschaftsfreiheit, muss sich aber dort Einschränkungen gefallen lassen, wo dies zur Zielerreichung notwendig scheint. Ist das Ziel die institutionelle Unabhängigkeit, so ist gezeigt worden, dass es (verhältnismässige) Mittel und Wege gibt, wie dies auch bei einer Holding-Struktur erreicht werden kann. Dies kann somit kein Grund sein, die Holding-Struktur nicht zuzulassen.

Meines Erachtens ist deshalb die Bildung einer Anwalts-Holding zulässig unter der Voraussetzung, dass konsolidiert die heutigen Erfordernisse der Aufsichtsbehörden für die Zulässigkeit der Anwaltstätigkeit in einer Anwalts-Gesellschaft erfüllt sind. Dies schliesst von vorneherein (richtigerweise) aus, dass eine ausländische Anwalts-Gesellschaft sich an einer schweizerischen Anwalts-Gesellschaft beteiligen kann.

Differenzierung der Aktionärsstruktur

Einige Kantone sehen vor, dass Aktionäre einer Anwalts-Gesellschaft ohne Ausnahme registrierte Anwältinnen und Anwälte sein müssen; eher die Mehrheit der kantonalen Aufsichtsbehörden erlaubt allerdings auch Nicht-Anwältinnen und Nicht-Anwälte als Aktionäre, wenn bestimmte Rahmenbedingungen eingehalten sind (insb. Mehrheiten bei Beschlussfassung usw.).

* Dr. iur., LL.M., Advokat und Notar, staehelin | Advokatur und Notariat, Basel.

1 Der Einfachheit halber wird im Folgenden anhand der Aktiengesellschaft argumentiert. Dies schliesst selbstverständlich die Verwendung einer GmbH nicht aus.

2 BGE 130 II 87.

Solange diese verschiedenen kantonalen Regelungen betr. Aktionariat bestehen, ist es unabdingbar, dass die Anwalts-Holding ausschliesslich von registrierten Anwältinnen und Anwälten gehalten wird (sofern mindestens eine operative Gesellschaft in einem Kanton ihren Sitz hat, der eine volle Beherrschung durch registrierte Anwältinnen und Anwälte verlangt). Sonst wäre der Nachweis der vollen Beherrschung durch registrierte Anwältinnen und Anwälte in den dies verlangenden Kantonen nicht mehr möglich.

Hingegen ist es denkbar, dass sich auf der Ebene der operativen Anwalts-Gesellschaft neben der Anwalts-Holding noch andere Personen, die nicht registrierte Anwältinnen oder Anwälte sind, als Aktionäre beteiligen. Konsolidiert würde diese operative Gesellschaft die Erfordernisse des entsprechenden Kantons erfüllen, ohne dass damit die 100%-Erfordernisse eines andern Kantons tangiert wären (jene operative Anwalts-Gesellschaft würde dann zu 100 % von der Anwalts-Holding gehalten).

Die Anwalts-Holding kann auf diese Weise somit auch als Mittel eingesetzt werden, um Nicht-Anwältinnen, resp. Nicht-Anwälte an einer Anwalts-Gesellschaft zu beteiligen (in denjenigen Kantonen, in denen dies zulässig ist), ohne die Unabhängigkeit der Anwalts-Gesellschaften in den andern Kantonen zu gefährden.

Beat von Rechenberg*

Patententzug: Das Bundesgericht schreitet voran – Wo bleiben die Kantone?

Überlegungen zum Bger 2C_183/2010 vom 21. Juli 2010

Stichworte: Patententzug, Löschung im Anwaltsregister, Berufsausübungsverbot, Urkundenfälschung, Veröffentlichung des Patententzuges, Titelführung

Das Bundesgericht hat im unten abgedruckten Entscheid mit klaren Worten zum Ausdruck gebracht, dass einem Anwalt, der im Rahmen seiner Anwaltstätigkeit kriminell wird (Urkundenfälschung), von den kantonalen Behörden das Patent entzogen werden kann bzw. muss.

Dieser Bundesgerichtsentscheid hat eine Vorgeschichte. Ein vom Kanton Zug angefordertes Gutachten vom 23. August 2009 war zum Schluss gekommen, dass der Patententzug in den kantonalen Gesetzen nicht vorgesehen werden darf.¹ Diese Meinung wurde von den Professoren Walter Fellmann und Paul Richli im November 2009 eindrücklich widerlegt,² was nunmehr vom Bun-

Wozu die Anwalts-Holding nicht dienen kann

Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Anwalts-Holding neben den operativen Anwalts-Gesellschaften auch noch andere Gesellschaften hält, insb. solche, die gruppenintern Dienstleistungen erbringen («X Management AG», «X Services AG»). Dagegen ist wohl nichts einzuwenden. Bereits die Entscheide zur Zulässigkeit der Anwalts-Gesellschaft aus den Kantonen Obwalden und Zürich³ haben es erlaubt, dass die Anwalts-Gesellschaft Nebenzwecke haben kann, die dem Hauptzweck (Führung der Anwaltskanzlei) dienen.

Nicht zugelassen wurden in diesen Entscheiden Zweckteile, die über den Hauptzweck hinaus gehen und selbstständige geschäftliche Bereiche abdecken sollen (z.B. Immobilienhandel). Wird die Anwaltskanzlei in einer Holding strukturiert, so müssten wohl diese Überlegungen mutatis mutandis auch für die Holding gelten. Dies müsste dazu führen, dass diese weiteren Tochtergesellschaften keine Tätigkeiten zugunsten von Dritten ausüben dürften, die nicht in die Gruppe integriert sind, um die Unabhängigkeit nicht zu gefährden. ■

³ Vgl. www.bgfa.ch/de/02_rechtsprechung/03_kantone.htm

desgericht bestätigt worden ist. Interessant ist am vorliegenden Entscheid, dass das Bundesgericht in selbstverständlicher Weise von der Kompetenz der Kantone zum Entzug des Patents ausgeht. Vor der Vorinstanz war die Rechtmässigkeit der kantonalen Legiferierung noch eingehend diskutiert und vom St. Galler Kantonsgericht mit überzeugender Begründung bejaht worden.³

Warum ist der Patententzug überhaupt ein Thema? Die Frage des Patententzugs erhielt im Oktober 2008 plötzlich erhöhte Aufmerksamkeit und Dringlichkeit, als die Aufsichtskommission des Kantons Zürich einem Anwalt wegen Veruntreuungen im hohen sechsstelligen Betrag zum Nachteil seines Klienten ein dauerndes Berufsausübungsverbot gemäss Artikel 17 lit. e BGFA auferlegte, aber keinen Entzug des Patents verfügen konnte, weil der kriminell handelnde Anwalt sein Patent in einem andern Kanton erworben hatte. Der Patententzug war umso dringlicher, als ein Be-

* Vizepräsident des SAV, Zürich.

¹ DANIEL KETTIGER, Entzug des Anwaltspatents: Zur Frage der Rechtmässigkeit kantonalen Regelungen des Patententzugs, Jusletter, 28. September 2009.

² WALTER FELLMANN/PAUL RICHLI, Zulässigkeit von kantonalen Vorschriften über die Erteilung und den Entzug des Anwaltspatents, AwR 11–12/2009, S. 541 ff.

³ Siehe Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 19. Januar 2010, www.gerichte.sg.ch

rufsverbot einen Anwalt nicht hindert, im beratenden Bereich weiter tätig zu sein und sich als Anwalt zu gerieren. Dementsprechend gelangte die Zürcher Aufsichtsbehörde an die zuständige ausserkantonale Behörde mit dem Ersuchen, den Entzug des Patentes dringend und ernsthaft zu prüfen. Die Antwort der angesprochenen Aufsichtsbehörde lautete, dass

«im Kanton XY kein Verfahren betr. Patententzug [...] eingeleitet wird – im hiesigen Advokaturgesetz (existiert) keine Vorschrift über die Möglichkeit des Patententzugs».

Diese Antwort hat den SAV und den Vorstand der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) alarmiert. Die Justizdirektionen wurden angeschrieben mit der Bitte, im Rahmen der Einföhrungsgesetzgebung zu den neuen schweizerischen Prozessordnungen den Patententzug in den kantonalen Gesetzen ausdrücklich vorzusehen. Dies war umso mehr angezeigt, als der SAV von einer Aufsichtsbehörde aus einem weiteren Kanton die Mitteilung erhalten hatte (Übersetzung):

«Im (kantonalen) Anwaltsgesetz ist der Entzug des Patents nicht vorgesehen. Der (aus dem Register) gelöschte oder suspendierte Rechtsanwalt kann weiterhin, ausserhalb des Monopols, als Berater sowie als Verteidiger tätig sein und dabei in der Öffentlichkeit als Rechtsanwalt auftreten.»

Hat sich in den kantonalen Gesetzen nun etwas getan?⁴ Einige Kantone haben gehandelt,⁵ andere verharren passiv. Erstaunlich ist insbesondere, dass trotz Ersuchen durch die KKJPD und den kantonalen Anwaltsverband derjenige Kanton, dessen Aufsichtsbehörde sich ausser Stande erklärte, dem Klientengelder veruntreuenden Anwalt das Patent zu entziehen, nicht reagiert und im Rahmen der kantonalen Gesetzesänderungen zur schweizerischen ZPO und StPO den Patententzug nicht vorgesehen hat: Dem Vernehmen nach wird die Frage der kantonalen Gesetzgebung zum Patententzug weiterhin geprüft ...

In diesem Zusammenhang ist interessant, dass das Bundesgericht schon in früheren Urteilen festgehalten hat, dass ein Patententzug selbst ohne ausdrückliche kantonale gesetzliche Grundlage erfolgen kann.⁶ Dessen ungeachtet wollen die Aufsichtsbehörden in verschiedenen Kantonen ohne gesetzliche Grundlage keinen Entzug vornehmen, und die Kantone schaffen keine solche Grundlage ... Soll es der Anwaltschaft überlassen bleiben, hier Abhilfe zu schaffen? Eigentlich paradox, dass der Stand sich selbst darum be-

mühen muss, dass eine adäquate Disziplinierung von kriminellen Anwälten erfolgt.

Es wird nicht übersehen (und es ist höchst erfreulich), dass nur sehr wenige Anwälte im Rahmen ihrer Anwaltstätigkeit straffällig werden. Nach Art. 17 lit. d und e BGFA verfügte Berufsausübungsverbote sind gemäss Art. 18 Abs. 2 BGFA den Aufsichtsbehörden der übrigen Kantone mitzuteilen. Seit Inkrafttreten des BGFA am 1. Juni 2002 sind bei der Zürcher Aufsichtskommission lediglich 18 solcher Meldungen eingegangen. Dazu kommen noch vier Berufsausübungsverbote aus Zürich selbst. Es ergeben sich also gesamtschweizerisch über die Periode von acht Jahren knapp drei Berufsausübungsverbote pro Jahr. Es ist kaum anzunehmen, dass in jedem dieser Berufsverbotsfälle ein strafbares Vorgehen der disziplinierten Anwälte und/oder Anwältinnen vorgelegen hat. Damit lässt sich dieser Statistik entnehmen, dass pro Jahr etwa ein Patentinhaber bzw. eine Patentinhaberin von insgesamt fast 10 000 Anwältinnen und Anwälten kriminell wird. So klein dieser Anteil im Bruchteil von Promillen ist, es liegt im Interesse der 10 000 korrekt praktizierenden schweizerischen Anwältinnen und Anwälte, dass diesem (wenn auch minimen) kriminellen Element das Recht entzogen wird, als Anwalt auftreten zu dürfen.

Der Entscheid des Bundesgerichts

Sachverhalt

X, eingetragen im kantonalen Register des Kantons St. Gallen, ist wegen Urkundenfälschung (Art. 251 StGB), unwahren Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden (Art. 153 StGB) sowie Widerhandlungen gegen die Lex Koller bestraft worden. Nach Eintritt der Rechtskraft des Strafbescheides löschte die Anwaltskammer des Kantons SG (Aufsichtsbehörde) X im kantonalen Anwaltsregister und entzog ihm gestützt auf kantonales Recht das Anwaltspatent. Gleichzeitig wurde die Veröffentlichung des Patententzuges angeordnet.

Die gegen diesen Entscheid gerichtete Beschwerde wurde vom Kantonsgericht St. Gallen abgewiesen. X gelangte mit einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht, welches die Beschwerde abweist.

Erwägungen des Bundesgerichts

1.

Streitig sind der gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA sowie Art. 13 lit. b und Art. 36 Abs. 1 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 11. November 1993 (AnwG/SG) verfügte Entzug des Anwaltspatents sowie die in Anwendung von Art. 8 Abs. 1 lit. b und Art. 9 BGFA angeordnete Löschung des Beschwerdeführers im kantonalen Anwaltsregister. Gegen den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid des Obergerichts kann beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden (Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG).

2.

2.1 Inhaber eines kantonalen Anwaltspatents mit Wohn- oder Geschäftssitz im Kanton St. Gallen sind in diesem Kanton eben-

4 In AR, AI, SG, TG und ZH ist der Patententzug bereits vorgesehen. Die Kantone GE und TI sehen in ihren Anwaltsgesetzen einen «Titelentzug» vor.

5 ZH wird mit der Einführung der neuen schweizerischen ZPO in § 6 des ZH-Anwaltsgesetzes dahingehend eine Präzisierung vornehmen, dass der Patententzug auch noch nach Löschung des zu disziplinierenden Anwalts im kantonalen Anwaltsregister vorgenommen werden kann (vgl. www.kantonsrat.zh.ch/Geschaefft_Details.aspx?ID=0d788234-6925-49d6-a89a-6b14507ffc14#1, Antrag der Redaktionskommission, S. 57). Der Zürcher Regierungsrat Markus Nötter als Präsident der KKJPD und sein Generalsekretär Christian Zünd haben die Bemühungen um eine landesweite Anpassung der kantonalen Gesetze unterstützt.

6 «Beim Anwaltspatent handelt es sich um eine Polizeibewilligung, die bei fehlenden Voraussetzungen entzogen werden kann», BGE vom 30. Juni 2006 (II P. 159/2005) E. 3.2. und 3.3.

falls für öffentliche Beurkundungen zuständig, soweit diese nicht dem Grundbuchverwalter vorbehalten sind; der Anwalt kann in der Urkunde als «öffentlicher Notar» bezeichnet werden (Art. 15 lit. b des VIII. Nachtrages zum kantonalen Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 1. April 2004 [EGZGB/ISG]). Nach Art. 1 Abs. 3 AnwG/SG werden die Bestimmungen des eidgenössischen Anwaltsgesetzes über die Berufsregeln und die Disziplinaraufsicht auf die Beratungs- und Beurkundungstätigkeit des Rechtsanwalts sachgemäss angewandt. Die Anwaltskammer erteilt das Anwaltspatent, wenn der Bewerber nebst bestandener Prüfung die persönlichen Voraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 lit. a bis c BGFA erfüllt (Art. 13 AnwG/SG). Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes über die Berufsregeln und die Disziplinaraufsicht werden auch auf die Beurkundungstätigkeit des Rechtsanwalts sachgemäss angewandt (Art. 1 Abs. 3 AnwG/SG).

2.2 Persönliche Voraussetzung für den Eintrag von Anwälten ins kantonale Anwaltsregister ist u.a., dass keine strafrechtliche Verurteilung vorliegt wegen Handlungen, die mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbaren sind, es sei denn, die Verurteilung erscheine nicht mehr im Strafregistrauszug für Privatpersonen (Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA).

2.3 Diese Bestimmung beruht auf der Überlegung, dass das Vertrauensverhältnis, das zwischen Anwalt und Klient bestehen muss, gestört sein kann, wenn der Anwalt nicht vollumfänglich für Seriosität und Ehrenhaftigkeit bürgt. Es können nur solche Verurteilungen Auswirkungen auf die Ausübung des Anwaltsberufes haben, die mit dem Anwaltsberuf nicht vereinbar sind; Busen wegen einzelner Geschwindigkeitsüberschreitungen gehören nicht dazu (vgl. Philippe Meier/Christian Reiser, in: *Loi sur les avocats*, 2010, N. 20 zu Art. 8 BGFA; Francois Bohnet/Vincent Martenet, *Droit de la profession d'avocat*, 2009, N. 615 S. 273), wohl aber Verurteilungen wegen Vermögensdelikten (BBl 1999 6050). Die bundesrechtlich vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen für den Registereintrag stellen lediglich Minimalanforderungen dar, die in allen Kantonen erfüllt sein müssen. Bei der Prüfung der Frage der Vereinbarkeit der strafrechtlichen Verurteilung mit dem Anwaltsberuf verfügt die Aufsichtsbehörde nach dem Willen des Gesetzgebers demnach über einen grossen Beurteilungsspielraum; die Behörde hat indessen stets den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (vgl. Philippe Meier/Christian Reiser, a.a.O., N. 21 zu Art. 8 und N. 6 zu Art. 9; Francois Bohnet/Vincent Martenet, a.a.O., N. 610 f., S. 271). Für die Verweigerung des Eintrages bzw. für dessen Löschung muss somit stets eine gewisse Tatsache vorliegen und diese muss mit der Löschung in einem vernünftigen Verhältnis stehen (Ernst Staehelin/Christian Oetiker, in: *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2005, N. 6 und N. 18 zu Art. 8 BGFA; vgl. Urteil 2C_119/2010 vom 1. Juli 2010 E. 2.2).

2.4 Zu den Handlungen, die nicht mit dem Anwaltsberuf zu vereinbaren sind, zählen namentlich Urkundenfälschungen (Urteil 2P.274/2004 vom 13. April 2005 E. 5; Ernst Staehelin/Christian

Oetiker, a.a.O., N. 19 zu Art. 8 BGFA; Francois Bohnet/Vincent Martenet, a.a.O., N. 613; Martin Sterchi, *Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz*, 1992, N. 3c zu Art. 43 des Gesetzes; Felix Wolfers, *Der Rechtsanwalt in der Schweiz*, 1986, S. 182); solche sind grundsätzlich geeignet, die berufliche Zutrauenswürdigkeit des Anwalts in Frage zu stellen. Dies gilt besonders in Kantonen wie St. Gallen, wo ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Tätigkeit als Urkundsperson und dem Rechtsanwaltsberuf besteht: Neben dem Amtsnotariat, dem Grundbuchverwalter und dem Handelsregisterführer kennt der Kanton St. Gallen als weitere Art von Urkundsperson die zur öffentlichen Beurkundung ermächtigten Inhaber eines Anwaltspatents mit Wohn- oder Geschäftssitz im Kanton (vgl. Art. 15 EGZGB/ISG; Art. 8 lit. c AnwG/SG). Der Beschwerdeführer ist demnach überhaupt nur in seiner Eigenschaft als freiberuflich tätiger Rechtsanwalt zur öffentlichen Beurkundung zugelassen.

2.5 Nach Ansicht der Vorinstanz liegt mit dem Strafbescheid ganz offensichtlich eine Verurteilung vor für Handlungen, die mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbaren sind. Sie hat dazu erwogen, der Beschwerdeführer habe die in Frage stehenden Delikte bei der Ausübung seines Berufes als Rechtsanwalt begangen, wodurch seine berufsspezifische Ehrenhaftigkeit und Zutrauenswürdigkeit besonders stark betroffen seien. Dem ist zuzustimmen. Ein Anwalt, dem die Urkundsbefugnis allein gestützt auf seine Anwaltstätigkeit zusteht und der u.a. elementarste Beurkundungsvorschriften verletzt, enttäuscht in grober Weise das damit in ihn gesetzte Vertrauen. Die Vorinstanz hat demnach kein Bundesrecht verletzt, wenn sie zum Schluss gekommen ist, das Verhalten des Beschwerdeführers, welches zur strafrechtlichen Verurteilung führte, sei im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA mit dem Anwaltsberuf nicht mehr vereinbar. Diese Folgerung erweist sich – insbesondere wegen des auch im vorliegenden Verfahren an den Tag gelegten uneinsichtigen Verhaltens des Beschwerdeführers; er erachtet die schwerwiegenden Handlungen nach wie vor als einmalige, auf seine Unerfahrenheit zurückzuführende Verfehlung – als verhältnismässig. Es kann dazu auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden, denen nichts beizufügen ist (angefochtenes Urteil E. 2).

2.6 Ist die persönliche Voraussetzung des Fehlens einer Verurteilung wegen einer mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbarenden Handlung nicht mehr gegeben, ist der Anwalt gemäss Art. 9 BGFA im Register zu löschen, ohne dass der zuständigen Behörde in dieser Hinsicht – anders als bei der Frage der Vereinbarkeit (vgl. Philippe Meier/Christian Reiser, a.a.O., N. 21 zu Art. 8 BGFA; François Bohnet/Vincent Martenet, a.a.O., N. 6 zu Art. 9 BGFA) – noch ein Ermessensspielraum verbliebe (Urteil 2C_119/2010 vom 1. Juli 2010 E. 3).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer rügt, der Entzug seines Anwaltspatentes entbehre der gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Ziff. 3 BV),

weshalb ein unzulässiger Eingriff in seine Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) vorliege.

3.2 Die Rüge ist offensichtlich unbegründet, denn gemäss Art. 36 AnwG/SG entzieht die Anwaltskammer das Anwaltspatent, wenn die Voraussetzungen nicht erfüllt waren oder dahingefallen sind; das Patent kann wieder erteilt werden, wenn der Entzugsgrund weggefallen ist.

Nachdem auch in dieser Hinsicht das Vorliegen einer mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbarenden Handlung zu bejahen ist, ist der Entzug des Anwaltspatentes zwingend, solange die Verurteilung im Strafregisterauszug für Privatpersonen erscheint, d.h. bis zum Ablauf der Probezeit von zwei Jahren (vgl. Art. 371 Abs. 3 bis StGB). Der Patententzug bewirkt, dass der Beschwerdeführer während der gesamten Zeitspanne auch seinen Titel als Anwalt nicht führen darf. Diese Sanktion ist zwar hart, aber angesichts der Schwere der Verfehlungen nicht unverhältnismässig. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, vermag die auch in diesem Punkt zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (E. 3) nicht in Frage zu stellen.

4.

4.1 Der Beschwerdeführer beanstandet sodann, dass der Patententzug im kantonalen Amtsblatt veröffentlicht und den übrigen kantonalen Aufsichtsbehörden mitgeteilt werden soll. Dieses Vorgehen verletze Art. 9, 13 und 27 BV, da dafür keine gesetzliche Grundlage bestehe; zudem würden die Informationsinteressen der Öffentlichkeit seine privaten Interessen nicht überwiegen; schliesslich sei die Publikation unverhältnismässig.

4.2 Die Vorinstanz stützt die Veröffentlichung des Patententzuges im kantonalen Amtsblatt auf Art. 39 AnwG/SG. Diese Norm

erfasse nach der im Jahre 2002 erfolgten Revision weiterhin auch den Entzug des Anwaltspatents, obwohl es sich nicht um eine Disziplinarmassnahme handle. Denn in ihrer Wirkung komme der Patententzug einem befristeten Berufsausübungsverbot gleich, für das Art. 39 Abs. 2 AnwG/SG die Veröffentlichung im Amtsblatt im Regelfall sogar vorschreibe. Die Vorinstanz verweist ausserdem auf die Materialien. Aus ihnen gehe hervor, dass der Gesetzgeber an der Regelung der Veröffentlichung, die nach dem früheren Recht ausdrücklich auch den Patententzug erfasste, nichts ändern wollen. Der Beschwerdeführer setzt sich mit dieser einleuchtenden Auslegung nicht näher auseinander. Für sie spricht zudem, dass dem Patententzug im vorliegenden Fall nach Auffassung der Anwaltskammer auch eine disziplinarische Wirkung zukommen soll. Sie verzichtete nämlich auf eine zusätzliche Disziplinierung des Beschwerdeführers wegen Verletzung der Berufsregeln, weil diesem bereits das Anwaltspatent entzogen werde.

4.3 Die Veröffentlichung des Patententzuges liegt auch im öffentlichen Interesse und erweist sich als verhältnismässig. Es kann hierzu ebenfalls auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (angefochtenes Urteil E. 5.3). Eine Verletzung von Bundesrecht ist nicht gegeben.

4.4 Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers besteht ebenfalls für die Mitteilung des Patententzuges an die übrigen kantonalen Aufsichtsbehörden eine hinreichende gesetzliche Grundlage. Denn Art. 18 Abs. 2 BGFA, der gemäss Art. 1 Abs. 3 AnwG/SG sachgemäss angewendet wird, sieht für das in seinen Auswirkungen vergleichbare befristete Berufsausübungsverbot eine entsprechende Meldung ausdrücklich vor. Die fragliche Mitteilung lässt sich auf Art. 18 Abs. 2 BGFA abstützen. ■

Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter

Fortsetzung von Seite 456

Dolus semper praestatur. Für Vorsatz haftet man immer. Die bei manchen Schuldverhältnissen anzutreffenden Haftungserleichterungen und vertragliche Haftungsausschlüsse erfassen nie vorsätzliche Schädigungen.

De morte hominis nulla est cunctatio longa. Wenn es um Leben und Tod geht, wird nicht lang gezauert. Bei Lebensgefahr muss rasch entschieden werden, sind zeitraubende Erhebungen nicht am Platz.

Magni minores saepe fures puniunt. Die grossen Diebe bestrafen oft die kleineren Diebe. Oft sind die Spitzen in Staat und Gesellschaft ärgere Verbrecher als die, welche tatsächlich bestraft werden. Cäcilius Balbus, Sentenzen 107. S. schon Diogenes Laertius, Vitae philosophorum 6, 45 a.A. (Diogenes der Zyniker).

Actus ultra intentionem agentium nihil operatur. Ein Rechtsgeschäft richtet über die Absicht der Beteiligten hinaus nichts aus. Wenn die Parteien übereinstimmend weniger wollten, als sie erklärt haben, so gilt nur das Gewollte.

Necessitas publica major est quam privata. Ein öffentlicher Notstand ist grösser als ein privater. Eine gemeine Gefahr rechtfertigt mehr Durchbrechungen des Gesetzes, als wenn nur einzelne betroffenen sind.

Specialia generalibus derogant, non generalia specialibus. Spezialvorschriften heben generelle Bestimmungen auf, nicht aber generelle Bestimmungen Spezialvorschriften. S. Dig. 48, 19, 41 g. E. u. 50, 17, 80 (beides Papinian).

Facta non praesumuntur, sed probantur. Tatsachen werden nicht vermutet, sondern bewiesen. Wer sich auf Tatsachen beruft, muss sie beweisen, während er gemeines Recht nicht beweisen muss. Dionysius Gothofredus, Aussenglosse Facta zu Glosse Subiit zu Cod. Just. 4, 30, 10.

Aus: Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7., vollständig überarbeitete und verbesserte Auflage 2007. 303 S., gebunden, C.H. Beck, ISBN 978-3-406-56294-5. Zusammengestellt, übersetzt und erläutert von Detlef Liebs, unter Mitarbeit von Hannes Lehmann, Praxedis Möring und Gallus Strobel. www.chbeck.de

Martin Sterchi*

Aussagerecht des Anwalts

Bemerkungen zu BGE 136 III 296 (s. auch *Anwaltsrevue* 8/2010, S. 337)

Stichwörter: Berufsgeheimnis, Aussagerecht, Entbindungsmöglichkeiten, Berufsregeln, Standesregeln

I. Sachverhalt

Rechtsanwalt M^e A sollte in einem Strafverfahren gegen seinen ehemaligen Klienten Y als Zeuge auszusagen. Er gelangte deshalb an den Bâtonnier (Präsident) des OAV,¹ um sich zur Zeugenaussage ermächtigen zu lassen. Gleichentags teilte ihm der Vice-bâtonnier des OAV mit, dass keine aussergewöhnlichen Umstände ersichtlich seien, die es rechtfertigen würden, ihn zur Zeugenaussage vor dem Polizeigericht zu ermächtigen. M^e A erschien in der Folge vor Gericht, um aber unter Hinweis auf das Schreiben des Vice-bâtonnier die Zeugenaussage zu verweigern, obschon er selber willens gewesen wäre, auszusagen.

Der neue Anwalt von Y wandte sich in der Folge an den OAV. Er machte geltend, aus dem Umstand, dass M^e A durch die Antwort des Vice-bâtonniers daran gehindert worden sei, als Zeuge im Prozess gegen Y auszusagen, sei diesem ein Vermögensschaden entstanden. In weiteren Zivil- und Strafprozessen sei M^e A wiederum als Zeuge vorgesehen. Y habe ihn deshalb damit beauftragt, den OAV dazu zu bringen, M^e A nicht weiterhin zu verbieten, als Zeuge in den Y betreffenden Verfahren auszusagen (d.h. das entsprechende Schreiben zu widerrufen und zu bestätigen, dass M^e A künftig ermächtigt sei, als Zeuge auszusagen). Der OAV antwortete, dass M^e A gegebenenfalls ein neues Gesuch um Bewilligung der Zeugenaussage stellen und dort die Gründe dafür darlegen müsste, weshalb er der Meinung sei, die Zeugenaussage nicht verweigern zu können.

Mit dieser Antwort nicht zufrieden, reichte Y gegen den OAV Zivilklage ein. Er verlangte, nebst Zahlung von Schadenersatz und Genugtuung die Feststellung, dass die Weigerung des OAV, M^e A zur Zeugenaussage zu ermächtigen, eine Verletzung der Persönlichkeit des Klägers darstelle; ferner sei dem OAV unter Strafdrohung zu verbieten, M^e A in irgendwelchen den Kläger Y betreffenden Verfahren die Ermächtigung zur Zeugenaussage zu verweigern. Die Klage wurde von der kantonalen Instanz teilweise (betr. Feststellungsbegehren und Verbot, die Ermächtigung zur Zeugenaussage zu verweigern) gutgeheissen. Mit dem hier besprochenen Entscheid vom 31.3.2010 hat das BGer die Beschwerde in Zivilsachen des OAV gutgeheissen und die Klage auch bezüglich dieser beiden Rechtsbegehren abgewiesen.

II. Urteil des Bundesgerichts (5A_163/2009 v. vom 31.3.2010)

Das Bundesgericht hält zunächst fest (Erw. 2), dass gemäss Art. 13 BGFA² die Anwälte zeitlich unbegrenzt dem Berufsgeheimnis unterstehen, das alles umfasst, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist, dass die Entbindung sie nicht zur Preisgabe von Anvertrautem verpflichtet, dass das BGFA die Berufsregeln (*règles professionnelles*) der Anwaltschaft abschliessend ordne, und dass privatrechtliche Standesregeln (*règles déontologiques*) nur noch beschränkt zu deren Auslegung herangezogen werden können, soweit darin eine landesweit beachtete Auffassung zum Ausdruck kommt.³ Das Bundesrecht enthalte keine Vorschrift, wonach ein Anwalt sich zur Zeugenaussage vorgängig durch den Bâtonnier ermächtigen lassen müsste. Solches entspreche keineswegs einer landesweit verbreiteten Auffassung. Auch die SSR⁴ enthielten nichts Derartiges. An einer solchen Regelung bestehe auch keinerlei öffentliches Interesse.

Das Bundesgericht äusserte sich im Rahmen des ihm unterbreiteten Zivilstreites nach Art. 28 ZGB verständlicherweise nicht weiter zur öffentlichrechtlichen Frage, ob die *zuständige Behörde* die Befreiung des Anwalts vom Berufsgeheimnis verweigern könnte, wenn sowohl Anwalt wie Klient dieser zustimmen.

In der weiteren Begründung (Erw. 3.1.) führt es sodann aus, das BGFA lasse keinen Raum für ein «Bewilligungsverfahren» gemäss den Standesregeln des OAV. Der Äusserung des Bâtonnier komme höchstens der Charakter einer Empfehlung zu, die zu befolgen oder nicht der freie Entschluss des Anwaltes gewesen sei. Daher fehle es an einem widerrechtlichen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Klägers Y. Aus Art. 28 ZGB könne kein «prozessualer Anspruch auf Beweis» abgeleitet werden, dergestalt, dass eine Partei, die Beweis mittels einer Zeugenaussage führen möchte – und darauf sogar angewiesen sein mag, wenn ihr Prozess erfolgreich sein soll – eine Person, die ein gesetzliches Aussageverweigerungsrecht geltend macht, zur Zeugenaussage zwingen oder im Fall des Prozessverlustes die Widerrechtlichkeit der Aussageverweigerung feststellen lassen könnte. Das Berufsgeheimnis gelte absolut und auch nach erfolgter Befreiung bleibe der Anwalt frei, unter das Geheimnis fallende Tatsachen offenzulegen. Weder der Klient noch die Aufsichtsbehörde könnten ihn dazu zwingen.

* Fürsprecher, Muri b. Bern.

1 Ordre des avocats vaudois; Anwaltsverband des Kantons Waadt.

2 Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23.6.2000, SR 935.61.

3 E. 2.1; zum Grundsatz vgl. statt vieler: BGE 130 II 275 E. 3.1.1.

4 Schweizerische Standesregeln vom 10.6.2005.

Die Schlussfolgerung des BGer (E. 3.3): Ein gegenüber dem OAV ausgesprochenes gerichtliches Verbot, die Bewilligung zur Aussage zu verweigern, hätte keinerlei Einfluss⁵ darauf, ob der Anwalt aussagt. Wenn aus Art. 28 ZGB kein «prozessuales Recht» abzuleiten sei, den Anwalt zur Preisgabe des Geheimnisses zu zwingen, bestehe ein solches Recht ebensowenig, um den Verband zu zwingen, die entsprechende Erlaubnis zu erteilen bzw. ihm zu verbieten, sich der Zeugenaussage zu widersetzen. Das BGer drückt (zu Recht) sein Erstaunen darüber aus, wie jemand auf die Idee kommen konnte, durch ein gerichtliches Verbot den fehlenden Willen des beklagten Verbandes zu kompensieren («*supléer à la volonté défaillante*»), dem Kläger zu ermöglichen, seine Rechte mittels der Zeugenaussage seines ehemaligen Anwalts zu wahren, wenn dieser doch völlig frei sei, auszusagen oder nicht, egal was sein Berufsverband davon hält. Offen bleibe allenfalls die Möglichkeit einer Disziplinierung, wenn der Anwalt sich über das Verbot des Verbandes hinwegsetzt.

III. Bemerkungen

1. Der dem referierten Urteil zugrunde liegende Sachverhalt mutet, zumindest für Nicht-Waadtländer (und, so schimmert es durch, wohl auch für das BGer) reichlich skurril an. Ausgangspunkt war Art. 11 der Usages du barreau vaudois (UBV; Fassung vom 13. 1. 2004). Dessen Wortlaut wird in Erw. 2.2 eingangs vom BGer zitiert.⁶ Demnach soll der Anwalt/die Anwältin nicht als Zeuge über dem Berufsgeheimnis unterliegende Tatsachen aussagen. Ausnahmsweise und wenn er/sie glaubt, die Zeugenaussage nicht verweigern zu können, ersucht er/sie vorgängig den Präsidenten des Verbandes um Erlaubnis zur Aussage. Man kann sich fragen, welche Idee wohl den Waadtländer Anwaltsverband einst bewogen haben mag, eine solche Landesregel aufzustellen. Unfindlich bleibt, wie diese Regel längstens nach dem Inkrafttreten des BGFA unverändert in die revidierte Fassung vom 1. 11. 2006 (neu als Art. 3) übernommen werden konnte. Was davon zu halten ist, hat das BGer deutlich gesagt.

2. Das Anwaltsgeheimnis ist ein eminent wichtiger Grundpfeiler der anwaltlichen Berufsausübung. Es schafft die Vertrauensgrundlage, die unerlässlich ist, damit der Klient sich seinem Rechtsvertreter uneingeschränkt anvertrauen kann. Es bildet eine unerlässliche Voraussetzung dafür, dass die Anwälte und Anwältinnen ihre Aufgabe in der Rechtspflege erfüllen können. Durch die umfassende Geheimhaltungspflicht unterscheiden sich Rechtsanwältinnen von andern («gewöhnlichen») Rechtsberatern. Das anwaltliche Berufsgeheimnis dient damit primär den Interessen des Klienten, darüber hinaus auch dem übergeordneten rechtsstaatlichen Inte-

resse am einwandfreien Funktionieren der Rechtspflege sowie dem Interesse der Anwaltschaft selbst an der Stärkung ihrer eigenen Vertrauenswürdigkeit.⁷ Deshalb gilt es zeitlich unbeschränkt und absolut (gegenüber jedermann), und es steht nicht nur unter zivilrechtlichem, sondern auch unter straf- und disziplinarrechtlichem Schutz.⁸ Die Aufhebung dieses umfassenden Schutzes soll restriktiv, nur unter klar definierten Voraussetzungen bei Vorliegen eines entsprechenden überwiegenden Interesses, erfolgen.

3. Seit langem gilt in der schweizerischen Rechtsordnung, dass dem anwaltlichen Berufsgeheimnis unterliegende Tatsachen dann offen gelegt werden dürfen (aber nicht müssen), wenn der Anwalt von der Geheimhaltungspflicht entbunden worden ist. Dieser Grundsatz wird durch das BGFA gesetzlich verankert und nun auch in den neuen Prozessgesetzen des Bundes respektiert.⁹ Die ratio dieser Regelung besteht kurz gesagt darin, dass nur der Anwalt in der Lage sei, die Tragweite der Preisgabe von Informationen zu erfassen und insb. abzuschätzen, ob die Offenlegung im wohlverstandenen Interesse des Geheimnisherrn liegt.¹⁰

4. In der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung ist ferner unbestritten, dass die Befreiung vom Berufsgeheimnis in erster Linie durch den Geheimnisherrn selbst, also den Klienten, zu erfolgen hat. Nur wenn dies nicht möglich ist,¹¹ kann der Anwalt, der sich vom Berufsgeheimnis entbinden lassen möchte, an die zuständige Behörde gelangen.¹² Keinem Zweifel kann es sodann unterliegen, dass die Befreiung vom Anwaltsgeheimnis in denjenigen Fällen, in denen sie nicht vom Klienten direkt erwirkt werden kann, in die Zuständigkeit der staatlichen Aufsichtsbehörden fällt. Es handelt sich um die Aufhebung einer durch das öffentliche Berufsrecht des Bundes und das Strafrecht statuierten Berufspflicht, was unter keinen Umständen Sache eines privatrechtlichen Berufsverbandes oder gar bloss dessen Präsidenten sein kann.¹³ Nach dem referierten Urteil kann die Meinungsäußerung

7 W. FELLMANN; Anwaltsrecht, Bern 2010, Rz. 456 ff.; M. STERCHI, Kommentar zum bernischen Fürsprechergesetz, Art. 10 N 1.

8 Art. 13 BGFA; Art. 321 StGB.

9 Art. 321 Ziff. 2 StGB; Art. 13 Abs. 1, zweiter Satz BGFA; Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 171 Abs. 4 StPO.

10 Das mag zutreffen, wenn der Geheimnisherr (aus welchen Gründen auch immer) selbst bereit ist, auf den Geheimnisschutz zu verzichten und den Anwalt von der Schweigepflicht entbunden hat; kontrovers diskutiert wird diese Frage jedenfalls bezüglich derjenigen Fälle, in denen die Entbindung durch die zuständige Aufsichtsbehörde unter Vornahme der Interessenabwägung erfolgt ist; vgl. W. FELLMANN (Fn. 7), Rz. 512. Nach hier vertretener Auffassung ist es aber richtig, dass Anwälte das Zeugnis trotz Entbindung durch die Aufsichtsbehörde verweigern können, wenn sie z.B. in einem Strafverfahren zum Nachteil ihres ehemaligen Mandanten aussagen müssten; das Gegenteil liesse sich mit der das Mandatsende überdauernden Treuepflicht nicht vereinbaren.

11 Sei es, weil der Klient die Befreiung verweigert oder weil er dazu gar nicht Stellung nehmen kann (z.B. unbekannt Abwesende oder Verstorbene).

12 Dies ergibt sich zweifelsfrei schon aus dem Wortlaut von Art. 321 Ziff. 2 StGB, entspricht aber auch der Regelung des Befreiungsverfahrens z.B. im Kantonalen Anwaltsgesetz Bern (s. Art. 37 KAG).

13 So auch das BGer im besprochenen Entscheid (Erw. 3.1); die Vorinstanz (Tribunal cantonal NE) sprach von einer Kompetenzanmassung des Anwaltsverbandes, anstelle des betroffenen Klienten und des Anwalts zu entscheiden.

5 Gemeint ist keine rechtliche Tragweite im Sinne einer adäquaten Kausalität; denn offensichtlich hatte die negative Antwort des OAV auf sein Gesuch um «Bewilligung» de facto, im Sinne der natürlichen Kausalität, M^e A ja dazu bewogen, die Zeugenaussage, die sein Klient wünschte, zu verweigern.

6 «*L'avocat ne témoigne pas sur un fait dont il a eu connaissance dans l'accomplissement de son mandat. Exceptionnellement et s'il estime ne pas pouvoir refuser son témoignage, il devra requérir préalablement du Bâtonnier l'autorisation de déposer.*»

des Anwaltsverbandes oder des «Bâtonnier» höchstens als unverbindliche Empfehlung gelten.

5. Im dem referierten BGE zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der ehemalige Klient von seinem früheren Anwalt *verlangt*, dass er in seinem Prozess als Zeuge aussage; er hatte den Anwalt somit offensichtlich selbst vom Berufsgeheimnis im fraglichen Zusammenhang entbunden. Welcher Raum bei dieser Ausgangslage überhaupt noch für ein Bewilligungsverfahren, sei es bei der staatlichen Aufsichtsbehörde,¹⁴ sei es beim hierfür offensichtlich nicht zuständigen Verband, bestanden hätte, ist nicht ersichtlich. Die Zeugenaussage von M^e A lag, so muss man aus den publizierten Erwägungen schliessen, überdies im klaren und eminenten Interesse des Klienten. Auch wenn man nicht so weit gehen will, bei dieser Konstellation das Beharren des Anwalts auf dem Zeugnisverweigerungsrecht als Verletzung der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht zu qualifizieren,¹⁵ ist es doch erstaunlich, dass sich die involvierten Akteure (M^e A und der Vice-bâtonnier des OAV) über diese klare Interessenlage hinwegsetzten und sich statt dessen an eine verstaubte Standesregel in den UBV klammerten.

6. Die Wahrung des Anwaltsgeheimnisses ist zwar nicht bloss vertrags- und standesrechtlich, sondern auch mit Rücksicht auf den Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ZGB geboten.¹⁶ Der Umkehrschluss, dass das Persönlichkeitsrecht des Klienten ebenso als Grundlage für eine erzwungene Preisgabe von Geheimnissen tauglich greift, greift jedoch nicht. Dass der neue Anwalt von Y im Bestreben, die Zeugenaussage von M^e A zu ermöglichen, mit der

von ihm inszenierten Zivilklage gegen den Verband gestützt auf Art. 28 ZGB scheitern musste, erscheint deshalb plausibel.

7. Umso weniger plausibel ist, dass eine klar bundesrechtswidrige und dem Schutz der auf dem Spiel stehenden Interessen in keiner Weise förderliche Standesregel eines kantonalen Verbandes auch im 21. Jahrhundert überhaupt noch besteht. Die Standesregeln der Anwaltschaft sollten – soweit sie neben den abschliessenden gesetzlichen Berufspflichten überhaupt noch eine selbständige Bedeutung haben können – dazu dienen, die anwaltliche Berufsausübung in geordneten, dem Rechtsstaat angemessenen Bahnen zu halten. Oberstes Ziel der Anwaltschaft ist und bleibt die bestmögliche Wahrung der Interessen der Klientenschaft. Verpönt bei der Verfolgung dieses Ziels ist einzig die Anwendung rechtswidriger Methoden, namentlich z.B. die Behinderung der Wahrheitsfindung. Die Zeugenaussage zu Gunsten eines ehemaligen Klienten dient in der Regel dessen Interessen (jedenfalls im hier besprochenen Fall war es so) und sie behindert nicht, sondern unterstützt die gerichtliche Wahrheitsfindung. Für Y bleibt zu hoffen, dass M^e A im nächsten Prozess seines Ex-Klienten als Zeuge aussagt (falls das dann immer noch in dessen Interesse ist), ohne sich nochmals mit dem Bâtonnier oder dessen Stellvertreter in Verbindung zu setzen. Für den Schreibenden steht ausser Frage, dass jeder Versuch des Verbandes, einen Anwalt zu disziplinieren, der sich über eine solche hinderliche Standesregel hinwegsetzt und den Entscheid zur Zeugenaussage im Einvernehmen mit dem Klienten in eigener Verantwortung selber trifft, grandios scheitern müsste. ■

14 Die Anwaltskammer des Kantons Bern würde nach ständiger bisheriger Praxis bei einer solchen Sachlage auf ein Gesuch des Anwalts um Befreiung vom Berufsgeheimnis mangels eines aktuellen Rechtsschutzinteresses nicht eintreten.

15 Vgl. FELLMANN (Fn. 7) Rz. 518.

16 BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, 2009, Rz. 1799; idem J. SCHWARZ, *Das Anwaltsgeheimnis*, Schweizerisches Anwaltsrecht, 1998, S. 110.

Der SAV teilt mit La FSA vous informe

Powerseminare Schweizerische ZPO/SchKG /LugÜ

Mit der Schweizerischen ZPO treten am 1.1.2011 auch wesentliche Änderungen des SchKG sowie das revidierte Lugano-Übereinkommen in Kraft. Das Seminar diskutiert praktische Fragen und gibt einen konzentrierten Einstieg in die neue Prozesslandschaft:

Veranstaltungsdatum und -ort:

14. Dezember 2010: St. Gallen (16.00 – 19.00 Uhr)

Weitere Details sowie das Anmeldeformular zum Seminar finden Sie auf unserer Homepage: www.swisslawyers.com/service-center/veranstaltungen

News «Fachanwalt SAV/Fachwältin SAV»

Spezialisierungskurs im Familienrecht

Der Schweizerische Anwaltsverband führt in Zusammenarbeit mit den Rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Freiburg und Zürich sowie den Universitäten Bern, Luzern und St. Gallen im Zeitraum *August 2011 bis März 2012* den *dritten deutschsprachigen Spezialisierungskurs im Familienrecht* (120 Stunden zuzüglich notwendige Vor- und Nachbearbeitung, d.h. total 250 – 300 Stunden; 10 ECTS-Punkte) durch. Bei Bestehen der Prüfungen wird das «Certificate of Advanced Studies (Familienrecht)» der Universität Freiburg und der Universität Zürich verliehen.

Die Kursdaten lauten wie folgt:

Modul 1	Do–Sa	18.–20.08.2011
Modul 2	Do–Sa	22.–24.09.2011
Modul 3	Do–Sa	27.–29.10.2011
Modul 4	Do–Sa	24.–26.11.2011
Modul 5/I	Fr–Sa	06.–07.01.2012
Modul 5/II	Sa	28.01.2012
Modul 6	Fr–Sa	24.–25.02.2012
Modul 7	Fr–Sa	16.–17.03.2012

Anmeldeschluss ist der 31. März 2011.

Die *Details* (Zulassungsvoraussetzungen, Absenzenreglement, Prüfungsmodalitäten, Kursgebühren, Kursthemen etc.) sowie das *Anmelde- und Fallbeschreibungsfomular* finden Sie auf unserer Website www.fachanwalt-sav.ch, unter der Rubrik «Ausbildung».

Mitgliederausweis mit SuisseID

Roadshow: Melden Sie sich jetzt an (limitierte Platzzahl)!

Im Zeitraum vom 17.–28.1.2011 organisiert der SAV an acht Standorten (Basel: 17.1.; Lugano: 18.1.; Luzern: 19.1.; St. Gallen: 20.1.; Zürich 21.1.; Genf: 24.1.; Lausanne: 26.1.; Bern: 27.1.) je eine halbtägige, unentgeltliche Benutzerveranstaltung für Anwälte, Kanzlei-Mitarbeitende und IT-Administratoren/Betreuer.

Die Veranstaltung findet morgens von 8.30 Uhr bis 12 Uhr statt und wird in zwei Themenbereiche aufgeteilt. Vor der Pause liegt der Schwerpunkt auf der praktischen Anwendung und der Sicherheit der SuisseID. Nach der Pause (ab 10.10 Uhr) wird die technische Integration der Anwendungen demonstriert. Wer zudem seinen Laptop und seinen Mitgliederausweis mitbringt, bekommt gegen Ende der Veranstaltung vor Ort individuelle Unterstützung, sei es bei der Installation oder der Anwendung. Jeder Teilnehmende kann für sich entscheiden, ob er den ganzen Morgen bleiben oder sich nach der Pause, vor dem technischen Teil, verabschieden will.

Zusätzliche Informationen sowie den Anmeldetalon finden Sie unter www.swisslawyers.com/Mitgliederausweis. Bitte beachten Sie, dass die Teilnehmerzahl beschränkt ist. Die Anmeldungen werden nach Eingang berücksichtigt.

Mitgliederausweis mit SuisseID bestellen

Bereits konnten nahezu 2000 Mitgliederausweise mit SuisseID ausgeliefert werden. Der Mitgliederausweis inkl. Berufszertifikat kann aufgrund des zeitlich limitierten Subventionsprogramms des SECO in diesem Jahr für CHF 45.– (gültig für 3 Jahre) bezogen werden. Danach wird der Mitgliederausweis CHF 110.– kosten. Ihre Bestellung können Sie jetzt tätigen unter: www.swisslawyers.com/mitgliederausweis

Unterstützung bei technischen Problemen

SAV-Mitglieder, die Schwierigkeiten beim Download, der Installation oder Anwendung des Open eGov LocalSigner haben, sind gebeten sich an das SAV-Sekretariat zu wenden. Das Sekretariat wird sie für eine Hilfestellung an die zuständigen Personen vermitteln. SAV-Mitglieder, die Probleme mit der SuisseID von QuoVadis haben, kontaktieren bitte die Helpline von QuoVadis unter 0900 008 007 (neu zum Ortstarif).

Anwaltskongress 2011

Der nächste Anwaltskongress findet vom 23.–25. Juni 2011 in Luzern statt. Reservieren Sie sich den Termin bereits heute! Der SAV wird seine Mitglieder via Newsletter laufend über den ak-

tuellen Stand der Dinge informieren. Das Anmeldeformular wird per Ende Jahr auf www.sav-fsa.ch aufgeschaltet.

«Abkupfern» von Mitgliederdaten

Zahlreiche Mitglieder haben den SAV angefragt, ob die Mailingaktion des überparteilichen Juristenkomitees für die Ausschaffungsinitiative, welche sämtlichen SAV-Mitgliedern zugestellt wurde, in Zusammenarbeit oder Absprache mit dem SAV erfolgt ist, da im deutschen Versand auf ihn, wenn auch nur hinsichtlich des Mitgliederverzeichnisses, Bezug genommen wird. Der SAV hat dies natürlich verneint, zumal aufgrund des Verbandszwecks hierfür auch keine Handhabe besteht. Er hat umgehend beim Initiativkomitee interveniert und dieses aufgefordert, klarzustellen, dass hier keine Verbindung zum SAV besteht oder herzustellen ist. Auch hat sich der SAV versichert, dass die Adressen nicht im Paket dem SAV «abgekupfert» wurden. Das Komitee hat nach eigenen Aussagen die Adressen einzig aus dem gedruckten Mitgliederverzeichnis herauskopiert und hierfür ein ganzes Team eingesetzt. Beim elektronischen Verzeichnis besteht eine technisch eingebaute Sicherheit, welche maximal 10 Abfragen pro Tag erlaubt. Also auch über diesen Weg wäre ein Herauskopieren mit viel Aufwand verbunden. Ein Konzept über den weiteren Umgang mit Mitgliederdaten wird den Mitgliedern zu Jahresbeginn vorgestellt.

Carte de membre FSA avec SuisseID

Séminaires à travers toute la Suisse: inscrivez-vous maintenant (place limitées)!

La FSA organise, du 17 au 28 janvier 2011, une série de séminaires qui permettront, le temps d'une matinée, de se familiariser avec la carte. Ces formations sont gratuites et s'adressent aux avocats, collaborateurs de l'étude et administrateurs/responsables IT. Elles auront lieu dans les huit villes suivantes: Bâle le 17 janvier 2011 / Lugano le 18 janvier 2011 / Lucerne le 19 janvier 2011 / St-Gall le 20 janvier 2011 / Zurich le 21 janvier 2011 / Genève le 24 janvier 2011 / Lausanne le 26 janvier 2011 / Berne le 27 janvier 2011.

Les séminaires débutent à 8h30 et se terminent à midi. Ils sont scindés en deux parties essentielles. La première concerne avant tout l'utilisation pratique et la sécurité de la SuisseID. La deuxième partie, après la pause de 10h10, aura pour objectif de montrer comment il est possible d'intégrer techniquement des applications. Les personnes qui auront apporté leur ordinateur portable et leur carte de membre recevront, en fin de matinée, un support individuel sur place, tant pour l'installation que pour l'utilisation de la carte. Chaque participant est libre de rester toute la matinée ou de prendre congé après la pause, c'est-à-dire avant la partie plus technique.

Vous trouverez d'autres informations, ainsi que le formulaire d'inscription sous www.swisslawyers.com/Mitgliederausweis. Veuillez tenir compte du fait que le nombre de participants est li-

mité, de sorte que les inscriptions seront traitées dans l'ordre de réception.

Commande de la carte de membre avec SuisseID

A ce jour, près de 2000 cartes de membre avec SuisseID ont été livrées. Grâce à la subvention du SECO, limitée à fin 2010, la carte de membre et son certificat professionnel peuvent être obtenus au prix préférentiel de CHF 45 (valables trois ans). La carte coûtera ensuite CHF 110. Vous pouvez la commander sur www.swisslawyers.com/mitgliederausweis

Support lors de problèmes techniques

En cas de difficultés lors du téléchargement, de l'installation ou de l'utilisation de l'Open eGov LocalSigner, les membres FSA sont priés de s'adresser au secrétariat FSA. Celui-ci vous mettra en contact avec une personne qui vous fournira le support nécessaire. En revanche, pour tout problème lié à la SuisseID de QuoVadis, nous vous prions de contacter le service d'assistance téléphonique de QuoVadis au 0900 008 007 (désormais au tarif d'une communication normale).

Congrès des Avocats 2011

Le prochain Congrès des Avocats aura lieu du 23 au 25 juin 2011 à Lucerne. Veuillez d'ores et déjà noter ces dates dans votre calendrier! Au moyen de sa newsletter, la FSA informera régulièrement ses membres sur l'état des choses. En fin d'année, le formulaire d'inscription se trouvera sur www.sav-fsa.ch

Recopiage des données des membres FSA

Suite à l'envoi d'un courrier collectif à tous les membres FSA par le comité de juristes interpartis pour l'initiative sur le renvoi, de nombreux membres ont demandé à la FSA si cette action avait été discutée ou menée en collaboration avec elle. En effet, la version allemande du courrier faisait référence à la FSA, à tout le moins au répertoire des membres. La FSA a bien entendu répondu par la négative, ce d'autant plus que la fédération n'aurait eu aucune raison d'agir ainsi. Elle est donc immédiatement intervenue auprès du comité d'initiative et lui a demandé de préciser qu'il n'y avait aucun rapport entre le courrier reçu et la FSA, et que cette dernière n'était pas à l'origine de cette démarche. La FSA s'est par ailleurs assurée que les adresses n'aient pas été «copiées/collées» en une seule fois auprès de la FSA. Selon ses dires, le comité a recopié les adresses une par une à partir du répertoire papier des membres, après avoir engagé à cette seule fin toute une équipe. Enfin, s'agissant du répertoire en ligne, il existe un palier de sécurité qui interdit de faire plus de 10 demandes par jour. En d'autres termes, dès la mise en ligne, un recopiage par la voie du répertoire électronique a volontairement été rendu particulièrement difficile d'un point de vue technique. Un concept sur la façon dont seront prochainement traitées les données des membres sera présenté à ces derniers en début d'année prochaine. ■

Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

Zivilrecht/Droit civil

10.12.2010	St. Galler Mietrecht	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
12.01.2011	10. Personen-Schaden-Forum 2011	Zürich	HAVE (Verein Haftung und Versicherung), Eglisau, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Sekretariat: HAVE/REAS, Postfach, 8193 Eglisau Tel. 043 422 40 10, Fax 043 422 40 11, tagung@have.ch
03.02.2011– 03.09.2011	Avocat/e spécialiste FSA – Cours de spécialisation en droit de travail	Suisse romande	Fédération Suisse des Avocats, Marktgasse 4, CP 8321, 3001 Berne, tél. 031 313 06 06, fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com

Handelsrecht

15.12.2010	Private Banking und Trusts	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
------------	----------------------------	--------	--

Zivilprozessrecht/SchKG/Code de procédure civile/LP

14.12.2010	Powerseminar Schweizerische ZPO/SchKG/LugÜ	St. Gallen	Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@swisslawyers.com, www.swisslawyers.com
01.03.2011	Tagung zur Schweizerischen ZPO: Familienrechtliche Verfahren	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
04.03.2011	Tagung zur Schweizerischen ZPO: Handelsgerichtliche Verfahren	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
08.03.2011	Tagung zur Schweizerischen ZPO: Handelsgerichtliche Verfahren	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
09.03.2011	Tagung zur Schweizerischen ZPO: Familienrechtliche Verfahren	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
14.03.2011	Tagung zur Schweizerischen ZPO: Verfahren im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht	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
22.03.2011	Tagung zur Schweizerischen ZPO: Verfahren im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht	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
05.04.2011	Tagung zur Schweizerischen ZPO: Arbeitsrechtliche Verfahren	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
08.04.2011	Tagung zur Schweizerischen ZPO: Arbeitsrechtliche Verfahren	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
05.2011–03.2012	Lehrgang «Prozessführung» mit Certificate of Advanced Studies (CAS Prozessführung)	verschiedene Orte in Deutschschweiz	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der 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
23.05.2011	Tagung zur Schweizerischen ZPO: Fallstricke und Chancen	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
31.05.2011	Tagung zur Schweizerischen ZPO: Fallstricke und Chancen	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

Öffentliches Recht/Droit public

02./03./09./ 10.12.2010	Propriété foncière et développement territorial durable	Chavannes-près-Renens	Institut de hautes études en administration publique, Swiss Graduate School of Public Administration, Rue de la Mouline 28, 1015 Lausanne, Tel. 021 557 40 44, Fax 021 557 40 09, francoise.gjsi@idheap.unil.ch, www.idheap.ch
----------------------------	---	-----------------------	--

Diverses/Divers

01–12.2011	Certificat de formation continue en «Compliance Management»	Genève	Université de Genève, Compliance Management, Centre de droit bancaire et financier, Maud Genton, Uni Mail, 1211 Genève 4, maud.genton@unige.ch, www.unige.ch/cdbf, Tel. 022 379 86 51, Fax 022 379 86 62
05.2011–02.2012	CAS Fernlehrgang «Europarecht»	Zürich (zeitweise)	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.–17.05.2011	Zwischen Wahrheit und Lüge	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

Verschiedene Veranstaltungen/Autres manifestations

International

05.–09.02.2011	17 th Commonwealth Law Conference	Hyderabad, India	CLC Conference 2011, Vikki Hyman, Paragon Conventions, 18 Avenue Louis-Casaj, 1209 Geneva, Tel. 022 530 09 48, Fax 022 580 29 53, info@commonwealthlaw2011.org, www.commonwealthlaw2011.org
----------------	--	------------------	---

12.–14.05.2011	DACH-Tagung zum Thema «Güter- und Unterhaltsrecht bei gemischt nationalen Familien»	Istanbul, Türkei	DACH Europäische Anwaltsvereinigung
13.06.–24.06.2011	Frouteenth Annual International Comercial Law Semianr	Köln, Deutschland	International Law Programs, School of Law and UC Davis Extension, University of California, Davis, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95618- 4852, Tel. 530 757 8569, Fax 530 757 8596, lawinfo@ucde.ucdavis.edu, www.law.ucadavis.edu@international
10.07.2011– 06.08.2011	Orientation in USA Law	Davis, California	International Law Programs, School of Law and UC Davis Extension, University of California, Davis, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95618- 4852, Tel. 530 757 8569, Fax 530 757 8596, lawinfo@ucde.ucdavis.edu, www.law.ucadavis.edu@international
08.08.–19.08.2011	Financing International Transations	Davis, California	International Law Programs, School of Law and UC Davis Extension, University of California, Davis, 1333 Research Park Drive, Davis, CA 95618- 4852, Tel. 530 757 8569, Fax 530 757 8596, lawinfo@ucde.ucdavis.edu, www.law.ucadavis.edu@international

