

| | | |
|------------------------------------|---|-------|
| Peter von Ins | Editorial | ■ 199 |
| <hr/> | | |
| | Thema/Question du jour | |
| Alain Joset | Anwalt der ersten Stunde: ein erstes Fazit eines Verteidigers | ■ 203 |
| <hr/> | | |
| | Anwaltspraxis/Pratique du barreau | |
| Björn Berendonk/ Patrik Fässler | Der Anwalt als Verwaltungsrat und dessen Pflichten in der Überschuldungssituation | ■ 207 |
| Christian Leupi | «Durchklick» – Aufbewahrung elektronischer Dokumente | ■ 213 |
| Christian Leupi | «Clic informatique» – Comment conserver ses documents électroniques? | ■ 214 |
| <hr/> | | |
| | Rechtsprechung/Jurisprudence | ■ 215 |
| <hr/> | | |
| | Forum | |
| Felix Hunziker-Blum | Elektronische Eingaben und SuisselD: Risikovermeidung oder Technologienutzung? | ■ 220 |
| <hr/> | | |
| | SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux | |
| | Jahresbericht 2010/2011 Rapport annuel 2010/2011 | ■ 224 |
| <hr/> | | |
| | Agenda | ■ 237 |

Impressum

Anwaltsrevue/Revue de l'avocat
14. Jahrgang 2011/14^e année 2011
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/Edité 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/Sécrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06
Fax 031 313 06 16
info@swisslawyers.com
www.swisslawyers.com

Inserate/Annonces

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.–, € 158.–
Studenten/Etudiants: Fr. 98.–, € 78.–
Einzelheft/Numéro séparé: Fr. 25.–, € 18.–
Mitglieder des SAV gratis/Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% 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
© Gestaltung, Umsetzung und Grafik
by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

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.

Kleine Signalisationskunde mit Redlich

Heimat, was ist das? Das werden Sie sich sicher auch schon gefragt haben. Das haben sich auch berühmte Philosophen bereits gefragt! *Heimat ist da, wo ich verstanden werde und verstehe* (Karl Jaspers, 1883–1969). «Aha!», dachte Redlich, als er dies las, «da macht es mir meine Heimatstadt aber nicht immer leicht, und der Heimatkanton auch nicht immer.» Aber «Heimatland abenang» entfuhr es ihm, «damit hätte ich ja schon zwei Heimat (en)!». Gibt es den Plural von Heimat überhaupt? Scheint nicht so einfach zu sein mit der Heimat, sie zu finden schon gar nicht. (Ausser man frage bei gewissen Parteien nach, die wissen es!) Das werden sich wohl auch die juristisch ver-, Entschuldigung!, gebildeten Verwaltungsangestellten gesagt haben, welche folgende nützliche Wegleitung betreffend Wegweiser, im Verwaltungsdeutsch nicht ganz unmissverständlich «Wegweisung» genannt, erlassen haben (BSIG Nr. 71761.151/4.1*). Sie sei der hochverehrten, juristisch interessierten Leserschaft nicht vorenthalten, auf dass diese sich ein Bild vom täglichen Dilemma eines Werkhofangestellten machen kann, der sinnend mit einem noch nicht montierten Wegweiser in der einen Hand die broschiierte Wegweisungsbrochure in der anderen Hand studiert. Er liest da unter anderem folgende zielführende Informationen:

Zielsetzung

Diese Information soll den zuständigen Kantons- und Gemeindebehörden als Leitfaden für die Behandlung von Wegweisungsproblemen in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich dienen. Das Ziel ist eine einheitliche Praxis im Bereich der örtlichen Wegweisung auf allen öffentlichen Strassen im Kanton Bern.

Grundlagen

- Gesetzliche Grundlagen
 - > Signalisationsverordnung (SSV, SR 741.21) vom 5. September 1979, Art. 49–54, 101, 115
 - > Strassengesetz (SG, BSG 732.111) vom 4. Juni 2008, Art. 66
 - > Strassenverordnung (SV, BSG 732.111.1) vom 29. Oktober 2008, Art. 45 + 49
- Weitere Grundlagen
 - > VSS-Norm SN 640 817d Signalisation der Haupt- und Nebenstrassen; Wegweiser, Darstellung vom 1. Februar 2006
 - > VSS-Norm SN 640 827c Strassensignale; Touristische Signalisation an Haupt- und Nebenstrassen vom Juni 1995
 - > VSS-Norm SN 640 828 Strassensignale; Hotelwegweiser vom November 1979
 - > VSS-Norm SN 640 830c Strassensignale, Schrift vom April 1972
 - > VSS-Norm SN 640 846 Signale, Anordnung an Haupt- und Nebenstrassen vom Oktober 1994

- > VSS-Norm SN 640 870 -1 (EN 12899–1:2001) Ortsfeste, vertikale Strassenverkehrszeichen; Verkehrszeichen vom 30. Juni 2002
- > VSS-Norm SN 640 871 Strassensignale, Anwendung von retroreflektierenden Folien und Beleuchtung vom 1. August 2005
- > Verordnung UVEK über die auf die Signalisation von Strassen, Fuss- und Wanderwegen anwendbaren Normen (SR 741 211.5) vom 12. Juni 2007

Geltungsbereich

Die Ausführungen in dieser Information gelten für öffentliche Haupt- und Nebenstrassen sowie Verkehrsflächen, deren Betrieb dem Strassenverkehrsrecht untersteht (z.B. öffentliche Plätze). Für bewilligte Signalisationen, die dieser Information nicht entsprechen, gilt die Besitzstandsgarantie. Solche Signalisationen sind möglichst bald, spätestens aber bei deren Erneuerung, der vorliegenden Information anzupassen. Vom Geltungsbereich ausgenommen sind die Nationalstrassen. Zuständig für die Wegweisung an Nationalstrassen ist das Bundesamt für Strassen ASTRA.

Diese Information ersetzt die BSIG-Information Nr. 71761.151/4.1 des Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamtes des Kantons Bern vom 5. Oktober 1999 über die Wegweisung auf öffentlichen Strassen im Kanton Bern.

Jetzt wissen Sie auch, weshalb man den Bernern stets zu Unrecht nachsagt, sie seien so langsam. Wenn Sie, sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser, nicht gerade drängende Klientenschaft zu besänftigen oder drohende peremptorische Fristen zu wahren haben, können Sie den empirischen Test machen und die in dieser einfachen Wegleitung angesprochenen Grundlagen selber zusammenstellen, auf dass Sie dann erkennen, wie lange es braucht, bis in Bern und Umgebung ein Wegweiser korrekt montiert ist.

Immerhin werden mit der neuen Information so hilfreiche Überlegungen wie die folgenden aus der 1999er Information übernommen, wo es bereits hiess:

«Wegweiser zeigen den Fahrzeugführern, die einen bestimmten Ort aufsuchen wollen, den geeigneten Weg, um ihr Fahrziel zu erreichen.

Dies setzt voraus, dass der betroffene Lenker jeweils genau weiss, welches sein Fahrziel ist. Die Wegweisung darf somit nicht dazu dienen, den zufällig vorbeifahrenden Lenker auf ein ihm bis anhin unbekanntes <Produkt> aufmerksam zu machen. (...)

Lao Tse soll zwar mal gesagt haben «Der Weg ist das Ziel», aber auch im Kanton Bern wird man sicher dereinst realisieren, dass trotz zunehmender Zahl zirkulierender fernöstlicher Automarken stets wie weniger Zen-inspirierte Autofahrer unterwegs sind, und dass zusehends mehr und mehr Fahrzeuglenker wissen, welches ihr Fahrziel ist!

* Anm. d. Verf.: Das Beispiel aus dem Kanton Bern ist rein zufällig. Ähnlichkeiten mit anderen Kantonen sind nicht auszuschliessen.

Alain Joset*

Anwalt der ersten Stunde: ein erstes Fazit eines Verteidigers

Stichworte: Anwalt der ersten Stunde, Verteidigung der ersten Stunde, Verteidigungsrechte, notwendige Verteidigung, Klientenberatung, Anwaltspikett, Anwaltshonorar

Der vorliegende Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser auf der Tagung «Effektive Strafverteidigung» am 1. Dreiländerforum Strafverteidigung am 18./19. Februar 2011 in Innsbruck, Österreich, gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

I. Rechtliche Grundlagen

In der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung ergibt sich der Anspruch des Beschuldigten auf einen «Anwalt der ersten Stunde» aus Art. 158 Abs. 1 lit. c und Art. 159 StPO resp. aus Art. 147 Abs. 1 StPO bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft.¹ Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO ist die Polizei oder die Staatsanwaltschaft zu Beginn der ersten Einvernahme verpflichtet, die beschuldigte Person in einer ihr verständlichen Sprache darauf hinzuweisen, dass sie berechtigt ist, eine Verteidigung zu bestellen oder gegebenenfalls eine amtliche Verteidigung zu beantragen. Einvernahmen ohne diesen Hinweis sind nicht verwertbar. Art. 159 StPO statuiert unter anderem Folgendes:

«Bei polizeilichen Einvernahmen im Ermittlungsverfahren hat die beschuldigte Person das Recht, dass ihre Verteidigung anwesend sein und Fragen stellen kann. Bei polizeilichen Einvernahmen einer vorläufig festgenommenen Person hat diese zudem das Recht, mit ihrer Verteidigung frei zu verkehren.»

Diese beiden Vorschriften verschaffen der beschuldigten Person zwei wichtige Rechte: Sie hat zum einen das Recht, dass ihre Verteidigung bei Einvernahmen anwesend ist, und zwar bereits ab der ersten Einvernahme vor der Polizei. Zum anderen hat sie das Recht, frei mit ihrer Verteidigung zu verkehren. Auch dieses Recht gilt bereits von Beginn der polizeilichen Ermittlungen an. Zudem muss die beschuldigte Person seitens der Polizei vor Beginn der ersten Einvernahme über diese Rechte aufgeklärt werden.

Grundlagen für diese Regelung in der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung finden sich in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg. Im Zusammenhang mit dem Anspruch auf einen «Anwalt der ersten Stunde» sind insbesondere zwei Urteile des EGMR hervorzuheben:

- Urteil des EGMR i.S. *Salduz vs. Türkei* vom 27. November 2008 (Nr. 36391/02)²

- Urteil des EGMR i.S. *Pishchalnikov vs. Russland* vom 24. September 2009 (Nr. 7025/04)³

Aus diesen beiden Urteilen können – kurz zusammengefasst – folgende Regeln und Vorgaben des EGMR für ein justizförmiges Ermittlungsverfahren abgeleitet werden:

Im Urteil *Salduz vs. Türkei* ist einem minderjährigen Tatverdächtigen im Zeitpunkt der polizeilichen Ermittlungen der Zugang zu einem Anwalt verweigert worden. Im türkischen Recht war dies bei Staatsschutzdelikten so vorgesehen. Die Grosse Kammer des Gerichtshofs in Strassburg erblickte darin einen Verstoß gegen die Garantien von Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. c EMRK. Denn im Regelfall («as a rule») müsse vom Zeitpunkt der ersten Befragung an der Beistand eines Verteidigers möglich sein, es sei denn, zwingende Gründe ständen dieser Regel entgegen. Nach Ansicht des EGMR sind die Verteidigungsrechte unwiederbringlich beeinträchtigt, wenn belastende Angaben des Tatverdächtigen für eine Verurteilung verwendet werden, die seitens des Beschuldigten bei polizeilichen Befragungen ohne Anwalt gemacht worden sind. Dies gilt selbst dann, wenn der Beschuldigte seitens der Ermittlungsbehörden über das Schweigerecht belehrt worden ist.

Aufbauend auf diese Rechtsprechung sind inzwischen mehrere Entscheide des Gerichtshofs zu diesem Thema ergangen. Für den «Anwalt der ersten Stunde» am bedeutsamsten ist sicherlich der Entscheid *Pishchalnikov vs. Russland*: Herr Pishchalnikov war festgenommen und durch die Polizei einvernommen worden. Anlässlich seiner Festnahme hatte er einen bestimmten Anwalt als Beistand verlangt. Angeblich konnte die Polizei diesen aber nicht telefonisch erreichen. Das teilte man Pishchalnikov jedoch nicht mit. Man reagierte seitens der Ermittlungsbehörden ihm gegenüber überhaupt nicht und führte die Einvernahme fort. Pishchalnikov gestand daraufhin die Beteiligung an einer Reihe schwerer Straftaten. Nach Durchführung dieser ersten Einvernahmen ohne Verteidigung erklärte Pishchalnikov mehrfach, dass er keinen (staatlich beigeordneten) Verteidiger benötige. Der EGMR bejahte gleichwohl einen Verstoß gegen Art. 6 Ziff. 1 und 3 lit. c EMRK. Der Gerichtshof war der Ansicht, dass die russischen Behörden bei der Durchführung der ersten Einvernahme bestimmte Grundsätze nicht beachtet haben, die Art. 6 EMRK erfordere, damit das Recht auf einen Verteidiger praktisch und effektiv ist. Diese Grundsätze sind (zumindest bei festgenommenen Personen) folgende:

* Advokat in Basel und Liestal.

1 Vgl. dazu: STEPHAN SCHLEGEL, Anwalt der ersten Stunde: Entscheidend ist die Umsetzung, plädoyer 1/2011, S. 36 ff.

2 Auszugsweise wiedergegeben in FP 2009, S. 75 ff mit Kommentar von WOLFGANG WOHLERS/STEPHAN SCHLEGEL.

3 Auszugsweise wiedergegeben in FP 2010, S. 87 ff., und kommentiert von STEPHAN SCHLEGEL in FP 2010, S. 90 ff.

- Die beschuldigte Person ist seitens der Ermittlungsbehörden (Polizei/Staatsanwaltschaft) über ihr Recht auf einen Verteidiger in Kenntnis zu setzen.
- Wenn die beschuldigte Person einen Verteidiger zu sprechen wünscht und/oder wünscht, dass dieser bei der Befragung anwesend ist, darf die Befragung nicht weiter fortgeführt werden, bis der Beistand sichergestellt ist bzw. die betreffende Person von sich aus die Befragung fortsetzt.
- Scheitert die Kontaktaufnahme zu einem gewünschten Anwalt, ist dies der beschuldigten Person mitzuteilen und sie ist darauf hinzuweisen, dass sie die Möglichkeit hat, anderweitige Unterstützung zu erhalten, z.B. durch einen Dienst der lokalen Anwaltsvereinigung oder einen Pikettdienst.

Die apodiktische und im Übrigen auch ziemlich unsinnige Regelung in Art. 159 Abs. 3 StPO, wonach der Beschuldigte, welcher zur ersten Befragung den Beizug eines «Anwalts der ersten Stunde» wünscht, keinen Anspruch auf Verschiebung der Einvernahme hat, muss spätestens nach dem Urteil Pishchalnikov als völkerrechtswidrig taxiert werden. Der EGMR postuliert im genannten Urteil erstmals das sog. «right to cut off questioning», so dass die Einvernahme auf Wunsch des Beschuldigten abgebrochen werden muss, bis eine anwaltliche Erstberatung stattgefunden hat.

II. Aufgaben des «Anwalts der ersten Stunde»

Ein «Anwalt der ersten Stunde» hat die Aufgabe, Tatverdächtige einerseits vor der ersten Einvernahme fachlich zu beraten und er ist auch eine psychologische Stütze für den frisch Verhafteten. Vor der ersten Einvernahme kann der Verteidiger in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft ein rund 20-minütiges⁴ Gespräch mit dem Tatverdächtigen führen. Anlässlich dieses unüberwachten Kontakts bespricht man mit dem Tatverdächtigen die Vor- und Nachteile von Aussagen zu Beginn eines Ermittlungsverfahrens und man diskutiert mit ihm, ob er von seinem Schweigerecht Gebrauch machen soll. Anlässlich der ersten Einvernahme soll der Verteidiger beobachten, ob die Einvernahme korrekt durchgeführt wird und darauf achten, dass seitens der Polizei keine falschen Versprechungen gemacht werden und kein Druck gegenüber dem Beschuldigten aufgesetzt wird. Obschon das Fragerecht der Verteidigung formell erst am Ende der Einvernahme vorgesehen ist, erscheint es unbestreitbar, dass der Verteidiger sofort intervenieren muss, wenn er bemerkt, dass die Befragung nicht korrekt durchgeführt wird (bspw. falsche Versprechungen gemacht werden, die nicht Eingang ins Protokoll finden oder seitens der Polizei unzulässige Suggestivfragen an den Beschuldigten gestellt werden). Am Ende soll der Verteidiger – zusammen mit dem Beschuldigten – das Einvernahmeprotokoll sorgfältig durchlesen und kontrollieren, ob die Aussagen korrekt protokolliert worden sind. Die

⁴ Aufgrund der Erwägungen des EGMR im Urteil Pishchalnikov darf die Dauer der vertraulichen anwaltlichen Erstkonsultation, welche eine effektive Beratung sicherstellen soll, wohl – falls erforderlich – auch eine Stunde dauern, vgl. dazu: BSK StPO-NIKLAUS RUCKSTUHL, Art. 159 StPO, N 24.

Gewährleistung der anwaltlichen Beratung des Beschuldigten ist nach der Rechtsprechung des EGMR somit nicht die einzige Funktion der Verteidigung der ersten Stunde, sondern es geht auch um die Herstellung von Waffengleichheit, indem die Verteidigung den Beschuldigten vor ungesetzlicher Gewalt und Druckausübung seitens der Untersuchungsbehörde schützen soll. Die Präsenz der Verteidigung bei der ersten Einvernahme des Beschuldigten ist notwendig als Gegengewicht zu der meist einschüchternden Atmosphäre und der Drucksituation, welcher eine Person dann ausgesetzt ist, wenn sie in irgendeiner Form der Freiheit beraubt ist (Anhaltung, vorläufige Festnahme, Verhaftung) und die Einvernahme nicht einfach nach eigener Entscheidung und eigenem Willen abbrechen und damit die Drucksituation beenden kann. Die Verteidigung hat als «Anwalt der ersten Stunde» unter anderem auch dafür zu sorgen, dass das Schweigerecht des Beschuldigten respektiert wird.

Wie erwähnt, besitzt die Verteidigung das Recht, am Ende der Einvernahme Fragen an den Beschuldigten – der in vielen Fällen in diesem Zeitpunkt bereits der eigene Mandant ist – zu stellen. Bei der Ausübung dieses Fragerechts gegenüber dem eigenen Mandanten ist Vorsicht angebracht. Ich mache äusserst selten Gebrauch vom Fragerecht der Verteidigung und achte auf eine bestmögliche Beratung des Inhaftierten vor der Befragung. Dazu kommt, dass die Fragen der Verteidigung an den Beschuldigten, wenn sie denn gestellt werden, mit diesem vorbesprochen und abgesprochen sein müssen. Die Erfahrung zeigt aber, dass man als Anwalt dazu neigt, den Mandanten im allgemeinen, aber insbesondere auch dessen Auffassungsgabe und die Befähigung sich beraten und instruieren zu lassen, zu überschätzen. Dies vor allem im Moment einer frischen Verhaftung des Beschuldigten. Als «Anwalt der ersten Stunde» kennt man seinen Mandanten auch erst wenige Minuten. Den Beratungsmöglichkeiten vor der ersten Einvernahme sind deshalb sehr enge Grenzen gesetzt.

III. Zwingender Beizug eines «Anwalts der ersten Stunde»?

Das Recht des Beschuldigten auf einen Anwalt ab der ersten Stunde ist ein Recht, mit anderen Worten: Der Beizug eines Anwalts muss vom Tatverdächtigen grundsätzlich verlangt werden. Dieser Grundsatz zieht sich wie ein roter Faden durch die bisherigen einschlägigen Urteile des EGMR: Der Beizug eines «Anwalts der ersten Stunde» ist freiwillig und muss vom Beschuldigten gewünscht werden. In diesem Zusammenhang ist nun natürlich entscheidend, wie die Polizei dem frisch Verhafteten seine Rechte und das Institut des «Anwalts der ersten Stunde» kommuniziert. Wenn einem Tatverdächtigen beispielsweise seitens der Polizei erklärt wird, er könne schon einen Anwalt beiziehen, aber bis dieser hier sei, gehe das zwei Stunden und koste ihn viel Geld, oder man könne jetzt mit der Einvernahme beginnen und die Sache hinter sich bringen, dann würde es wenig erstaunen, wenn der Tatverdächtige nicht von seinem Recht auf Beizug eines Anwalts Gebrauch machen würde. Wichtig ist deshalb, dass von Seiten der Polizei korrekt über das Institut des «Anwalts der ers-

ten Stunde» aufgeklärt und die entsprechende Rechtsbelehrung vollständig protokolliert wird.

Nach der Praxis des EGMR ist der Verzicht des Beschuldigten auf einen «Anwalt der ersten Stunde» – wie bereits kurz ausgeführt – möglich, unabhängig von der Schwere des Tatvorwurfs gegenüber dem Verhafteten. Nach der bisherigen Praxis des EGMR wären die Garantien von Art. 6 EMRK folglich nicht verletzt, wenn eine Person, welche eines Kapitalverbrechens beschuldigt wird, auf den Beizug eines Anwalts – aus welchen Gründen auch immer – anlässlich der ersten Befragung verzichtet und in der Folge anlässlich dieser ersten polizeilichen Befragung ein Geständnis ablegt, welches später die Grundlage für einen gerichtlichen Schuldspruch bildet. Diese Konsequenz ist aus Sicht der Verteidigung aus rechtsstaatlichen Überlegungen nicht adäquat. Die Forderung der Verteidigung in diesem Zusammenhang müsste deshalb lauten, dass der Beschuldigte im Fall einer notwendigen Verteidigung,⁵ d.h. im Fall eines gravierenden Tatvorwurfs, bei jugendlichem Alter resp. Unerfahrenheit, oder bei körperlichen oder geistigen Defiziten des Tatverdächtigen, zwingend und von Amtes wegen von Beginn weg einen Verteidiger zur Seite gestellt erhält. Dies wäre meines Erachtens die konsequente Weiterentwicklung der Rechtsprechung des EGMR und im Rahmen der Forderung nach einem fairen Verfahren und einer effektiven Verteidigung dringend angezeigt.

IV. Fehlendes Akteneinsichtsrecht der Verteidigung vor Beginn der ersten Einvernahme

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich für die Verteidigung aus dem Umstand, dass sie nach der Vorschrift der Schweizerischen Strafprozessordnung grundsätzlich erst nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft Einsicht in die Strafakten erhält (Art. 101 StPO). Die Aktenkenntnis ist für die Arbeit der Verteidigung natürlich ein entscheidender Punkt. Der «Anwalt der ersten Stunde» soll ja das Machtgefälle zwischen einem Tatverdächtigen und dem staatlichen Straf- und Gewaltmonopol, welches gerade bei einer Verhaftung besonders stark auf den Beschuldigten hereinbricht, verringern. Mit dem Institut des «Anwalts der ersten Stunde» soll der besonderen Verletzlichkeit von frisch verhafteten Tatverdächtigen Rechnung getragen werden: Das Thema ist die Waffengleichheit zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung. Als Verteidiger ist man nur dann wirklich mit gleichen Waffen ausgestattet, wenn man Kenntnis der Akten und damit annähernd den gleichen Informationsstand hat wie die Polizei. Ohne Aktenkenntnis ist es für den Anwalt nicht möglich, dem Klienten eine seriöse fachliche Beratung zu gewähren. Will man als Verteidiger keine Fehler begehen, bleibt streng genommen nur der Rat an den Verhafteten, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. Dies ist zwar grundsätzlich ein guter Rat, nur die wenigsten Beschuldigten sind – gerade in

der Stresssituation einer vorläufigen Festnahme – in der Lage, den Rat des Verteidigers zu befolgen. Im Rahmen der Forderung nach einer effektiven Verteidigung sollte die Verteidigung deshalb bereits vor der ersten polizeilichen Einvernahme Einsicht in die Akten erhalten.

Ein Dilemma der Verteidigung ergibt sich im Weiteren aus der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts im Zusammenhang mit der Würdigung des Geständnisses im Rahmen der Strafzumessung. Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Geständnis des Beschuldigten bei der Analyse des Nachtatverhaltens im Rahmen der Strafzumessung zugunsten des Täters nur dann zu berücksichtigen, wenn das Geständnis zu Beginn der Untersuchung abgegeben wurde und wenn es einen Beitrag zur Aufdeckung seines Tatanteils leistet. Wenn das Geständnis aufgrund einer erdrückenden Beweislage erfolgt ist, muss es bei der Strafzumessung nicht zu Gunsten des Täters berücksichtigt werden.⁶ Mit anderen Worten: Wenn man als Beschuldigter ein Geständnis ablegen möchte, dann zu Beginn des Ermittlungsverfahrens. Die Wirkung von Geständnissen als strafmindernder Umstand im Rahmen eines richterlichen Schuldspruchs wird meines Erachtens aber oft überschätzt.

V. Gleicher Dolmetscher für die Verteidigung wie für die Ermittlungsbehörden?

Jede beschuldigte Person – insbesondere auch wenn sie in Haft gehalten wird – hat das Recht, ohne Beaufsichtigung und Kontrolle frei mit ihrem Verteidiger persönlich oder brieflich zu verkehren, damit eine wirksame Verteidigung gewährleistet ist.⁷ Diesbezüglich stellen sich im Rahmen des «Anwalts der ersten Stunde» bei Tatverdächtigen, die für ein Gespräch mit dem Anwalt einen Übersetzer benötigen, erhebliche Probleme: Nach der heutigen Praxis in der Schweiz wird bei fremdsprachigen Tatverdächtigen zwar ein Übersetzer aufgeboden, und dieser steht der Verteidigung bei der kurzen Besprechung vor der ersten Einvernahme auch für Übersetzungsdienste zur Verfügung. Derselbe Dolmetscher wird aber im Anschluss an die anwaltliche Besprechung auch für die Übersetzung der Aussagen des Beschuldigten anlässlich der ersten Einvernahme beigezogen. Dieser Umstand kann zu unmöglichen Situationen führen, da es nach meiner Erfahrung manchem Übersetzer im Rahmen der Übersetzung der Depositionen des Beschuldigten anlässlich der polizeilichen Einvernahme nicht mehr gelingt, genau zu unterscheiden, welche Informationen nun unter das Anwaltsgeheimnis fallen und welche nicht. Das Anwaltsgeheimnis ist gefährdet und der freie Verkehr zwischen dem Tatverdächtigen und dem Verteidiger ist behindert, wenn die Verteidigung bei ihrem Gespräch mit dem Tatverdächtigen den gleichen Übersetzer beiziehen muss wie die Ermittlungsbehörden. Um den Anspruch auf freien Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem auch anlässlich eines Einsatzes im Rahmen des «Anwalts der ersten Stunde» zu verwirklichen, müsste der Verteidigung für das Erstgespräch vor der ersten Be-

5 Vgl. dazu Art. 130 StPO.

6 Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 22. Juli 2010 [6B_426/2010].

7 Vgl. statt vieler: BGE 121 I 164 E. 2 c sowie Art. 159 Abs. 2 StPO.

fragung des Tatverdächtigen seitens der Ermittlungsbehörden ein eigener, separater Dolmetscher zur Verfügung gestellt werden.

VI. Pikettdienst/Dienst der lokalen Anwaltsvereinigung

Die Grundlage zur Errichtung eines Pikettdienstes zur Sicherstellung des Anspruchs des Beschuldigten auf Beizug eines «Anwalts der ersten Stunde» findet sich – wie ausgeführt – im Urteil Pischalnikov des EGMR. In den meisten Schweizer Kantonen gibt es einen lokalen Pikettdienst. In den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft besteht der Verein Pikett Strafverteidigung, welcher den Einsatz der «Anwälte der ersten Stunde» organisiert. Der Verein ist ein privater Zusammenschluss von Anwälten, die vorwiegend Strafrechtsmandate führen. Wir haben uns in Basel auf privater Basis organisiert, mit der Absicht, dass nicht die Strafverfolgungsorgane die «Anwälte der ersten Stunde» bestimmen, sondern dass die Auswahl anhand einer fest vorgegebenen Pikettliste erfolgt. Es sollen auch für die Strafverfolgungsorgane unangenehme Verteidiger zu einem Einsatz im Rahmen des «Anwalts der ersten Stunde» gelangen. Wir erwarten von den Strafverfolgungsbehörden, dass sie sich an die Pikettliste halten, und bisher scheint dies auch zu klappen. Seit einigen Monaten steht für die Strafverfolgungsbehörden eine Webseite des Vereins zur Verfügung, auf welcher die Natel-Nummer des Anwaltes, welcher am betreffenden Tag auf Pikett ist, abgelesen werden kann. Der Name des Pikettanwaltes ist für die Behörden auf der Webseite des Vereins aber nicht einsehbar. Wir sind in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft zur Zeit rund 120 Anwälte, welche regelmässig an zwei aufeinanderfolgenden Tagen (auch am Wochenende und teilweise nachts) Piketteinsätze leisten.

Falls ein Verhafteter den Beizug eines Anwaltes für die erste Befragung wünscht, wird man als Verteidiger von der Staatsanwaltschaft via Telefon aufgeboten. Nach dem Eintreffen auf der Staatsanwaltschaft kann man als Verteidiger – wie erwähnt – ein rund 20-minütiges Gespräch mit dem Tatverdächtigen unter vier Augen führen und erhält in der Regel auch ein paar Informationen durch den zuständigen Untersuchungsbeamten. Dem Verteidiger müssen vor dem ersten Gespräch mit dem Inhaftierten

mindestens diejenigen Informationen bekannt gegeben werden, welche die Untersuchungsbehörden nach der Vorschrift von Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO dem Beschuldigten eröffnen müssen (das Delikt, das begangen worden sein soll, d.h. ein möglichst präziser Tatvorwurf [Lebenssachverhalt] sowie Zeit und Ort der Tatbegehung).⁸

VII. Entschädigung des «Anwalts der ersten Stunde»

Grundsätzlich gibt es diesbezüglich zwei Varianten: Falls anlässlich des Einsatzes im Rahmen des «Anwalts der ersten Stunde» ein Mandatsverhältnis entsteht, der Beschuldigte dem betreffenden Rechtsanwalt eine Vollmacht unterzeichnet, dann ist der mandatierte Verteidiger dafür verantwortlich, die Finanzierung seiner Verteidigung sicherzustellen. Entweder der Beschuldigte finanziert seine Verteidigung aus eigenen Mitteln im Rahmen einer Privatverteidigung oder der Verteidiger kann bei Mittellosigkeit seines Mandanten der Verfahrensleitung einen Antrag auf Bewilligung der amtlichen/unentgeltlichen Verteidigung unterbreiten.

Die zweite Variante greift dann, wenn anlässlich des Einsatzes als «Anwalt der ersten Stunde» kein Mandatsverhältnis entsteht, zum Beispiel weil der Lieblingsanwalt des Verhafteten in den Ferien weilt oder sonst wie verhindert ist. Dann wird – so die Praxis im Kanton Basel-Stadt⁹ – der von der Polizei im Rahmen des Pikettdienstes aufgebotene Anwalt für den Piketteinsatz, d.h. die Teilnahme an der ersten Einvernahme, vom Staat entschädigt, und zwar nach Aufwand (CHF 180.–/Stunde). Diese Regelung einer staatlichen Ausfallentschädigung des Pikettanwaltes, welche mit der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt ausgehandelt worden ist, ist richtig, da es sich bei dem Einsatz eines Verteidigers im Rahmen des «Anwalts der ersten Stunde» um eine gesetzliche Vorgabe im Rahmen eines justizförmigen Ermittlungsverfahrens handelt und somit klarerweise um eine staatliche Aufgabe.¹⁰ ■

8 Vgl. NIKLAUS RUCKSTUHL, Die Praxis der Verteidigung der ersten Stunde, *Anwaltsrevue/Revue de l'avocat* 2/2010, S. 73.

9 Andere Kantone in der Schweiz haben weniger fortschrittliche Lösungen, vgl. dazu die Übersicht über die kantonale Praxis, *plädoyer* 2/2011, S. 26.

10 So auch NIKLAUS RUCKSTUHL (Fn. 8), S. 73, S. 74.

Björn Berendonk* und Patrik Fässler**

Der Anwalt als Verwaltungsrat und dessen Pflichten in der Überschuldungssituation

Stichworte: Anwalt als Verwaltungsrat, Haftung, Überschuldung, «Opting-out», Versicherung

1. Einleitung

Auch wenn mit der ersatzlosen Streichung der in Art. 708a OR¹ enthaltenen Nationalitäten- und Wohnsitzklausel einer der Gründe, wieso Rechtsanwälte Einsitz in den Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften genommen haben, entfallen ist, entspricht es doch der Rechtswirklichkeit, dass freischaffende Rechtsanwälte nach wie vor häufig als externe Mitglieder in den Verwaltungsrat gewählt werden. Die Vorteile für die Gesellschaften liegen auf der Hand, wird doch damit Kompetenz in allen rechtlichen Angelegenheiten in das Oberleitungsgremium der Firma geholt. Dagegen hat der meist in unternehmerischen Belangen nicht besonders geschulte Rechtsanwalt ein ganzes Bündel von Aufgaben zu erledigen bzw. Pflichten zu beachten, welche nur am Rande mit seiner sonstigen beruflichen Tätigkeit zu tun haben.

2. Aufgaben des Verwaltungsrats

Im Aktienrecht besteht eine weitreichende Kompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrats², welcher von der Generalversammlung der Aktionäre als oberstem Organ gewählt wird. Auch wenn die meisten dieser Aufgaben mittels eines Organisationsreglements an andere Organe oder Dritte übertragen werden können, verbleiben unübertragbare und unentziehbare Aufgaben beim Verwaltungsrat. Diese müssen – unbesehen von der Grösse und der organisatorischen Ausgestaltung der Aktiengesellschaft – zwingend wahrgenommen werden.³

3. Unübertragbare und unentziehbare Aufgaben

Betrachtet man die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats im Einzelnen, so stellt man fest, dass für eine ordnungsgemässe Erfüllung der meisten dieser Pflichten unabdingbar Kenntnisse im Bereich des Rechnungswesens notwendig sind. Zwar kann immerhin die Vorbereitung und Ausführung der Beschlüsse sowie die Überwachung von Geschäften, welche in diesen Bereich fallen, an einzelne Mitglieder oder Ausschüsse

des Verwaltungsrats übertragen werden. Nichtsdestotrotz sind die in Art. 716a Abs. 1 OR festgeschriebenen Aufgaben vom Gesamtverwaltungsrat zu tragen.⁴ Diese gesetzliche Regelung ermöglicht es einem in finanziellen Belangen nicht speziell versierten Rechtsanwalt, sich auf gewisse Vorarbeiten sowie die Überwachung durch seine Kollegen abzustützen. Die Verantwortung für den aufgrund der Berichterstattung zu treffenden Entscheid kann damit aber nicht übertragen werden und verbleibt immer beim gesamten Verwaltungsrat.⁵

4. Benachrichtigung des Richters im Fall der Überschuldung im Besonderen

Der unentziehbaren Pflicht des Verwaltungsrats zur Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung der Gesellschaft kommt besondere Bedeutung zu, stellt doch deren Verletzung den Hauptfall von gerichtlich wie auch aussergerichtlich geltend gemachten aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen dar.⁶ Schon aus dem blossen Wortlaut von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR ergibt sich unschwer, dass für die pflichtgemässe Erfüllung dieser Aufgabe ebenfalls solide Kenntnisse im Bereich des Rechnungswesens unabdingbar sind. Aufgrund der Relevanz dieser Bestimmung, welche bei der Nichtbeachtung eine besonders hohe Verantwortung gegenüber der Gesellschaft, den Gläubigern und der Öffentlichkeit zur Folge hat, wird nachfolgend vertieft darauf eingegangen.

4.1 Sicherung des Fortbestandes der Gesellschaft

Die finanzielle Schieflage eines Unternehmens ist in der Praxis nicht ohne weiteres zu erkennen und wird zudem von dem operativ in der Verantwortung stehenden Management häufig verharmlost. Oberstes Ziel des Verwaltungsrats muss der Fortbestand der von ihm geleiteten Gesellschaft, also ein «going concern» sein. Um dies sicherstellen zu können, müssen die Anzeichen einer Aktiengesellschaft in Schräglage erkannt und es sollte denn auch schon deutlich früher als in dem vom Gesetz vorgesehenen Zeitpunkt gehandelt werden. Diese Überwachungspflicht beinhaltet insbesondere auch die Schaffung eines Berichterstattungssystems,

* Rechtsanwalt, AXA Winterthur, Bereich Vermögensschadenhaftpflicht, Zürich.

** Eidg. dipl. Wirtschaftsprüfer, AXA Winterthur, Bereich Vermögensschadenhaftpflicht, Winterthur.

1 Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Änderung des OR (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), in Kraft seit 1. Januar 2008.

2 Art. 716 OR.

3 Art. 716a OR; MARC BAUEN/SILVIO VENTURI, Der Verwaltungsrat, Zürich 2007, § 4 N 402.

4 ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich 2007, S. 139.

5 URS P. GNOS/MARKUS VISCHER, Aufgaben des Verwaltungsrats und deren Delegation, in: Der Schweizer Treuhänder, 10/2009, S. 752.

6 THIERRY LUTERBACHER, Wie weit geht der Schutz einer D & O Versicherung im Verantwortlichkeitsrecht?, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010, S. 119.

welches dem Verwaltungsrat erlaubt, sich laufend über den aktuellen Geschäftsgang und die Finanzlage der Gesellschaft zu orientieren. So sollten bei Gesellschaften mit knapper Eigenkapitalbasis und Liquiditätsproblemen in regelmässigen Abständen Zwischenabschlüsse konsultiert werden. Weiter können auch häufige Revisionsstellenwechsel oder Wechsel im Verwaltungsrat, ein «Opting-out», ein stetiges Anwachsen von selbst generiertem immateriellem Anlagevermögen, eine kontinuierliche Zunahme der Vorräte bei rückläufigen Umsätzen, jährlich stark variierende Abschreibungen, ein massives Auflösen von stillen Reserven⁷, eine Aufwertung von Immobilien und Beteiligungen, Einschränkungen, Hinweise und Zusätze im Revisionsstellenbericht, die Nicht-Durchführung der Generalversammlung innerhalb der vom Gesetz vorgeschriebenen Halbjahresfrist, grössere Forderungen gegenüber dem Hauptaktionär, Kapitalerhöhungen etc. Hinweise auf eine Schieflage und in gravierenden Fällen eine mögliche Gefährdung der Unternehmensfortführung sein. Zudem sind Unternehmensgebilde mit komplexen und unübersichtlichen Strukturen besonders kritisch zu hinterfragen. Auch soll an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass ein uneingeschränktes Testat der Revisionsstelle nicht automatisch bedeutet, dass eine Gesellschaft nicht Konkurs gehen kann und deshalb für den Verwaltungsrat kein Handlungsbedarf besteht.⁸

Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die gesetzlichen Bestimmungen betreffend Kapitalverlust und Überschuldung, deren Verletzung für den Verwaltungsrat bedeutende Haftungsrisiken darstellen. Dabei sind die in Art. 725 OR enthaltenen Regeln darauf ausgerichtet, den Verwaltungsrat zur Vorbereitung und Durchführung von Sanierungsmassnahmen zu veranlassen und ihn davon abzuhalten, ohne Eigenkapital weiter zu wirtschaften.⁹

4.2 Kapitalverlust

Neben der in Art. 716 a Abs. 1 Ziff. 7 OR erwähnten undelegierbaren Pflicht des Verwaltungsrats zur Bilanzdeponierung bei Überschuldung sind – gemäss diversen Autoren – effektiv aber schon die Pflichten, welche sich bei fortgeschrittenem Kapitalverlust aus

Art. 725 Abs. 1 OR ergeben, unentziehbar und unübertragbar.¹⁰ Ein solcher Kapitalverlust liegt vor, wenn der zu Fortführungswerten bilanzierte Verlustsaldo die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven¹¹ übersteigt und diese Situation auch nicht durch Auflösung von stillen Reserven oder Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen beseitigt werden kann¹². In den Schweizer Prüfungsstandards (PS) der Treuhänder-Kammer, welche von der eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) mittels Rundschreiben vom 17. März 2008 formell anerkannt wurden, wird der hälftige Kapitalverlust wie folgt definiert:

«Ein «Kapitalverlust» im Sinne des Aktienrechts (Art. 725 Abs. 1 OR) ist dann gegeben, wenn mit dem Bilanzverlust (Art. 663 a Abs. 4 OR) die Summe von Aktien-/Partizipationskapital und gesetzlichen Reserven mindestens zur Hälfte, aber noch nicht vollständig, aufgezehrt ist.»¹³

Diese gesellschaftsrechtliche «Alarmglocke»¹⁴ verpflichtet den Verwaltungsrat, unverzüglich die Sanierung vorzubereiten und eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen. Anlässlich dieser werden die Aktionäre über die kritische Vermögenslage orientiert und können über vom Verwaltungsrat vorzuschlagende Massnahmen zur Sanierung beschliessen.¹⁵ Sofern eine Sanierung nicht gelingt und der Verwaltungsrat, dem die ständige Überwachung der wirtschaftlichen und finanziellen Lage obliegt, eine weitere Verschlechterung der Eigenkapitalsituation feststellt, welche Anlass zur begründeten Besorgnis einer Überschuldung gibt, hat er die in Art. 725 Abs. 2 OR enthaltenen Pflichten zu beachten.

4.3 Überschuldung und damit einhergehende Pflichten

Wann genau der Verwaltungsrat eine begründete Besorgnis, dass eine Überschuldung vorliegt, haben muss, ist im Einzelfall zu beurteilen und hängt vom Zustand der Bilanz wie auch von anderen Anzeichen – so etwa einer fortwährenden Geldvernichtung durch den Betrieb, einem zunehmenden Rückstellungsbedarf usw. – ab.

Sobald der Verwaltungsrat im Rahmen seiner pflichtgemässen Sorgfalt und ordnungsgemässen Geschäftsführung eine begründete Besorgnis einer Überschuldung hat oder haben muss, schreibt das Gesetz diesem vor, eine Zwischenbilanz zu Fortführungswerten zu erstellen.¹⁶ Dabei geht es darum festzustellen, ob die Aktiven das Fremdkapital noch decken, d.h. ob überhaupt noch Eigenkapital vorhanden ist. Sofern die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr gedeckt sind und mithin eine Überschuldung vorliegt, ist vom Verwaltungsrat zudem eine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten zu erstellen. Dies führt fast immer zu einer Schrumpfung des Wertes der Aktiven, zu zah-

7 Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Zürich 2009, Band 1, Kapitel 6.27: «Im schweizerischen Schrifttum hat sich die Unterscheidung der stillen Reserven in Zwangsreserven, Ermessensreserven und Verwaltungs- oder Willkürreserven eingebürgert. Zwangsreserven entstehen durch die gesetzlichen Höchstbewertungsvorschriften und durch die Entwicklung des tatsächlichen Wertes. Ermessensreserven werden durch Anwendung des Vorsichtsprinzips und Verwaltungsreserven durch willkürliche Bewertungsansätze gebildet. Unter den stillen Reserven, die nach Art. 663 b Ziff. 8 OR bei einer Nettoauflösung Gegenstand der Berichterstattung im Anhang werden, versteht man die Differenz zwischen den Buchwerten und den aktienrechtlich zulässigen Höchstwerten.»

8 Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung (Fn. 7), Band 2, Abschlussprüfung, S. 22: «Die Stakeholder stellen an die Arbeit der Prüfer unterschiedliche Erwartungen. Oft gehen sie davon aus, dass ein uneingeschränktes Testat durch den Prüfer beispielsweise bedeutet, dass die Gesellschaft nicht in Konkurs gehen wird, keine Verstösse stattgefunden haben, die Gesellschaft in allen Belangen gesetzeskonform gehandelt hat und kompetent geführt wird, ... Diese Erwartungen gehen jedoch über die Aufgabe der Revisionsstelle, wie sie sich aus den gesetzlichen Bestimmungen und den Regelungen des Berufsstands ergibt, hinaus.»

9 PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 13 N 708a.

10 ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2008, Art. 716 a N 33; PETER BÖCKLI (Fn. 9), § 13 N 402.

11 Gesamtbeiträge der allgemeinen Reserve, Reserve für eigene Aktien und Aufwertungsreserve.

12 Vgl. zur Aufwertung Art. 670 OR.

13 Schweizer Prüfungsstandards, Zürich, Ausgabe 2010, PS 290-B.

14 PETER BÖCKLI (Fn. 9), § 13 N 713.

15 HANSPETER WÜSTINER, Basler Kommentar (Fn. 10), Art. 725 N 28.

16 Art. 725 Abs. 2 OR.

lungsunwilligeren Debitoren und zu zusätzlichen Kosten (Stillelegungen, Rücktritte, Vertragsauflösungen, etc.), was mit dem Begriff des «Sturzes vom Bewertungssockel» umschrieben wird.¹⁷

Die Bilanz zu Fortführungs- wie auch zu Veräusserungswerten sind alsdann von Gesetzes wegen einem zugelassenen Revisor zu unterbreiten. Dessen Prüfung soll sicherstellen, dass die Zahlen vom Verwaltungsrat nicht beschönigt werden. Entscheidend für das Vorliegen einer Überschuldung im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR sind mithin die vom zugelassenen Revisor nötigenfalls korrigierten und mit ergänzenden Zahlen versehenen Bilanzen¹⁸.

Liegt nach der vom zugelassenen Revisor geprüften Zwischenbilanz sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten eine Überschuldung vor, so hat der Verwaltungsrat die im Gesetz explizit als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe erwähnte Pflicht, den Richter darüber zu benachrichtigen.¹⁹ Davon darf – sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten – nur abgesehen werden, falls eine vernünftige Aussicht auf Sanierung innert einer kurzen Frist von vier bis sechs Wochen besteht;²⁰ wobei die bundesgerichtliche Rechtsprechung dem Verwaltungsrat als weitere Voraussetzung nur dann ein einstweiliges Absehen von der Benachrichtigung des Gerichts erlaubt, wenn neben einem aussichtsreichen Sanierungsplan auch noch gewährleistet ist, dass sich die Lage der Gläubiger nicht durch den Aufschub der Überschuldungsanzeige verschlechtert.²¹ Kommt der Verwaltungsrat diesen Pflichten nicht nach, so haftet er zusammen mit den übrigen Organen²² der Gesellschaft mit seinem Privatvermögen persönlich für den aus der Konkursverschleppung resultierenden Fortführungsschaden²³ zu Liquidationswerten. Die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung zeigt in aller Deutlichkeit auf, dass in dieser Phase das Haftungsrisiko des Verwaltungsrats stark erhöht ist.

Der Verwaltungsrat kann diese nicht delegierbare Pflicht nur sorgfältig wahrnehmen, wenn er gute Kenntnisse im Bereich der Rechnungslegung hat. Diese befähigen ihn, die richtigen Fragen zu stellen sowie die Zeichen eines verschlechterten Geschäftsganges bzw. eines Kapitalverlustes oder gar einer Überschuldung rechtzeitig zu erkennen und somit nicht Gefahr zu laufen, haftpflichtig zu werden. Für den Fortbestand der Gesellschaft aber ebenso wichtig ist ein frühzeitiges und entschiedenes Handeln seitens des Verwaltungsrats, welches spätestens nach der Feststellung eines hälftigen Kapitalverlusts mittels Sanierungsmassnahmen erfolgen muss.

5. Auswirkungen eines «Opting-outs»

Seit dem 1. Januar 2008 können Gesellschaften, die der eingeschränkten Revision unterliegen und im Jahresdurchschnitt nicht mehr als zehn Vollzeitstellen haben, mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre auf eine Revision gänzlich verzichten.²⁴ Dieses sogenannte «Opting-out» hat zur Folge, dass die Aktiengesellschaft grundsätzlich ohne das Organ «Revisionsstelle» dasteht und deshalb ihre Jahresrechnung auch nicht mehr durch diese überprüfen lässt. Zudem fällt damit auch häufig die einzige unabhängige Ansprechpartnerin des Verwaltungsrats für Fragen zur Rechnungslegung und dem internen Kontrollsystem weg.

Das «Opting-out» führt für die Aktiengesellschaft primär zu einer unmittelbaren Kostenersparnis, da die Aufwendungen für die Revision wegfallen. Dabei ist aber zu beachten, dass der Verwaltungsrat, welcher die unentziehbare und unübertragbare Verantwortung für die Ausgestaltung des Rechnungswesens, für die Erstellung der Jahresrechnung sowie für die Benachrichtigung des Richters im Falle einer Überschuldung trägt, dadurch sein Risiko von Pflichtverletzungen, welche seine Verantwortlichkeit auslösen, deutlich erhöht.²⁵

Der Verwaltungsrat erlangt von Fehlern in der Rechnungslegung, von sich ausdehnenden Risiken bis hin zum voranschreitenden finanziellen Zerfall mit der damit einhergehenden Überschuldung im Regelfall später Kenntnis, als wenn eine jährliche Prüfung durch eine unabhängige Revisionsstelle erfolgt wäre.²⁶ Die Revisionsstelle²⁷ hat aufgrund ihrer Stellung als Fachperson und der im Aktienrecht vorgesehenen persönlichen Haftung für Pflichtverletzungen tatsächlich eine wichtige Bedeutung in der Risikominimierung, sprich in der Erkennung allfälliger Schieflagen der Gesellschaft. Sie kann somit auch das Haftungsrisiko des Verwaltungsrats verringern. Im Falle eines «Opting-outs» hat es der Verwaltungsrat alleine in der Hand zu bestimmen, wann gemäss seiner Einschätzung eine begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht und dem ersatzweise beigezogenen Revisor die Zwischenbilanzen zur Prüfung unterbreitet werden müssen.²⁸ Damit fällt nicht nur die jährliche unabhängige Rechnungsprüfung weg, sondern es verzögert sich in aller Regel auch die in der Überschuldungssituation zu übernehmende ersatzweise Bilanzdeponierung im Falle der Unterlassung durch den Verwaltungsrat.²⁹

Da das «Opting-out» die Risikoexposition für den Verwaltungsrat in diesem besonders justiziablen Bereich deutlich erhöht, rät PETER FORSTMOSER, sich als Verwaltungsrat zumindest in

17 LUKAS GLANZMANN/VITO ROBERTO, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates in Sanierungssituationen, in: Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, Zürich 2004, S. 83.

18 PETER BÖCKLI (Fn. 9), § 13 N 773.

19 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR.

20 Statt vieler BGE 132 II 572 ff.

21 Urteil des Bundesgerichts 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001.

22 Eine Ausnahme bildet hier die Generalversammlung, für welche der Gesetzgeber keine Haftung als Organ vorgesehen hat.

23 Zur Definition des Fortführungsschadens: siehe z.B. BGE 4A_462/2009.

24 Art. 727a Abs. 2 OR.

25 ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Basler Kommentar (Fn. 10), Art. 727a OR N 34.

26 PETER BÖCKLI (Fn. 9), § 15 N 554.

27 Schweizer Prüfungsstandards, Zürich Ausgabe 2010, PS 290-U: «Auch wenn eine Überschuldung an sich jederzeit auftreten könnte, hat die Revisionsstelle nicht die Pflicht zur laufenden Überwachung der finanziellen Lage eines Unternehmens. Dies ist die ureigenste Aufgabe des Verwaltungsrats. Die Revisionsstelle hingegen ist nicht verpflichtet, ausserhalb ihrer normalen Prüfungsarbeiten Überwachungsmechanismen vorzusehen, um daraus mögliche Auswirkungen auf ihre Revisionsmandate abzuleiten ...».

28 Art. 725 Abs. 3 OR.

29 Art. 729c OR.

bestimmten Konstellationen keinesfalls darauf einzulassen.³⁰ Andere gehen noch weiter und unterstellen einem Verwaltungsrat, der einem «Opting-out» zustimmt, das Fehlen der minimalsten Professionalität sowie der geringsten Vernunft.³¹ Trotzdem wird von dieser Möglichkeit rege Gebrauch gemacht, wobei es sich insbesondere um relativ junge Unternehmen mit schwacher Bonität handeln soll und mithin dadurch das Risiko für Kreditgeber und Lieferanten erhöht wird.³²

Es kann diesbezüglich zusammenfassend festgestellt werden, dass gerade im Falle eines «Opting-outs» solide Kenntnisse im Bereich der Rechnungslegung unabdingbare Voraussetzung sind, ansonsten zufolge des Haftungsrisikos von der Übernahme von Verwaltungsratsmandaten abgeraten werden muss.

6. Praxisbeispiel

Anhand der fiktiven Handelsgesellschaft Muster AG soll im Folgenden beispielhaft dargestellt werden, wie sich eine intakte Bilanz, ein hälftiger Kapitalverlust und eine Überschuldung aus bilanzieller Sicht unterscheiden.³³ Zudem soll an diesem Beispiel auch auf die in der Praxis besonders häufig anzutreffende Problematik eines überbewerteten Aktivums bzw. von fehlenden Wertberichtigungen eingegangen werden.

I. Geschäftsjahr 200X:

| Bilanz per 31. 12. 200X | |
|--------------------------------|--------------|
| Aktiven | |
| Umlaufvermögen | 3 000 |
| Anlagevermögen | 400 |
| | 3 400 |
| Passiven | |
| Fremdkapital | 2 700 |
| Aktienkapital | 500 |
| Gesetzliche Reserve | 150 |
| Gewinnvortrag | 100 |
| Jahresverlust | -50 |
| Eigenkapital | 700 |
| | 3 400 |

Im Geschäftsjahr 200X wurde infolge rückläufiger Umsätze ein Verlust von 50 erzielt. Aufgrund der freien Reserven von 100

30 PETER FORSTMOSER, Das externe Verwaltungsratsmitglied in einer Konzern- tochtergesellschaft, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010, S. 36.

31 MICHAEL PFEIFFER, Mögliche Auswirkungen der kleinen und der grossen Aktienrechtsrevision auf die Stellung und Haftung des Verwaltungsrats, AJP 2009, S. 20.

32 Vgl. dazu: KMU-Portal der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 144 000 Schweizer KMU verzichten auf eine Revisionsstelle.

33 Die Beispiele werden jeweils anhand von stark vereinfachten Bilanzen betrachtet. Auf die Einhaltung der Minimalforderungen des Schweizerischen Obligationenrechts wurde im Sinne einer besseren Veranschaulichung bewusst verzichtet.

kann der Verlust mit den in der Vergangenheit einbehaltenen Gewinnen problemlos abgedeckt werden. Die Gesellschaft befindet sich somit nicht in der Situation von Art. 725 OR.

II. Geschäftsjahr 200X+1:

II-a. Provisorische Bilanz per 31. 12. 200X+1

| Provisorische Bilanz per 31. 12. 200X+1 | |
|--|--------------|
| Aktiven | |
| Umlaufvermögen | 3 150 |
| Anlagevermögen | 400 |
| | 3 550 |
| Passiven | |
| Fremdkapital | 2 700 |
| Aktienkapital | 500 |
| Gesetzliche Reserve | 150 |
| Gewinnvortrag | 50 |
| Jahresgewinn | 150 |
| Eigenkapital | 850 |
| | 3 550 |

Im Geschäftsjahr 200X+1 verschlechterte sich die Ertragslage zwar weiter, trotzdem weist der im Januar 200X+2 präsentierte provisorische Jahresabschluss einen Gewinn aus. Der Geschäftsführer erläutert stolz, dass aufgrund einer Personalreduktion und einer Reorganisation der internen Arbeitsabläufe die Kosten entsprechend reduziert werden konnten. Vom Leiter Verkauf erfährt man, dass die sich an Lager befindenden Produkte zwar nicht mehr ganz den aktuellen Anforderungen der Konsumenten genügen, doch aufgrund von geplanten Sonderaktionen und generellen Preisnachlässen ein Verkauf sehr wahrscheinlich sei. Beruhigt lehnt sich der Verwaltungsrat zurück und sieht gelassen der Revision der Jahresrechnung entgegen, welche für den Mai vorgesehen ist.

II-b. Definitive Bilanz per 31. 12. 200X+1

| Bilanz per 31. 12. 200X+1 | |
|----------------------------------|--------------|
| Aktiven | |
| Umlaufvermögen | 2 450 |
| Anlagevermögen | 400 |
| | 2 850 |
| Passiven | |
| Fremdkapital | 2 700 |
| Aktienkapital | 500 |
| Gesetzliche Reserve | 150 |
| Gewinnvortrag | 50 |
| Jahresverlust | -550 |
| Eigenkapital | 150 |
| | 2 850 |

Anlässlich der Prüfung der Jahresrechnung hinterfragt der Revisor die Werthaltigkeit der Vorräte kritisch. Insbesondere ist er der Meinung, dass aufgrund der Altersstruktur sowie der im Zusammenhang mit den Sonderaktionen geplanten Preisnachlässe eine Wertberichtigung erforderlich sei. Um eine Einschränkung bzw. allenfalls sogar einen Rückweisungsantrag im Revisionsstellenbericht zu vermeiden, stimmt der Geschäftsführer widerwillig einer Korrektur zu.

Der im Mai 200X+2 erstellte Revisionsstellenbericht beinhaltet dann für den Verwaltungsrat überraschend den folgenden Hinweis:

«Wir machen darauf aufmerksam, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist (Art. 725 Abs. 1 OR). Wir weisen darauf hin, dass es der Verwaltungsrat unterlassen hat, die Generalversammlung unverzüglich über den Verlust von mehr als der Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven zu orientieren und ihr Sanierungsmassnahmen zu beantragen.»³⁴

Erläuterung zum hälftigen Kapitalverlust:

In der obigen Bilanz beträgt das Total aus Aktienkapital und gesetzlichen Reserven 650. Dividiert man diesen Betrag durch 2, erhält man die für die Ermittlung des hälftigen Kapitalverlustes relevante Referenzgrösse von 325. Diese Bezugsgrösse ist nun mit der Differenz zwischen den vorhandenen Aktiven und dem Fremdkapital zu vergleichen (2850–2700 = Netto-Eigenkapital von 150). Da diese 150 zwar positiv, aber kleiner als die Referenzgrösse von 325 sind, befindet sich die Gesellschaft in der Situation des hälftigen Kapitalverlustes (Art. 725 Abs. 1 OR) und nicht in der Situation der Überschuldung (Art. 725 Abs. 2 OR).

III. Geschäftsjahr 200X+2

Um die Kosten zu reduzieren, schlägt der Geschäftsführer und Mehrheitsaktionär vor, künftig von einem Opting-out Gebrauch zu machen und auf eine Revisionsstelle zu verzichten.³⁵ Da die Revisionsstelle sowieso nichts vom Geschäft verstehe, könne man sich so zudem sinnlose Diskussionen ersparen und den Fokus auf die Sanierung und damit auf das operative Geschäft richten. Der Antrag wird von der Generalversammlung einstimmig gutgeheissen und die bisherige Revisionsstelle im Handelsregister gelöscht.

Da nun der gesamte Fokus auf das operative Geschäft gelegt wird, dauert es sehr lange, bis eine provisorische Jahresrechnung für das Geschäftsjahr 200X+2 erstellt werden kann. Trotz den (verspätet) definierten Sanierungsmassnahmen schrieb die Gesellschaft auch im Jahr 200X+2 weitere Verluste. Das gesamte Eigenkapital ist nun per 31. 12. 200X+2 aufgebraucht und die Gesellschaft befindet sich in der Situation der Überschuldung. Da

kein Gesellschaftsgläubiger einen Rangrücktritt gewähren möchte, muss der Verwaltungsrat umgehend einen Zwischenabschluss zu Fortführungs- und Liquidationswerten erstellen und durch einen zugelassenen Revisoren prüfen lassen.³⁶ Sofern die Gesellschaft auch zu Liquidationswerten überschuldet ist, muss der Verwaltungsrat nun, sofern nicht doch noch kurzfristige Sanierungsmassnahmen möglich sind, umgehend den Richter benachrichtigen.

| Bilanz per 31. 12. 200X+2 | |
|----------------------------------|--------------|
| Aktiven | |
| Umlaufvermögen | 2 600 |
| Anlagevermögen | 400 |
| | 3 000 |
| Passiven | |
| Fremdkapital | 3 500 |
| Aktienkapital | 500 |
| Gesetzliche Reserve | 150 |
| Verlustvortrag | –500 |
| Jahresverlust | <u>–650</u> |
| Eigenkapital | <u>–500</u> |
| | 3 000 |

Hätte der Verwaltungsrat aufgrund der knappen Eigenkapitalbasis darauf bestanden, dass der Jahresabschluss zeitnah erstellt und auch geprüft wird, hätte eine Überschuldung bereits zu einem deutlich früheren Zeitpunkt festgestellt werden können. Entsprechend geringer hätte sich bei einer angenommen linearen Entwicklung der Fortführungsschaden, der maximale Betrag, für den der Verwaltungsrat im schlechtesten Fall mit seinem privaten Vermögen solidarisches haftet, präsentiert.

7. Versicherbarkeit der Risiken

Wer nicht bereit ist, die aufgezeigten finanziellen Risiken eines Verwaltungsrats selbst zu tragen, kann sich gegen Forderungen im Zusammenhang mit Vermögensschäden wie beispielsweise aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit versichern lassen. Dabei gibt es die Möglichkeit, eine Kollektivversicherung für Organpersonen, eine zumeist D&O-Versicherung genannte Police abzuschliessen, über welche grundsätzlich alle ehemaligen, gegenwärtigen und zukünftigen Mitglieder des Verwaltungsrats Versicherungsschutz

34 Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, 2009, Band 2, Kapitel 7: Berichterstattung.

35 Pressletter «Neues Revisionsaufsichtsgesetz» von Creditreform vom 1.2.2011: «Untersuchungen der Creditreform zeigen, dass Firmen mit einer schwachen Bonität das Opting-out viel häufiger in Anspruch genommen haben als Firmen mit guter Bonität. Offensichtlich wiegt der Kostenfaktor schwerer als das Argument der Sicherheit durch eine Revision der Jahresrechnung.»

36 Schweizer Prüfungsstandards (PS) (Fn. 27), Art. 290-X: «Das Gesetz verlangt, dass die Überschuldungssituation anhand von geprüften Zwischenbilanzen zu beurteilen ist. In aller Regel verlangen auch die Gerichte für die Konkursöffnung oder die Gewährung eines Konkursaufschubs geprüfte Zwischenabschlüsse. Andererseits benötigt die Erstellung von Zwischenbilanzen unter Umständen zu viel Zeit. Es ist deshalb vertretbar, bei solchen Zwischenabschlüssen dann Vereinfachungen bei Prüfung und Bewertung vorzunehmen, wenn die Überschuldung offensichtlich und erheblich und eine Sanierung der Gesellschaft nicht möglich und nicht beabsichtigt ist. Massgebend ist die eindeutige Aussage von Verwaltungsrat und Revisionsstelle, dass die Gesellschaft überschuldet ist.»

geniessen. Versicherungsnehmerin und Prämienzahlerin ist das Unternehmen.³⁷

Insbesondere bei Rechtsanwälten in der Praxis sehr verbreitet ist der Abschluss eines Zusatzbausteins zur Berufshaftpflichtversicherung, mit welchem diese ihre nicht geschäftsführende Tätigkeit als Verwaltungsrat versichern lassen können.³⁸ Einige Anbieter führen – auch zur Unterstützung des Risikomanagements des Anwalts – vor Einschluss eines solchen Mandats eine Risikoprüfung durch. Dabei ist neben der finanziellen Situation unter anderem relevant, in welcher Branche eine Gesellschaft tätig ist, ob es sich um eine neu gegründete Gesellschaft handelt und ob das Unternehmen von einem «Opting-out» Gebrauch macht. Auch wenn dieses Vorgehen für den Versicherungsnehmer unter Umständen einen gewissen Mehraufwand bedeuten kann, hat er hier beim Einschluss des Mandats die Gewissheit, dass dieses auch effektiv versichert ist. Im Sinne eines Mehrwerts erfährt der Verwaltungsrat anlässlich einer solchen Prüfung auch, wenn das Konkursrisiko bei einer Gesellschaft als sehr hoch beurteilt wird und das Mandat deshalb in Ausnahmefällen nicht versicherbar ist. Andere Anbieter versichern solche Mandate ohne Risikoprüfung pauschal. Dies kann den Nachteil haben, dass erst im Schadenfall die fehlende Versicherungsdeckung festgestellt wird.

8. Fazit

Ausserhalb eines Konkurses oder Nachlassverfahrens wird ein Verwaltungsrat für allfällige Pflichtverletzungen eher selten belangt. Zwar beinhaltet die aktienrechtliche Verantwortlichkeit keine Vermögenserhaltungsgarantie, im Konkursfall wird von den geschädigten Gläubigern gegenüber den Organen einer Gesellschaft jedoch regelmässig versucht, einen Fortführungsschaden geltend zu machen. Entscheidend für den Verwaltungsrat ist deshalb, dass er eine sich abzeichnende Überschuldung frühzeitig erkennt und falls erforderlich den Richter informiert. Damit der Verwaltungsrat seine Pflicht zur Überwachung des Geschäftsgangs und der Finanzlage einer Gesellschaft nach Art. 716a OR wahrnehmen kann, sind ausreichende Kenntnisse im Bereich des Rechnungswesens unabdingbar. Zudem ist es nicht die Aufgabe einer Revisionsstelle, die finanzielle Lage einer Gesellschaft fortlaufend zu überwachen und den Verwaltungsrat unterjährig auf

eine mögliche Überschuldung aufmerksam zu machen. Diese Pflichten akzentuieren sich im Falle eines «Opting-outs» noch zusätzlich. Auch wenn diverse finanzielle Risiken durch den Abschluss einer D&O-Versicherung oder den Einschluss einer Verwaltungsratsdeckung in der Berufshaftpflichtversicherung an die Versicherungsgesellschaft transferiert werden können, bedeutet dies natürlich nicht, dass der Verwaltungsrat fortan seine vom Gesetz vorgesehenen Pflichten nicht mehr beachten muss.

Anlässlich des Anwaltskongresses im Juni 2011 in Luzern informiert Sie die AXA Winterthur vor Ort gerne darüber, wie sie die Risiken und damit die Versicherbarkeit spezifischer Mandate beurteilt.

Conclusion

En dehors des cas de faillite ou de procédure concordataire, il est assez rare qu'on demande à un membre de conseil d'administration de répondre d'éventuelles violations de ses obligations. Si la responsabilité qui découle du droit de la société anonyme n'implique pas de garantie en termes de maintien du patrimoine, il arrive fréquemment, en cas de faillite, que les créanciers lésés se retournent contre les organes d'une société en essayant de faire valoir un «dommage de poursuite d'exploitation» causé par un retardement de la faillite. Pour le conseil d'administration, il est donc décisif de détecter les premiers signes de surendettement de manière précoce et, si nécessaire, d'en informer le juge. Pour qu'un conseil d'administration puisse satisfaire à ses obligations en matière de contrôle de la marche des affaires et de la situation financière comme le prévoit l'art. 716a CO, il doit impérativement disposer de connaissances suffisantes dans le domaine de la comptabilité. Par ailleurs, on ne peut exiger d'un organe de révision qu'il contrôle la situation financière d'une entreprise en continu et attire, en cours d'année, l'attention du conseil d'administration sur un éventuel surendettement. Dans le cas d'un «opting-out», l'importance de ces obligations est encore accrue. Même si divers risques financiers peuvent être transférés à un assureur au moyen de la conclusion d'une assurance D&O ou de l'inclusion, dans l'assurance de la responsabilité civile professionnelle, d'une couverture pour les membres du conseil d'administration, ce dernier reste bien évidemment tenu de satisfaire aux obligations qui lui incombent de par la loi.

AXA Winterthur sera présente au Congrès des Avocats qui se tiendra en juin 2011 à Lucerne. Nous nous ferons un plaisir de vous présenter les risques liés à des mandats spécifiques ainsi que les possibilités d'assurer ces derniers. ■

37 MAX HALLER, Die D&O-Versicherung für KMU-Unternehmen, in: Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 2008, S. 249 ff., S. 255.

38 Vgl. zum Ganzen: THIERRY LUTERBACHER (Fn. 6), S. 128.

Christian Leupi*

«Durchklick» – Aufbewahrung elektronischer Dokumente

Stichworte: Durchklick, Aufbewahrung elektronischer Dokumente

Der elektronische Behördenverkehr sieht auf Seiten der Gerichte vor, dass diese von sich aus sogenannte Trägerwandel vornehmen dürfen, d.h. elektronische Eingaben in Dokumente in Papierform umwandeln und deren Echtheit «beglaubigen» können. Den Anwältinnen und Anwälten ist dieses Privileg nicht vergrünnt. Rechtsgültig und damit beweiskräftig ist bei elektronischen Eingaben an Behörden ausschliesslich das digital signierte Dokument.

Umgang mit digital signierten Dokumenten

Diese neue Ausgangslage stellt an die Anwältinnen und Anwälte, welche sich mit dem elektronischen Behördenverkehr befassen, erhöhte Anforderungen in Sachen IT-Sicherheit und IT-Infrastruktur. Dies gilt insbesondere im Bereich der Aufbewahrung elektronischer Dokumente. Die Annahme, man könne elektronisch unterschriebene Dokumente ausdrucken, den Ausdruck im Papierdossier ablegen und sei somit seinen Aufbewahrungspflichten nachgekommen, ist nämlich ein Trugschluss. Ein Ausdruck eines digital signierten Dokuments ist beweisrechtlich irrelevant. Massgeblich ist ausschliesslich die elektronische Form, da nur bei dieser die elektronische Signatur und damit der Unterzeichner bzw. die Authentizität des Dokuments überprüft werden kann. Bei Verlust des digital signierten Dokuments ist somit das «Original» verloren.

Was für elektronisch signierte Dateien gilt, kann ebenso auf E-Mails übertragen werden. Auch in Bezug auf E-Mails gilt, dass volle Beweiskraft nur dem elektronischen Dokument zukommt, nicht aber dem Ausdruck der E-Mail auf Papier.

Datensicherheit und elektronische Archivierung

Für Anwältinnen und Anwälte, die bereits heute schon mehrheitlich elektronisch kommunizieren, ist bekannt, dass sie vermehrt die grundsätzlichen Aspekte der IT-Sicherheit sowie insbesondere der physischen Datensicherheit zu beachten haben. Dies beinhaltet unter anderem die Spiegelung der Festplatten, ein Backupkonzept, regelmässige Backups sowie Überprüfung dieser Backups. Im Zusammenhang mit der Aufbewahrung (und Archivierung) elektronischer Daten ist dabei zusätzlich zu berücksichtigen, dass die Geschäftsbücherverordnung gewisse verbindliche Vorgaben macht. Grundsätzlich ist die elektronische Aufbewahrung zulässig, allerdings ist dafür zu sorgen, dass die elektronischen Belege nicht verändert werden können. Dies kann z.B. durch Abspeichern auf unveränderlichen Datenträgern oder mittels digitaler Signatur und Zeitstempel geschehen.

Fazit

Wer bisher bei der IT-Infrastruktur eher auf eine einfache Ausstattung gesetzt hat, wird vermutlich beim Umstieg auf den elektronischen Behördenverkehr nicht umhin kommen, insbesondere in die Datensicherheit zu investieren. Anwältinnen und Anwälte, welche bereits bis anhin in hohem Masse elektronisch kommuniziert und gearbeitet haben, dürften für die Herausforderungen des elektronischen Behördenverkehrs auch weiterhin technisch gerüstet sein.

Durchklick

Die Rubrik «Durchklick» vermittelt Ihnen praktische Tipps, Anregungen oder Neuigkeiten zum Elektronischen Rechtsverkehr oder zum Mitgliederausweis. Betreut wird sie von Kollege Christian Leupi, Luzern. Kommentare oder Anregungen nehmen wir unter info@sav-fsa.ch gerne entgegen.

Weitere wichtige Informationen rund um den Elektronischen Rechtsverkehr erhalten Sie zudem am 6. Anwaltskongress vom 23.–25. Juni 2011 in Luzern (mehr Infos unter www.anwaltskongress.ch). ■

* Lic. iur., MAS Business Information Technology, Partner bei Grossenbacher Rechtsanwälte, Luzern. www.gr-law.ch

Christian Leupi*

«Clic informatique» – Comment conserver ses documents électroniques?

Mot-clés: Clic informatique, questions/réponses en matière de communication électronique, conservation des documents électroniques

La législation sur la communication électronique permet aux autorités d'imprimer un acte qui leur a été transmis électroniquement et de joindre au document imprimé l'attestation selon laquelle il est bien conforme à l'acte électronique. Les avocats ne bénéficient pas d'un tel privilège: pour tout acte déposé électroniquement devant les autorités, seule la forme électronique de ce document constitue une preuve incontestable d'un point de vue juridique.

Comment l'avocat doit-il conserver les documents signés électroniquement?

Le principe général énoncé dans les remarques liminaires ment entraîne, pour les avocats qui communiquent électroniquement avec les autorités, des exigences accrues en matière de sécurité et d'infrastructure IT, notamment en matière de conservation des documents électroniques. Partir de l'idée qu'il suffit d'imprimer les documents signés électroniquement et de les archiver à la cave dans un dossier papier, d'en déduire ensuite que l'avocat a pleinement respecté son obligation de conserver les pièces du dossier, constitue un raisonnement dénué de toute pertinence et de tout fondement juridique. En effet, l'impression d'un document signé électroniquement ne constitue pas une preuve en soi, puisque seul le fichier du document permet de vérifier la validité de la signature électronique et son auteur. Ainsi, lorsque le document signé électroniquement n'existe plus sous la forme d'un fichier, c'est un peu comme si l'original avait été perdu.

Ces considérations s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux e-mails: l'e-mail signé électroniquement ne peut constituer une preuve irréfutable que lorsqu'il se rattache à un support électronique permettant de vérifier la signature et son auteur, et non lorsque l'e-mail a simplement été imprimé sur papier.

Comment maintenir la sécurité de ses données et archiver correctement ses documents électroniques?

Les avocats qui communiquent surtout électroniquement et qui ont donc l'habitude de travailler de cette manière savent qu'il

est nécessaire d'attacher une importance accrue aux questions fondamentales de la sécurité IT et du support matériel sur lequel seront enregistrées les données électroniques. Il s'agit notamment de déterminer un disque dur pour enregistrer ses documents électroniques, d'établir un algorithme de sauvegarde des données, et d'effectuer/vérifier régulièrement ses backups. En matière d'enregistrement et d'archivage de données électroniques, il convient par ailleurs de tenir compte de certaines exigences définies par l'Ordonnance concernant la tenue et la conservation des livres de comptes (Olico). Sur le principe, celle-ci admet le fait que les pièces comptables soient conservées électroniquement, à condition toutefois que les PJ ne puissent pas être modifiées au cours du temps. Cette condition peut notamment être réalisée en utilisant des supports non modifiables, ou encore en y apposant une signature électronique avec fonction horodatrice.

Résumé

L'avocat qui débute dans la communication électronique avec les autorités et qui s'était jusqu'à présent limité à une infrastructure IT élémentaire aura tout intérêt à investir dans ce domaine, notamment dans la sécurité des données. Quant aux avocats qui travaillent déjà massivement par le biais de la communication électronique, ils devront s'assurer que les exigences techniques précitées soient en permanence garanties, notamment celle de sauvegarder régulièrement les fichiers de documents signés électronique.

Questions/réponses en matière de communication électronique

La rubrique «Questions/réponses en matière de communication électronique» vous informe des nouveautés sur la communication électronique ou la carte de membre FSA et vous donne des conseils pratiques en la matière. M^e Christian Leupi, avocat à Lucerne, a eu l'amabilité de se charger de cette rubrique. Vos commentaires et autres suggestions sont les bienvenus sous info@sav-fsa.ch.

En matière de communication électronique, vous en apprendrez encore d'avantage lors du VI^e Congrès des avocats qui se tiendra du 23 au 25 juin 2011 (plus d'informations sous www.anwaltskongress.sav-fsa.ch). ■

* Licencié en droit, MAS Business Information Technology, associé chez Grossenbacher Rechtsanwälte, Lucerne. www.gr-law.ch

■ Verfassungsrecht/Droit constitutionnel (I)

Art. 29 Abs. 2, Art. 38 Abs. 1 aBStP; Entschädigung des amtlichen Verteidigers

Die Komplexität des Falls schlägt sich aber in erster Linie nicht in der Höhe des Stundenansatzes, sondern im zu entschädigenden zeitlichen Aufwand nieder. Je schwieriger ein Fall ist, desto mehr Stunden sind dem amtlichen Verteidiger zur Erarbeitung einer sachgemässen Verteidigungsstrategie (z.B. Aktenstudium, Besprechungen mit dem Klienten, Rechtsabklärungen) zuzugestehen. Hingegen ist bei der Bemessung des Stundenansatzes zu berücksichtigen, dass die im Verfahren verwendeten verschiedenen Fremdsprachen die Verteidigung zusätzlich erschwerten. Dabei stand dem Beschwerdeführer 2 für die deutsche Sprache ein Verteidiger zur Seite. Obschon dem Beschwerdeführer 2 die Beschäftigung mit anderen Mandanten während der Verhandlungstage nicht möglich war, ist eine Erhöhung des Stundenansatzes nicht angezeigt. Denn die entsprechende zeitliche Auslastung wird mit der Entschädigung für das amtliche Mandat abgegolten. Ob der Beschwerdeführer 2 weitere Klienten betreuen konnte, ist eine Frage der internen Büroorganisation (z.B. telefonische Erreichbarkeit des Sekretariats, Terminkoordination, allfällige Stellvertretung). Die Vorinstanz hat mit CHF 260.– einen über dem Durchschnitt liegenden Stundenansatz gewählt.

(Strafrechtliche Abteilung, 6B_106/2010, 22.2.2011, RAa c. Schweizerische Bundesanwaltschaft und Bundesstrafgericht; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 29 Abs. 2 BV; Parteientschädigung, Honorar des Officialverteidigers

Gemäss § 3 Abs. 1 der Tarifordnung beträgt das Honorar CHF 180.– bis CHF 350.– pro Stunde, je nach Schwierigkeit und Bedeutung der Sache, der damit verbundenen Verantwortung und den persönlichen und finanziellen Verhältnissen der zahlungspflichtigen oder der auftraggebenden Person.

Die Vorinstanz begründet den minimalen Stundenansatz im Wesentlichen mit der massiven Verschuldung des Beschwerdeführers. Wie dieser zutreffend vorbringt, ist nicht ersichtlich und wird im angefochtenen Entscheid auch nicht dargetan, inwiefern seine engen finanziellen Verhältnisse diesbezüglich schwerwiegend relevant sein sollten. Die Entschädigung wird aus der Gerichtskasse entrichtet, Schuldner ist mithin der Kanton. In ihrer Vernehmlassung hält die Vorinstanz fest, diesem Kriterium liege die Überlegung zu Grunde, dass der Anwalt nicht eine höhere Parteientschädigung beanspruchen könne, wenn die Zahlungsverpflichtung statt dem eigenen Mandanten dem Prozessgegner obliege. Dies überzeugt nicht. Werden (wie hier) einzig die finanziellen Verhältnisse des Auftraggebers herangezogen, so kann dies zu unhaltbaren Entschädigungen führen. Beispielsweise würde die der obsiegenden Partei, welche sich durch einen erbetenen Verteidiger vertreten lässt, von der Gegenseite auszurichtende Entschädigung umso tiefer ausfallen, je enger ihre (der obsiegenden Partei) finanziellen Verhältnisse wären. Umso grösser wäre gleichzeitig der Anteil der dem Rechtsvertreter geschuldeten Ent-

löhnung (welche sich nach Auftragsrecht bemisst), der durch die Prozessentschädigung nicht gedeckt würde. [...]

Bringt die Vorinstanz durch die Höhe ihrer Gebühr aber zum Ausdruck, dass das Verfahren auch in zweiter Instanz besondere Schwierigkeiten bot, respektive einen überdurchschnittlichen Aufwand mit sich brachte, so ist es widersprüchlich, wenn sie Solches im Rahmen der Entschädigung ausklammert.

(Strafrechtliche Abteilung, 6B_797/2010, 14.3.2011, X. c. Kantonsgericht Basel-Landschaft; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

■ Verwaltungsrecht/Droit administratif (II)

Art. 12 f., 17 ff. und 27 Abs. 1 BGFA; Verletzung von Berufsregeln

Haben die Parteien die Höhe der Anwaltsvergütung nicht klar geregelt, ist von einer Honorierung nach Stundenaufwand auszugehen (vgl. WALTER FELLMANN, in: Berner Kommentar zum OR, 1992, N. 395 ff. und 441 ff. zu Art. 394 OR; ders., Anwaltsrecht, S. 406 ff. Rz. 1211 ff.; BEAT HESS, Das Anwaltsgesetz des Bundes [BGFA] und seine Umsetzung durch die Kantone am Beispiel des Kantons Bern, ZBJV 140/2004 S. 119 f.; BOHNET/MARTENET, a.a.O., S. 1174 f. Rz. 2972). Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer selber angeblich «generell» mit Pauschalsummen abrechnet und er dem Verzeiger keinen Stundensatz mitgeteilt hatte.

Gegen eine Aufklärung darüber, dass ein Pauschalhonorar vereinbart werde, spricht auch, dass dieses den Angaben des Beschwerdeführers zufolge bloss eine «erste Phase» abgelten sollte. Wie schon die Aufsichtscommission beanstandet hat, legt er nicht eindeutig dar, worin diese Phase genau bestanden haben soll. Dieser Information bedarf ein potenzieller Klient, bevor er sich auf ein Pauschalhonorar einlässt, das nur einen Teil einer allenfalls notwendigen Vertretung abdeckt. Vor allem wenn ein Pauschalhonorar nicht die Anwaltsvergütung für den gesamten Rechtsstreit darstellen soll, setzt eine entsprechende Vereinbarung eine klare Bestimmung der jeweils abgegoltenen Leistungen voraus.

(II. sozialrechtliche Abteilung, 2C_247/2010, 16.2.2011, X. c. Verwaltungsgericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 12 LLCA; Conflit d'intérêts pour un avocat

La présente procédure porte sur la question de savoir si l'avocat X. se trouve dans une situation de conflit d'intérêts en assumant la défense du détective chargé par Y. de surveiller son épouse, alors que celle-ci est représentée dans sa procédure de divorce par un des associés de cet avocat, A.. Cette question revient à examiner si les intérêts de l'épouse et du détective sont contradictoires, de sorte que la défense de l'un(e) risque de porter atteinte à la position de l'autre.

Le litige opposant Y. à C. a pour objet le montant réclamé par ce dernier pour la surveillance de l'épouse. Pour défendre le détective, l'avocat recourant doit démontrer le bien-fondé des prestations fournies et peut donc être amené à révéler à Y. des faits concernant son épouse qui risquent de nuire à celle-ci dans le

cadre de la procédure de divorce. Parallèlement et comme retenu par le Juge suppléant (cf. jugement attaqué, let. C 3^{ème} par. p. 3 s.), en acceptant la défense du détective, l'avocat X. a révélé à son associé A. non seulement la surveillance dont sa cliente avait fait l'objet, mais encore « dans une certaine mesure en tout cas » le contenu et le résultat de cette mission et il a exposé le détective au reproche, qui lui a du reste été formulé, de violation de son obligation de discrétion. En outre, comme retenu par le Tribunal cantonal, les montants réclamés par le détective sont susceptibles de réduire la capacité financière de Y. et, partant, de diminuer potentiellement les prétentions de l'épouse.

En présence d'éléments concrets qui révèlent un risque de conflit d'intérêts, il importe peu que le risque d'un conflit se soit finalement matérialisé ou non. Comme le souligne expressément la jurisprudence, le fait qu'il y ait potentiellement un risque de conflit d'intérêts en raison des circonstances de l'espèce suffit (arrêts 2C_688/2009 du 25.3.2010 consid.3.1, in SJ 2010 I, p. 433, ainsi que 2C_427/2009 du 25.3.2010 consid.2.2 et 3.2; cf. aussi ATF 134 II 108 consid. 4 p. 111 ss).

Le Tribunal fédéral est donc de l'avis qu'un conflit d'intérêts ne peut pas être exclu.

(II^e Cour de droit public, 2C_885/2010, 22.2.2011, X. c/ Juge suppléant des districts de Martigny et St-Maurice; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bù)

Art. 89 Abs. 1 BGG; Beschwerdelegitimation

Die Beschwerdeführerin [Korporation Pfäffikon] wendet sich einzig gegen den Entschädigungspunkt und beanstandet die von der Vorinstanz verweigerte Ausrichtung einer Parteientschädigung.

Die Beschwerdelegitimation von Gemeinden oder anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften kann bei vermögensrechtlichen Interessen bestehen, etwa als Subventionsempfängerin, als Gläubigerin von Kausalabgaben, als lohnzahlungspflichtige öffentliche Arbeitgeberin oder als Erbringerin von Fürsorgeleistungen, aber auch bei Eingriffen in spezifische eigene öffentliche Sachanliegen (Urteil 1C_503/2009 vom 14. Januar 2010 E. 2.1). Zur Begründung des allgemeinen Beschwerderechts genügt aber nicht jedes beliebige, mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben direkt oder indirekt verbundene finanzielle Interesse (BGE 134 II 45 E. 2.2.1 S. 47 mit Hinweisen; BERNHARD WALDMANN, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum BGG 2008, N. 44 zu Art. 89). Insbesondere verschafft das allgemeine vermögensrechtliche Interesse, eine Parteientschädigung zugesprochen zu bekommen, keine solche Beschwerdeberechtigung. Ansonsten wäre jede im vorinstanzlichen Verfahren unterliegende Gemeinde oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaft im Entschädigungspunkt zur Beschwerdeführung gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG berechtigt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist sie vom Kostenentscheid auch nicht gleich einer Privatperson betroffen. Dies gilt auch dann, wenn – wie vorliegend – das kantonale Recht Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften bei anwaltschaftlicher Vertretung Privaten im Entschädigungspunkt gleichstellt. Denn auch diesfalls geht es einzig um die finanziellen

Folgen der Verwaltungstätigkeit der Beschwerdeführerin, welche sie in ihrer Stellung als erstinstanzlich verfügende Behörde treffen (vgl. zum ganzen Urteil 1C_224/2009 vom 26.4.2010 E. 2.2.2, nicht publ. in: 136 II 204; Urteil 1C_503/2009 vom 14.1.2010 E. 2.3).

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1C_79/2011, 10.3.2011, Korporation Pfäffikon c. A u.a. und Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 17 Abs. 4 lit. g BGG; Aufsichtsanzeige (BGG)

Zuständig für die Behandlung von Aufsichtsanzeigen ist gemäss Art. 17 Abs. 4 lit. g BGG die Verwaltungskommission; also nicht – wie von den Anzeigern irrtümlicherweise geltend gemacht – das Gesamtgericht des Bundesgerichts.

Vorab gilt es festzuhalten, dass dem Bundesgericht in seiner Funktion als Aufsichtsbehörde über die erstinstanzlichen eidgenössischen Gerichte keine Disziplinargewalt über die Richterinnen und Richter der beaufsichtigten Gerichte zukommt, da hierfür die gesetzliche Grundlage fehlt (HEINRICH KOLLER, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2008, N. 103 zu Art. 1 BGG; PAUL TSCHÜMPERLIN, Die Aufsicht des Bundesgerichts, SJZ 105 (2009) Nr. 10, S. 236 und S. 238). Eine Disziplinarmassnahme, wie sie die Anzeiger beantragen, fällt daher von vornherein ausser Betracht.

Die Aufsicht des Bundesgerichts über das Bundesverwaltungsgericht ist administrativer Art; die Rechtsprechung ist von der Aufsicht ausgenommen (Art. 2 Abs. 2 des Aufsichtsreglements des Bundesgerichts; SR 173.110.132). Der Umgang der beaufsichtigten Instanzen mit den Parteien fällt in die Aufsichtskompetenz des Bundesgerichts (Entscheide des Bundesgerichts 12T_1/2008 vom 18.7.2008 E. 3.2, 12T_2/2008 vom 25.8.2008 und 12T_3/2008 vom 10.10.2008). Dazu gehört auch die Frage, ob in einem Verfahren die Umgangsformen und der Anstand gewahrt wurden.

Vorliegend rügt der Anzeiger, die Zwischenverfügungen enthielten ungebührliche Ausführungen. Irgendwelche beleidigende oder herabsetzende Worte sind indessen in der beanstandeten Passage nicht auszumachen. Die Frage, ob der Hinweis auf Art. 60 Abs. 1 VwVG im vorliegenden Fall gerechtfertigt war, fällt sodann grundsätzlich in den Bereich der Rechtsanwendung, welchen das Bundesgericht im Aufsichtsverfahren nicht überprüfen kann.

Die Aufsichtsanzeige erweist sich damit als unbegründet; es ist ihr keine Folge zu geben.

(Verwaltungskommission, 16.3.2011, X. und Y. c. Bundesverwaltungsgericht, Verwaltungskommission; 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. 317 LP; Conversion d'un séquestre en saisie

D'après la doctrine, la reconnaissance d'un concordat homologué à l'étranger aboutit à l'ouverture d'une procédure ancillaire de

concordat, soumise aux art. 317 ss LP (par renvoi de l'art. 170 al. 1 LDIP), dans l'hypothèse où le débiteur abandonne aux créanciers ses biens localisés en Suisse (cf. doctrine citée). Or, dans le cas présent, le jugement soumis à reconnaissance est assimilable à un sursis concordataire, et non à un concordat homologué; de surcroît, le type de concordat proposé par la débitrice ne ressort pas des faits constatés par l'autorité cantonale.

L'autorité précédente a confirmé la décision de l'Office de convertir le séquestre en saisie définitive, puisqu'il n'existait en l'état aucun «concordat homologué au Brésil», ni de «décision reconnue et déclarée exécutable en Suisse à ce sujet», et que cette mesure avait été prise «hors la période de sursis concordataire».

À ce propos, le Tribunal de première instance de Genève a reconnu et déclaré exécutoire en Suisse le 29 octobre 2009 le jugement rendu le 13 mars 2009 par le Tribunal de Sao Paulo; il a considéré que les avis de droit produits par l'opposante ne rendaient pas «vraisemblable la caducité concrète de la suspension des poursuites à l'encontre de la requérante au Brésil au 11 septembre 2009», en sorte qu'il fallait admettre «que la procédure de sursis concordataire brésilienne n'est pas encore clôturée (recte: close)». Le 4 février 2010, la Cour de justice du canton de Genève a confirmé cette décision dans son principe, mais uniquement pour la période du «13 mars au 11 septembre 2009». La Cour de céans a annulé cet arrêt le 7 juillet suivant pour violation de l'art. 16 al. 1 LDIP; elle a jugé que l'autorité cantonale ne pouvait pas s'en remettre à la «détermination concordante» des parties quant à la durée, selon le droit brésilien, du sursis octroyé par le Tribunal de Sao Paulo; aussi, lui a-t-elle renvoyé la cause aux fins d'établir le contenu du droit brésilien.

Il résulte de ce qui précède que, lorsque l'Office a pris la mesure contestée, à savoir le 4 janvier 2010, la situation juridique des parties était réglée par une décision qui avait reconnu – sans limitation dans le temps – un sursis concordataire concédé à l'étranger et, partant, entraîné la suspension des poursuites contre la recourante en Suisse, ce qui faisait obstacle à la conversion du séquestre en saisie définitive (cf. GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, vol. IV, 2003, n° 14 ad art. 297 LP); à cet égard, peu importe que l'office n'ait pas eu connaissance de cette décision (cf. ATF 41 III 401; cf. pour l'art. 206 al. 1 LP: ATF 93 III 55 consid. 2). Certes, celle-ci n'était pas encore définitive, l'intimée l'ayant frappée d'appel le 10 novembre 2009; mais il n'en demeure pas moins que la question des effets temporels du sursis concordataire n'était pas encore résolue à ce moment-là; d'ailleurs, elle ne l'est toujours pas. Il est dès lors erroné d'affirmer que la conversion du séquestre en saisie serait intervenue «hors la période de sursis concordataire». Cela étant, il s'imposait de différer la décision à prendre et les opérations liées à la réquisition de l'intimée jusqu'à droit connu sur la reconnaissance du sursis concordataire brésilien, comme le demande à titre subsidiaire la recourante. En conclusion, le recours doit être admis.

(II^e Cour de droit civil, 5A_322/2010, 3.2.2011, X. en sursis concordataire c/Y.; publication prévue dans le RO. – condensé Bû)

Art. 192 al. 1 LDIP; Exclusion d'un recours

L'art. 192 al. 1 LDIP prévoit que, si les deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP.

Pour tenter de paralyser les effets de la renonciation à recourir, le recourant indique avoir invalidé avec succès la convention d'arbitrage incluant la clause de renonciation, au motif qu'il aurait conclu cette convention sous l'empire d'une crainte fondée. Comme tout contrat, une convention d'arbitrage peut être affectée d'un vice du consentement (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, 2^e éd. 2010, n° 235). Lorsqu'elle est régie par le droit suisse, elle peut ainsi être invalidée en cas de lésion (art. 21 CO), d'erreur essentielle (art. 23 ss CO), de dol (art. 28 CO) et de crainte fondée (art. 29 CO). Vice du consentement, la crainte fondée est celle qu'une personne – partie ou tiers – inspire à une autre, intentionnellement et sans droit, pour la déterminer à faire une déclaration de volonté. La cause de la crainte est la menace d'un mal futur dans l'hypothèse d'un refus d'obtempérer; elle vicie la volonté au stade de sa formation.

Aux termes de l'art. 30 al. 2 CO, la crainte de voir invoquer un droit ne peut être prise en considération que si la gêne de la partie menacée a été exploitée pour extorquer à celle-ci des avantages excessifs. En principe, n'est pas une menace sans droit le fait d'user d'un moyen licite qui cause un mal licite. Il doit toutefois y avoir adéquation entre le moyen et la fin que l'auteur se propose d'atteindre. L'expression «avantages excessifs» englobe aussi tout avantage inadéquat ou disproportionné par lequel celui qui menace d'invoquer un droit poursuit un but étranger à ce droit ou allant bien au-delà de son simple exercice, en violation des règles de la bonne foi (arrêt 4A_259/2009 du 5.8.2009 consid. 2.1.1 et l'auteur cité).

Si l'on comprend bien le recourant Y. avait déposé contre lui une plainte pénale injustifiée, qui avait entraîné l'ouverture d'une enquête aux Bahamas ainsi qu'une perquisition effectuée à l'aube à son domicile familial de Nassau en présence de son épouse et de ses enfants. Il en était résulté un état de crainte, provoqué à dessein par le trustee, qui avait amené le recourant à signer la convention d'arbitrage afin d'échapper aux inconvénients liés à l'existence d'une procédure pénale susceptible de porter atteinte à sa réputation. Par conséquent, la déclaration d'invalidation qu'il avait adressée à toutes les parties le 26 juillet 2005, une fois la procédure pénale bahamienne classée, serait efficace. Aussi la convention d'arbitrage et, partant, la renonciation au recours y figurant ne l'obligeraient-elles point.

Semblable argumentation ne convainc pas.

Le Tribunal fédéral relève entre autres que A.X. et B.X. s'étaient entourés de nombreux avis juridiques avant de signer la convention d'arbitrage; or, un tel constat n'est guère compatible avec l'idée d'une volonté de conclure manifestée dans l'urgence et sous la pression des événements. Par ailleurs, la prétendue me-

nace, dont il est ici question, ne consistait pas dans le dépôt d'une plainte pénale, puisque celle-ci avait déjà été déposée avant la signature de la convention d'arbitrage, mais bien plutôt dans le non-retrait de la plainte ayant donné lieu à l'ouverture de l'enquête pénale en cours. Il faudrait donc établir que le plaignant – en l'occurrence, Y. – avait indiqué à la partie menacée qu'il ne retirerait la plainte pénale que si cette partie acceptait de signer la convention d'arbitrage. Or, rien n'a été prouvé à cet égard.

Force est ainsi d'admettre que le vice du consentement allégué n'a pas été prouvé par la partie soi-disant menacée.

Invoquant l'art. 27 CC, le recourant plaide encore la nullité ab initio de la convention d'arbitrage. A l'en croire, il aurait aliéné sa liberté en soumettant au pouvoir discrétionnaire d'un arbitre unique le règlement de tous les litiges présents et futurs pouvant survenir entre les autres parties et lui, et ce sans aucune précision quant à l'objet de ces litiges. L'argument tombe manifestement à faux dans la mesure où il repose sur une prémisse erronée. Il ressort, en effet, du texte même de la convention d'arbitrage que les parties ont fait appel à l'arbitre unique afin qu'il tranchât, d'une part, les différends qu'il connaissait déjà pour avoir tenté de les régler à l'amiable avec elles (ch. 1.1 en liaison avec le ch. 1.2 let. a) et, d'autre part, les différends pouvant survenir en cours d'arbitrage (ch. 1.1 en liaison avec le ch. 1.2 let. b). C'est dire que l'arbitrage accepté par le recourant était limité aussi bien quant à son objet, même si celui-ci devait encore être précisé, que dans le temps. Au demeurant, si les intéressés ont fait appel à l'arbitre en question, c'est précisément parce que cette personne entretenait avec eux des relations professionnelles étroites et qu'ils avaient confiance en elle.

Les parties ont ainsi valablement renoncé à recourir contre tout prononcé de l'arbitre unique en insérant une clause ad hoc dans une convention d'arbitrage que le recourant n'a pas conclue sous l'empire d'une crainte fondée et qui n'est pas entachée de nullité. Dès lors, le présent recours doit être déclaré irrecevable.

(I^{re} Cour de droit civil, 4A_514/2010, 1.3.2011, A.X. c/ B.X, Y., arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

Art. 11 OJN/NE; Nullité d'un jugement, prorogation de compétence

Les recourants se plaignent d'arbitraire en tant que les juges cantonaux ont relevé d'office la nullité du jugement de première instance, au terme d'une procédure de trois ans et demi, alors que les défendeurs avaient tacitement renoncé à le faire. Ils se prévalent d'une jurisprudence de la Cour de cassation civile rendue à propos du défaut et selon laquelle, même en cas de nullité d'ordre public qui se prononce d'office, celui qui procède sans se prévaloir de la nullité est réputé y avoir renoncé tacitement et n'est plus habilité à le faire ultérieurement. Invoquant l'ATF 113 la 84, ils avancent également qu'un avocat, qui ne soulève pas le déclinatoire, est réputé avoir accepté la compétence d'une autorité judiciaire.

Selon la jurisprudence, la nullité d'une décision rendue par une autorité de juridiction n'est admise que si le vice dont elle est entachée est particulièrement grave, est manifeste ou du

moins facilement décelable et si, en outre, la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit. Hormis les cas prévus par la loi, la nullité ne doit être admise qu'exceptionnellement, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire. Des vices de fond n'entraînent qu'à de rares exceptions la nullité d'une décision; en revanche, de graves vices de procédure, ainsi que l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision sont des motifs de nullité (cf. arrêts cités).

En l'occurrence, les demandeurs ont saisi le tribunal de district en fonction d'une valeur litigieuse inférieure à CHF 20 000.–. Les défendeurs n'ont pas contesté cette valeur ni soulevé de déclinaire. Ledit tribunal a ainsi admis sa compétence et statué sur le fond. Sur la base de l'estimation effectuée par la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal, il ressort cependant que la valeur litigieuse de l'action fixée à CHF 25 000.– outrepassait la compétence du tribunal de district. Cela ne signifie toutefois pas encore que le jugement devait être annulé d'office. En l'espèce, le montant arrêté par la Cour de cassation repose sur une estimation de la valeur litigieuse qui pourrait en fait se révéler inférieure à la limite de CHF 20 000.– et établirait alors la compétence du tribunal saisi en première instance. En outre, la loi d'organisation judiciaire neuchâteloise permet aux parties de proroger la compétence par une déclaration expresse et par leur signature apposée sur le protocole ou un autre document établi devant le juge (art. 11 OJN). GULDENER est même d'avis que, lorsqu'une prorogation est possible, il convient, dans le doute, d'admettre l'acceptation tacite de la compétence afin d'éviter qu'une procédure déjà terminée ne devienne inutile et que le défendeur puisse garder en réserve une exception d'incompétence pour l'utiliser si l'issue du procès lui est défavorable, en violation des règles de la bonne foi (GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, p. 109). Dans ces conditions, on ne saurait parler d'une incompétence qualifiée du tribunal de district ni de circonstances telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire. La Cour de cassation est ainsi tombée dans l'arbitraire en constatant d'office la nullité du jugement de première instance. Il convient en conséquence d'admettre le recours, d'annuler l'arrêt querellé et de renvoyer la cause à l'autorité inférieure.

(II^e Cour de droit civil, 5A_647/2010, 10.3.2011, A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M c/ N, O, P, Q, R; arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

■ Sozialversicherungsrecht/Droit des assurances (V)

Art. 53 LPGA; Nouvelle demande

Le raisonnement des premiers juges, confus dans la mesure où ceux-ci semblent appliquer, pêle-mêle, dans le cadre d'une nouvelle requête de prestations les principes afférents à la révision procédurale au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA et à la reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA sans expliciter clairement leur démarche, viole manifestement le droit fédéral.

Quand l'administration entre en matière sur une nouvelle demande (cf. art. 87 al. 4 RAI), elle doit effectivement procéder de

la même manière que dans les cas de révision au sens de l'art. 17 al. 1 LPGA et comparer les circonstances prévalant lors de la nouvelle décision avec celles existant lors de la dernière décision entrée en force et reposant sur un examen matériel du droit à la rente (cf. ATF 133 V 108) pour déterminer si une modification notable du taux d'invalidité justifiant la révision du droit en question est intervenue. La reconsidération par substitution de motifs d'une décision est, en principe, admissible dans un tel cadre (cf. arrêts cités). Selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force et sur laquelle aucune autorité judiciaire ne s'est prononcée quant au fond à condition que ladite décision soit manifestement erronée et que sa rectification revête une importance notable (cf. art. 53 al. 2 LPGA; voir aussi arrêts cités).

Rien ne semble s'opposer à ce que la découverte de faits nouveaux importants ou la production de nouveaux moyens de preuve au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA (sur ces notions, cf. arrêt I 183/04 du 28.4.2005 consid. 2.2 in REAS 2005 p. 242) puissent servir à démontrer le caractère erroné de la décision initiale. Les conditions d'une telle construction juridique font cependant défaut en l'occurrence. En effet, il ne saurait d'abord être question de reconsidérer la décision du 7.2.2006 dans la mesure où deux autorités judiciaires se sont prononcées sur le fond du litige. L'expertise judiciaire ne peut ensuite être considérée comme un moyen de preuve nouveau mettant en évidence des faits nouveaux démontrant que la décision initiale était manifestement erronée. Si l'on compare les diagnostics et la capacité résiduelle de travail retenue par le docteur E. en 2003 (trouble somatoforme indifférencié et dysthymie laissant subsister une pleine capacité de travail avec une baisse de rendement d'au plus 20%) avec les mêmes éléments décrits par le docteur F. six ans après (trouble somatoforme indifférencié, épisode dépressif moyen et trouble anxieux mixte laissant subsister depuis 2003 une pleine capacité de travail avec une baisse de rendement de 35%), on constate qu'il s'agit clairement d'une appréciation différente de la même situation qui ne constitue ni un motif de révision ni un motif de reconsidération (cf. arrêt I 8/04 du 12.10.2005 in Plädoyer 2006/1, p. 64). La juridiction cantonale l'admet du reste explicitement (jugement attaqué, consid. 8 p. 18). On relèvera encore à cet égard que l'expert judiciaire mentionne expressément l'absence d'évolution significative depuis 2003 ou un état psychique inchangé depuis cette date.

Il apparaît ainsi que l'expertise du docteur F. n'établit nullement l'existence de faits nouveaux qui, selon sa théorie, pourraient démontrer le caractère erroné de la décision initiale et justifier sa reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA mais établit, au contraire, la stabilité de la situation médicale de l'assuré entre 2003 et 2009, ce qui a pour conséquence d'exclure l'application par analogie des principes de la révision au sens de l'art. 17 LPGA dans le cadre d'une nouvelle demande, une péjoration de l'état de santé n'étant pas réalisée, de sorte que le jugement entrepris doit être annulé.

(II^e Cour de droit social, 9C_412/2010, 22.2.2011, OCAI GE c/ B; arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

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 April-Ausgabe 2011 der **Praxis** Übersetzungen der unten aufgeführten BGE ins Deutsche.

| BGE | Praxis | Gegenstand |
|-------------|--------|--|
| 136 I 323 | Nr. 36 | Rechtsweggarantie; Abgrenzung zwischen anfechtbarem Entscheid und internem Verwaltungsakt; Versetzung eines Polizeifunktionärs |
| 136 II 470 | Nr. 37 | Binnenmarkt; gesamtschweizerische Anerkennung der von zwei Kantonen erteilten Unterrichtsbevilligung |
| 136 III 200 | Nr. 44 | Internationale Schiedsgerichtsbarkeit; Begriff und Einordnung der vorsorglichen Massnahmen |
| 136 III 392 | Nr. 42 | Arbeitsvertrag; Frage des unmittelbar anwendbaren Rechts eines Drittstaates |
| 136 III 502 | Nr. 39 | Schadenersatzklage; längere Verjährungsfrist nach Strafrecht; Bindungswirkung einer Einstellungsverfügung |
| 136 III 513 | Nr. 40 | Arbeitsvertrag; Missbräuchliche Kündigung; charakterliche Unzulänglichkeiten, die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirken |
| 136 III 552 | Nr. 41 | Arbeitsvertrag; Kündigung anlässlich einer Betriebsübertragung; Begriff der Betriebsübertragung |
| 136 IV 122 | Nr. 45 | Vernachlässigung von Unterstützungsspflichten; unverheiratete Eltern |
| 136 V 415 | Nr. 47 | Notwendiger Datenzugang des kontrollierten Arztes im Rahmen eines Überarztungsprozesses |

Die Praxis – 100. Jg. 2011 – ISSN 1017-8147 – erscheint monatlich;
www.legalis.ch

Felix Hunziker-Blum*

Elektronische Eingaben und SuisselD: Risikovermeidung oder Technologienutzung?

Stichworte: eGov, elektronische Übermittlung (ZPO), elektronische Zustellung (BGG, VwVG), SuisselD, Informatik

STEPHAN STULZ beschreibt in einem informativen und von Sachkunde zeugenden Beitrag¹ seine ersten Erfahrungen mit elektronischen Eingaben und Unterschriften unter Verwendung der SuisselD. Die Entwicklungsgeschichte bezeichnet er als kurvenreich. In einer Gesamtbetrachtung drängt sich der Eindruck auf, es sei ein zu weit entfernt liegendes Ziel anvisiert worden. Das Konzept mit dem weissen Stecker könnte, den Gesetzen der Ballistik² folgend, als Steckschuss enden.

Telekommunikation und Swissness im Recht

Das Bundesgericht hat schon mehrfach darauf hingewiesen, «dass in der Schweiz seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat (BGE 67 II 74 E. 2)»³. Diese Grundeinstellung des Gesetzgebers, aber auch der Verwaltung und der Gerichte⁴ zeigte sich vor 100 Jahren am 30. März 1911 darin, wie der Gesetzgeber mit der Telefonie umging, nämlich mit der einfachen *factio iuris et de iure*: «Wenn die Vertragschliessenden oder ihre Bevollmächtigten sich persönlich des Telefons bedienen, so gilt der Vertrag als unter Anwesenden abgeschlossen» (Art. 4 Abs. 2 OR). ANDREAS VON TUHR⁵ hat das wahrscheinlich gar nicht als epochal wahrgenommen. Ein Jurist konnte die damalige Technologie von Schwachstromanlagen noch gut selber verstehen. Die betreffende Kommentarstelle VON TUHR⁵ wurde dann unverändert in die 3. Auflage 1979⁶ übernommen, da die Telefonie bis dann im wesentlichen nur in der Vermittlungstechnik Fortschritte gemacht hatte (statt manuelles Stöpseln: Drehwähler am Hausapparat, Schrittschalter in den Zentralen, schliesslich erste elektronische Schalter). Die Frage der Identifikation der persönlichen Telefonbediener war sogar noch 1973 keine Überlegung wert.⁷ Eine Identifikation der Anruferstation mit Nummern war erst ab den 90er Jahren möglich. Noch heute ist die Kommentie-

rung dieser Bestimmung ausgesprochen spärlich. Sie hat sich als derart klar erwiesen und bewährt, dass es zu Art. 4 Abs. 2 OR trotz Telesales bis heute offenbar keine Präjudizien gibt⁸.

Während gut neun Dezentennien folgte die Schweizer Gesetzgebung dieser «einfachen und praktischen Rechtsauffassung». Etwa zur Jahrtausendwende begannen Überlegungen zur elektronischen Kommunikation im Amtsverkehr. Das Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (ZertES⁹) brachte dann 2003 eine Abkehr von der erwähnten Rechtsauffassung und der entsprechend bewährten Überlieferung, im Widerspruch zur Erfahrung, dass Fortschritt bisher stets mit Informationsaustausch erreicht wurde.¹⁰

Industrialisierung des Rechtschaffens

Mit der Entwicklung der Informatik und der Telekommunikation und namentlich mit der Internettechnologie lösten sich die Institutionen und Berufe des Rechtswesens von den handwerklichen Fertigungstechniken der Folianten-Ära, vom Betriebsbeamten bis zum Rechtsprofessor, vom Grundbuchamt bis zum Bundesgericht. Anschauliches Beispiel dieser Industrialisierung sind die drei neuen Produktionsstrassen des Bundesgerichts (Zivilsachen, Strafsachen, öffentlichrechtliche Angelegenheiten) mit dem quer dahinter liegenden Grundrechts-Reinigungs-Tauchbad¹¹ für alle drei Fallrechtsproduktionsstrassen. Wegleitend dafür waren entsprechende Bestrebungen in der Dienstleistungsbranche. Die Vision: «durchgängige Prozesse ohne Medienbruch oder Trägerwandel». Seit den 90er-Jahren nahm diese Industrialisierung des Rechtschaffens zu, und sie ist wahrscheinlich noch nicht abgeschlossen. Das liesse es ratsam erscheinen, der Entwicklung vorerst einen weiten Raum zu lassen, ihr jedenfalls nicht vorzugreifen, sondern sich zunächst auf die Bekämpfung von Missbräuchen zu beschränken, so es denn solche geben sollte.

Diejenigen, die die Gesetze der Ballistik nicht kannten und trotzdem ein weit entferntes Ziel anvisierten,¹² verfolgten nicht das Ziel einer möglichst breiten Marschachse¹³, sondern waren auf Nebenziele fixiert:

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Schaffhausen. Der Autor schreibt diesen Beitrag als hauptberuflicher Partner einer kleineren Anwaltskanzlei in Zürich. Als nebenamtlicher Präsident des Institutsrates des Eidg. Instituts für Geistiges Eigentum verwendet er in diesem Beitrag dort bezogene Informationen.

1 Elektronische Eingaben und Unterschriften, SuisselD: Lücken und Tücken, erste Erfahrungen, Anwaltsrevue 2011, S. 76 ff.

2 Hauptmann MICHAEL AMREIN und Oberleutnant CHRISTIAN BURKHALTER, Kurzes Repetitorium der Artillerie-Wissenschaft, Kommissionsverlag Beer, Zürich 2010. Zur Aussenballistik: S. 30 ff.

3 BGE 127 III 73 S. 80 E. 5 f, 120 II 117 E. 3 c: «Praktikabilität».

4 Vgl. hinten vor Fn. 19.

5 Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, I. Halbband, Tübingen 1924, § 24 S. 162.

6 VON TUHR/PETER, Zürich 1979.

7 SCHÖNENBERGER/JÄGGI im Zürcher Kommentar zum OR, N 4 zu Art. 4 OR, Zürich 1973.

8 GAUCH/AEPLI/STÖCKLI, Präjudizienbuch zum OR, bei Art. 4 OR.

9 Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur vom 19. Dezember 2003, SR 943.03.

10 MAX F. BRETSCHER, Leserbrief an die NZZ, 3.3.2011.

11 Art. 113 BGG.

12 Weite Schussweiten bedeuten u.a.: Inkaufnahme grosser Längen- und Breitenstreuungen, AMREIN/BURKHALTER, S. 29; und 50% aller Schüsse fallen ohnehin hinter die Ziellinie.

13 BILL CLINTON prägte den Begriff «data highway».

- «a. ein breites Angebot an sicheren Diensten der elektronischen Zertifizierung zu fördern;
- b. die Verwendung qualifizierter elektronischer Signaturen zu begünstigen;
- c. die internationale Anerkennung der Anbieterinnen von Zertifizierungsdiensten und ihrer Leistungen zu ermöglichen.»¹⁴

Die Priorisierung solcher Nebenziele passt aber nicht zur Entwicklung der elektronischen Kommunikation und im Besonderen zu den Perspektiven der Industrialisierung des Rechtschaffens und der Dienstleistungsbranche überhaupt. Das Resultat präsentiert sich nun im eGov-Konzept von VwVG, VeÜ-VwV, ZertES, ReRBGer, VeÜ-ZSSchK¹⁵, den neuen Produktionshandbüchern BGG, ZPO, StPO, und in Art. 14 Abs. 2^{bis} und 59a OR. Mit dieser strengen und doch weitläufigen Regulierung riskiert die elektronische Kommunikation mit Amtsstellen und Gerichten auf einem schmalen Weg mit vielen Kontrollposten zu bleiben, und vor allem: von der technischen und gesellschaftlichen Entwicklung bald überholt zu werden.

Die Zielwahl hätte am grossen Vorbild Mass nehmen können: Art. 4 Abs. 2 OR bezweckte 1911 noch die *Nutzung* neuer Technologie und die *Ermöglichung* des Vertragsschlusses per Telefon, nicht die Identifikation der Gesprächsteilnehmer oder die Übermittlung der Unterschrift. Dieser telefonische Handschlag gilt auch heute noch; dagegen hat die Unterschrift per Telefax bloss beschränkte Akzeptanz.¹⁶

Es gibt stets Alternativen

STULZ verweist in seinem Beitrag auf die elektronische Kommunikation mit dem Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (IGE). Tatsächlich führte das IGE bereits 2002 ein bewusst kundenfreundliches Kommunikationssystem für die Markenmeldung ein: e-trademark. Dessen Einführung wurde mit einem Einführungsrabatt gefördert. Da die Einführungsphase füglich als abgeschlossen betrachtet werden konnte, als über 95% aller Markenmeldungen auf elektronischem Weg erfolgten, wurde der Einführungsrabatt wie schon ursprünglich geplant per 1. 1. 2010 aufgehoben. Die Mehreinnahmen wurden dann in ein Anschluss-Projekt investiert: Seit dem 1. 7. 2010 offeriert das IGE in allen Schutzrechtsbereichen eine vereinfachte elektronische Kommunikation¹⁷. Die eGov des IGE basiert entscheidend darauf, dass das Unterschriftserfordernis grundsätzlich¹⁸ abgeschafft und das IGE ermächtigt wurde, auch für weitere Eingaben von einer Originalunterschrift abzusehen. Dieser bewusste Schritt dürfte

entscheidend für den Erfolg des eGov-Konzepts des IGE gewesen sein, weil er an die bewährte Überlieferung des Art. 4 Abs. 2 OR anknüpft und auf eine abgesicherte Identifikation verzichtet.

Es ergab sich während der Redaktion dieses Beitrags, dass zwei Beweisaufgabebeschlüsse zugestellt wurden. Für den Anwalt ist arbeitstechnisch hilfreich, wenn er seine Beweisantretungsschrift auf der Basis des «file» des Beweisaufgabebeschlusses redigieren kann. Je ein Telefon mit den beiden Gerichtsschreibern genügte, und die beiden files trafen per E-Mail ein. In keinem Falle wurde ein schriftliches Gesuch verlangt, und eine Identifikation des den Gerichtsschreibern weder persönlich noch stimmlich bekannten Anrufers unterblieb. Im einen Fall genügte es gar, den Wunsch und die E-Mail-Adresse bei der Telefonistin des Gerichts zu deponieren; der Gerichtsschreiber war beim Folge-Anruf anderntags bereits informiert. Eine Ehrenmeldung den drei erwähnten Mitarbeitern und ihren Gerichtspräsidenten für die Kundenfreundlichkeit dieser beiden Gerichte!¹⁹

Anscheinend ist aber der Verzicht auf Unterschrift und Identifikation im elektronischen Verkehr mit Gerichten und Amtsstellen im Gesetzgebungsprozess auf starke Bedenken gestossen. Der Wille, wie schon 1911 mit Art. 4 Abs. 2 OR eine «einfache und praktische» Lösung zu finden, setzte sich auch in der Justizreform nicht durch.

Nur der Kundenwunsch führt zu Akzeptanz

Wer mit Informatikprojekten einige Erfahrungen gemacht hat, weiss, dass «Der Hang zum Gesamtkunstwerk»²⁰ sehr oft zum kapitalen Risiko eines solchen Projekts wird. Und je komplexer ein Projekt letztlich gerät, desto schwieriger ist die Aufgabe am Projektende, Kunden vom fertigen Produkt zu überzeugen und es zu verkaufen.

Der Verfasser nahm am 21. Januar 2011 im Kongresshaus Zürich an der Roadshow des SAV zur Einführung der SuisseID teil. Ein Referent zeigte verschiedene Slides, und ein Handout lag auf. Auf die Frage, ob zwischen den in der Präsentation verwendeten vier Begriffen «privater Schlüssel», «Signaturschlüssel», «SuisseID» und «Sichtausweis» ein Unterschied bestehe, verwies der Referent den Verfasser freundlich auf die Ausführungen nach der Kaffeepause. Das bestätigte dem Verfasser den Eindruck aus den Unterlagen zur SuisseID, das Konzept und das Produkt seien hochkomplex und nicht wirklich für den Gebrauch durch durchschnittliche Informatiknutzer geschaffen worden. Die erhaltenen Informationen zum Konzept der SuisseID und die erwähnte Antwort erinnerten den Verfasser an das Schaffhauser Mundartwort *bärhämmig*²¹, aber auch daran, dass auf ihn Dringenderes als die

¹⁴ Art. 1 Abs. 2 ZertES.

¹⁵ Verordnung vom 18. Juni 2010 über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren, SR 272.1.

¹⁶ BGE 127 III 181: E. 4.a zu Art. VwVG 52 (Unterschriftserfordernis, unverändert), dagegen E. 4.b bestätigend zum mündlichen oder eben auch gefaxten Rechtsvorschlag.

¹⁷ Details finden sich unter <https://www.ige.ch/ueber-uns/kontakt/kommunikationswege-des-ige.html>; ein weiterer Ausbau per 1. 7. 2011 ist in Vorbereitung.

¹⁸ Zu beachten: https://ekomm.ipi.ch/content/de/Nutzungsbedingungen_DE.pdf

¹⁹ «einfach und praktisch». Auf ein kürzlich «händisch» an der Loge abgegebenes Gesuch um vorsorgliche Massnahmen reagierte das Zürcher Obergericht gleichentags mit einer an die Parteianwälte gefaxten Verfügung, «einfach und praktisch». Solche Ehrenmeldungen haben aber auch viele andere Gerichte verdient.

²⁰ Titel einer Ausstellung im Zürcher Kunsthaus 1983.

²¹ ALFRED RICHLI/HEINZ GALLMANN, Schaffhauser Mundartwörterbuch, 2003, S. 81: 1. steifbeinig, schenkellahm (Tiere). *S Ross isch baarhämmig wore, und glii drufabe hät mes möse abtoo.* 2. ungelenkt, steif nach langem Sitzen. 3. stur, widerspenstig.

Einführung der SuisseID wartete, und er verliess die Roadshow Richtung Kanzlei.

Für eine Anwaltskanzlei hat die Einführung der SuisseID deutlich erkennbaren Projektcharakter. Anwälte haben in der Mandatsbearbeitung zwar auch Projekterfahrungen sammeln können, sind aber keine Informatikpioniere, sind auch nicht first followers. Auch Anwälte kaufen nur, was sie überzeugt und für sie attraktiv ist, wie das andere Konsumenten auch dürfen. Dazu kann auch STULZ nicht bestätigen, ob das ganze Konzept mit seinen vielen Optionen und Applikationen, auch mit den anscheinend noch nicht fertig normierten Zutrittsplattformen als passages obligés bei den Amtsstellen, dem Anwalt überhaupt einen Zusatznutzen bringt. Vermutlich wird es bei einigen Kolleginnen und Kollegen, die an Informatik wirklich Freude haben und schon bisher viel Zeit darin investierten, Anklang finden.²² Ob sich das Konzept auch bei den Amtsstellen kostensparend auswirkt, ist ebenfalls offen. Einige kleinere Kantone scheinen ihren Aufwand nach den Erfahrungen mit ZPO- und StPO-eGov einstweilen auf ihre Gerichte beschränken zu wollen. Die Wirtschaftsverbände berichten von Vorbehalten gegen SuisseID bezüglich Sicherheit von Unternehmerseite und vermissen Hinweise bezüglich Handlungsvollmachten der Geschäftspartner. «Die aktuelle Fassung der SuisseID genügt damit den Erfordernissen der Wirtschaft nicht».²³

Auch Risikoaversion verhindert Akzeptanz

Ein mittleres bis grosses Unternehmen kann Informatikprojekte mit eigenen Spezialisten realisieren. Kleinere und mittlere Anwaltskanzleien haben die entsprechenden Ressourcen nicht und hätten auch nicht das Kommunikationsvolumen einer Grosskanzlei. Die Sorgfaltspflichten der Anwälte werden von den Amtsstellen und Gerichten laufend schärfer beurteilt. Das Risiko, mit dem Projekt einer SuisseID-Einführung in der Kanzlei oder später einmal in der Anwendung unter dem berufsspezifischen Zeitdruck zu scheitern, einen Fehler zu begehen oder von der Technik irgendwo auf der Strecke zwischen Kanzlei und Zutrittsportal kurz vor Freitag-Mitternacht im Stiche gelassen zu werden, ist für etliche kleine und mittlere Anwaltskanzleien deutlich zu gross. Ein Care-Team, ein Informatiker der letzten Stunde, ist nicht auf Piktett. Auch der finanzielle und organisatorische Aufwand, der im Rahmen einer Implementierung in den Kanzleibetrieb für eine Risikobewältigung getrieben werden müsste, wäre erheblich und später auch für die Betriebsphase nicht zu unterschätzen²⁴ und

würde dennoch nie zu 100% genügen. Die Risiken, die STULZ am Schluss seines Beitrags aufführt, bewegen anscheinend etliche Anwälte zum Abwarten oder gar zu einer Risikovermeidungsstrategie, weil sie solche Risiken nicht bewältigen können. Die Dringlichschalter der Poststellen dürften deshalb ihre Berechtigung solange behalten, bis eine «einfache und praktische» Lösung zur Verfügung steht, die aus dem Grundgedanken des Art. 4 Abs. 2 OR weiterentwickelt wurde. In einem einzigen Artikel oder sogar Absatz.

In diesem Kontext ist es nicht zu kritisieren, sondern im Gegenteil gut verständlich, dass sich bisher nicht alle kantonalen Gerichtsorganisationen vom Konzept mit dem weissen Stecker überzeugen liessen. Aus Justizkreisen wurde die Frage aufgeworfen, ob es den Lösungen der SuisseID-Pionierkantone nicht noch an einer wirklichen Compliance fehle.

Im Rückblick scheint es fast, als sei das Konzept für elektronische Eingaben und Unterschriften von einer Risikoaversion des Gesetzgebers getragen statt vom Willen, neue Technologie zu nutzen, wie das 1911 noch der Leitgedanke gewesen sein muss. Es fragt sich gar, ob die in ZertES und Art. 14 Abs. 2^{bis} und 50a OR erkennbare Risikoaversion die potenziellen Nutzer von SuisseID zusätzlich zu einer eigenen Risikovermeidungsstrategie motivieren könnte. STULZ ist deshalb auch unter diesem Aspekt zuzustimmen, wenn er schreibt:

«Entscheidend ist also immer auch die Einstellung der Beteiligten. Nimmt man die sich immer wieder neu ergebenden elektronischen Möglichkeiten als Chancen und Herausforderung wahr, dann halten elektronische Innovationen schnell Einzug in den Alltag und umgekehrt.»²⁵

Die «Einstellung der Beteiligten» war offenbar 1911 noch eine andere als 100 Jahre später. War früher vielleicht doch alles besser?

Zurück zur Ballistik: Bloss 3–4% der chemischen Energie in einer Schwarzpulverladung haben im historischen Mörser eine direkte Beschleunigungswirkung auf die Kugel; der Rest wird zu Wärme umgewandelt.²⁶ Wird der Wirkungsgrad der weissen Stecker grösser werden als der des schwarzen Pulvers? Die am 31. März 2011 präsentierten Zahlen aus dem eGov der Zürcher Gerichte lassen eine solche Entwicklung nicht erkennen. Derweil bleiben der SAV-Sichtausweis und der weisse Stecker des Verfassers abgesichert hiberniert, um die Risiken, die sich aus Art. 59a OR ergeben, zu vermeiden. ■

22 So anscheinend NICOLAS HÄRTSCH, E-Rechtsverkehr: Das Wichtigste zum Start, plädoyer 1/11, S. 71.

23 ICTswitzerland, economisuisse: digitale agenda 2020, März 2011.

24 Vgl. STULZ (Fn. 1), passim.

25 STULZ (Fn. 1), S. 76.

26 AMREIN/BURKHALTER (Fn. 2), S. 38, S. 18.

Jahresbericht 2010/2011 (Delegiertenversammlung vom 24. Juni 2011 in Luzern)

Rapport annuel 2010/2011 (Assemblée des délégués du 24 juin 2011 à Lucerne)

Einleitung (Brenno Brunoni)

Im zweiten und gleichzeitig letzten Jahr meines Präsidiums haben wir in verschiedenen Projekten markante Fortschritte gemacht, zu denen ich Ihnen im Folgenden eine kurze Zusammenfassung geben möchte:

Projekt «Anwaltsgesetz»

Wie inzwischen bekannt, arbeitet der SAV zurzeit mit grossem Eifer an einem Entwurf für ein eidgenössisches Anwaltsgesetz. Dabei handelt es sich um eine einheitliche Regelung des Berufs auf Bundesebene, die auf der Grundlage des im 2002 eingeführten, in manchen Teilen jedoch unvollständigen, BGFA ausgebaut werden soll. Künftig soll neben der forensischen Monopoltätigkeit der Anwälte auch die beratende Tätigkeit erfasst werden. Angesichts der Tatsache, dass die Freizügigkeit der Anwälte auch dank dem Inkrafttreten der beiden neuen einheitlichen Prozessordnungen und der elektronischen Aktenübermittlung immer mehr zur Realität wird, wird u.a. dieser Aspekt zu einer unverzichtbaren Notwendigkeit.

Ein erster von unserem ehemaligen Präsidenten Ernst Staehelin erarbeiteter und von einem kleinen, aus besonders kompetenten Kollegen zusammengesetzten Komitee verfeinerter Vorentwurf wurde in seinen Hauptmerkmalen an der letzten Präsidentenkonferenz im April vorgestellt. Mit dem Ziel, diesen im Verlauf des nächsten Jahres den Bundesbehörden unterbreiten zu können, wird er im Herbst bei den kantonalen Verbänden in die Vernehmlassung geschickt.

Die Ausarbeitung dieses Entwurfes und so, wie wir hoffen, dessen Annahme als Gesetz, ist nun im Zusammenhang mit den Anwaltsgesellschaften unerwartet dringend geworden. Im künftigen Gesetz soll einerseits die Zulässigkeit der Ausübung des Anwaltsberufes im Rahmen einer Kanzlei, die als Kapitalgesellschaft organisiert ist, klar bestätigt werden und andererseits sollen in ebenso klarer Weise Bestimmungen, welche die Voraussetzungen und Schranken dieses Organisationsmodells festlegen, enthalten sein. Heute bedürfen Fragen in diesem Zusammenhang der Auslegung der Bestimmungen des BGFA. Zusammen mit dem Eidgenössischen Handelsregisteramt (EHRA) und dem Bundesamt für Justiz (BJ) ist der SAV bei den seinerzeitigen Abklärungen zur klaren Auffassung gelangt, dass die Gründung einer Anwalts-AG Ausdruck der in Art. 27 BV garantierten Wirtschaftsfreiheit sei und gestützt auf das geltende Recht zulässig ist. Zu dieser Überzeugung ist offensichtlich auch der Bundesrat gekommen, hat er doch in der Folge die Motion Cottier «Rechtliche Organisationsformen für freie Berufe», welche eine eigenständige gesetzliche Regelung für sämtliche freien Berufe vorsehen wollte, nicht mehr weiterverfolgt. Nun aber hat das Kantonsgericht St. Gallen überraschenderweise in einem Fall ein negatives Urteil erlassen, mit

der Begründung, dass das BGFA über diesen Punkt schweige und dass es nicht in der Zuständigkeit des Gerichts liege, diese Lücke zu füllen, sondern dass ausschliesslich der Gesetzgeber dies tun könne. Der SAV ist nach wie vor der Überzeugung, dass auch gestützt auf den derzeitigen Wortlaut des BGFA die Gründung von Anwaltskanzleien als Kapitalgesellschaften zulässig ist, wenn die betreffenden Voraussetzungen, welche die Unabhängigkeit des Anwalts garantieren, erfüllt sind. Nichtsdestotrotz wäre eine klare gesetzliche Regelung, welche keinen Zweifel mehr darüber offen lässt, mehr als wünschenswert. Dies also ein Grund mehr, den Entwurf eines eidgenössischen Anwaltsgesetzes schnell voranzutreiben.

Elektronischer Mitgliederausweis

Der Mitgliederausweis mit SuisseID ist nunmehr Wirklichkeit: Mehr als 2000 Ausweise sind bereits ausgestellt worden. Der Bund und verschiedene Kantone haben die für die elektronische Übermittlung der Akten nötige elektronische Plattform deklariert und in den meisten Kantonen wurde zudem das Notwendige vorgekehrt, dass mit der elektronischen Übermittlung der Prozessakten begonnen werden kann. E-Justice ist ein zurzeit in der ganzen Welt aktuelles Thema und bezeichnet zugleich auch ein ambitioniertes europäisches Projekt, welches in den kommenden fünf Jahren verwirklicht werden soll. Dabei ist namentlich die Rede von elektronischen internationalen Rechtshilfesuchen, der elektronischen Behandlung von Gerichtsstreitigkeiten von begrenztem Streitwert, der Einführung eines automatisierten elektronischen Übersetzungsdienstes, der Einführung der Möglichkeit, Gerichtsverhandlungen als Videokonferenz halten zu können, der elektronischen Erledigung der Prozesskosten und eines elektronischen Testamentregisters sowie der Durchführung von elektronischen Mediationsverfahren. Die Schweiz will hier ihren Beitrag leisten.

Branchenwerbung

Die Branchenwerbung «Vertrauen ist gut, Anwalt ist besser», welche von der Delegiertenversammlung am 12. Juni 2009 beschlossen wurde, wurde in zwei Wellen ausgeführt. Die zweite Welle erst kürzlich in diesem Frühling. Die Kampagne wurde über die kantonalen Verbände durch eine zusätzliche – auf zwei Jahre begrenzte – Beitragserhöhung von CHF 50 pro Jahr und Mitglied finanziert. Aufgabe ist es nun, eine damit verbundene Erfolgskontrolle durchzuführen. In der zweiten Hälfte des laufenden Jahres werden dann die ausgewerteten Ergebnisse bekannt gegeben.

Gesetzliche Arbeiten

Es fand eine Konsolidierung des Berufsgeheimnisses in den verschiedenen Verfahrensgesetzen des Bundes statt. Nach Aner-

kennung innerhalb der neuen Prozessordnungen, wonach die Wahrung des Berufsgeheimnisses des Anwalts auch dessen Korrespondenz beinhaltet, und zwar unabhängig vom Ort und Datum der Erstellung, hat sich der SAV nun dafür eingesetzt, dass dieser Schutz auch auf die übrigen Verfahrensgesetze des Bundes ausgeweitet wird. Dieses Postulat wurde angenommen, und der SAV hat in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Justiz Textentwürfe für die konkreten Änderungen in den davon betroffenen Gesetzen ausgearbeitet. Diese Änderungen sollten demnächst vom Parlament abgesegnet werden.

CCBE

Der Conseil des barreaux européens (CCBE), welchem der SAV als vollwertiges Mitglied angehört (und dies obwohl die Schweiz nicht Mitglied der EU ist) hat sein 50-jähriges Jubiläum am 9. und 10. September 2010 in Basel gefeiert. In der Tat wurde diese Organisation vor 50 Jahren in Basel gegründet, aus einer Idee von Rechtsanwalt Hanspeter Schmid, damaliger Präsident der UIA, heraus. Der Anlass, an welchem 230 Delegierte aus 24 Ländern teilgenommen haben, war ein grosser Erfolg und hat unserem Verband Aufmerksamkeit und Anerkennung geschenkt.

Bis zur nächsten Delegiertenversammlung wird der Vorstand des SAV insgesamt sechs Vorstandssitzungen abgehalten haben. Hinzu kommen die zwei Präsidentenkonferenzen, sechs Sitzungen des Ausschusses, das Parlamentariertreffen und eine Vielzahl von Terminen zu Einzelfragen. Delegationen des Vorstandes, in der Regel mit dem Präsidenten und dem Generalsekretär und von Fall zu Fall weiteren Vorstandsmitgliedern oder Delegierten, haben an den gewohnten Treffen mit dem Bundesamt für Justiz, dem Präsidium des Bundesgerichts, sowie internationalen Anlässen teilgenommen.

Aus dem Vorstand

Anwaltskongress (Pierre-Dominique Schupp)

Die Organisatoren haben sich der Herausforderung, den Anwaltskongress ständig zu optimieren und den Teilnehmenden mittels qualitativ hochstehenden und sehr praxisorientierten Weiterbildungen einen echten Mehrwert zu bieten, auch am Kongress 2011, welcher vom 23. – 25. Juni 2011 in Luzern stattfindet, gestellt. Sie haben keine Mühen gescheut, wiederum ein attraktives Programm zusammenzustellen.

Die diesjährige Veranstaltung steht unter dem Thema Verantwortung – ein Thema, das uns Anwälte betrifft und herausfordert. Verantwortung bedeutet auch, das weiterzuführen und zu entwickeln, was in den letzten Jahren geschaffen wurde: eine erstklassige und praxisnahe Weiterbildung von Praktikern für Praktiker.

Zu diesem Zweck konnten erneut mehr als sechzig Referentinnen und Referenten für die diversen Weiterbildungskurse gewonnen werden. Die geballte Ladung von Know-how und Erfahrung steht allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern während der Workshops am Freitag und Samstagmorgen à discretion zur Verfügung. Die Referenten berichten über die wichtigsten Ände-

rungen in der Gesetzgebung und die massgeblichen Entscheide der kantonalen und eidgenössischen Gerichte im jeweiligen Fachgebiet während der letzten zwei Jahre.

Der Anwaltsberuf ist mehr als Juristerei – daher finden eine grosse Anzahl von para-juristischen Begleitveranstaltungen statt, die von der Organisation einer Anwaltskanzlei, dem Umgang mit Klienten, dem Knowledge Management, der richtigen Strategie und anderem mehr handeln.

Neu werden die Präsentationen und Beiträge der Referenten in diesem Jahr in einem «elektronischen» Tagungsband erhältlich sein. Der gesamte Tagungsband wird am Kongress kostenlos auf einem USB-Stick abgegeben. Für iPad-Nutzer steht der Tagungsband vor Ort auch zum Download bereit. Damit wird man die erste papierlose Weiterbildungsveranstaltung in der Geschichte der juristischen Tagungen erleben.

Das ist noch nicht alles. Die sechste Auflage des schweizerischen Anwaltskongresses wartet mit weiteren Neuerungen auf. Wir möchten auf die beiden Panels hinweisen, an denen zum einen prominente Inhouse Counsel, zum anderen Führungsverantwortliche aus mittelgrossen Betrieben ihre Vorstellungen, Erwartungen und Wünsche an die Anwälte formulieren und diskutieren. Diese Panels eröffnen die Möglichkeit, den Anwaltsalltag aus der Sicht der Kunden kennen zu lernen – und Leistungen noch kundengerechter zu erbringen.

Neu ist auch die (mit freundlicher Unterstützung von Sponsoren gestaltete) Lawyers' Lounge, die verschiedene wirtschaftsrechtliche Themen in lockerer Clubatmosphäre aufnimmt und Gelegenheit für Kontakte mit Kolleginnen und Kollegen mit ähnlichen Interessen bietet.

Den Referentinnen und Referenten, den Mitgliedern des unermüdlichen OK, dem Generalsekretariat und allen andern, die geholfen haben, auch diesen Kongress zu organisieren, sei an dieser Stelle herzlich gedankt.

Dienstleistungen (René Rall)

Der SAV hat im letzten Jahr verstärkt daran gearbeitet, sich visuell aufzufrischen. Neben einem neuen Verbandslogo hat auch die Website nach 10 Jahren ein neues Kleid erhalten. Seit April dieses Jahres erscheint das neue Webportal frischer und leichter, aber auch strukturell geordneter. Ziel war es, benutzerfreundlicher, besuchersgruppenorientierter und emotionaler zu werden. Der bisherige historisch gewachsene und dadurch konfus gewordene Webauftritt mit zahlreichen eigenen Nebenwebsites ist nun unter einem Dach www.sav-fsa.ch zusammengefasst. Die vorher in der Unübersichtlichkeit nur schwer auffindbaren, aber nicht minder wichtigen Nebenwebsites wurden damit ans Licht geholt.

Durch ein mit der notwendigen Flexibilität und Skalierbarkeit für die zukünftige Weiterentwicklung ausgerüstetes neues Content-Management-System wurde zudem die Bewirtschaftung der Website wesentlich vereinfacht. Nicht zuletzt dient dies auch dem essentiellen Anspruch des Benutzers, immer mit aktuellen Informationen bedient zu werden.

Seit der Einführung des Mitgliederausweises Mitte letzten Jahres und seit der Inkraftsetzung der neuen Prozessordnungen mit

der Möglichkeit, Eingaben auch auf dem elektronischen Weg zu tätigen, bemüht sich der SAV auf allen Ebenen, die momentan noch bestehenden Hürden im elektronischen Rechtsverkehr zu beseitigen. Ein Blick ins umliegende Ausland bestätigt ihn in seiner Überzeugung, dass dieser in ca. drei Jahren auch in der Schweiz Realität sein wird (in Österreich versenden bereits mehr als 90 Prozent aller Anwältinnen und Anwälte ihre Eingaben nur noch elektronisch), und er sieht es deshalb als seine Aufgabe, die Mitglieder möglichst frühzeitig mit dieser neuen Technologie vertraut zu machen. Mit der Organisation von Roadshows an acht Standorten in der ganzen Schweiz hat der SAV Anfang Jahr seinen Mitgliedern die Möglichkeit gegeben, kostenlos einen Kurs zur Anwendung der SuisseID zu besuchen, und auf der Website www.sav-fsa.ch soll die neue Rubrik «Elektronischer Rechtsverkehr» den Mitgliedern den Einstieg in diese Materie erleichtern. Bei Bund und Kantonen wird gleichzeitig darauf hingewirkt, dass die Gerichts- und Strafbehörden die Umsetzung flächendeckend und auf allen Stufen rasch sicherstellen und dass die legislatorischen Massnahmen schnell getroffen werden. Ausserdem hat der SAV mit dem SECO eine Verlängerung der Subventionierung der SuisseID aushandeln können. Der Mitgliederausweis inkl. SuisseID kann bis sicher Mitte Jahr weiterhin zu Vorzugsbedingungen erworben werden.

Neu unterstützt der SAV seit diesem Jahr Kanzleien beim Schaffen von kaufmännischen Lehrstellen. Er hat auf seiner Website verschiedene wichtige Informationen dazu zusammengestellt, und interessierte Kanzleien haben zudem die Möglichkeit, mit Frau Zopfi, einer Lehrstellenförderin, Kontakt aufzunehmen. Ausschlaggebend für diese Initiative war die Überzeugung, dass der Branche Advokatur nur dann auch in Zukunft gut ausgebildete Fachkräfte zur Verfügung stehen, wenn sie sich selber der Ausbildung von kaufmännischen Mitarbeitenden annimmt.

Zu diesem Thema passt auch der neu geschaffene SAV-Lehrgang für das Anwaltspersonal. Sekretärinnen und Sekretäre sind tragende Säulen eines Advokaturbüros. Sie unterstützen den Anwalt/die Anwältin nicht nur bezüglich der anfallenden administrativen Arbeiten, sondern prägen auch das Erscheinungsbild der Kanzlei gegenüber Klienten, Gerichten und Behörden und sind damit ein entscheidender Erfolgsfaktor für jedes Anwaltsbüro. Der SAV hat zusammen mit engagierten Anwältinnen und Anwälten einen Lehrgang auf die Beine gestellt, der Personen, die ihre Lehre nicht in einem Anwaltsbüro absolviert haben oder einfach ihre bisher erworbenen Kenntnisse auffrischen wollen, in 2 Modulen aufgeteilt Grundkenntnisse der anwaltlichen Tätigkeit, der Arbeitsabläufe, des Prozessrechts und der Bedürfnisse der Klienten vermittelt. Der erste Kurs zum Modul 1 wird parallel zum Anwaltskongress vom 23. bis 25. Juni in Luzern stattfinden. Solche Kurse sollen demnächst auch in der Romandie und im Tessin bereitgestellt werden können.

Ganz allgemein wird der SAV auch weiterhin daran arbeiten, Bedürfnisse seiner Mitglieder aufzunehmen und entsprechend Mehrwert zu schaffen.

Der Service-SAV Versicherungen hat sich etabliert und ist eine geschätzte und nicht mehr wegzudenkende Dienstleistung des SAV.

Jährlich werden mehrere Hundert Offertenanfragen aus allen vom Service-SAV Versicherungen angebotenen Versicherungssparten erstellt.

Dazu kommen die (mehrheitlich) telefonischen Beratungen und der schriftliche, persönliche Policen-Check. Der Policen-Check bietet eine Übersicht der bestehenden Policen, ergänzt durch die persönlichen Angaben in einem Vergleich mit den Angeboten des Service-SAV Versicherungen. Abgerundet wird der Policen-Check durch die Empfehlungen zur Optimierung der Versicherungssituation bezüglich Leistung und Prämie.

Der Versicherungs-Check wird gerne von Anwältinnen und Anwälten genutzt, welche den Schritt in die Selbstständigkeit planen.

Im letzten Jahr wurden zusätzliche Versicherungsprodukte in die Angebotspalette aufgenommen: Erwerbsunfähigkeitsrente, die Todesfallversicherung, die Sachversicherung (Geschäftsversicherung) und die Berufshaftpflichtversicherung.

Ab Frühsommer 2011 wird neu eine Autoversicherung (ohne Bonus-/Malus-System) ins Angebot aufgenommen.

Der Beratungsdienst «Service-SAV Versicherungen» ist weiterhin darauf ausgerichtet, dem Mitglied zu helfen, genau die Versicherungslösung zu finden, die seinen Bedürfnissen entspricht.

Prestations de service de la FSA (René Rall)

En 2010, la FSA a intensivement travaillé pour rafraîchir son «aspect visuel». Avec l'introduction d'un nouveau logo FSA, le site Web a été nanti d'un nouveau costume après dix ans de bons et loyaux services. Depuis avril 2011, la FSA propose donc un nouveau portail Web dont le contenu a été rafraîchi, allégé et restructuré. L'objectif était de le rendre plus convivial et plus animé, avec une structure plus compréhensible pour chacun des groupes d'utilisateurs. L'ancien site, plutôt désordonné en raison de nombreux sites secondaires qui s'y rattachaient indirectement, a été remplacé par un portail unique sous www.sav-fsa.ch. C'était d'ailleurs en raison de ce manque de clarté que plusieurs de ces sites secondaires, pourtant utiles, étaient difficiles à trouver. Leur regroupement permettra de les porter à la lumière. Pour en faciliter la gestion et la flexibilité, le portail a par ailleurs été complété d'un content management system (CMS) pour une mise à jour dynamique, ainsi qu'une possibilité d'extension future. Enfin, le site a pour vocation de fournir aux utilisateurs des informations toujours actuelles.

Depuis l'introduction de la carte de membre au milieu de l'année passée, et depuis l'entrée en vigueur des nouveaux codes de procédure qui permettent de déposer les actes électroniquement devant les autorités, la FSA s'efforce d'éliminer à tous les échelons les obstacles qui subsistent encore en matière de communication électronique. Il suffit de porter un regard à l'étranger pour se convaincre du fait que cette communication deviendra également une réalité à part entière en Suisse d'ici deux à trois ans, à l'instar de l'Autriche où plus de 90% des avocats ne travaillent plus qu'électroniquement. La FSA pense qu'il est de son devoir de mettre ses membres en confiance avec cette nouvelle technologie, et ce aussi vite que possible. En début d'année, les mem-

bres ont pu suivre gratuitement des séminaires organisés dans huit villes suisses pour se familiariser avec l'emploi de la SuisseLD. Le portail www.sav-fsa.ch propose lui aussi une rubrique consacrée à la «Communication électronique». Cette rubrique fait le tour des questions habituelles (installation, logiciels de signature, législation, sites utiles, ...) et facilite l'accès à la carte. Au niveau des cantons et de la Confédération, la FSA effectue actuellement des démarches pour que les tribunaux et autorités pénales garantissent, à court terme, uniformément et à tous les échelons, la possibilité de communiquer électroniquement et que la législation soit rapidement adaptée en conséquence. Enfin, la FSA a pu négocier avec le SECO une prolongation de la subvention pour l'achat de la SuisseLD. La carte de membre FSA incluant cette SuisseLD peut donc, en tout cas jusqu'en juin prochain, être obtenue à des conditions préférentielles.

Comme nouveauté de cette année, la FSA apporte son soutien aux études pour la création de places d'apprentissage destinées aux employés de commerce. Le site Internet regroupe plusieurs informations importantes à ce sujet. Les études intéressées peuvent prendre contact avec M^{me} Zopfi, coordinatrice de places d'apprentissages. Cette initiative a surtout été marquée par le fait que la FSA reste convaincue que les avocats ne pourront disposer d'un personnel suffisamment bien formé que s'ils acceptent de former eux-mêmes les employés de commerce.

A ce sujet, il convient de mentionner le modèle d'apprentissage qui vient d'être créé par la FSA pour le personnel des études d'avocats. Les secrétaires en sont les piliers. Elles/ils apportent leur soutien aux avocats, non seulement dans la gestion des affaires courantes, mais également dans le succès de l'étude, de par l'image qu'ils véhiculent à l'extérieur (clients, tribunaux et autorités). A l'aide d'avocats engagés dans ce projet, la FSA a donc mis sur pied ce modèle d'apprentissage. Celui-ci permettra aux personnes n'ayant pas effectué leur apprentissage dans une étude ou qui souhaitent tout simplement rafraîchir leurs connaissances, de recevoir, en l'espace de deux modules, les notions de base sur les activités de l'avocat, les processus de travail habituels au sein de l'étude, le droit procédural et les besoins particuliers du client. Le premier de ces modules sera organisé parallèlement au Congrès des avocats du 23 au 25 juin 2011 à Lucerne. De tels cours devraient également être proposés prochainement en Suisse romande et au Tessin.

D'une manière plus générale, la FSA continuera de travailler sur les besoins de ses membres et de créer une plus-value à notre profession.

Le Service-FSA Assurances s'est maintenant si bien établi au sein de la FSA que ses membres ne sauraient plus se passer des services qu'il propose.

Chaque année, le Service-FSA répond à plusieurs centaines demandes d'offre, et ce dans les nombreuses branches d'assurance qu'il propose aux membres.

A cela s'ajoutent les conseils téléphoniques (majoritaires), ainsi qu'une possibilité de faire contrôler individuellement et par écrit toutes ses polices d'assurances. Pour ce faire, le Service-FSA Assurances examine d'un œil critique le portefeuille d'assurances

du membre en comparant celles-ci à d'autres offres concurrentielles. Le membre reçoit ensuite un certain nombre de recommandations qui lui permettront d'optimiser sa situation d'assuré, tant du côté des prestations d'assurances que des primes.

Le contrôle individuel des polices s'adresse également aux avocats qui débutent leurs activités professionnelles et qui souhaitent avoir un premier aperçu des assurances qui pourraient leur être utiles.

Depuis 2010, le Service-FSA Assurances propose plusieurs produits d'assurance nouveaux: rente pour perte de gain, l'assurance-décès, une assurance choses spécialement conçue pour les études d'avocats, ainsi qu'une RC professionnelle pour avocats.

A partir du printemps 2011, le Service-FSA Assurances proposera également une assurance pour véhicules (qui ne reposera pas sur un système de bonus/malus).

Le Service-FSA Assurances continuera de développer et proposer des produits d'assurances adaptés aux besoins spécifiques de l'avocat. L'objectif de notre service de conseils consiste à trouver, pour chacun des membres FSA, la meilleure solution d'assurance par rapport à sa situation individuelle.

PK SAV/CP FSA (René Rall)

Im Marktvergleich kann sich eine Pensionskasse in folgenden Bereichen auszeichnen:

- Über die Leistungen im Alter, bei Tod oder Invalidität
- Über die Höhe der Risikoprämien
- Über den zugesicherten Zinssatz für die Altersgutschrift
- Über die Umwandlungssätze im obligatorischen und überobligatorischen Bereich
- Über eine positive Entwicklung der Verwaltungskosten

Seit der Umwandlung in eine teilautonome Gemeinschaftseinrichtung im Jahre 2005 konnten die Verwaltungskosten pro versicherte Person mit der Loslösung von SwissLife von CHF 677.– pro Jahr und Person kontinuierlich auf CHF 382.– gesenkt werden. Der Sparteil auf den Vorsorgeguthaben wurde den Versicherten in den letzten 5 Jahren mit durchschnittlich 2.15% verzinst. Dank günstigem Risikoverlauf war es dem Stiftungsrat in der Zeit ab 2005 bis heute möglich, die Risikobeiträge zur Finanzierung von Invaliditäts- und Todesfallleistungen drei Mal zu senken. Eine vierte Senkung der Risikobeiträge bis zu 33% hat der Stiftungsrat eben erst per 1. 1. 2012 beschlossen. Damit gibt die PK SAV ihre Einsparungen direkt dem Versicherten weiter. Auf Grund der Entwicklung der Kapitalanlagen ist der Deckungsgrad der PK SAV im ersten Quartal 2011 auf über 100% angestiegen. Damit hat sich die Kasse nach den Krisenjahren wieder gut erholt. Der überwiegende Anteil des Vermögens sind indexierte Mandate, bei der Credit Suisse und bei LODH angelegt. Der Aktienanteil beträgt gegenwärtig 35% und eine weitere Senkung dieser Quote auf 30% durch Investition des Neugelds in Immobilienprojekte wird derzeit umgesetzt. In weiser Voraussicht wurden die Anlagen in Fremdwährungen gegen Währungsverluste abgesichert. Die Renten werden nach wie vor über den obligatorischen und überobligatorischen Teil zum gleichen Umwandlungssatz be-

rechnet (dies im Unterschied zu den meisten Pensionskassen von Versicherungsgesellschaften). Zusammenfassend darf festgehalten werden, dass die PK SAV finanziell gesund und strukturell risikofähig ist (wenige Rentner/innen und viele Aktive). Mit rund 1400 Versicherten und Vermögensanlagen von rund 328 Mio. gehört die PK SAV zu den vielen mittelgrossen, (teil)autonomen Vorsorgeeinrichtungen der Schweiz. Der Stiftungsrat macht sich Gedanken über das Marktumfeld, die gewünschte Struktur der Versicherten und den anzustrebenden Marktanteil. Informationen dazu und Vieles mehr finden die Mitglieder unter www.pensionskasse.sav-fsa.ch.

Fachanwalt SAV (Beat von Rechenberg)

Das Projekt Fachanwalt SAV ist in voller Fahrt. Bis Ende Jahr wird es über 350 Fachanwältinnen und Fachanwälte geben. Damit werden gut 4% der SAV-Mitglieder die Chance wahrgenommen haben, von der fundierten Weiterbildung zu profitieren und sich als Spezialist im Markt zu profilieren.

Die neuen Fachanwalts-Spezialisierungskurse werden laufend in der Anwaltsrevue und auf der Fachanwaltswebsite (fachanwalt.sav-fsa.ch) ausgeschrieben. Bis im Jahre 2012 werden alle fünf derzeitigen Fachgebiete (Erbrecht, Arbeitsrecht, Familienrecht, Bau- und Immobilienrecht, Haftpflicht- und Versicherungsrecht) auch in der Romandie abgedeckt sein. Der Fachanwaltskurs Erbrecht wird im 2012 vom SAV in Zusammenarbeit mit der Universität Lausanne organisiert werden.

Den wichtigsten Beitrag zum grossen Erfolg der Kurse tragen die involvierten Dozentinnen und Dozenten aus Lehre und Praxis, die Mitglieder der verschiedenen Fachkommissionen sowie die Umsetzungskommission «Fachanwalt» bei. Sie alle arbeiten für bescheidenes Honorar beim Grossprojekt «Fachanwalt» mit (bisher insgesamt 17 Fachanwaltskurse). Ohne diesen grossen pro bono-Beitrag wäre die Realisierung dieses Projektes nicht möglich gewesen und dank dem grossen Einsatz aller Beteiligten ist auch dessen Fortführung gesichert.

Der SAV dankt allen Beteiligten für ihr Engagement.

Anwaltsrevue (Theres Stämpfli)

Die Anwaltsrevue erschien 2010 im 13. Jahrgang, dies in einer Auflage von über 8500 pro Heft und wie immer mit 10 Heften pro Jahr. Mitgliedern des SAV steht die Anwaltsrevue zudem über die Website des SAV zur Verfügung.

Der SAV dankt dem Redaktionsteam, bestehend aus dem Chefredaktor, Herrn Kollege Peter von Ins, dem Verlag Helbing Lichtenhahn und dem SAV-Geschäftsführer, Herrn René Rall, auch an dieser Stelle für die abwechslungsreiche Präsentation der Themen und die sorgfältige Redaktion des Heftinhalts herzlich. Die Revue soll das Bedürfnis der praktizierenden Anwältinnen und Anwälte nach Fragestellungen decken, die sie spezifisch betreffen. Den anwaltsrechtlichen und prozessualen Themen wird entsprechend viel Raum zur Verfügung gestellt. Die Rubrik «Anwaltsrecht» steht seit Sommer 2009 unter der Leitung von Dr. Ernst Staehelin, ehemaliger Präsident des SAV; unter seiner Ägide hat sich dieses für die Anwaltsrevue zentrale Gefäss hervorragend entwickelt.

Der gut aufgebaute Jahresindex der einzelnen Jahrgänge ermöglicht das Auffinden und Zitieren von einschlägigen Artikeln.

Gesetzgebung (Alain Steullet und Daniel Stoll)

Während der Berichtsperiode hat der SAV zu folgenden Gesetzgebungsprojekten eine Stellungnahme eingereicht:

- März 2010: Umsetzung und Ratifikation des Übereinkommens des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels, Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz (Zeugenschutzgesetz)
- März 2010: Erneuerung der Polizeigesetzgebung des Bundes; Bundesgesetz über die polizeilichen Aufgaben des Bundes
- März 2010: Änderung des Asylgesetzes und des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer in Bezug auf den Ersatz von Nichteintretentscheiden
- März 2010: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Vorsorgeausgleich bei Scheidung)
- März 2010: Revision KFZ – Bekanntmachung (Kartellrecht)
- Mai 2010: Änderung des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsendelikte und Marktmissbrauch)
- Mai 2010: MWST Branchen-Info (MBI) Rechtsanwälte und Notare
- Juni 2010: Revision der Vertikalbekanntmachung
- Juni 2010: Eröffnung des Anhörungsverfahrens über den Abschluss eines Protokolls zur Änderung des Abkommens zwischen der Schweiz und Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen
- August 2010: Totalrevision des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs
- August 2010: Bundesgesetz über die steuerliche Behandlung der Aus- und Weiterbildungskosten
- Sept. 2010: Änderung von Art. 210 OR (Verlängerung der Verjährungsfrist)
- Okt. 2010: Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes zur Umsetzung von Artikel 123b BV über die Unverjährbarkeit sexueller und pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät
- Okt. 2010: Invalidenversicherung – 6. IV-Revision, zweites Massnahmenpaket (Revision 6b)
- Okt. 2010: Revision des AT StGB (Wiedereinführung von kurzen Freiheitsstrafen)
- Nov. 2010: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen
- Nov. 2010: Teilrevision des Obligationenrechts (Verzugszins)

- Dez. 2010: Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht
- Dez. 2010: Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung und Verordnung betreffend das Grundbuch (GVB)

Die vom SAV eingereichten Stellungnahmen können auf der Website des SAV eingesehen werden.

Der Vorstand bedankt sich an dieser Stelle bei allen Kolleginnen und Kollegen, die sich jeweils für die Ausarbeitung der Stellungnahmen zur Verfügung gestellt haben, für ihre kompetente und engagierte Mitarbeit. Der Vorstand ist ausserordentlich dankbar, das Fachwissen seiner Mitglieder für das Verfassen der Stellungnahmen in Anspruch nehmen zu dürfen.

Contacts internationaux (Alain Le Fort)

1. Union Internationale des Avocats (UIA)

Le 54^e Congrès de l'Union Internationale des Avocats (UIA) s'est tenu à Istanbul du 30 octobre au 3 novembre 2010. Plus de 1 000 participants provenant de 80 pays ont eu l'occasion de se rencontrer au cours des 70 sessions et réunions organisées sur les thèmes de «Un code mondial de déontologie?, Droit de l'homme et entreprises privées et Marchés: le retour de la réglementation?».

Au cours de la cérémonie de clôture, M^e Pascal Maurer, ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats de Genève et ancien président de la Fédération des Barreaux d'Europe (FBE) s'est vu confier la présidence de l'UIA pour une année. La FSA a organisé un apéritif pour fêter cette brillante accession du Bâtonnier Pascal Maurer à la Présidence de l'UIA, fruit d'un engagement dans cette organisation qui remonte à 1995 au sein de laquelle il a présidé la commission «Défense de la défense» de 1998 à 2000 avant d'intégrer le Comité de Direction pour prendre la responsabilité du département «Droit de l'homme et de la défense». Il est ainsi devenu le 3^e Président suisse de l'UIA après Hans-Peter Schmid (1958–1960) et l'ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats de Genève Albert-Louis Dupont-Willemin, Président d'honneur.

4^e Délégation en nombre de participants inscrits au congrès, la délégation suisse a réuni une cinquantaine d'avocates et avocats et compte traditionnellement et proportionnellement parmi les plus importantes.

Aux côtés du Président Pascal Maurer des représentants suisses furent nommés en automne 2010 comme Adjoints au Comité de Direction. M^e Xavier Favre-Bulle, Directeur adjoint – Commissions, M^e Beat Mumenthaler, Directeur adjoint – Séminaires et l'ancien Bâtonnier Alain Le Fort, Directeur adjoint – Membres collectifs. Le mandat de ce dernier comme Président du Comité National Suisse a été renouvelé pour une année.

L'UIA compte quelque 2 000 membres individuels et 200 membres collectifs provenant de 120 pays. L'association entend se développer vers de nouveaux horizons, notamment l'Asie, promouvoir la formation continue lors de son Congrès annuel et lors

de la quinzaine de séminaires qu'elle organise tout au long de l'année et défendre les deux piliers de notre profession que sont le secret professionnel et l'indépendance de l'avocat. Elle poursuit par ailleurs ses travaux sur le projet de code unique de déontologie pour la profession d'avocat.

La Fédération Suisse des Avocats participe à la Convention pour l'harmonisation de la déontologie.

Le 55^e Congrès annuel de l'UIA se tiendra du 31 octobre au 4 novembre 2011 à Miami. Une forte délégation suisse est attendue à ce congrès qui sera celui de notre ancien Bâtonnier Pascal Maurer.

2. International Bar Association (IBA)

Le Congrès annuel de l'IBA s'est tenu du 3 au 8 octobre 2010 à Vancouver et a réuni plus de 5 000 participants. La délégation suisse, une centaine d'avocates et d'avocats, a participé aux nombreuses sessions qui couvrent tous les domaines du droit. Comme de coutume, le Consul général de Vancouver a organisé avec la FSA une réception pour la délégation suisse à laquelle ont participé une trentaine d'avocates et d'avocats. M^e Saverio Lembo, avocat genevois et président sortant de l'Association Internationale des Jeunes Avocats (AIJA) a remercié, au nom de la FSA, le Consul général de son aimable invitation qui a permis aux avocats suisses qui consacrent de leur temps, de la réflexion et de l'engagement à notre profession dans les associations internationales de se retrouver et de faire le point sur les nombreux défis qui nous attendent. Qu'il en soit ici remercié.

Conseil des barreaux européens – CCBE (Alain Steullet)

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) est l'organe représentatif d'environ un million d'avocats européens, appartenant aux barreaux qui en font partie.

Lors de la session plénière de novembre 2010, Georges-Albert Dal (Belgique) a été élu président du CCBE pour l'année 2011. Marcella Prunbauer-Glaser (Autriche) a été élue 1^{re} vice-présidente, Evangelos Tsouroulis (Grèce) 2^e vice-président et Aldo Bulgarelli (Italie) 3^e vice-président.

M^e Olivier Freymond a terminé son mandat à la tête de la délégation suisse. M^e Freymond est l'artisan de l'adhésion de la FSA au CCBE où il a su nouer des liens nombreux et précieux. Durant dix ans, il a représenté la Suisse au sein de cette institution. Le Conseil de la FSA le remercie chaleureusement pour son engagement hors du commun et ses grandes qualités de diplomate. La délégation suisse se compose désormais de M^e Vincenzo Amberg (Berne), Didier de Montmollin (Genève), du secrétaire général de la FSA René Rall (Berne) et du soussigné (Delémont), qui assume le rôle de chef de délégation.

L'année 2010 a été marquée par la célébration du cinquantième anniversaire du CCBE, célébré le 10 septembre à Bâle, soit sur le lieu même de sa fondation. C'est en effet en 1960, à l'occasion d'une croisière sur le Rhin organisée sous l'égide de l'Union Internationale des Avocats qu'est née l'idée de la «Commission Consultative des Barreaux européens» laquelle deviendra le Conseil des Barreaux européens.

Le CCBE structure ses activités autour des cinq réunions annuelles du Comité permanent (regroupant les chefs des délégations) et deux sessions plénières. Vingt-cinq commissions mènent des travaux dans des domaines particuliers.

Parmi les sujets marquants de l'année écoulée, on peut signaler ceux-ci:

- Le comité du droit pénal a pris position sur une proposition de directive relative au droit à l'information dans les procédures pénales, présentée par la Commission. Le comité a souligné l'importance d'inclure dans la proposition le droit de garder le silence, le droit du suspect d'accéder à son dossier, la nécessité d'associer le droit d'accès au dossier au droit d'obtenir des copies des pièces et d'autres documents et le droit à des conseils juridiques.
- Le Comité permanent prépare une prise de position sur un projet de la Commission relatif à la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil. La Commission propose en effet des solutions permettant de faciliter la reconnaissance transfrontalière des documents d'état civil.
- Dans sa réponse au document de consultation sur le droit européen des contrats, le CCBE propose un règlement qui mette en place un instrument facultatif de droit européen des contrats.
- La Commission est à l'origine de la création d'une carte professionnelle européenne destinée à faciliter la libre circulation des professionnels pleinement qualifiés. Un groupe de pilotage interprofessionnel a été mis en place, dont le CCBE fait partie.
- Le CCBE a pris position dans la consultation ouverte par la Commission en matière de protection des données.
- Le CCBE a lancé le 4 octobre 2010 un projet de fonction de recherche d'un avocat, financé par le programme «Justice civile 2009» de la Commission européenne. L'objectif de ce projet pilote consiste en la création d'un moteur de recherche qui facilitera et accélérera la recherche d'un avocat dans l'Union européenne à partir d'un seul site.

Le prix des droits de l'homme 2010 du CCBE a été attribué à deux avocats mexicains, David Peña Rodríguez et Karla Micheel Salas Ramirez. Il s'agit des avocats des familles des victimes d'assassinats qui n'ont pas fait l'objet d'enquêtes dans le cadre de l'affaire Campo Algodonero.

Fédération des Barreaux d'Europe («FBE») (Pierre-Dominique Schupp)

En 2010, la Fédération des Barreaux d'Europe («FBE») a tenu deux congrès, le premier au mois de mai, à Aix-en-Provence, et le second au mois de septembre, à Madrid.

- a) Le congrès d'Aix-en-Provence avait pour thème «Faut-il moderniser la profession d'avocat et les Ordres?». Ont été notamment traités les sujets comme celui de la réforme de la profession, la réforme de la formation et l'impact de la technologie sur notre profession, l'AIE-Justice.

On note, en particulier, une intervention remarquée de notre Président, Brenno Brunoni, qui a exposé les vues de la FSA en matière de formation continue et, plus particulièrement, le concept d'avocat spécialiste, tel que mis en œuvre par la FSA. Le sujet relatif à l'impact de la technologie sur notre profession est resté dans un certain nombre de généralités. On constate toutefois qu'il s'agit d'un sujet nouveau qui prend toujours plus d'importance.

Ce qu'on peut particulièrement retenir de ce congrès est la nécessité pour les Ordres et les Organisations nationales de se préoccuper d'une problématique dont on peine à véritablement percevoir les limites et, surtout, dont l'évolution a tendance à nous dépasser tous les jours.

Cette évolution est également de nature à compromettre certaines des valeurs fondamentales de la profession d'avocat comme, notamment, celle du secret professionnel.

Sur le plan suisse, le congrès de la FBE d'Aix-en-Provence a été marqué par l'élection de M^e Mirko Roš, ancien Bâtonnier de Zurich, en tant que Président de la Fédération des Barreaux d'Europe. A cette occasion, la Suisse était particulièrement bien représentée à Aix-en-Provence puisque, outre le soussigné, étaient présents le Président de la FSA et le premier Vice-Président.

- b) Le congrès de Madrid, qui se tenait sur deux jours, était consacré, pour sa première journée, à la question de la formation des avocats et, la seconde journée, à la question des relations entre les droits des avocats et les Droits de l'Homme.

On a notamment pu assister, lors de la seconde journée, à des exposés de trois juges à la Commission européenne des Droits de l'Homme.

Ceux-ci ont décrit de façon particulièrement claire les limitations toujours plus importantes, contre lesquelles il convient de se battre, au droit d'accès aux tribunaux dans de nombreux pays d'Europe. Plus particulièrement, et s'agissant des avocats, il a été fait état de nombreuses décisions rendues en relation avec la protection des avocats et la problématique du secret professionnel.

Profession d'avocat (Alain Steullet)

Le Conseil a mandaté un groupe d'experts appelé «Petit Comité», présidé par notre ancien président Ernst Staehelin, en vue d'élaborer une proposition de loi fédérale sur les avocats. Il s'agirait de remplacer la LLCA, lacunaire sur certains points. Le travail du Petit Comité devrait s'achever en 2011.

Nous évoquons l'année dernière la problématique du retrait de brevet d'un avocat coupable d'une infraction pénale incompatible avec la profession. Ce débat sera repris avec la proposition de loi.

Anwaltsgesellschaften (Beat von Rechenberg)

Seit 2006 können sich Anwältinnen und Anwälte in Anwaltsgesellschaften organisieren. Heute sind Anwaltsgesellschaften in 14 Kantonen (AG, BE, BS, GE, GR, LU, OW, SZ, TI, UR, VD, VS, ZG, ZH) zugelassen, in denen 7 300 SAV-Mitglieder (87 %) prakti-

zieren. Von der Möglichkeit zur Umwandlung ihrer Kanzlei in eine Gesellschaft (AG oder in seltenen Fällen GmbH) haben insgesamt 1000 SAV-Mitglieder in über 90 Kanzleien Gebrauch gemacht.

Es sind drei Gründe, die Anwältinnen und Anwälte zur Umwandlung ihrer Kollektivgesellschaften bzw. ihrer Unkostengemeinschaften in Anwaltsgesellschaften bewegen:

Erstens werden die Firmennachfolge und der Wechsel von Kanzleipartnern durch die Rechtsform der Anwaltsgesellschaft erleichtert (Übertragung von Aktien oder Stammanteilen).

Zweitens gelingt es mit der Anwaltsgesellschaft, langfristig in den Goodwill einer Firma zu investieren. Der Kanzleiname wird zum wertvollen Markenzeichen, in das alle beteiligten Anwältinnen und Anwälte investieren.

Drittens steigt mit der Grösse der Kanzleien und mit der Komplexität der Fälle das Haftungsrisiko für die Anwaltschaft. Mit der Anwaltsgesellschaft wird die Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung für nicht involvierte Anwältinnen und Anwälte gegeben.

Durch die Errichtung einer Anwaltsgesellschaft wird der durch einen Fehler des Anwalts geschädigte Klient nicht um seinen Schadenersatzanspruch gebracht. Begeht der Anwalt, der bei einer Aktiengesellschaft angestellt ist, einen Fehler, so stehen dem Klienten als Haftungssubstrat die Ansprüche aus der bereits heute obligatorischen Berufshaftpflichtversicherung zur Verfügung. Zudem kann der Klient auf das Kapital und die Reserven der Anwalts-AG greifen. Sollte dies nicht ausreichen (bei enorm grossem Schaden), wird im Konkurs der Anwalts-AG der Konkursverwalter den nachlässig handelnden Anwalt zur Verantwortung ziehen (Art. 321 e OR). Es wird also der fahrlässig handelnde Anwalt nicht aus der Haftung genommen, aber es wird sichergestellt, dass unbeteiligte Anwältinnen und Anwälte in der gleichen Kanzlei nicht mit Ansprüchen von Klienten konfrontiert werden, mit denen sie nichts zu tun hatten. Es gibt aus Sicht des Klientenschutzes keine sachlichen Gründe, die es rechtfertigen würden, dass sämtliche Gesellschafter einer Kanzlei für den Fehler von einem Kanzleipartner unbeschränkt haften müssen. Die von der Verfassung garantierte Wirtschaftsfreiheit, namentlich sich in einer angemessenen Rechtsform mit Risikobeschränkung zu organisieren, steht auch der Anwaltschaft zu.

In St. Gallen hat das Kantonsgericht in letzter Instanz die Anwaltskörperschaft für unzulässig erklärt. Die betroffene Kanzlei hat diesen Entscheid an das Bundesgericht weitergezogen.

Der SAV konzentriert sich darauf, im Rahmen des Projekts «neues Anwaltsgesetz» unter anderem auch die Regeln für die Anwalts-AG festzuschreiben. Dieses Projekt wird dadurch erleichtert, dass alle 14 Kantone zur Sicherstellung der Unabhängigkeit, des konfliktfreien Handelns und des Geheimnisses für die Anwaltsgesellschaften gleichlautende Regeln erlassen haben. Lediglich in einem Punkt differieren drei Kantone (BS, OW und VD): Sie erlauben keine gemischten Anwaltskörperschaften (sog. MDPs). Für das neue Anwaltsgesetz ist angedacht, dass eine Minderheit von Nicht-Anwältinnen (bis zu 25%), wie z.B. Steuerexperten, Buchhalter, Schadensspezialisten, in einer Anwaltsgesellschaft mitarbeiten und auch als Aktionäre beteiligt sein können, sofern deren Mitwirken der Unterstützung der anwaltlichen Tätigkeit

dient. Damit aber die Einhaltung von Unabhängigkeit, konfliktfreiem Handeln und Geheimnis durch die Nicht-Anwältinnen garantiert bleibt, sollen die in der Kanzlei tätigen Anwälte persönlich verantwortlich zeichnen und diszipliniert werden im Falle des irregulären Verhaltens von Nicht-Anwältinnen.

Kommunikation (Michael Hüppi)

Schwerpunktthema im vergangenen Berichtsjahr war die Finalisierung und Lancierung der landesweiten Branchenwerbekampagne «Vertrauen ist gut, Anwalt ist besser». Im Spätsommer/Herbst 2010 wurde die erste Inseratewelle in den dafür vorgesehenen Medien gestartet. Im Anschluss daran haben der Vorstand und die Medienverantwortlichen eine detaillierte Analyse vorgenommen. Nach intensiver Diskussion wurde eine Optimierung der Kampagne für die zweite Welle beschlossen, um eine nachhaltigere Breitenwirkung sicherzustellen. Anstelle der reinen Inseratekampagne wurde mittels einer Anpassung der Mittel der bereits aufgebaute Bekanntheitsgrad mit stärkerer Visibilität ausgebaut. Insbesondere auch die verstärkte interne Wahrnehmung bei den Mitgliedern sollte herbeigeführt werden. Der Vorstand entschied sich im Rahmen dieser Sensibilisierungskampagne für eine Reduktion der Zahl der berücksichtigten Medien und für einen konsolidierteren Kampagneneinsatz. Die Werbemittel wurden entsprechend angepasst, indem anstelle klassischer Inserate eine Flappenwerbung (eine Flappe ist ein unterformatiges Vorschaltblatt, welches als Werbeumschlag aussen um das Titelblatt gelegt wird) beschlossen wurde. Betrachtet man die erfolgreiche langjährige Kampagne des deutschen Anwaltsvereins, wird klar, dass auch der Schweizerische Anwaltsverband sich das Thema Branchenwerbung wohl zum Dauerthema – wie auch immer ausgestaltet – machen muss.

Neben diesem Schwergewicht lag die Haupttätigkeit des Ressorts Kommunikation intern auf möglichst umfassender Information bis auf das einzelne Mitglied über die Projekte des SAV und weitere Tätigkeiten im Verband sowie über aktuelle Dienstleistungsangebote der Geschäftsstelle. Neben der Information anlässlich der Präsidentenkonferenzen dienen die direkt zugestellten Mitteilungen aus dem SAV sowie die Anwaltsrevue diesem Zweck.

Darüber hinaus wurde regelmässig in den Medien Bericht erstattet, worin die Tätigkeiten des SAV sowie die Beantwortung von «Rechtsaktualitäten» thematisiert wurden. Stichworte wie «Freier Rechtsberatungsmarkt», «Rechtsberatung am Kiosk» sowie «Öffentlichkeitsarbeit von Anwältinnen» fanden schweizweit Interesse.

Die Kontakte zu den Journalistinnen und Journalisten der verschiedensten Medien sind unverändert gut und dienen dazu, die Interessen des Berufsstandes zu situieren und andererseits über Anliegen des SAV zu kommunizieren.

Aus den Fachausschüssen

Droit pénal/Procédure pénale (Jacques Meyer)

L'exercice 2010 a été marqué par une activité intense du Conseil de la FSA, et donc de la Commissions spécialisée, en matière de droit pénal et de procédure pénale. On rappelle qu'au début de l'année, le Conseil a déposé deux déterminations sur des objets pour lesquels la consultation avait été lancée à fin 2009: ratification et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, avec avant-projet de loi fédérale sur la protection extra-procédurale des témoins, ainsi qu'un avant-projet de loi fédérale sur les tâches de police de la Confédération. Renvoi soit, pour le contenu des prises de position, au rapport d'activité pour l'année 2009.

En date du 18 août 2010, le Conseil de la FSA s'est déterminé sur l'avant-projet de révision totale de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. La FSA ne s'est pas opposée à l'adaptation des textes légaux aux nouveautés apparues et à venir dans la technique et la gestion des télécommunications. Elle a toutefois dénoncé le démantèlement prévu, à cette occasion, des libertés publiques, notamment de la protection de la sphère privée et surtout des garanties de procédure et du droit à la défense. La FSA a, en particulier, relevé les incohérences du projet en matière de protection du secret professionnel et les atteintes portées à ce dernier. Elle a formulé une contre-proposition de texte légal et rappelé les principes fondamentaux:

- La surveillance du raccordement de la personne soumise au secret professionnel doit demeurer exceptionnelle.
- Cette surveillance doit être effectuée de manière à ne saisir que les faits qui sont l'objet de la procédure pénale en cours.
- Le tri doit se faire par un tribunal non impliqué dans la procédure pénale.
- Cela signifie que la surveillance en temps réel ou par branchement direct ne doit pouvoir être mise en œuvre qu'en cas de circonstances exceptionnelles.
- Les éléments protégés par le secret professionnel et découverts lors de la surveillance de raccordements de tiers doivent être éliminés du dossier et ne peuvent être utilisés.

Le 4 octobre 2010, le Conseil de la FSA s'est déterminé sur l'avant-projet de mise en œuvre du nouvel article 123b de la Constitution fédérale (imprescriptibilité des actes de nature sexuelle ou pornographique impliquant des enfants impubères). La FSA a rappelé son hostilité de principe à toute forme d'imprescriptibilité, sous les réserves prévues à l'art. 101 CPS, soit génocide, crime de guerre et acte terroriste. Compte tenu de l'adoption et de l'entrée en force de la disposition constitutionnelle, la FSA a jugé admissible la formulation des textes proposés.

Le 30 octobre 2010, le Conseil de la FSA a déposé des observations sur l'avant-projet de révision de la partie générale du Code pénal (droit des sanctions). Il a relevé le caractère prématuré de la révision, entreprise sans recul suffisant et avant même le dépôt d'un rapport intermédiaire attendu pour fin 2010. Il

s'est opposé notamment à la réintroduction des courtes peines privatives de liberté, à la suppression du sursis en matière de peine pécuniaire, à la réduction de la peine privative de liberté maximale compatible avec l'octroi du sursis, à la fixation d'un minimum de la peine pécuniaire, rendu superflu par la jurisprudence du Tribunal fédéral, à la suppression du travail d'intérêt général et à la réintroduction de la peine accessoire de l'expulsion.

Le 7 décembre 2010, le Conseil de la FSA s'est déterminé sur l'avant-projet de loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le Code pénal, le Code pénal militaire et le droit pénal accessoire (aggravation du cadre général des sanctions). Il a relevé qu'une telle révision était prématurée tant que l'on ne connaissait pas le résultat de la révision de la partie générale applicable aux sanctions. Il a pris acte de ce que le rapport explicatif ne fournissait aucune indication précise et concrète qui étayerait l'existence d'un besoin réel de modification. Aucun cas n'était signalé dans lequel, de l'avis notamment du juge, le cadre pénal actuel aurait été insuffisant, dans lequel la nécessité aurait été avérée d'une peine supérieure au maximum légal. Le projet paraissait ainsi inutile. Le Conseil de la FSA a estimé indispensable de rappeler quelques principes de politique criminelle:

- La meilleure prévention de la criminalité réside dans l'orientation de l'esprit public, qui devrait être fondé sur le respect de la personne, l'acceptation de la norme et la solidarité sociale, toutes valeurs garantes de l'ordre public et de la sécurité des citoyens.
- Les cantons et la Confédération, dans leurs domaines respectifs, peuvent et doivent se doter d'instruments de politique criminelle. Les priorités doivent être définies, tout comme le cadre visé pour les sanctions; si, pour telle ou telle infraction, les peines prononcées apparaissent trop faibles, il appartient au responsable de la politique criminelle de donner des instructions pour l'exercice de voies de recours. Une modification législative n'est pas nécessaire.
- L'efficacité de la répression pénale et le relèvement corollaire du niveau de la sécurité publique passent par l'augmentation des effectifs de la police et des moyens mis à sa disposition, par l'amélioration de la formation de ses agents, par une dotation suffisante en personnel des ministères publics et des tribunaux de répression.

La FSA a proposé l'abandon pur et simple du projet.

L'absence de cohérence, voire le caractère stochastique du développement de la législation en matière pénale ne manquent pas d'inquiéter. L'impression est de plus en plus nette que la législation pénale devient le terrain sur lequel certains cherchent à se mettre en valeur, en jouant sur les émotions – tout à fait compréhensibles – que la matière suscite dans la population. Ceux qui sont chargés de gouverner le pays ne semblent plus en mesure de résister à cette pression.

Anwaltsrecht (Vincenzo Amberg)

Die Mitglieder des Fachausschusses Anwaltsrecht sind im Berichtsjahr an zwei Terminen, nämlich am 15. April 2010 und am 28. Oktober 2010, zusammengekommen.

Nachdem in den beiden Vorjahren (2008 und 2009) der Fachausschuss Anwaltsrecht schwergeköchtet mit der Prüfung der Kompatibilität unserer Standesregeln zu den beiden neuen, mittlerweile in Kraft getretenen Prozessordnungen beschäftigt war, bildete im letzten Jahr die Harmonisierung der Anwaltsausbildung das Schwerpunktthema.

Dieses Thema wurde nicht zuletzt deshalb gewählt, weil im Nachgang zur Vereinheitlichung der Prozessrechte auch eine Vereinheitlichung unseres Berufsrechts auf nationaler Ebene, das bekanntlich im geltenden BGFA nur teilweise geregelt ist, zur Diskussion steht. Unser Verband hat in diesem Zusammenhang die Initiative ergriffen, was an dieser Stelle lobend erwähnt werden soll.

Im Rahmen dieser Arbeiten hat der Fachausschuss Anwaltsrecht die Aufgabe übernommen, über wichtige Themen – zu denen eben auch die Anwaltsausbildung gehört – zu diskutieren und einen Gedankenaustausch zu pflegen. Die Resultate dieser Erörterungen sollen dann im Sinne einer Vorarbeit Grundlage für eine Diskussion in einem grösseren Kreis bilden.

Es würde den Rahmen dieses kurzen Jahresberichts bei Weitem sprengen, wollte man im Folgenden im Einzelnen auf die Resultate des Fachausschusses Anwaltsrecht eingehen. Stichwortartig soll hier lediglich bekannt gegeben werden, dass unser Fachausschuss – und dies ist im Hinblick auf die zukünftige Diskussion durchaus positiv zu werten – sich über die Fächerwahl in der Anwaltsausbildung, über die Dauer und den Ort des Praktikums sowie über den Inhalt und die Form der Anwaltsprüfung zu einer einheitlichen Lösung hat durchringen können. Damit hat er – jedenfalls im kleinen Rahmen – die bestehenden kantonalen Unterschiede in der Anwaltsausbildung überbrücken und diesbezüglich einen gemeinsamen Nenner finden können.

Der Fachausschuss gibt seiner Hoffnung Ausdruck, dass in Bezug auf die Anwaltsausbildung und die anderen zu vereinheitlichenden Punkte auch in einem grösseren Rahmen ein Konsens gefunden werden kann, der dann in einem schweizerischen Anwaltsgesetz (welches dann seinen Namen wirklich verdient) seinen Niederschlag finden soll.

Mediation (Ursula Gross Leemann)

Im Jahr 2010 traf sich der Fachausschuss Mediation zu drei Sitzungen. Er organisierte Aus- und Weiterbildungen sowie das zweite Bi-Annual-Meeting der Mediatoren SAV.

Per Ende 2010 trat Jean-Marc Joerin aus Basel vom Fachausschuss zurück. Bereits Ende des Vorjahres trat Luca Eusebio aus dem Tessin zurück. Als Ersatz für die beiden wurden vom Vorstand auf Antrag des Fachausschusses Daniel Bäumlin aus Basel sowie Roberta Soldati aus dem Tessin gewählt.

2010 konnten 12 neue Titel Mediator/Mediatorin SAV verliehen werden. Seit 2002 haben sich weit mehr als 300 Mitglieder des SAV über eine anerkannte Mediationsausbildung ausgewie-

sen und haben nach erfolgreicher Absolvierung des obligatorischen SAV-Ausbildungstages den Titel Mediator SAV/Mediatorin SAV erworben. Gemäss Reglement Mediator SAV ist ein periodischer Weiterbildungsnachweis zu erbringen. Hierfür fordert der Fachausschuss die Mediatoren SAV dreijährlich zum Nachweis der verlangten Weiterbildungen auf. Leider kam ein Teil der Mediatoren dieser Aufforderung zur Selbstdeklaration erneut nur zögerlich und erst nach mehrfachen Mahnungen nach, was für die zuständigen Mitglieder des Fachausschusses viel Aufwand bedeutete. Einigen Mitgliedern musste wegen fehlendem oder ungenügendem Weiterbildungsnachweis gar der Titelentzug angedroht werden und der Vorstand musste auf Antrag des Fachausschusses 3 aussprechen. Einige Mediatoren SAV verzichteten wegen fehlender oder ungenügender Weiterbildung auch freiwillig auf den Titel oder sie verloren ihn wegen Austritts aus dem SAV. Aktuell sind 315 Mediatoren SAV registriert.

Der Fachausschuss organisierte im letzten Jahr drei Weiterbildungstage. Im März fanden in Murten zwei Weiterbildungstage mit Ulrike Gamm und Mario Patera zum Thema «Die Magie des Fragens – Fragen als Interventionen in der Mediation und anwaltlichen Beratungstätigkeit» statt. Im Juni wurde in Bern eine Weiterbildung mit Duncan Jarrett aus London zum spannenden Thema «Mediating dangerously: Experiences with a Hostage Negotiator» organisiert. Am 4. November 2010 führte der Fachausschuss nach dem Erfolg 2008 zum zweiten Mal das Bi-Annual Meeting der Mediatoren SAV wiederum im Zentrum Paul Klee in Bern durch. Es war mit rund 70 Teilnehmern erneut ein grosser Erfolg. Das Thema war «Fit für die Mediation in der neuen ZPO – erfolgreiche Kurzmediationen». Das Einführungsreferat hielten Ursula Gross Leemann und Roman Manser vom Fachausschuss. Gastreferenten für die beiden Workshops waren Frau Kollegin Dr. Beatrice Gukelberger, Bern, zum Thema «Mediation in der Schweizerischen ZPO, insbesondere die genehmigungsfähige Schlussvereinbarung» und Lis Ripke von der Universität Heidelberg zum Thema «Tipps und Tricks für erfolgreiche Mediationen, insbesondere Verhandeln in der Mediation».

Schwerpunkt der inhaltlichen Arbeit war im 2010 erneut die Zusammenarbeit mit der KMS (Koordination Mediation Schweiz), ein lockerer Verbund aller Mediationsorganisationen der Schweiz, im Hinblick auf die Einführung der Mediationsbestimmungen in der neuen ZPO. Die KMS arbeitete auf Initiative von alt-Ständerat Thomas Pfisterer weiterhin intensiv vor allem in den kantonalen Untergruppen und nahm wo möglich Einfluss auf die Kantonalen Einführungsgesetze. Die Umsetzung der Mediationsbestimmungen in den Kantonen ist sehr unterschiedlich, insbesondere was die unentgeltliche Mediation anbetrifft. Der Fachausschuss ist sich bewusst, dass in Sachen Mediation in der Schweiz noch ein grosser Aufklärungsbedarf besteht, nicht nur beim Publikum, sondern auch bei den Richtern und Anwälten.

Ausblick: Im Rahmen des Anwaltskongresses 2011 veranstaltet der Fachausschuss wiederum einen Workshop. Frau Kollegin Beatrice Gukelberger wird nochmals intensiv auf das Thema der «genehmigungsfähigen Schlussvereinbarung» eingehen. Zudem organisiert der Fachausschuss eine Weiterbildung mit dem be-

kannten deutschen Mediationstrainer Heiner Krabbe zum Thema «Kurzmediationen». Weiterhin legt der Fachausschuss den Fokus auf die Qualität der Arbeit der Mediatoren SAV und wird hierzu neu auch eine Supervisoren-Liste erstellen.

Inhaltlich beschäftigt sich der Fachausschuss weiterhin mit den Mediationsbestimmungen in der neuen ZPO und deren Auslegung sowie mit allgemeiner Aufklärungsarbeit zur Mediation. Zudem arbeiten wir weiterhin aktiv mit der KMS zusammen.

Steuerrecht (Reto Kuster)

Im Berichtsjahr 2010 konnte der Mitgliederbestand des FA Steuern in seiner neuen Zusammensetzung konsolidiert werden. Der Ausschuss besteht nun aus 19 Mitgliedern, von denen jeweils etwa die Hälfte an den Sitzungen anwesend sein kann. Der Sitzungsrhythmus wurde verstetigt und auf zwei jährliche Sitzungen im Januar und im August festgelegt.

An den Sitzungen wurde die Steuergesetzgebung des abgelaufenen Halbjahres diskutiert. Mögliche Vernehmlassungen werden kurzfristig auf dem Korrespondenzweg erwogen und allenfalls erstellt. Im Jahr 2010 hat der FA Steuern für den SAV eine Vernehmlassung zum BG über die steuerliche Behandlung der berufsorientierten Aus- und Weiterbildungskosten vorbereitet und die Vorlage stark kritisiert. Jetzt ist die Auswertung der Vernehmlassungen erschienen. Der SAV sieht sich mit seiner Kritik in guter Gesellschaft mit anderen grossen Berufsverbänden. Die Vorlage wird nur vom Bauernverband gelobt. Ferner konnte der FA Steuern in einer frühen Phase an der MWSt-Branchen-Info für Rechtsanwälte mitarbeiten und berufsspezifische Anliegen einbringen.

Der FA Steuern versteht sich auch als Dienstleister für die Anwaltskolleginnen und Anwaltskollegen. So wurde ein Aufsatz über die Satzerhöhung bei der Mehrwertsteuer in der Anwaltsrevue 10/2010 publiziert und im November 2010 ein Mehrwertsteuerseminar für Anwälte organisiert, welches jedoch nicht genügend Echo fand. Das Mehrwertsteuerseminar wird deshalb für das Jahr 2011 neu ausgeschrieben.

Versicherungsrecht (Gerhard Stoessel)

Im abgelaufenen Jahr 2010 ist in unserem Fachausschuss wenig angefallen:

1. Revision Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)
Anfang Januar ist der Ergebnisbericht vom Oktober 2009 publiziert worden, in dem die im Jahr 2008 in einer Arbeitsgruppe des Fachausschusses Versicherungsrecht erarbeitete Stellungnahme des SAV berücksichtigt worden ist.
2. Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG), 6. IV-Revision

Im Hinblick auf die Ausarbeitung einer Stellungnahme des SAV hat eine ad hoc gebildete Arbeitsgruppe von Kollegen, die sich mit Sozialversicherungsrecht befassen (Thomas Laube, David Husmann, Peter Kaufmann, Heiner Schärner, Sven Marguth, Daniel Wyssmann, August Holenstein), Vorschläge ausgearbeitet.

Schlusswort (Brenno Brunoni)

Die Tätigkeit des SAV war auch in diesem Berichtsjahr vielseitig und arbeitsintensiv. Wiederum sind die erzielten Erfolge dem Verdienst aller Mitglieder der verschiedenen Gremien (Vorstand, Fachausschüsse, etc.), des Generalsekretariats SAV sowie der kantonalen Verbände, welche sich mit grossem Engagement dafür eingesetzt haben, zu verdanken. Gerade die Zusammenarbeit und der Austausch mit den Vorständen der kantonalen Verbände soll im kommenden Jahr weiter ausgebaut werden. Dies bei gleichzeitig anhaltender Stärkung der Erscheinung des SAV als Vertreter der schweizerischen Anwaltschaft auf Bundesebene und ohne dabei die Autonomie der einzelnen Kantonalverbände einzuschränken.

Bern, im April 2011

Brenno Brunoni, Präsident SAV

Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

Zivilrecht/Droit civil

| | | | |
|---------------------------|--|---------|--|
| 07.06.2011 | Aktuelle Fragen zum Mietrecht | Zürich | Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax: 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch |
| 23.06.2011 | SAV-Weiterbildung Fachanwalt SAV/ Fachanwältin SAV Arbeitsrecht | Luzern | Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch |
| 30.06.2011 | Kindes- und Erwachsenenschutzrecht | 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 |
| 18.08.2011– 17.03.2012 | Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV – Spezialisierungskurs im Familienrecht | Diverse | Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch |
| 30.09.2011– 11.05.2012 | Avocat/e spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances | Diverse | Fédération Suisse des Avocats, Marktgasse 4, CP 8321, 3001 Berne, tél. 031 313 06 06, fax 031 313 06 16, info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch |
| 15.11.2011 | Nachehelicher Unterhalt | Zürich | Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch |
| 19.11.2011– 23.11.2012 | Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV – Spezialisierungskurs im Familienrecht | Diverse | Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch |

Handelsrecht

| | | | |
|------------|--|--------|---|
| 10.06.2011 | Aktuelle Rechtsfragen um den Aktionärsbindungsvertrag | Zürich | Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax: 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch |
| 17.06.2011 | St. Galler Gesellschaftsrechtstagung | 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

| | | | |
|----------------|---|--|--|
| 23.06.2011 | Mediationsweiterbildung mit Heiner Krabbe | Luzern | Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch |
| 21.10.2011 | Erste Erfahrungen mit der schweizerischen ZPO | Basel | Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch |
| 26.10.2011 | ZPR! Neuer Zivilprozess – Erste Erfahrungen aus Zürcher Sicht | Zürich | Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch |
| 11.–12.11.2011 | Grundausbildung in Collaborative Practice / Collaborative Law | Deutschschweiz (Ort wird noch bekannt gegeben) | Schweizerischer Verein für Collaborative Law (SVCL) in Kooperation mit dem Pool CL-Anwältinnen und Anwälte Zürich/Ostschweiz, Zähringerstrasse 51, 8001 Zürich, Tel. 044 225 99 33, www.svcl.ch, www.cl-pool.ch |

Straf- und Strafprozessrecht/Droit pénal et Code de procédure pénale

| | | | |
|------------|--|--------|--|
| 29.06.2011 | StrafR! Strafzumessung – Technik und Begründung | Zürich | Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch |
| 27.10.2011 | Private Ansprüche im Strafprozess | Basel | Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch |
| 02.12.2011 | Brennpunkte der neuen Strafprozessordnung | Basel | Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch |

Öffentliches Recht/Droit public

| | | | |
|---------------------------|--|-------------------|---|
| 21.06.2011 | Sites contaminés: Aspects et enjeux financiers, juridiques et techniques | Yverdon-les-Bains | Haute Ecole d'Ingénierie et de Gestion du Canton de Vaud HEIG-VD, Unité Management Durable, Avenue des Sports 20, 1401 Yverdon-les-Bains, Tél. 024 557 76 13, info@management-durable.ch, www.management-durable.ch |
| 06.07.2011 | 10. Zürcher Tagung zum schweizerischen, europäischen und internationalen Steuerrecht | Zürich | Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax: 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch |
| 25.08.2011 | Das Krankenversicherungsgesetz (KVG): 2012 – Was bringt die neue Spitalfinanzierung? | Luzern | Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax: 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch |
| 12.–14.09.2011 | Durchführungsfragen des Leistungsrechts der beruflichen Vorsorge | Ittigen | 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 |
| 21.09.2011 | Zürcher Lehrpersonalrecht – Aktuelles für Lehrpersonen und Behörden | Zürich | Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat, Rechtsanwalt lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73, sjwz@sjwz.ch, www.sjwz.ch |
| 19.11.2011– 23.11.2012 | Avocat/e spécialiste FSA – Cours de spécialisation en droit de la construction et de l'immobilier | Diverse | Fédération Suisse des Avocats, Marktgasse 4, CP 8321, 3001 Berne, tél. 031 313 06 06, fax 031 313 06 16, info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch |

Diverses/Divers

| | | | |
|---------------------------|--|--------|--|
| 17.06.2011 | Kunst & Recht | Basel | Koordinationsstelle «Recht aktuell», Universität Basel, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Tel. 061 267 25 55, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch, www.recht-aktuell.ch |
| 23.–25.06.2011 | Anweltskongress | Luzern | Schweizerischer Anwaltsverband, Marktgasse 4, Postfach 8321, 3001 Bern, Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch |
| 24.06.2011 | St. Galler Bankenrechtstag | Zürich | Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax: 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch |
| 16.09.2011– 28.01.2012 | CAS in Internationalem Banken-, Kapitalmarkt- und Versicherungsrecht | Zürich | Universität Zürich, LL.M.-Lehrgang Internationales Wirtschaftsrecht, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 90, Fax 044 634 43 59, info@LLM.uzh.ch, www.LLM.uzh.ch |
| 16.09.2011– 21.01.2012 | CAS in Banken-, Kapitalmarkt- und Versicherungsrecht | Zürich | Universität Zürich, LL.M.-Lehrgang Internationales Wirtschaftsrecht, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 90, Fax 044 634 43 59, info@LLM.uzh.ch, www.LLM.uzh.ch |
| 16.09.2011– 04.02.2012 | CAS in Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht | Zürich | Universität Zürich, LL.M.-Lehrgang Internationales Wirtschaftsrecht, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 90, Fax 044 634 43 59, info@LLM.uzh.ch, www.LLM.uzh.ch |
| Diverse | Master of Advanced Studies (MAS) in European Integration | Basel | Europainstitut der Universität Basel, Gellertstrasse 27, Postfach, 4020 Basel, Tel. 061 317 97 67, Fax: 061 317 97 66, europa@unibas.ch, www.europa.unibas.ch |

Verschiedene Veranstaltungen/Autres manifestations**International**

| | | | |
|---------------------------|--|-------------------|--|
| 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 |
| 19.–20.06.2011 | Successfully Navigating Hazardous Waters: The Second Annual Conference on Transatlantic Deals and Disputes | Munich, Germany | Audry Lamb, ABA International's Senior Meeting Planner, audrey.lamb@americanbar.org, phone +1 202 662 1663 |
| 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 |
| | American Legal Studies Master of Law-LL.M. | New York | Office of Enrollment Management, 108 Hofstra University, Joan Axinn Hall Hempstead, New York 11549, phone (516) 463–5916, fax (516) 463–6264, llmadmissions@hofstra.edu, law.hofstra.edu/LLMAdmissions |

