

Peter von Ins	<b>Editorial</b>	■ 403
<hr/>		
<b>Thema/Question du jour</b>		
Olivier Blanc/ Florian Zihler	Revision des Aktien-, Rechnungslegungs- und Revisionsrechts – Stand der parlamentarischen Beratung	■ 407
Franz Hoffet	Revision Art. 5 KG: Schnellschuss über das Ziel hinaus	■ 418
Kaspar Schiller	Anwaltliche Unabhängigkeit – Wozu? Wie weit? Wovon?	■ 421
	Unabhängigkeit nach BGFA	■ 428
<hr/>		
<b>Anwaltspraxis/Pratique du barreau</b>		
Dominik Gasser/ Daniel Hunkeler/ Roger König/ Tamara Pietsch-Kojan	Entwicklung des Insolvenz- und Sanierungsrechts in den Jahren 2009 und 2010 (Teil II)	■ 432
Roland Pfäffli/ Daniela Byland	Zur Öffnung des Grundbuchs für die Anwaltschaft	■ 444
Christian Leupi	«Durchklick»: SuisseID und Sicherheit	■ 445
Christian Leupi	«Clic informatique»: SuisseID et sécurité	■ 446
<hr/>		
<b>Rechtsprechung/Jurisprudence</b>		
<hr/>		
<b>SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux</b>		
	Der SAV teilt mit/La FSA vous informe	■ 454
<hr/>		
<b>Agenda</b>		
■ 458		

**Impressum**

**Anwaltsrevue/Revue de l'avocat**  
14. Jahrgang 2011/14<sup>e</sup> 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  
Peter.vonIns@bollwerk21.ch

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

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

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

**Inserate/Annonces**

Zürichsee Werbe AG  
Seestrasse 86  
8712 Stäfa  
Tel. 044 928 56 11  
Fax 044 928 56 00  
info@zs-werbeag.ch  
www@zs-werbeag.ch

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

**Preise/Prix**  
Jährlich/Annuel: Fr. 198.–, € 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 Abonnementperiode 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 Verleges./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.



## Nur Fliegen ist schöner

Es kommt vor, dass Redlich geschäftlich fliegen muss. Es kommt aber auch vor, dass Redlich privat fliegen darf. Die Zeiten, als Redlich selber Pilot werden wollte, sind längst vorbei. Redlich hat heute als Anwalt ein eher nüchternes Verhältnis zum ehemaligen Traumjob «Pilot». Gut, die Unterschiede sind manchmal gar nicht so gross. Wir sitzen in einen Flieger, nehmen die Anweisungen der bemühten Hostessen gar nicht mehr wahr, welche uns mit eindrücklicher Gestik bedeuten, was zu tun wäre, wenn in der Kabine kein Sauerstoff mehr vorhanden wäre, oder noch dramatischer, wenn das Flugzeug anstelle einer holprigen Betonpiste ausnahmsweise mal das Meer als Landebahn erwischen müsste. Schwimmweste unter dem Sitz, Notrutschen dort, wo die dünnen Ärmchen der lächelnden Hostess mehrmals hinzeigen und – alles immer mit der Ruhe. Redlich ist zu diesem Zeitpunkt meist bereits daran, seinen Laptop flugklar zu machen und erschrickt zuweilen ob der Vorstellung, dass das stets wieder zelebrierte Schreckszenario einmal doch Wirklichkeit werden könnte.

Und ist es denn nicht das gleiche beim Mandat? Der Klient sitzt ins Besprechungszimmer, hört, was alles passieren könnte und vertraut darauf, dass dies eben gerade nicht passiert. Was weiss er schon von den Turbulenzen unbestimmter Rechtsbegriffe, von dräuenden Luftlöchern eventueller Beweislosigkeit, in denen sein Flug ins Ungewisse bei kleinsten Unstimmigkeiten abzustürzen droht? Sollen wir ihm dies alles gar farbig ausmalen, auf dass er entsetzt das Weite suche oder ihn einfach nur knapp darauf hinweisen, dass unerwünschte Komplikationen nie ganz vermieden werden können und die Vorhersage des Ausgangs eines Gerichtsverfahrens heute nur noch Kartenlegerinnen und Handlesern gelingt? Sollen wir bloss den Zielflughafen nennen und sagen, der Klient könne sich getrost zurücklehnen?

Redlich sitzt entspannt im Flugzeugsitz, als die Maschine plötzlich in einer steilen Abwärtskurve abdrehet und die Gläser auf kleinen Klapp-Tischchen bedrohlich wackeln. Was ist das denn nun? Stewardessen fragen, die Sitz-Nachbarin schreit nach einer Tüte und ist bereits leicht hysterisch, im Flugzeug herrscht Aufregung, und die Stewardessen sind gestresst. Was bleibt, ist dem Piloten zu vertrauen. Wie beim Anwalt.

«Das gibt's ja nicht, mein Anwalt Redlich auf dem gleichen Flieger» dröhnt plötzlich eine Redlich unangenehm bekannte Stimme eines Passagiers, welcher sich trotz heillosem Durcheinander zur Flugtoilette hangelt. «Tja, so trifft man sich wieder», ist

das Einzige, was Redlich nun einfällt. «Was zum Teufel macht der denn da?» überlegt Redlich und setzt nacheinander seine Erinnerungsstücke zusammen. «CEO einer bekannten Firma, immer auf Draht, stets auf Achse, ungestüm fordernd und angewidert tobend, wenn man ihm schlechte Nachrichten überbringen musste», geht es Redlich durch den Kopf. In diesem Moment gibt der Bordlautsprecher bekannt, dass man infolge eines Hurrikans auf den Philippinen mit Ausläufern, man weiss nicht wo, eine Ausweichroute fliegen muss und die Landung nicht am vorgesehenen Ziel-flughafen erfolgen wird. Der Flieger rüttelt und schüttelt bereits, als wollte er die Durchsage unterstreichen. In diesem Moment kommt Redlichs Klient, sichtlich erleichtert, vom Bord-WC zurück und hat noch den letzten Teil der Meldung mitbekommen. «Tja, Redlich, da werden wir doch mal schauen, was wir da für eine Entschädigung herausholen können, nicht wahr, he he??» dröhnt der Klient, doch kaum hat er die Worte fertig gesagt, stürzt er infolge sich verstärkender Turbulenzen in den Gangway. Nachdem er sich wieder aufgerappelt hat, wendet er sich erneut an Redlich und raunzt: «Redlich, das gibt noch eine Extra-Genugtuung von der Fluggesellschaft, hä hä, tun Sie was, ich zähle auf Sie. Wenn wir wieder zuhause sind, erwarte ich den Check!». Redlich aber denkt, während auch er jetzt nach einer Tüte späht: «Wenn wir denn überhaupt wieder nach Hause kommen ...»

Und da ist es wieder, dieses unbestimmte Gefühl der Paralleltäten, der Klient denkt noch im Angesicht der finalen Katastrophe ans Geld, während Redlich leise murmelt «vergib ihm seine Schuld ... in Ewigkeit, Amen.»

P.S. Die Maschine ist dann doch noch gelandet und aufgrund von IATA-Bestimmungen gab es keine Entschädigung für den Klienten, Genugtuung schon gar nicht, letztere jedoch wiederum für Redlich, aber nicht in Geld ...



Peter von Ins







Olivier Blanc und Florian Zihler\*

# Revision des Aktien-, Rechnungslegungs- und Revisionsrechts – Stand der parlamentarischen Beratung

**Stichworte:** Aktienrecht, Rechnungslegungsrecht, Revisionsrecht, Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Aktienrechtsrevision, parlamentarische Beratung, Referendum, Inkrafttreten

Der Bundesrat verabschiedete am 21. Dezember 2007 seine Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts zuhanden des Parlaments. Seither sind von diesem fast alle gesetzgeberischen Register gezogen worden, was zu einer kaum noch überblickbaren Situation geführt hat.<sup>1</sup>

## 1. Einleitung

### 1.1 Ausgangslage und Zweck des vorliegenden Beitrags

Am 21. Dezember 2007 verabschiedete der Bundesrat zuhanden des Parlaments die Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts (nachfolgend: Botschaft 2007).<sup>2</sup> Als Erstrat wurde der Ständerat bestimmt und innerhalb von diesem wurde das Geschäft der Kommission für Rechtsfragen als vorberatende Kommission zugewiesen.

Mit der umfassenden Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts werden vier Ziele verfolgt: die Verbesserung der Corporate Governance, die Aktualisierung und Flexibilisierung der Bestimmungen zu den Kapitalstrukturen, die Modernisierung der Generalversammlung und schliesslich die Aktualisierung der Vorschriften zur Buchführung und Rechnungslegung.<sup>3</sup>

\* Die Autoren, lic. iur. MBL OLIVIER BLANC und RA Dr. iur. FLORIAN ZIHLER, LL.M.Eur., sind wissenschaftliche Mitarbeiter des Bundesamtes für Justiz (BJ) bzw. des Eidg. Amtes für das Handelsregister (EHRA) und seit anfangs 2008 verantwortlich für das Projekt zur Revision des Aktien-, Rechnungslegungs- und Revisionsrechts. Sie geben ihre persönliche Meinung wieder und binden das BJ bzw. das EHRA in keiner Weise. Besonderer Dank gilt Herrn lic. rer. soc. NICO HÄUSLER, wissenschaftlicher Mitarbeiter des Sekretariats der Kommissionen für Rechtsfragen, für seine stets wertvollen Anregungen und Hinweise bzw. für die sehr gute Zusammenarbeit.

1 Ständerat CLAUDE JANIAC brachte diese insbesondere für das Aktienrecht herrschende Unübersichtlichkeit prägnant auf den Punkt: «Es ist ja schwierig, diese ganzen Verfahren zu begreifen. Auch Kolleginnen und Kollegen haben in den letzten Tagen immer wieder gefragt: Wie geht das jetzt weiter, wer muss wann zu was Ja sagen, wie ist es mit der Verlängerung, weshalb usw.? Nicht einmal alle im Rat wissen, wie diese ganzen Verfahren laufen, weil sie ja tatsächlich kompliziert sind.» (AB 2010 S 394).

2 Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589 ff.

3 Einige Publikationen mit Gesamtdarstellungscharakter: Sondernummer der GesKR, «Die grosse Aktienrechtsrevision», Zürich 2008; LUKAS GLANZMANN, Die Grosse Aktienrechtsrevision, Kritische Anmerkungen zum Entwurf des Bundesrates, ST 9/2008, S. 665 ff.; PETER BÖCKLI, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts, Zum Gesetzesentwurf vom 21. Dezember 2007, SJZ 14/2004, S. 333 ff.; PETER V. KUNZ, Aktienrechtsrevision 20xx, Jusletter vom 2. Februar 2009; HANS-UELI VOGT/EMA-

Was wie ein gewöhnliches Gesetzgebungsverfahren mit einer in sich geschlossenen Vorlage begann, entwickelte sich zwischen Mitte 2008 und Ende 2010 zu einem Projekt mit fünf Vorlagen, die sich zum Teil formell und materiell überschneiden, und einem direkten Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei». Hinzu kam die Idee, das Aktienrecht aufzuspalten in einen Teil, der für sämtliche Gesellschaften gilt, und einen Teil, der nur auf Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien Anwendung findet. Umrahmt wurde das Projekt sodann durch die Volksinitiative «gegen die Abzockerei», die staatliche Abwendung des Niedergangs der UBS<sup>4</sup> und die seit 2009 nicht abbrechenden politischen Diskussionen und Vorstösse bzw. die medialen Beiträge über Vergütungsexzesse und -systeme.

Der vorliegende Beitrag soll es der Leserin und dem Leser ermöglichen, sich den Überblick über den Stand der parlamentarischen Beratung (wieder) zu verschaffen. Der Beitrag ist in die drei Themenbereiche Rechnungslegungsrecht (Ziffer 2), Revisionsrecht (Ziffer 3) und Aktienrecht (Ziffer 4) aufgeteilt. Begonnen wird mit einem Abschnitt über den Fundort der offiziellen Dokumente und den teilweise beschränkten Zugang zu diesen (Ziffer 1.2). Abgerundet wird der Beitrag mit einem Überblick über den aktuellsten Stand der parlamentarischen Beratungen (Ziffer 5).

### 1.2 Zugang zu den offiziellen Dokumenten

Die offiziellen Dokumente aus der Phase zwischen der Veröffentlichung erster Expertenberichte und der Verabschiedung der Botschaften durch den Bundesrat zuhanden des Parlaments, inkl. sämtlicher Medienmitteilungen, sind auf der Internetseite des Bundesamtes für Justiz zu finden.<sup>5</sup>

Ab Verabschiedung der Botschaften und dem damit verbundenen Start der parlamentarischen Beratung sind sämtliche offiziellen Dokumente in der *Geschäftsdatenbank Curia Vista der Bun-*

NUEL SCHIWOW/KARIN WIEDMER, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten, Bestandesaufnahme, einige Auslegungsversuche und ein paar wichtige Anliegen vor der Erstberatung im Nationalrat, AJP 11/2009, S. 1359 ff.; ROLF WATTER (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, SSHW, Bd. 300, Zürich/St. Gallen 2010.

4 Botschaft vom 5. November 2008 zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems, BBl 2008 8943 ff. (08.077). Vgl. zudem die Botschaft vom 20. April 2011 zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail), BBl 2011 4717 ff. (11.028).

5 Die Dokumente sind abrufbar unter: <http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>

desversammlung enthalten.<sup>6</sup> Dies gilt auch, wenn eine Vorlage gestützt auf eine parlamentarische Initiative ausgearbeitet wird. Dabei ist zu beachten, dass in Curia Vista die Geschäfte strikt nach der zugeteilten Geschäftsnummer verwaltet und aktualisiert werden. Somit entspricht beispielsweise die Vorlage 2 des Geschäfts 08.011 (Revision des Rechnungslegungsrechts) nicht der Vorlage 2 des Geschäfts 10.443 (Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei»). Querverweise auf der Einstiegsseite eines Geschäfts erleichtern jedoch das Auffinden konnexer Geschäfte.

Öffentlich zugänglich sind die Verhandlungen im Plenum des Stände- und Nationalrats. Sämtliche Wortmeldungen und Beschlüsse können dem *Amtlichen Bulletin (AB)* entnommen werden.<sup>7</sup>

Die Sitzungen der vorberatenden *Kommissionen* von Stände- und Nationalrat, in casu der Kommissionen für Rechtsfragen (RK-S/RK-N), sind hingegen vertraulich,<sup>8</sup> weshalb auch sämtliche Protokolle dem Kommissionsgeheimnis unterliegen. Erst nach erfolgter Schlussabstimmung der beiden Räte über eine Vorlage, dem Ablauf der Referendumsfrist und der Durchführung einer allfälligen Volksabstimmung können unter bestimmten Voraussetzungen – z.B. für wissenschaftliche Zwecke – die Protokolle der vorberatenden Kommissionen eingesehen werden. Zuständig für die Beurteilung von Gesuchen auf Akteneinsicht ist der Generalsekretär der Bundesversammlung.<sup>9</sup> Auf Basis des für die Bundesverwaltung geltenden Öffentlichkeitsprinzips kann keine Akteneinsicht durchgesetzt werden, da die Protokolle den an den Sitzungen der Kommissionen teilnehmenden Mitarbeitern der Verwaltung nur zur persönlichen Nutzung in Papierform zugestellt werden. Es gibt jedoch zwei öffentliche Informationsquellen zu den Beratungen in den Kommissionen: Die offiziellen *Medienmitteilungen der Kommissionen*<sup>10</sup> – auch diese sind in Curia Vista zu finden – und die Stellungnahmen des jeweils von der Kommission ad hoc ernannten *Kommissionssprechers* für die Detailberatung im Plenum. Der Kommissionssprecher ist im Amtlichen Bulletin als solcher gekennzeichnet («für die Kommission») und gibt u.a. die Beschlüsse und wichtigsten Erwägungen seiner Kommission wieder. Zudem können der mittels Curia Vista öffentlich zugänglichen Gesetzesfahne für die Detailberatung im Plenum die Beschlüsse der vorberatenden Kommission, inkl. die Minderheitsanträge, entnommen werden.

6 Curia Vista ist abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/dokumentation/curia-vista/Seiten/default.aspx>

7 Das amtliche Bulletin ist für ein spezifisches Geschäft – z.B. 08.011 – direkt in Curia Vista (Fn. 6) oder allgemein unter <http://www.parlament.ch/ab/frameset/dlindex.htm> abrufbar.

8 Art. 47 f. des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.1); vgl. auch Art. 320 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311).

9 Art. 7 der Verordnung der Bundesversammlung vom 3. Oktober 2003 zum Parlamentsgesetz und über die Parlamentsverwaltung (Parlamentsverwaltungsverordnung, ParlVV, SR 171.115).

10 Im Anschluss an besonders wichtige Sitzungen gibt es sogar Medienkonferenzen.

## 2. Rechnungslegungsrecht

Der 32. Titel des OR, der heute nur sechs Artikel zur kaufmännischen Buchführung enthält (Art. 957 ff. OR), gilt als lücken- und mangelhaft und soll durch eine übersichtliche Ordnung ersetzt werden. Diese beschränkt sich auf die wesentlichen Prinzipien und orientiert sich an der modernen Praxis zur Rechnungslegung.<sup>11</sup> Die Botschaft 2007 sieht deshalb folgende *fünf Abschnitte* zur kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung vor: Allgemeine Bestimmungen, Jahresrechnung, Rechnungslegung für grössere Unternehmen, Abschluss nach anerkanntem Standard zur Rechnungslegung und Konzernrechnung.<sup>12</sup>

Im Sommer 2009 wurde das Rechnungslegungsrecht von den aktienrechtlichen Bestimmungen abgespalten und es entstanden die Vorlage 1 (Aktienrecht) und die Vorlage 2 (Rechnungslegungsrecht). Die beiden Vorlagen weisen weiterhin dieselbe Geschäftsnummer auf (08.011). Mit dieser Abspaltung wollten die RK-S bzw. der Ständerat im Hinblick auf die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» eine beschleunigte Behandlung des Aktienrechts ermöglichen.<sup>13</sup>

Ein wichtiges Ziel der Revision des Rechnungslegungsrechts ist es, eine *rechtsformneutrale Regelung* zu schaffen. Deshalb werden insbesondere die aktienrechtlichen Bestimmungen zu Buchführung und Rechnungslegung (Art. 662–670 OR) aufgehoben.<sup>14</sup> Spezialgesetzliche Bestimmungen bleiben hingegen vorbehalten, insbesondere in Wirtschaftsbereichen, die einer staatlichen Aufsicht unterliegen.<sup>15</sup>

Das neue Rechnungslegungsrecht orientiert sich an der *wirtschaftlichen Bedeutung eines Unternehmens*. Das Parlament stufte diesen Aspekt als besonders wichtig ein, indem es den Anwendungsbereich der sog. Milchbüchleinrechnung<sup>16</sup> auf Personengesellschaften mit einem Umsatzerlös bis zu 500 000 Franken erweiterte<sup>17</sup> und die Schwellenwerte für die Konsolidierung auf 20 Millionen Franken Bilanzsumme, 40 Millionen Franken Um-

11 Botschaft 2007, BBl 2008 1623 ff. Die Botschaft vom 5. Dezember 2008 (08.080) enthält keine Vorschriften zur Buchführung und Rechnungslegung.

12 Einige Publikationen mit Gesamtdarstellungscharakter: MARKUS WANDELER/DANIEL SUTER, Neue Rechnungslegung gemäss Botschaft zum Obligationenrecht, Rechnungslegung wird gesetzlich modernisiert, ST 3/2008, S. 115 ff.; RETO EBERLE, Neuregelung der Rechnungslegung – Erste Eindrücke, ST 5/2008, S. 395 ff.; JEAN NICOLAS DRUEY, Die Rechnungslegung, Sondernummer der GesKR (Fn. 3), S. 55 ff.; KURT SCHÜLE, Dichtung und Wahrheit zum Rechnungslegungsrecht, ST 12/2008, S. 995 f.; KONRAD GRABER, Rechnungslegung nimmt Hürde im Ständerat, ST 1–2/2010, S. 30 f.; PETER BÖCKLI, Das neue OR-Rechnungslegungsrecht – Die Fassung des Ständerats unter der kritischen Lupe, ST 4/2010, S. 160 ff.; PETER GURTNER, Neues Rechnungslegungsrecht nach OR, Eine kritische Beurteilung aus steuerlicher Sicht, ST 6–7/2010, S. 385 ff.; FLORIAN ZIHLER, Das zukünftige Rechnungslegungsrecht, Gemäss Art. 957 ff. E-OR – Zwischenhalt nach der Erstberatung im Stände- und Nationalrat, ST 1–2/2011, S. 44 f.

13 Vgl. zu weiteren Informationen unten Ziff. 4.2.

14 Botschaft 2007, BBl 2008 1658.

15 Vgl. u.a. Botschaft 2007, BBl 2008 1742 ff.

16 Eine Milchbüchleinrechnung bedeutet, dass nur Buch über die Einnahmen und Ausgaben sowie über die Vermögenslage geführt werden muss (Art. 957 Abs. 2 E OR). Vgl. KURT SCHÜLE, Die Milchbüchleinrechnung ist kein buchhalterischer Freipass, ST 12/2010, S. 856 f.

17 Art. 957 E OR, vgl. AB 2011 S 257 f.

satzerlös und 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt erhöhte.<sup>18</sup> Durch die Erhöhung der Schwellenwerte des Revisionsrechts<sup>19</sup> wurde zudem der Anwendungsbereich für die Rechnungslegung für sog. grössere Unternehmen eingeschränkt, da an die gesetzliche Pflicht zur ordentlichen Revision angeknüpft wird.<sup>20</sup> Grössere Unternehmen müssen zwei zusätzliche Angaben im Anhang zur Jahresrechnung machen,<sup>21</sup> als Bestandteil der Jahresrechnung eine Geldflussrechnung erstellen und einen Lagebericht<sup>22</sup> verfassen, der neu die Informationen zur Durchführung der Risikobeurteilung enthält und nicht Teil der ordentlich zu revidierenden Jahresrechnung ist.<sup>23</sup>

Das neue Rechnungslegungsrecht soll die Verbindung zu den *Standards zur Rechnungslegung* herstellen, z.B. zu Swiss GAAP FER, IFRS und US GAAP, die dem Prinzip der *fair presentation* folgen.<sup>24</sup> Wirtschaftlich besonders bedeutende Unternehmen sind deshalb zu einem zusätzlichen Abschluss nach einem sog. anerkannten Standard zur Rechnungslegung verpflichtet.<sup>25</sup> Zudem soll gemäss Bundesrat die Konzernrechnung mittels eines anerkannten Standards erstellt werden müssen.<sup>26</sup> Letzteres ist im Parlament jedoch stark umstritten und wird sich vermutlich nicht halten können.<sup>27</sup> Immerhin zeichnet sich eine Kompromisslösung ab, die von der RK-S vom 6. September 2011 stammt: Wirtschaftlich bedeutende Rechtseinheiten<sup>28</sup> sollen gemäss einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung konsolidieren müssen. Die übrigen Rechtseinheiten brauchen sich hingegen nur an den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung zu orientieren; dies entspricht dem geltenden Aktienrecht.<sup>29</sup> Zumindest durch die Ausübung bestimmter Minderheitenrechte, z.B. von Gesellschaftern, die über 20 Prozent des Grundkapitals verfügen, lässt sich eine Konsolidierung gemäss anerkanntem Standard durchsetzen.<sup>30</sup> Konsolidierungs-Eigenkreationen und Buchwertkonsolidierungen werden folglich weiterhin die Regel bilden und damit die Aussagekraft und Vergleichbarkeit von Konzernrechnungen einschränken. Die beiden Räte sind sich im Übrigen bisher nicht einig geworden, wer die Standards zur Rechnungslegung anerkennen

muss.<sup>31</sup> Der Ständerat sieht eine ausschliessliche Kompetenz des Bundesrats vor; dies entspricht der Botschaft 2007.<sup>32</sup> Der Nationalrat hingegen will im Bereich der Börsen diesen die Anerkennungskompetenz übertragen.<sup>33</sup>

In Anlehnung an die aktienrechtliche Konsolidierungspflicht und das Revisionsrecht<sup>34</sup> enthält das neue Rechnungslegungsrecht *verschiedene Minderheitenrechte*, mit denen sich gegen den Willen des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans eine Rechnungslegung für grössere Unternehmen, ein Abschluss nach anerkanntem Standard zur Rechnungslegung oder eine Konzernrechnung durchsetzen lässt.<sup>35</sup> Das Parlament hat die Minderheitenrechte zum Teil stark abgeschwächt, indem es insbesondere den Schwellenwert der Kapitalbeteiligung anhebte.<sup>36</sup> Hinsichtlich zweier Schwellenwerte besteht noch immer eine Differenz zwischen den beiden Räten,<sup>37</sup> u.a. ist noch nicht entschieden, ob eine Minderheit von zehn oder zwanzig Prozent Grundkapitalbeteiligung eine Rechnungslegung für grössere Unternehmen durchsetzen kann. Die zehn Prozent liessen sich sachlich rechtfertigen, da durch die Anhebung der Schwellenwerte im Revisionsrecht der Anwendungsbereich des Abschnitts zu den grösseren Unternehmen, der an die gesetzliche Pflicht zur ordentlichen Revision anknüpft, bereits stark eingeschränkt wurde. Das Minderheitenrecht geht zudem inhaltlich deutlich weniger weit, als das vergleichbare in den Abschnitten über den Abschluss nach anerkanntem Standard und über die Konzernrechnung.<sup>38</sup>

Das neue Rechnungslegungsrecht lässt *stille Willkürreserven* weiterhin zu. So dürfen Rückstellungen beispielsweise für die Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens gebildet werden und nicht mehr begründete Rückstellungen brauchen nicht aufgelöst zu werden.<sup>39</sup> Das Parlament hat die Offenlegungspflicht hinsichtlich aufgelöster stiller Reserven deutlich abgeschwächt, indem es das Bruttoprinzip der Botschaft<sup>40</sup> strich und nur noch eine Offenlegung vorschreibt, wenn der Gesamtbeitrag der aufgelösten stillen Reserven denjenigen der gebildeten stillen Reserven überschreitet und dadurch das erwirtschaftete Ergebnis wesentlich günstiger dargestellt wird.<sup>41</sup> Dies entspricht dem geltenden Aktienrecht.<sup>42</sup>

18 Art. 963a Abs. 1 Ziff. 1 E OR; vgl. AB 2010 N 1914 f.

19 Vgl. nachfolgend Ziff. 3.

20 Art. 961 E OR; vgl. Botschaft 2007, BBl 2008 1716.

21 Art. 961a E OR: Die langfristigen, verzinslichen Verbindlichkeiten müssen aufgeteilt werden nach Fälligkeit innerhalb von einem bis fünf Jahren und nach fünf Jahren. Zudem muss das Honorar der Revisionsstelle gesondert für Revisionsdienstleistungen und andere Dienstleistungen ausgewiesen werden.

22 Bisher Jahresbericht (Art. 663d OR).

23 Art. 961a ff. E OR, vgl. Botschaft 2007, BBl 2008 1716 ff. Gemäss geltendem Recht sind die Angaben über die Durchführung einer Risikobeurteilung im Anhang zur Jahresrechnung enthalten (Art. 663b Ziff. 12 OR) und müssen revidiert werden (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 1 OR).

24 Botschaft 2007, BBl 2008 1625 ff.

25 Art. 962 f. E OR; vgl. Botschaft 2007, BBl 2008 1719 ff.

26 Art. 963b E OR; vgl. Botschaft 2007, BBl 2008 1724 f.

27 AB 2010 N 1916 ff. Vgl. hingegen KURT SCHÜLE, Was bringt eine auf Buchwerten basierende Konzernrechnung?, ST 6–7/2011, S. 455 f.

28 Publikums-gesellschaften, wenn die Börse dies verlangt; Genossenschaften mit mindestens 2 000 Genossenschafte-rn und Stiftungen, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind (Art. 963b Abs. 1 E OR).

29 Art. 663g Abs. 1 OR.

30 Neuer Abs. 3 von Art. 963b E OR; vgl. AB 2011 S (Herbstsession vom 12. September 2011).

31 Art. 962a Abs. 5 E OR.

32 Botschaft 2007, BBl 2008 1722; vgl. AB 2011 S (Herbstsession vom 12. September 2011).

33 AB 2011 N 881 f.

34 U. a. Art. 663e Abs. 3 bzw. Art. 727 Abs. 2 OR.

35 Art. 961d Abs. 2, Art. 962 Abs. 4 und Art. 963a Abs. 1 E OR; vgl. Botschaft 2007, BBl 2008 1626 f.

36 U. a. AB 2010 N 1905 ff. (zu Art. 962 E OR) und 1912 ff. (zu Art. 963a E OR).

37 Art. 961d Abs. 2 Ziff. 1 und Art. 963a Abs. 2 Ziff. 2 E OR.

38 Vgl. AB 2011 S (Herbstsession vom 12. September 2011).

39 Art. 960a Abs. 4 und 5 bzw. Art. 960e Abs. 3 und 4 E OR. Vgl. die nicht ganz widerspruchsfreie Botschaft 2007, BBl 2008 1604 und 1626 und EJPD, Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse, Bern Februar 2007, S. 31 f. Kritisch zum «Mythos der stillen Reserven»: RETO EBERLE, Analyse der neuen Vorschriften zur Rechnungslegung, in: Festschrift zum 80. Geburtstag von Max Boemle, Zürich 2008, S. 227 ff.

40 Botschaft 2007, BBl 2008, 1712 und 1714.

41 Art. 959c Abs. 1 Ziff. 2<sup>bis</sup> E OR (gemäss Parlament); vgl. AB 2010 N 1377 f., 1379 f. und 1381 f.

42 Art. 663b Ziff. 8 OR. Vgl. zum entsprechend grossen Ermessensspielraum: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 8 N 421 ff.

In der Sommersession am 1. Juni 2011 hat der Nationalrat die erste von zwei Runden der Differenzbereinigung abgeschlossen.<sup>43</sup> Es konnte nur eine wichtige materielle Differenz bereinigt werden: Das *Gestaltungsrecht von Art. 962 Abs. 1 E OR*, d.h. die Option auf den Verzicht auf die Rechnungslegung gemäss OR und somit die Möglichkeit zu einer ausschliesslichen und damit steuerbemessungsrelevanten Rechnungslegung gemäss z.B. IFRS, wurde aus der Vorlage gestrichen. Das Spannungsverhältnis zu mehreren Bestimmungen des OR, u.a. zur Festlegung einer allfälligen Überschuldung, hätte kaum gelöst werden können.<sup>44</sup>

Der Ständerat hat in der Herbstsession am 12. September 2011 zwei weitere gewichtige Differenzen bereinigt. Entgegen der Botschaft 2007 sollen Aktiven nicht nur gemäss Anschaffungs- oder Herstellungskosten (historische Kosten),<sup>45</sup> sondern auch *gemäss einem beobachtbaren Marktpreis in einem aktiven Markt* bewertet werden dürfen, sowohl bei der Erst- als auch bei der Folgebewertung.<sup>46</sup> Zudem sollen Vereine, Stiftungen und Genossenschaften die *Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung an ein kontrolliertes Unternehmen übertragen können*, sofern dieses durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise sämtliche weiteren Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasst und die tatsächliche Ausübung der Beherrschung nachweist.<sup>47</sup> Bundesrätin SOMMARUGA stufte diese Änderungen des bundesrätlichen Entwurfs zum Teil als sehr *problematisch* ein.<sup>48</sup>

In der Wintersession 2011 wird sich der Nationalrat mit den sechs noch vorhandenen Differenzen befassen müssen.<sup>49</sup> Bleiben auch danach noch Differenzen erhalten, muss eine Einigungskonferenz durchgeführt werden.<sup>50</sup>

Es ist davon auszugehen, dass die Schlussabstimmung der beiden Räte in der Wintersession 2011 stattfinden wird.

Als sicher gilt, dass das Rechnungslegungsrecht nicht auf den 1. Januar 2012 in Kraft treten wird, da zu diesem Zeitpunkt die Referendumsfrist noch nicht abgelaufen sein wird und Ausführungsgesetzgebung durch den Bundesrat notwendig ist.<sup>51</sup> Aufgrund der oben erwähnten vollständigen Abspaltung könnte das

Rechnungslegungsrecht unabhängig vom Aktienrecht in Kraft gesetzt werden. Der Bundesrat vertritt jedoch gemäss Bundesrätin SOMMARUGA den Standpunkt des gleichzeitigen Inkrafttretens des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, da die beiden Gebiete materiell zusammenhängen.<sup>52</sup>

### 3. Revisionsrecht

Am 17. Juni 2011 stimmte das Parlament in der Schlussabstimmung einer Änderung des erst seit dem 1. Januar 2008 geltenden Revisionsrechts zu (Vorlage 3 von 08.011). Die *Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR*, welche die eingeschränkte von der ordentlichen Revision abgrenzen, werden von 10 Millionen Franken Bilanzsumme, 20 Millionen Franken Umsatzerlös und 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (10–20–50) auf 20–40–250 erhöht.<sup>53</sup> Die Referenzgrössen – Bilanzsumme, Umsatzerlös und Vollzeitstellen – bleiben hingegen unverändert. Auch der Berechnungsmechanismus wurde nicht geändert: Eine ordentliche Prüfung der Jahresrechnung ist durchzuführen, wenn zwei der drei Schwellenwerte in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschritten werden.<sup>54</sup>

Die Botschaft sah keine Erhöhung der Schwellenwerte vor.<sup>55</sup> Auch fand *keine umfassende Evaluation* der geltenden Schwellenwerte durch das Parlament statt.<sup>56</sup>

Eine vom Ständerat stammende *Übergangsbestimmung* verhindert eine Rückwirkung der Anwendung der erhöhten Schwellenwerte auf Geschäftsjahre, die vor dem Inkrafttreten begonnen haben.<sup>57</sup>

Bewusst nicht erhöht wurden die Schwellenwerte 10–20–50 des Vereinsrechts (Art. 69b ZGB), weil bereits das geltende Recht – im Gegensatz zum Stiftungs-, Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht – nicht von einer allgemeinen (eingeschränkten) Revisionspflicht ausgeht. Die Schwellenwerte 10–20–200 im Bereich der Konzernrechnung (Art. 663e OR) werden erst mit dem zukünftigen Rechnungslegungsrecht (Vorlage 2 von 08.011) auf 20–40–250 erhöht.<sup>58</sup>

43 AB 2011 N 877 ff.

44 AB 2011 S 261 und 266 bzw. AB 2010 N 1906 ff.. Vgl. Botschaft 2007, BBl 2008 1719f. Siehe zu weiterführenden Informationen GURTNER (Fn. 12), S. 392 ff.; KURT SCHÜLE, Wird das neue Rechnungslegungsrecht tatsächlich steuerneutral sein?, ST 1–2/2011, S. 48 f.; ZIHLER (Fn. 12), S. 44 f.

45 Botschaft 2007, BBl 2008 1711 f.

46 Art. 960b Abs. 1 und 2 E OR, vgl. AB 2011 S (Herbstsession vom 12. September 2011).

47 Art. 963 Abs. 3 und Art. 963a Abs. 1 Ziff. 3 E OR, vgl. AB 2011 S (Herbstsession vom 12. September 2011).

48 AB 2011 S (Herbstsession vom 12. September 2011) und AB 2011 N 878 f. und 882 ff. Vgl. auch RETO EBERLE, Revision des Rechnungslegungsrechts – Diskussionen zum Konsolidierungskreis (Teil 1) und Alternativen zum «Ausnahmeartikel» (Teil 2), Kalaidos Fachhochschule Schweiz und AKAD Business, 2011, abrufbar unter: <http://www.accountingundcontrolling.ch>; NZZ am Sonntag vom 1. Mai 2011, S. 33, «Zurück ins Enron-Zeitalter»; ZIHLER (Fn. 12), S. 45.

49 Sie betreffen die folgenden Bestimmungen: Art. 960e Abs. 1, Art. 961c Abs. 2 Ziff. 6, Art. 961d Abs. 2 Ziff. 1, Art. 962a Abs. 5, Art. 963a Abs. 2 Ziff. 2 bzw. Abs. 3 und Art. 963b Abs. 2 und 3 E OR.

50 Art. 91 f. des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10).

51 Art. 962a Abs. 5, Art. 963b Abs. 1 und gegebenenfalls Art. 958f Abs. 4 E OR.

52 AB 2011 S 267.

53 AB 2011 S 704 und AB 2011 N 1284. Eingehend zur Erhöhung dieser Schwellenwerte: FLORIAN ZIHLER, Erhöhung der Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR – Erstes definitives Ergebnis der Reform des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, ST 9/2011, S. 670 ff.; vgl. auch THORSTEN KLEIBOLD, Erhöhung der Schwellenwerte von Art. 727 OR, ST 10/2011, S. 798 ff.

54 Entsprechend ist die bisherige Praxis bzw. Literatur anwendbar: Vgl. etwa RICO A. CAMPONOVO/MONIQUE VON GRAFFENRIED-ALBRECHT, Neues Revisionsrecht – offene juristische Fragen, ST 4/2008, S. 204 ff.; SAMUEL KRÄHENBÜHL/FLORIAN ZIHLER, Handelsregisterrechtliche Praxis zum neuen Revisionsrecht, REPRAX 2–3/2008, S. 62 ff.; PETER BÖCKLI, 20 Knacknüsse im neuen Revisionsrecht, SZW 80 (2008), S. 117 ff.; BSK OR II-WAITER/MAIZAR, Art. 727 N 20 ff.

55 Vgl. Botschaft 2007, BBl 2008 1624 und 1716. Vgl. auch die Medienmitteilung der RK-N vom 3. September 2010.

56 Zu den wenigen Grundlagen: ZIHLER (Fn. 53), S. 671. Vgl. auch KURT SCHÜLE, Der Berg hat eine Maus geboren, ST 8/2011, S. 557 f.

57 Übergangsbestimmung zur Änderung vom 17. Juni 2011: «Die Bestimmungen dieses Gesetzes [de facto: der drei erhöhten Schwellenwerte] gelten vom ersten Geschäftsjahr an, das mit Inkrafttreten dieses Gesetzes oder danach beginnt.» Diese Bestimmung entspricht Art. 7 der Übergangsbestimmungen der Änderung [des Obligationenrechts] vom 16. Dezember 2005. Vgl. AB 2011 S 12.

58 AB 2010 N 1914 ff.

Die *Referendumsfrist dauerte bis am 6. Oktober 2011*.<sup>59</sup> Gemäss Auskunft der Bundeskanzlei wurde das Referendum nicht ergriffen. Bereits am 31. August 2011 hatte der Bundesrat beschlossen, Vorlage 3 *auf den 1. Januar 2012 in Kraft zu setzen*, vorausgesetzt, dass das Referendum nicht ergriffen würde.<sup>60</sup>

Da der Nationalrat die erhöhten Schwellenwerte ursprünglich bereits auf den 1. Juli 2011 in Kraft setzen wollte, musste anlässlich der Detailberatung zum Rechnungslegungsrecht am 20. September 2010 eine Vorlage 3 geschaffen werden,<sup>61</sup> die mit 08.011 jedoch dieselbe Geschäftsnummer aufweist wie die seit dem 3. September 2010 sistierte Vorlage 1 (Aktienrecht) und die sich in der Differenzbereinigung befindende Vorlage 2 (Rechnungslegungsrecht). Dies ist der Grund, weshalb in der Referendumsvorlage auf die Botschaft vom 21. Dezember 2007 verwiesen wird,<sup>62</sup> obschon der Bundesrat keine Erhöhung der Schwellenwerte des Revisionsrechts vorsah.

## 4. Aktienrecht

### 4.1 Ausgangslage

Das geltende Aktienrecht basiert überwiegend auf der grossen Aktienrechtsrevision vom 23. Februar 1983,<sup>63</sup> die am 4. Oktober 1991 in der Schlussabstimmung verabschiedet und auf den 1. Juli 1992 in Kraft gesetzt wurde. Diese Revision, inkl. der Vorarbeiten, dauerte über 20 Jahre.<sup>64</sup> Bereits kurze Zeit nach Inkrafttreten der grossen Aktienrechtsrevision haben tiefgreifende Veränderungen der Wirtschaft zu neuen Bedürfnissen bezüglich der rechtlichen Grundlagen von Unternehmen geführt.<sup>65</sup>

Der eigentliche Auslöser der aktuellen Aktienrechtsrevision ist aber höchstwahrscheinlich der *Swissair-Konkurs*, welcher dazu geführt hatte, dass zahlreiche parlamentarische Vorstösse im Bereich der Corporate Governance eingereicht wurden.<sup>66</sup>

In der Folge hat das Bundesamt für Justiz verschiedene *Expertenberichte* in Auftrag gegeben, um den Handlungsbedarf auszumachen und Vorschläge für eine Verbesserung der Corporate Governance zu prüfen. Zum Einen beauftragte das Bundesamt für Justiz die Professoren BÖCKLI, HUGUENIN und DESSEMONTET, den Handlungsbedarf für eine Verbesserung der Corporate Governance zu analysieren und entsprechende Vorschläge zu unterbreiten.<sup>67</sup> Zum Anderen verfasste Professor VON DER CRONE mehrere Berichte zu spezifischen aktienrechtlichen Themen.<sup>68</sup>

Gestützt darauf erarbeitete das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) am 2. Dezember 2005 einen *Vorentwurf*<sup>69</sup> und einen erörternden *Begleitbericht*.<sup>70</sup> Der Vorentwurf verband zudem die Revision des Aktienrechts mit der integralen Neuregelung des Rechnungslegungsrechts.

Nach der Vernehmlassung und der Ämterkonsultation erliess der Bundesrat am 21. Dezember 2007 den *Entwurf* und die *Botschaft* zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts.

Die Revision des Aktienrechts verfolgt die folgenden Hauptziele:<sup>71</sup>

- die Verbesserung der *Corporate Governance* (insbesondere durch klare Regelung der Informationsrechte, Senkung der Schwellenwerte für die Ausübung von Aktionärsrechten, Abschaffung der Organ- und Depotvertretung, jährliche Einzelwahl der Verwaltungsratsmitglieder und eine Neuregelung der Haftung der Revisionsstelle);
- die Flexibilisierung der *Kapitalstrukturen* (insbesondere durch die Einführung des Kapitalbands, die gesetzliche Regelung des Festübernahmeverfahrens bei der Kapitalerhöhung, die Zulassung von Zwischendividenden, den Verzicht auf einen festen Mindestnennwert und die Neuregelung der Reservenbestimmungen) und

59 BBl 2011 4843 f. Vgl. zu den Referendumsvorlagen: [http://www.admin.ch/ch/d/porel/rlref\\_2\\_2\\_3\\_1.html](http://www.admin.ch/ch/d/porel/rlref_2_2_3_1.html)

60 Die Medienmitteilung des Bundesrats vom 31. August 2011 ist abrufbar unter: [http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2011/rlref\\_2011-08-310.html](http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2011/rlref_2011-08-310.html). Der Bundesrat hält – in Anlehnung an die herrschende Lehre – fest, dass die relevanten Geschäftsjahre das Berichts- und das Vorjahr sind. Vgl. hiezu auch ZIHLER (Fn. 53), S. 673, Fn. 32.

61 AB 2010 N 1373.

62 BBl 2011 4843 f., einleitender Satz.

63 Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 745 ff.

64 Vgl. KURT SCHÜLE, Wann wird die neue Aktienrechtsreform Realität? ST 9/2008, S. 682, der bei der laufenden Revision des Aktienrechts Parallelen zur grossen Aktienrechtsrevision von 1992 befürchtet.

65 Botschaft 2007, BBl 2008 1597 f.; die Veränderungen resultierten primär aus der Integration der Märkte, der zunehmenden wirtschaftlichen Dynamik sowie der Informatisierung der Gesellschaft.

66 S. dazu insbesondere Motion LEUTENEGGER OBERHOLZER vom 9. Mai 2001 betreffend «Mehr Schutz für Minderheitsaktionäre», 01.3261 n; Motion WALKER vom 20. Juni 2001 betreffend «Corporate Governance in der Aktiengesellschaft», 01.3329 n; Parlamentarische Initiative der Fraktion der Schweizerischen Volkspartei vom 6. März 2002 betreffend «Neuregelung der Übertragung von Mitgliedschaftsrechten bei börsenkotierten Firmen», 02.407 n; Postulat WICKI vom 12. März 2002 betreffend «Rechtliche Analyse als Folge des Swissair-Debakels», 02.3045 s; Postulat WALKER vom 20. März 2002 betreffend «Corporate Governance. Anlegerschutz», 02.3086 n; Motion der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates

vom 19. September 2002 betreffend «Verschärfung der gesetzlichen Bestimmungen zur Rechnungslegung und Unternehmenskontrolle», 02.3470 s. Für eine ausführliche Übersicht zu den parlamentarischen Vorstössen zum Aktienrecht siehe [http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/parlamentarische\\_vorstoesse.html](http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/parlamentarische_vorstoesse.html)

67 PETER BÖCKLI/CLAIRE HUGUENIN/FRANÇOIS DESSEMONTET, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts vom 30. September 2003, Zürich 2004, abrufbar unter: <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/expertenber-1-5-d.pdf> (Teil I-V) und <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/expertenber-6-d.pdf> (Teil VI: Gesetzestext [Entwurf]).

68 HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts vom 4. September 2002, Teil 1: Nennwertlose Aktien, Teil 2: Generalversammlung, Teil 3: Corporate Governance/Unternehmenssanierung, Teil 4: Stimmrechtsvertretung/Dispoaktien, Teil 5: Einführung echter Stimmrechtsaktien; alle Berichte sind abrufbar unter: <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>

69 Der Vorentwurf ist abrufbar unter: <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/entw-d.pdf>

70 Der Begleitbericht zum Vorentwurf ist abrufbar unter: <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/vn-ber-d.pdf>

71 Botschaft 2007, BBl 2008 1591 f.; Medienmitteilung des EJPD vom 21. Dezember 2007 «Das Unternehmensrecht wird modernisiert», abrufbar unter: [http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2007/rlref\\_2007-12-210.html](http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2007/rlref_2007-12-210.html)

- die Aktualisierung der Ordnung der *Generalversammlung* (insbesondere durch die gesetzliche Regelung der Generalversammlung an mehreren Tagungsorten oder im Ausland sowie durch die Zulassung elektronischer Medien).

Am 26. Februar 2008, und somit unmittelbar nach dem Erlass der bundesrätlichen Botschaft zur Revision des Aktienrechts, wurde vom Schaffhauser Unternehmer THOMAS MINDER die *Volksinitiative «gegen die Abzockerei»* eingereicht.

Diese Volksinitiative möchte Art. 95 der Bundesverfassung mit dem folgenden, neuen dritten Absatz erweitern:

«Zum Schutz der Volkswirtschaft, des Privateigentums und der Aktionärinnen und Aktionäre sowie im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung regelt das Gesetz die im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften nach folgenden Grundsätzen:

- a. Die Generalversammlung stimmt jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen (Geld und Wert der Sachleistungen) des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ab. Sie wählt jährlich die Verwaltungsratspräsidentin oder den Verwaltungsratspräsidenten und einzeln die Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter. Die Pensionskassen stimmen im Interesse ihrer Versicherten ab und legen offen, wie sie gestimmt haben. Die Aktionärinnen und Aktionäre können elektronisch fernabstimmen; die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung ist untersagt.
- b. Die Organmitglieder erhalten keine Abgangs- oder andere Entschädigung, keine Vergütung im Voraus, keine Prämie für Firmenkäufe und -verkäufe und keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe. Die Führung der Gesellschaft kann nicht an eine juristische Person delegiert werden.
- c. Die Statuten regeln die Höhe der Kredite, Darlehen und Renten an die Organmitglieder, deren Erfolgs- und Beteiligungspläne und deren Anzahl Mandate ausserhalb des Konzerns sowie die Dauer der Arbeitsverträge der Geschäftsleitungsmitglieder.
- d. Widerhandlung gegen die Bestimmungen nach den Buchstaben a–c wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft.»

Die Annahme der Volksinitiative würde somit dazu führen, dass insbesondere materielles Aktienrecht in einem sehr hohen Detaillierungsgrad in der Bundesverfassung verankert würde.

Gemäss Art. 97 Abs. 2 ParlG hatte der Bundesrat bis spätestens zum 26. August 2009 der Bundesversammlung einen Bundesbeschluss und eine Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» zu unterbreiten.

Am 5. Dezember 2008, und somit nur kurze Zeit nachdem die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates auf die Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts eingetreten war, erliess der

Bundesrat die *Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei»*.<sup>72</sup> Angesichts der neuen Ausgangslage erachtete er allerdings die ursprüngliche Aktienrechtsrevision vom 21. Dezember 2007 als nicht mehr ausreichend und fügte in der Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» neue aktienrechtliche Bestimmung an, womit diese Botschaft zur sog. *Zusatzbotschaft* wurde. Sie komplettiert den ursprünglichen Entwurf vom 21. Dezember 2007 und erweitert insbesondere die Regelungen zu den Organvergütungen erheblich, welche ursprünglich bewusst nur schwach geregelt blieben.<sup>73</sup>

Durch die Botschaft vom 5. Dezember 2008 möchte der Bundesrat – im Gegensatz zur Volksinitiative – an einem möglichst liberalen Gesellschaftsrecht festhalten und beantragte dem Parlament, der Vergütungsproblematik bei börsenkotierten Gesellschaften mit den folgenden zusätzlichen Gesetzesbestimmungen zu begegnen:

- Verschärfung der Rückerstattungsklage (Art. 678 E OR),
- Konkretisierung der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats in Bezug auf die Festlegung der Vergütungen (Art. 717 E OR),
- Detaillierte gesetzliche Regelung der Transparenz, Kompetenz und Verfahren in Bezug auf die Festlegung der Vergütungen der Organe durch die «Trias» Vergütungsreglement, Vergütungsbericht und Genehmigung der Vergütungen durch die Generalversammlung (Art. 731c ff. E OR).

Die zwei Botschaften bzw. Entwürfe sind inhaltlich konsolidiert als eine einzige Vorlage zu betrachten und wurden vom Parlament auch entsprechend behandelt.<sup>74</sup> Diese neue Aktienrechtsvorlage, die nun auch detaillierte Bestimmungen zu den Organvergütungen vorsieht, ist folglich als *indirekter Gegenvorschlag* zur Volksinitiative zu verstehen.<sup>75</sup>

Der Bundesrat beantragte den eidgenössischen Räten in seiner Botschaft 2008, die Volksinitiative Volk und Ständen zur Ablehnung zu empfehlen und dem indirekten Gegenvorschlag zuzustimmen.

#### 4.2 Parlamentarische Beratung

Die *RK-S* nahm im August 2008 die Arbeiten zur Revision des Aktienrechts auf und führte erste Expertenhearings durch.<sup>76</sup> Am

72 Botschaft vom 5. Dezember 2008 zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2009 299 ff. Vgl. Medienmitteilung des EJPD vom 5. Dezember 2008, «Angemessene Antwort auf überhöhte Managerlöhne», abrufbar unter: [http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2008/ref\\_2008-12-05.html](http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2008/ref_2008-12-05.html)

73 Botschaft 2007, BBl 2008 1609 und 1638 (zu Art. 627 Ziff. 4 E OR) bzw. 1612 und 1685 (zu Art. 710 E OR).

74 Botschaft 2008, BBl 2009 301: «In der vorliegenden Botschaft werden dem Parlament zudem weitergehende Gesetzesänderungen unterbreitet, die eine angemessene Antwort auf die Vergütungspolitik liefern sollen und den Entwurf 1 ergänzen.» Eingehend zur Botschaft vom 5. Dezember 2008: OLIVIER BLANC/FLORIAN ZIHLER, Die neuen aktienrechtlichen Vergütungsregeln gemäss dem Entwurf vom 5. Dezember 2008, GesKR 1/2009, S. 66 ff.

75 Botschaft 2008, BBl 2009 299, 310 ff.

76 Medienmitteilung der *RK-S* vom 26. August 2008.

27. Oktober 2008 trat sie einstimmig auf die Vorlage ein<sup>77</sup> und begann Ende November 2008 mit der Detailberatung.<sup>78</sup>

Die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» schwebte jedoch stets als Damoklesschwert über der Aktienrechtsrevision und entwickelte sich zu einem regelrechten gesetzgeberischen Katalysator.<sup>79</sup> Der Einfluss der Volksinitiative auf die Aktienrechtsrevision ist deshalb unverkennbar und zieht sich denn auch wie ein roter Faden durch die ganze bisherige parlamentarische Beratung.

Wie bereits erwähnt wurde die ursprüngliche Aktienrechtsvorlage, kurze Zeit nachdem die RK-S die Detailberatung aufgenommen hatte, durch die Zusatzbotschaft ergänzt.

Im Januar 2009 führte die RK-S daher zusätzliche Hearings in Bezug auf den Bereich der Corporate Governance durch. Sie hörte dazu insbesondere auch das Initiativkomitee an und setzte daraufhin die zeitweilig unterbrochene Detailberatung fort.<sup>80</sup>

Schliesslich wurde aus Zeitgründen beschlossen, das Rechnungslegungsrecht von der Gesamtvorlage abzukoppeln.<sup>81</sup> Dadurch sollte ermöglicht werden, das Aktienrecht prioritär zu behandeln, um dem Volk fristgerecht mit der Volksinitiative auch einen verabschiedeten indirekten Gegenvorschlag zu präsentieren. Rückblickend hat sich diese Abkoppelung aber – entgegen dem angestrebten Ziel – vielmehr für die Revision des Rechnungslegungsrechts ausbezahlt. Diese konnte dadurch unabhängig von den politischen Querelen in Bezug auf die Aktienrechtsrevision resp. die Volksinitiative beraten werden und könnte möglicherweise noch in diesem Jahr bereinigt werden.

In der Gesamtabstimmung nahm die RK-S die Revision des Aktienrechts mit 8 zu 0 Stimmen bei 5 Enthaltungen an und empfahl gleichzeitig mit 6 zu 0 Stimmen bei 6 Enthaltungen, wie vom Bundesrat beantragt, die Volksinitiative zur Ablehnung.<sup>82</sup>

Auch der *Ständerat* als Erstrat nahm in der Sommersession 2009 die als indirekten Gegenvorschlag konzipierte Revision des Aktienrechts an, schwächte diese aber inhaltlich insbesondere in einigen vergütungsrelevanten Bereichen ab.<sup>83</sup> Die Volksinitiative wurde vom Ständerat mit 26 zu 10 Stimmen abgelehnt. Diese Schwächung der Aktionärsrechte durch den Ständerat läutete allerdings das Ende des indirekten Gegenvorschlags des Bundesrates ein und löste einen ungeahnten gesetzgeberischen Aktivismus aus.

Die RK-N nahm im Oktober 2009 als vorberatende Kommission des Zweitrates die Beratung der Aktienrechtsvorlage auf. Bereits Ende Oktober 2009 wurde die Detailberatung jedoch unterbrochen und das EJPD beauftragt, eine formelle Zweiteilung des

gesamten Aktienrechts nach dem Kriterium der Börsenkotierung vorzunehmen. Danach sollte es einen allgemeinen Teil und einen nur für börsenkotierte Gesellschaften geltenden Teil geben.<sup>84</sup> Das EJPD führte diesen Auftrag aus und reichte der RK-N im Januar 2010 einen entsprechenden Entwurf ein. Diese Zweiteilung des Aktienrechts wurde von der RK-N bis anhin allerdings weder beraten noch beschlossen. Gestützt auf einen Ordnungsantrag beschloss die RK-N jedoch Ende November 2009 die Entkoppelung der Aktienrechtsrevision vom Bundesbeschluss über die Volksinitiative «gegen die Abzockerei».<sup>85</sup> Dies führte dazu, dass die bundesrätliche Aktienrechtsrevision nicht mehr einen indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative darstellte. Die RK-N konnte somit unabhängig von der Revision des Aktienrechts über die Volksinitiative befinden. Entgegen den Beschlüssen des Bundesrates sowie des Ständerats beschloss die RK-N daraufhin mit 10 zu 9 Stimmen bei 7 Enthaltungen, die Volksinitiative zur Annahme zu empfehlen. Anfang 2010 nahm die RK-N dann die Beratung der Aktienrechtsrevision wieder auf, doch bereits an ihrer nächsten Sitzung Ende Januar 2010 kam sie mit 17 zu 8 Stimmen auf den Entscheid in Bezug auf die Annahme der Volksinitiative wieder zurück<sup>86</sup> und begann daraufhin mit der Erarbeitung eines *direkten Gegenentwurfs auf Verfassungsstufe*.<sup>87</sup> Am 26. Februar 2010 beschloss die RK-N einen direkten Gegenentwurf, der inhaltlich etwas weniger weit geht als die Volksinitiative, und empfahl gleichzeitig die Volksinitiative zur Annahme.<sup>88</sup>

Der *Nationalrat* befasste sich schliesslich in der Frühjahrsession 2010 in einer langen und teilweise sehr emotionalen Debatte mit der Volksinitiative. Er nahm – wie von seiner Kommission beantragt – sowohl den neuen direkten Gegenentwurf als auch die Volksinitiative gegen die Abzockerei mit 66 zu 62 Stimmen an, wobei in der allfälligen Stichfrage der Gegenentwurf zu bevorzugen wäre.<sup>89</sup>

Gemäss dem direkten Gegenentwurf des Nationalrats sollte die Bundesverfassung wie folgt geändert werden:<sup>90</sup>

«Art. 113 Abs. 2 Bst. f E BV

f. Die Vorsorgeeinrichtungen, öffentlichen Gemeinwesen und öffentlich-rechtlichen und gemischtwirtschaftlichen Anstalten sind gehalten, ihre Stimmrechte in börsenkotierten schweizerischen Unternehmen auszuüben. Die Ausübung von Stimmrechten durch die Vorsorgeeinrichtungen hat im Interesse der Destinatäre zu erfolgen. Die öffentlichen Gemeinwesen und öffentlich-rechtlichen und gemischtwirtschaftlichen Anstalten legen offen, wie sie gestimmt haben.

77 Medienmitteilung der RK-S vom 28. Oktober 2008.

78 Medienmitteilung der RK-S vom 25. November 2008.

79 Vgl. SCHÜLE (Fn. 64), S. 681.

80 Medienmitteilung der RK-S vom 28. Januar 2009.

81 Medienmitteilung der RK-S vom 16. Juni 2009 und AB 2009 S 1187.

82 NZZ online vom 12. Mai 2009, «Abzockern das Leben schwerer machen», abrufbar unter: [http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/abzockern\\_das\\_leben\\_schwerer\\_machen\\_1.2540207.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/abzockern_das_leben_schwerer_machen_1.2540207.html); vgl. Berichterstattung zur Aktienrechtsrevision, GesKR 2/2009, S. 267 ff., abrufbar unter: [http://www.geskr.ch/Files/BerichterstattungAktienrechtsrevision2\\_09.pdf](http://www.geskr.ch/Files/BerichterstattungAktienrechtsrevision2_09.pdf).

83 AB 2009 S 601 ff.; Berichterstattung zur Aktienrechtsrevision, GesKR 4/2009, S. 426 ff., abrufbar unter: [http://www.geskr.ch/Files/BerichterstattunggAktienrechtsrevision3\\_09.pdf](http://www.geskr.ch/Files/BerichterstattunggAktienrechtsrevision3_09.pdf)

84 Medienmitteilung der RK-N vom 30. Oktober 2009.

85 Medienmitteilung der SDA vom 20. November 2009.

86 Medienmitteilung der RK-N vom 29. Januar 2010.

87 Medienmitteilung der SDA vom 25. Februar 2010.

88 Medienmitteilung der SDA vom 26. Februar 2010.

89 AB 2010 N 435 ff.; zur Frage der Stichfrage siehe Art. 102 Abs. 2 ParlG, wonach bei der Stichfrage stets der Gegenentwurf zu bevorzugen ist, wenn der Rat sowohl die Volksinitiative als auch den direkten Gegenentwurf zur Annahme empfiehlt.

90 Fassung gemäss dem Beschluss des Nationalrats vom 17. März 2010, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesseite/2008/200808/S22%20D.pdf>

Art. 122 Abs. 1<sup>bis</sup> E BV

1<sup>bis</sup> Für Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, erlässt der Bund Vorschriften nach folgenden Grundsätzen:

- a. Die Generalversammlung beschliesst jährlich über den Gesamtbetrag der Vergütung des Verwaltungsrats. Die Generalversammlung beschliesst jährlich über den Gesamtbetrag der Vergütung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen und der Mitglieder des Beirats, sofern die Statuten dies vorsehen.
- b. Der Verwaltungsrat unterbreitet der Generalversammlung in regelmässigen Abständen ein Reglement zum Vergütungssystem der Organmitglieder zur Genehmigung. Es enthält die Grundlagen und Elemente ihrer Entschädigungen wie fixe und variable Entschädigungen inklusive Boni sowie Beteiligungsprogramme, die Verbote oder Kriterien für sonstige Sonderleistungen, Kredite, Darlehen und Renten sowie die Grundsätze zu Dauer und Kündbarkeit der Arbeitsverträge. Abgangs- und ähnliche Entschädigungen, Vergütungen im Voraus sowie Prämien für Firmenkäufe und -verkäufe sind grundsätzlich untersagt. Boni müssen mit der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens in Übereinstimmung stehen und dürfen erst freigegeben werden, wenn feststeht, dass die Gegenleistung zum langfristigen Gedeihen des Unternehmens beigetragen hat.
- c. Der Verwaltungsrat erstellt jährlich einen Vergütungsbericht, in dem er Rechenschaft ablegt über die Einhaltung des Vergütungsreglements, der Statuten und des Gesetzes. Der Bericht enthält den Gesamtbetrag aller Vergütungen der Geschäftsleitung sowie den auf jedes Mitglied entfallenen Betrag aller Vergütungen des Verwaltungsrates und des Beirats.
- d. Mitglieder des Verwaltungsrats und der mit der Geschäftsführung befassten Personen und Mitglieder des Beirats sind zur Rückerstattung von Leistungen der Gesellschaft verpflichtet, soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur erbrachten Gegenleistung stehen. Die Generalversammlung kann beschliessen, dass die Gesellschaft die Klage erhebt.
- e. Zur institutionellen Stimmrechtsvertretung berechtigt ist nur die von der Generalversammlung gewählte unabhängige Stimmrechtsvertretung. Die Organ- und Depotstimmrechtsvertretung ist untersagt.
- f. Die Verwaltungsräte und der Verwaltungsratspräsident werden durch die Generalversammlung einzeln gewählt. Die Statuten können bestimmen, dass der Verwaltungsrat den Präsidenten wählt. Die Amtsdauer der Verwaltungsräte beträgt ein Jahr, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen. Sie darf nicht mehr als drei Jahre betragen.»

Vor dem Hintergrund der Abstimmungsempfehlung des Nationalrates zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» sowie der Annahme des direkten Gegenentwurfs beschloss die RK-N Ende März 2010 mit 12 zu 10 Stimmen bei 2 Enthaltungen, alle die Corporate Governance betreffenden Bestimmungen der Aktienrechtsrevision von der Vorlage (Vorlage 1 von 08.011) zu entkoppeln und vorerst nicht weiter zu behandeln. Sie führte hingegen die Detailberatung der Aktienrechtsrevision in Bezug auf die Be-

stimmungen zur Kapitalstruktur sowie zur Modernisierung der Generalversammlung vorerst weiter.<sup>91</sup>

Der Bundesbeschluss zur Volksinitiative (inkl. direktem Gegenentwurf) ging seinerseits zur Differenzbereinigung zurück an die RK-S. Diese bevorzugte aber nach wie vor einen indirekten Gegenvorschlag auf Gesetzesstufe, da sie der Ansicht war, dass detaillierte aktienrechtliche Bestimmungen nicht in die Bundesverfassung gehören, sondern in das Obligationenrecht.<sup>92</sup> Die bundesrätliche Aktienrechtsrevision konnte die RK-S allerdings nicht als indirekten Gegenvorschlag reaktivieren, da sich diese Vorlage immer noch in den Händen der RK-N befand. Die RK-S eröffnete deshalb am 20. Mai 2010 durch eine parlamentarische Initiative die Möglichkeit, einen neuen indirekten Gegenvorschlag zu schaffen.<sup>93</sup>

Die parlamentarische Initiative der RK-S sieht für börsenkotierte Aktiengesellschaften folgende Grundsätze vor, an denen sich der zu erarbeitende Gesetzesentwurf zu orientieren hat:<sup>94</sup>

- «1. Die Generalversammlung beschliesst jährlich den Gesamtbetrag der Vergütungen des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung.
2. Die Generalversammlung genehmigt ein Vergütungsreglement, welches (auch) Regelungen über Boni, deren Voraussetzungen, deren nachhaltige Ausrichtung auf den langfristigen Geschäftserfolg und deren Rückerstattung bei offensichtlicher Unverhältnismässigkeit der Leistungen zu enthalten hat.
3. Die Generalversammlung wählt den Verwaltungsratspräsidenten und den Verwaltungsrat einzeln für die Dauer von einem Jahr, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen. Ist eine längere, im Maximum drei Jahre dauernde Amtsperiode vorgesehen, müssen auch die Vergütungen von der Generalversammlung im Voraus festgelegt sein.
4. Transparenz und Ermittlung des Aktionärswillens mit Bezug auf die institutionelle Stimmrechtsvertretung, elektronische Fernabstimmungen und die Stimmabgabe durch öffentliche Vorsorgeeinrichtungen an der Generalversammlung sind zu gewährleisten.
5. Mandate, Kredite und Darlehen der Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung sind offenzulegen.
6. Generalversammlung oder Statuten regeln die Dauer von Arbeitsverhältnissen der Geschäftsleitung.
7. Abgangsentschädigungen sind generell zu verbieten; Vorauszahlungen und andere Sondervergütungen, soweit sie missbräuchlich sind, ebenfalls.
8. Keine Organ- und Depotstimmrechtsvertretung.
9. Es sind angemessene Strafbestimmungen vorzusehen.»

91 Medienmitteilung der RK-N vom 26. März 2010.

92 HERMANN BÜRGI, Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Langes Seilziehen für mehrheitsfähige Lösung, ST 1–2/2011, S. 50; Medienmitteilung der SDA vom 21. Mai 2010.

93 Medienmitteilung der RK-S vom 21. Mai 2010.

94 Parlamentarische Initiative RK-S, Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Geschäftsnummer 10.443, abrufbar unter: [http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20100443](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20100443)

Die parlamentarische Initiative der RK-S zielt somit – anders als der umfassende indirekte Gegenvorschlag des Bundesrates – auf eine Mini-Aktienrechtsrevision ab.<sup>95</sup> Im indirekten Gegenvorschlag der RK-S sollen daher nur diejenigen Bereiche geregelt werden, die auch von der Volksinitiative betroffen sind.

Am 2. Juni 2010 stimmte die RK-N der parlamentarischen Initiative der RK-S zu.<sup>96</sup> Die RK-S konnte nun eine entsprechende Gesetzesrevision ausarbeiten.

Nachdem beide Kommissionen für Rechtsfragen der Erarbeitung eines neuen indirekten Gegenvorschlags zugestimmt hatten, beschlossen *National- und Ständerat* in der Sommersession 2010 eine erste Fristverlängerung für die Behandlung der Volksinitiative gegen die Abzockerei bis zum 26. August 2011.<sup>97</sup>

Angesichts dieser neuen Ausgangslage beschloss die RK-N die Sistierung der gesamten, bei ihr hängigen Aktienrechtsrevision (Vorlage 1 von 08.011), bis der neue indirekte Gegenvorschlag in der Schlussabstimmung verabschiedet wurde.<sup>98</sup> Das führte dazu, dass insbesondere die von der Praxis erwarteten Flexibilisierungen der Kapitalstrukturen (z.B. das Kapitalband, die Zwischendividende oder die neuen Reservenbestimmung) bis auf weiteres sistiert bleiben und vorerst nicht weiterberaten werden.

Die RK-S setzte am 9. Juni 2010 eine Subkommission ein, welche im Sommer 2010 einen Erlassentwurf erarbeitete, der sich, entsprechend den Eckwerten der parlamentarischen Initiative, an den Forderungen der Volksinitiative und an dem vom Nationalrat beschlossenen direkten Gegenentwurf orientierte.<sup>99</sup>

Das ohnehin schon äusserst komplexe Verfahren wurde aber noch durch ein weiteres Element ergänzt. Die *Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates* (WAK-S) beschloss am 21. Juni 2010 ebenfalls auf dem Weg einer parlamentarischen Initiative, in Übereinstimmung mit einer kurz zuvor im Ständerat eingereichten Motion,<sup>100</sup> es seien Bezüge ab 3 Millionen Franken pro Empfänger als Gewinne zu qualifizieren und demzufolge seien diese Vergütungen im Rahmen der Gewinnverwendung von der Generalversammlung zu genehmigen (sog. Tantiemen-Modell).<sup>101</sup>

Die parlamentarische Initiative der WAK-S beantragte die folgenden konkreten Änderungen:<sup>102</sup>

«Art. 677 OR Abs. 1 und 2 E OR

<sup>1</sup> Gewinnanteile an Mitglieder des Verwaltungsrates oder an Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Gesellschaft dürfen nur dem Bilanzgewinn entnommen werden und sind nur zulässig, nachdem die Zuweisung an die gesetzliche Reserve gemacht und eine Dividende von 5 Prozent oder von einem durch die Statuten festgesetzten höheren Ansatz an die Aktionäre ausgerichtet worden ist.

<sup>2</sup> Sämtliche Vergütungen, ungeachtet der rechtlichen oder wirtschaftlichen Form, an Mitglieder des Verwaltungsrates oder an Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Gesellschaft, die pro Empfänger und ihm nahestehende Personen 3 Millionen Franken pro Geschäftsjahr übersteigen, gelten gesellschafts- und steuerrechtlich als Gewinnanteil im Sinne von Absatz 1. Für die Ermittlung des Grenzwerts werden Vergütungen, die von Konzerngesellschaften oder der Gesellschaft nahestehenden Personen an den Empfänger geleistet werden, zusammengerechnet.

Art. 5 Abs. 2 AHVG

<sup>2</sup> Als massgebender Lohn gilt jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit. Der massgebende Lohn umfasst auch Teuerungs- und andere Lohnzulagen, Provisionen, Gratifikationen, Gewinnanteile im Sinne von Artikel 677 Absatz 2 OR, Naturalleistungen, Ferien- und Feiertagsentschädigungen und ähnliche Bezüge, ferner Trinkgelder, soweit diese einen wesentlichen Bestandteil des Arbeitsentgeltes darstellen.»

Nachdem die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (WAK-N) dieser parlamentarischen Initiative zugestimmt hatte,<sup>103</sup> wurde die RK-S durch einen Mitbericht der WAK-S eingeladen, das Anliegen der Regelung der sog. sehr hohen Vergütungen in den neuen indirekten Gegenentwurf einzubauen.<sup>104</sup>

Im August 2010 beschloss die RK-S, dem Anliegen der WAK-S im Grundsatz zu entsprechen.<sup>105</sup> Daraufhin entschied die WAK-S, die Arbeiten an ihrer parlamentarischen Initiative zu sistieren und den indirekten Gegenvorschlag der RK-S abzuwarten.<sup>106</sup>

Die RK-S beschloss daraufhin, den neuen indirekten Gegenvorschlag (10.443) in zwei Vorlagen zu unterteilen:

- Die *Vorlage 1* enthält den indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei».<sup>107</sup>
- Die *Vorlage 2* enthält alle Bestimmungen der Vorlage 1, komplettiert diese aber mit den zusätzlichen (von der WAK-S angeregten) Bestimmungen zu den sehr hohen Vergütungen.<sup>108</sup>

95 Vgl. ANDREAS BINDER, Der goldene Mittelweg – Minirevision des Aktienrechts als indirekter Gegenvorschlag zur Minder-Initiative, GesKR 1/2010, S. 54 ff.

96 Zum Verfahren der Behandlung von parlamentarischen Initiativen s. insbesondere Art. 109 ParlG.

97 AB 2010 S 392 ff. sowie AB N 2010 718 ff.

98 Medienmitteilung der RK-N vom 3. September 2010.

99 Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 25. Oktober 2010, BBl 2010 8257.

100 Motion GRABER vom 10. Juni 2010 betreffend «Bezüge von über drei Millionen Franken dem Beschluss der Generalversammlung unterstellen», 10.3402 s.

101 Medienmitteilung der WAK-S vom 22. Juni 2010.

102 Parlamentarische Initiative WAK-S, Aktienrechtliche und steuerrechtliche Behandlung sehr hoher Vergütungen, Geschäftsnummer 10.460, abrufbar unter: [http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.asp?gesch\\_id=20100460](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.asp?gesch_id=20100460)

103 Medienmitteilung der WAK-N vom 29. Juni 2010.

104 Zusatzbericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 22. November 2010, BBl 2011 212.

105 Medienmitteilung der RK-S vom 20. August 2010.

106 Medienmitteilungen der WAK-S vom 27. August 2010.

107 Parlamentarische Initiative, indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 25. Oktober 2010, BBl 2010 8253 ff.

108 Parlamentarische Initiative, indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei», Zusatzbericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 22. November 2010, BBl 2011 209 ff.

Die Aufteilung des indirekten Gegenvorschlags in zwei Vorlagen sollte es ermöglichen, die umstrittene Frage der Bestimmungen zu den sehr hohen Vergütungen kritisch zu beraten, ohne Gefahr zu laufen, dass u.U. auch der Rest des indirekten Gegenvorschlags abgelehnt wird.<sup>109</sup>

Die RK-S verabschiedete am 25. Oktober 2010 einstimmig den neuen indirekten Gegenvorschlag (Vorlage 1) und beschloss die Volksinitiative zur Ablehnung zu empfehlen sowie den direkten Gegenentwurf des Nationalrats zu streichen.<sup>110</sup>

Am 22. November 2010 verabschiedete die RK-S mit 7 zu 6 Stimmen auch die Vorlage 2, welche zusätzlich zum indirekten Gegenvorschlag auch noch das Tantiemen-Modell übernahm.<sup>111</sup>

Der Bundesrat nahm zu beiden Vorlagen des indirekten Gegenvorschlags Stellung. In seiner ersten Stellungnahme vom 17. November 2010 begrüßte er den neuen indirekten Gegenvorschlag ausdrücklich und beantragte gewisse Bestimmungen punktuell zu modifizieren.<sup>112</sup> In seiner zweiten Stellungnahme zum Zusatzbericht sprach er sich zwar grundsätzlich auch für die Vorlage 2 des indirekten Gegenvorschlags aus, beantragte aber anstelle des Tantiemen-Modells das sog. bundesrätliche Kombinationsmodell. Dieses nimmt die Forderungen der parlamentarischen Initiative der WAK-S ebenfalls auf, integriert sie aber in die neue Systematik des indirekten Gegenvorschlags.<sup>113</sup>

Die RK-S übernahm fast alle Anträge des Bundesrates, so insbesondere auch die Bestimmungen zu den sehr hohen Vergütungen gemäss dem Kombinationsmodell, und überwies beide Vorlagen an den Ständerat.<sup>114</sup>

Der Ständerat nahm in der Wintersession 2010 die Vorlage 1 des indirekten Gegenvorschlags einstimmig<sup>115</sup> und die Vorlage 2 mit 26 zu 16 Stimmen an.<sup>116</sup> Zudem strich er den direkten Gegenentwurf des Nationalrats und lehnte die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» ohne Gegenantrag ab.<sup>117</sup>

Ende Januar 2011 trat die RK-N mit Stichentscheid der Präsidentin auf die Vorlage 2 des neuen indirekten Gegenvorschlags ein, nicht dagegen auf die Vorlage 1. Zudem hat sie einstimmig beschlossen, die Differenzen in Bezug auf den direkten Gegenentwurf sowie die Abstimmungsempfehlung zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» zu sistieren und erst nach Abschluss der Differenzbereinigung zum indirekten Gegenvorschlag zu beraten.<sup>118</sup>

Nach intensiver und ausführlicher Detailberatung lehnte die RK-N die Vorlage 2 in der Gesamtabstimmung aber mit 14 zu 4

Stimmen bei 8 Enthaltungen ab,<sup>119</sup> was einem Nichteintretensbeschluss gleich kommt.<sup>120</sup> Die RK-N empfahl somit dem Nationalrat, auf beide Vorlagen des indirekten Gegenvorschlags des Ständerats nicht einzutreten.

In der Frühjahrsession 2011 behandelte der *Nationalrat* die Frage des Eintretens auf den indirekten Gegenvorschlag. Er ist – entgegen dem Antrag seiner Rechtskommission – auf die Vorlage 1 des indirekten Gegenvorschlags eingetreten, nicht aber auf die Vorlage 2. Die Vorlage 2 mit den Bestimmungen zu den sehr hohen Vergütungen ging somit zur Differenzbereinigung zurück an die RK-S. Um weitere verfahrensmässige Komplikationen zu vermeiden, beschloss diese jedoch, mit der Differenzbereinigung zur Vorlage 2 des indirekten Gegenvorschlags zu warten, bis sich auch die Vorlage 1 wieder in ihrer Kommission befindet. Durch den Eintretensbeschluss des Nationalrats ging die Vorlage 1 hingegen wieder zurück an die RK-N, da sich diese bis anhin noch nicht inhaltlich damit auseinander gesetzt hatte.<sup>121</sup>

Im April 2011 hob die RK-N die Sistierung des direkten Gegenentwurfs und des Bundesbeschlusses über die Volksinitiative auf und führte Beratungen zum direkten Gegenentwurf, zum Bundesbeschluss über die Volksinitiative sowie zum indirekten Gegenvorschlag (Vorlage 1) durch. In einem ersten Schritt beschloss sie, am direkten Gegenentwurf festzuhalten und empfahl gleichzeitig, die Volksinitiative abzulehnen.<sup>122</sup> Danach führte sie die Detailberatung zur Vorlage 1 des indirekten Gegenvorschlags durch, lehnte diese jedoch nach Abschluss der Beratungen in der Gesamtabstimmung – wie bereits drei Monate zuvor die Vorlage 2 – ab.

In der Sommersession 2011 nahm der *Nationalrat* schliesslich die Vorlage 1 des indirekten Gegenvorschlags mit 82 zu 75 Stimmen bei 4 Enthaltungen an.<sup>123</sup> Inhaltlich wurde der indirekte Gegenvorschlag in einigen Bereichen verschärft, in anderen Bereichen jedoch eher abgeschwächt.<sup>124</sup> Gleichzeitig beschloss er, die Behandlungsfrist in Bezug auf die Volksinitiative um ein weiteres Jahr bis zum 26. August 2012 zu verlängern<sup>125</sup> sowie sowohl den Bundesbeschluss zur Volksinitiative als auch den direkten Gegenentwurf in seinem Rat zu sistieren.<sup>126</sup> Der Ständerat stimmte der Fristverlängerung kurze Zeit später ebenfalls zu.<sup>127</sup>

Am 18. August 2011 befasste sich die RK-S mit der Differenzbereinigung zu beiden Vorlagen des indirekten Gegenvorschlags. Diese befanden sich allerdings verfahrensmässig nicht mehr im gleichen Stadium. Die Differenzbereinigung zur Vorlage 1 bezog sich auf die inhaltlichen Differenzen dieser Vorlage, die Differenzbereinigung zur Vorlage 2 lediglich auf die Frage des Eintretens resp. Nichteintretens. In Bezug auf die Vorlage 1 lehnte die RK-S die meisten Differenzen des Nationalrates ab und hielt an den

109 Vgl. Interview mit HERMANN BÜRGI «Die Aktionäre sollen Einfluss nehmen», *Finanz und Wirtschaft*, 18. Dezember 2010, S. 19.

110 Medienmitteilung der RK-S vom 26. Oktober 2010.

111 Medienmitteilung der RK-S vom 23. November 2010.

112 Bericht vom 25. Oktober 2010 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Stellungnahme des Bundesrates vom 17. November 2010, BBI 2010 8323 ff.

113 Zusatzbericht vom 22. November 2010 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Stellungnahme des Bundesrates vom 3. Dezember 2010, BBI 2011 249 ff.

114 Siehe die Gesetzesfahne der RK-S für die Wintersession 2010, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2010/20100443/S2-1%20D.pdf>

115 AB 2010 S 1243 ff.

116 AB 2010 S 1328 ff.

117 AB 2010 S 1341.

118 Medienmitteilung der RK-N vom 21. Januar 2011.

119 Medienmitteilung der RK-N vom 18. Februar 2011.

120 Art. 74 Abs. 5 ParlG.

121 Im Februar 2011 führte die RK-N nur in Bezug auf die Vorlage 2 eine Detailberatung durch, nicht hingegen in Bezug auf Vorlage 1.

122 Medienmitteilung der RK-N vom 8. April 2011.

123 AB 2011 N 834 ff.

124 Siehe die Gesetzesfahne des Nationalrats, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2010/20100443/IN-33%20D.pdf>

125 Art. 105 Abs. 1<sup>bis</sup> ParlG.

126 AB 2011 N 874 ff.

127 AB 2011 S 465 ff.

Beschlüssen des Ständerates fest.<sup>128</sup> Zudem sprach sich die RK-S mit 7 zu 4 Stimmen bei einer Enthaltung weiterhin dafür aus, auf die Vorlage 2 einzutreten und somit Vorschriften für die «sehr hohen Vergütungen» zu erlassen.

Am 12. September 2011 nahm sich der *Ständerat* der Differenzbereinigung des indirekten Gegenvorschlags an. Er folgte bei der Vorlage 1 in allen Punkten den Anträgen seiner Rechtskommission.<sup>129</sup> In Bezug auf die Vorlage 2 hielt er zudem mit 27 zu 13 Stimmen, wie von der Kommission beantragt, am seinem Eintretensbeschluss fest.<sup>130</sup>

## 5. Überblick über den Stand der parlamentarischen Beratung

Das Revisionsrecht (Vorlage 3 von 08.011), d.h. die Erhöhung der Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR auf 20–40–250, ist bereinigt und tritt am 1. Januar 2012 in Kraft.

Das Rechnungslegungsrecht (Vorlage 2 von 08.011) befindet sich auf der parlamentarischen Zielgerade und wird voraussichtlich in der Wintersession 2011 zu Ende beraten. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens ist allerdings noch völlig offen.

In Bezug auf das Aktienrecht hat das Parlament bis spätestens zum 26. August 2012 Zeit, den neuen indirekten Gegenvorschlag (Vorlage 1 und/oder 2 von 10.443) zu bereinigen und eine Abstimmungsempfehlung zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» zu beschliessen. Falls sich innert dieser Frist der National- und Ständerat nicht einigen können, wird die Volksinitiative ohne Abstimmungsempfehlung des Parlaments dem Stimmvolk unterbreitet.<sup>131</sup>

Der Bundesrat unterbreitet gemäss Art. 75a des Bundesgesetzes über die politischen Rechte<sup>132</sup> Volksinitiativen innert zehn

Monaten nach der Schlussabstimmung in der Bundesversammlung, spätestens aber zehn Monate nach Ablauf der dem Parlament reservierten gesetzlichen Behandlungsfrist der Volksabstimmung. Die Frist für die Durchführung der Volksabstimmung läuft somit bis spätestens zum 26. Juni 2013.

Nach der Schlussabstimmung über den indirekten Gegenvorschlag will die RK-N die sistierte Revision des Aktienrechts wieder aufnehmen.<sup>133</sup> Es wird aber höchst wahrscheinlich ein erheblicher Koordinationsbedarf bestehen, da die Revisionsvorlage (die mehrere Male aufgeteilt wurde) u.U. an die neue gesetzliche Ausgangslage (Verfassungsbestimmung oder den indirekten Gegenvorschlag) angepasst werden muss.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass es bei einer Ablehnung der Vorlage 2 des indirekten Gegenvorschlags zudem möglich ist, dass die WAK-S ihre sistierte parlamentarische Initiative (10.460) wieder aufnimmt, um beispielsweise einen neuen Entwurf im Sinne des ursprünglichen Tantiemen-Modells auszuarbeiten.

Das Schicksal der ursprünglichen bundesrätlichen Aktienrechtsrevision (Vorlage 1 von 08.011) ist ungewiss. Die einst zügig an die Hand genommene Revision des Aktienrechts droht somit zu einer ähnlich unendlichen Geschichte zu werden wie die grosse Aktienrechtsrevision von 1983.<sup>134</sup>

Wir hoffen, durch diesen Beitrag ein wenig Licht ins gesetzgeberische Dunkel der Revision des Aktien-, Rechnungslegungs- und Revisionsrechts gebracht zu haben, andernfalls gilt immerhin der Grundsatz: Ich bin noch immer verwirrt, nun aber auf einem höheren Niveau.<sup>135</sup> ■

128 Medienmitteilung der RK-S vom 19. August 2011. Für die Details siehe auch die Gesetzesfahne der RK-S, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesseite/2010/20100443/S1-4%20D.pdf>

129 Siehe die Gesetzesfahne des Ständerates, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesseite/2010/20100443/S1-44%20D.pdf>

130 AB 2011 S (Herbstsession vom 12. September 2011).

131 Ob dem Stimmvolk zusammen mit der Volksinitiative auch ein Gegenentwurf unterbreitet wird, hängt davon ab, ob es sich um einen direkten Gegenentwurf auf Verfassungsstufe oder einen indirekten Gegenvorschlag auf Gesetzesstufe handelt, denn nur ein direkter Gegenentwurf wird gemäss Art. 101 Abs. 1 ParlG direkt dem Stimmvolk unterbreitet.

132 Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (BPR, SR 161.1).

133 Die Aktienrechtsrevision ist zwar formell nur bis zur Schlussabstimmung über den indirekten Gegenvorschlag sistiert, doch wäre es ratsam, die Aktienrechtsrevision erst dann wieder aufzunehmen, wenn die Volksabstimmung zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» durchgeführt ist.

134 Vgl. NZZ online vom 19. Februar 2011, Die unendliche Sage des «Abzocker»-Dossiers, abrufbar unter: [http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/die\\_unendliche\\_saga\\_des\\_abzocker-dossiers\\_1.9595934.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/die_unendliche_saga_des_abzocker-dossiers_1.9595934.html)

135 Frei nach dem bekannten Physiker ENRICO FERMI.

Franz Hoffet\*

## Revision Art. 5 KG: Schnellschuss über das Ziel hinaus

**Stichworte:** Kartellgesetz, Art. 5 KG, KG-Revision, Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit, Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, Beweislastumkehr für Rechtfertigungsgründe (Gründe der wirtschaftlichen Effizienz), Frankenstärke, Weitergabe von Wechselkursvorteilen (Währungsvorteilen), Missbrauchsprinzip, Unschuldsvermutung, EU-Kompatibilität, Rechtssicherheit, Vernehmlassung, Schweizerischer Anwaltsverband (SAV)

*Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) lässt sich zu Gesetzesvorlagen vernehmen, die die Anwaltschaft unmittelbar betreffen (wie Anwalts- und Prozessrecht). Der SAV bemüht sich aber auch um Stellungnahme zu materiellen Gesetzesvorlagen, wenn die Rechtsstaatlichkeit gefährdet oder eine offensichtliche Unzulänglichkeit im vorgesehenen Regelwerk zu verhindern ist. Dabei stützt sich der SAV auf das Know-how von Fachausschüssen. Die Vernehmlassungen des SAV sind auf [www.sav-fsa.ch](http://www.sav-fsa.ch) abrufbar. Zur «Expressvorlage» Revision Kartellgesetz hat sich der SAV mit einer erweiterten Fassung des nachfolgenden Beitrags in der Vernehmlassung engagiert. Der volle Text der Vernehmlassung findet sich auf der vorzitierten Website. Der nachfolgende Beitrag von Franz Hoffet, Leiter Fachausschuss Kartellrecht des SAV, zeigt, dass die übereilte Revision die Folgen der Frankenstärke nicht beseitigt, jedoch zu Rechtsunsicherheit und zu erheblichen Nachteilen für grosse und kleine Schweizer Unternehmen und damit auch für die schweizerischen Konsumentinnen und Konsumenten führen würde.*

Am 23. September 2011 hat das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement eine Vorlage für die Revision von Art. 5 des Kartellgesetzes (KG) vorgelegt. In einer «konferenziellen Vernehmlassung», deren Frist bereits am 10. Oktober 2011 ablief, konnten interessierte Kreise im Eilverfahren dazu Stellung nehmen. Begründet wurde dieses Gesetzgebungsprojekt mit der dramatischen Stärkung des Frankenkurses gegenüber dem Euro und der Sorge, die Weitergabe von Wechselkursvorteilen an die Verbraucher würde durch Wettbewerbsbeschränkungen verhindert.

Der bundesrätliche Revisionsvorschlag umfasst zwei verschiedene Revisionspunkte:

- **Teilkartellverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit:** Erstens schlägt der Bundesrat vor, bei den Tatbeständen gemäss Art. 5 Abs. 3 KG (horizontale Preis-, Mengen-, Gebiets- und Kundenabreden) sowie Art. 5 Abs. 4 KG (vertikale Abreden über eine Preisbindung zweiter Hand und einen absoluten Gebietschutz) nicht – wie bisher – auf die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu schliessen, sondern Abreden, welche diese Tatbestände erfüllen, generell als unzulässig einzustufen, sofern sie nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können.
- **Beweislastumkehr für Rechtfertigungsgründe:** Zweitens schlägt der Bundesrat vor, die Beweislast für Gründe der wirtschaftlichen Effizienz bei *allen* Abreden neu den Unternehmen statt wie bisher den Wettbewerbsbehörden aufzuerlegen.

### 1) Für eine Gesetzesrevision fehlt ein Anlass

Eine Umsetzung des bundesrätlichen Revisionsvorschlags würde gegenüber der heutigen Kartellgesetzgebung einen Paradigmen-

wechsel darstellen. Zu einer solchen tiefgreifenden Gesetzesrevision besteht jedoch bei objektiver Betrachtung derzeit kein Anlass:

- **Bewährte und verfassungskonforme Regelung:** Bei der heutigen Fassung von Art. 5 KG handelt es sich um einen reiflich durchdachten und fein austarierten Kompromiss, der nicht ohne Not angetastet werden sollte. Die heutige Regelung, die weder ein Verbot bestimmter Abreden noch eine Beweislastumkehr zulasten der Unternehmen enthält, ist weitgehend bedingt durch die Schranken des Verfassungs- und Völkerrechts (Missbrauchsprinzip gemäss Art. 96 BV und Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK). Der Revisionsvorschlag überschreitet diese Schranken demgegenüber.
- **Keine massgebliche Veränderung der wirtschaftlichen Umstände:** Seit der letzten Kartellgesetzrevision von 2003 sind keine Veränderungen der wirtschaftlichen Umstände eingetreten, die eine Verschärfung von Art. 5 KG rechtfertigen würden. Diese Auffassung vertrat vor kurzem auch noch der Bundesrat. So forderte der Bundesrat in seinem Erläuternden Bericht zum Revisionsentwurf vom 30. Juni 2010 eine «differenziertere» Regelung für vertikale Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG – und nicht etwa eine Verschärfung, wie er sie heute vorschlägt.
- **Kein Zusammenhang mit der «Frankenstärke»:** Der Bundesrat stellt seine Kehrtwende in Zusammenhang mit der «Frankenstärke» und der «allseits gerügten ungenügenden Weitergabe von Währungsvorteilen». Dieser Zusammenhang ist jedoch nicht erstellt:
  - Erstens haben die bisherigen Untersuchungen der Wettbewerbskommission (soweit ersichtlich) keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Unternehmen im Zusammenhang mit der Verweigerung der Weitergabe von Währungsvorteilen irgendwelche kartellrechtlich relevanten Abreden getroffen hätten. Aus der bisher publizierten Praxis ergibt sich jedenfalls nicht, dass die bestehende Regelung von Art. 5 KG in dieser Hinsicht unzulänglich wäre.

\* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Homburger AG, Leiter Fachausschuss Kartellrecht des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV).

- Zweitens ist die vom Bundesrat vorgeschlagene Verschärfung von Art. 5 KG schon vom Ansatz her nicht geeignet, eine Weitergabe von Währungsvorteilen durchzusetzen. Bei Importgütern werden Fragen der Preissetzung nämlich typischerweise entweder vom Lieferanten im Ausland entschieden oder von der schweizerischen Tochtergesellschaft eines ausländischen Konzerns. In beiden Fällen ist die Wettbewerbskommission machtlos gegen eine als «ungenügend» empfundene Weitergabe von Währungsvorteilen. Im ersten Fall fehlen ihr die nötigen Durchsetzungsbefugnisse im Ausland; im zweiten Fall liegt ein konzerninterner Sachverhalt vor, auf den das Kartellgesetz von vornherein nicht anwendbar ist.
- Drittens gibt es Anhaltspunkte dafür, dass der Wettbewerb die Unternehmen über kurz oder lang unter Druck setzt, ihre Währungsvorteile weiterzugeben. Dies zeigt sich beispielsweise in der Automobil-Branche, wo sich die verschiedenen Hersteller zur Zeit gegenseitig mit «Euro-Rabatten» überbieten. Im Lebensmittelhandel ist es den Detailhändlern in jenen Fällen, in denen die Lieferanten ihre Währungsvorteile nicht ohnehin schon weitergegeben haben, sodann grösstenteils gelungen, bei den Lieferanten erhebliche Preiszugeständnisse durchzusetzen, die an die Konsumenten weitergegeben werden können.

Der Bundesrat schlägt damit vor, eine historisch gewachsene und auf die Vorgaben des Verfassungs- und Völkerrechts abgestimmte Regelung zugunsten einer unausgereiften Tabula-rasa-Lösung zu beseitigen.

## 2) Der Verzicht auf eine Erheblichkeitsprüfung für bestimmte Abreden ist verfassungswidrig

Mit seinem ersten Revisionspunkt schlägt der Bundesrat vor, bei den Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (bzw. neu Art. 5 Abs. 2 KG) auf die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu verzichten und dafür eine grundsätzliche Unzulässigkeit verbunden mit einer Rechtfertigungsmöglichkeit einzuführen.

Bei einer Einführung dieser Regelung könnte die Unbedenklichkeit bzw. Zulässigkeit einer solchen Abrede nicht mehr damit begründet werden, dass sie den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt. Das Rechtfertigungserfordernis gälte daher auch für Abreden, die den Wettbewerb nur unerheblich beeinträchtigen bzw. die den Wettbewerb überhaupt nicht beeinträchtigen und eine Beeinträchtigung gleichsam nur «auf dem Papier» dem Wortlaut nach bezwecken. Die Auflage zur Rechtfertigung solcher Bagatell-Abreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz dürfte die betreffenden Unternehmen (insbesondere KMUs) in aller Regel massiv überfordern. Die vorgeschlagene Regelung läuft daher letztlich auf ein (unter Sanktionsdrohung stehendes) Totalverbot der betroffenen Abredentypen hinaus. Insbesondere bei gewissen Vertikalabreden ist jedoch in der Ökonomie anerkannt, dass deren Effizienzvorteile im Einzelfall oft die Nachteile

der Wettbewerbsbeschränkung überwiegen. Ein Totalverbot könnte deshalb volkswirtschaftlich unerwünschte Folgen bewirken, da Unternehmen derartige wegen ihrer Effizienz wünschbare Abreden nicht mehr abschliessen würden.

Ein solches Teilverbot mit Rechtfertigungsmöglichkeit – das de facto auf ein faktisches Totalverbot hinaus läuft – wäre indes verfassungswidrig. Art. 96 BV (bzw. Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 3 Bst. d aBV) erlaubt im Kartellrecht keine Verbots-, sondern lediglich eine Missbrauchsgesetzgebung. Dies wurde im Vorfeld des Erlasses des KG von 1995 und der Revision von 2003 sowohl in den eingeholten Rechtsgutachten als auch in den bundesrätlichen Botschaften bestätigt. Eine Missbrauchsgesetzgebung impliziert unter anderem, dass der Staat einen Missbrauch im Einzelfall nachweisen muss:

«Massgebend ist, ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind. Nur wenn die Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt wurde, ist die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig.» (BBI 1995 I 555)

Genau aus diesem Grund macht der heutige Art. 5 KG die Unzulässigkeit von Abreden in jedem Fall von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs abhängig. Wettbewerbsabreden, die nur unerhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben oder die lediglich Auswirkungen auf den Wettbewerb bezwecken (ohne sie zu bewirken), können von vornherein nicht missbräuchlich im Sinne der Verfassung sein. Ein Verbot solcher Abreden wäre eine verfassungswidrige Verbotsgesetzgebung.

Im Ergebnis wäre die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung sogar strenger als das EU-Recht, an dem sich der Gesetzgeber und die Wettbewerbsbehörden im Kartellrecht in der Regel orientieren. Im EU-Recht muss bei gewissen Abreden, die nach dem bundesrätlichen Revisionsvorschlag automatisch rechtfertigungsbedürftig wären (wie z.B. bei Einkaufskooperationen, Spezialisierungsvereinbarungen oder Abreden über Interchange Fees), nämlich zuerst von den EU-Behörden erstellt werden, dass diese nach Art. 101 Abs. 1 AEUV überhaupt unzulässig sind.

## 3) Unzulässige und ökonomisch fragwürdige Beweislastumkehr für Rechtfertigungsgründe verbunden mit Rechtsunsicherheit

Mit seinem zweiten Revisionspunkt schlägt der Bundesrat vor, die Beweislast für die Rechtfertigung von Abreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz neu den Unternehmen statt wie bisher den Wettbewerbsbehörden aufzuerlegen. Dies sollte wohlge-merkt für alle Abreden gelten, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, und nicht nur für Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG.

Eine solche Beweislastumkehr für Rechtfertigungsgründe ist aus verschiedenen Gründen hoch problematisch:

- **Kein Zusammenhang mit der «Frankenstärke»:** Die vorgeschlagene Beweislastumkehr für Rechtfertigungsgründe ist im bundesrätlichen Revisionsvorschlag ein Fremdkörper, dessen Notwendigkeit nicht belegt wird. Sie ist weder zwingend mit dem ersten Revisionspunkt («Teilverbot mit Rechtfertigungsmög-

lichkeit») verbunden, noch steht sie in irgendeinem ersichtlichen Zusammenhang mit der Problematik der «Frankenstärke».

- **Rechtsunsicherheit als ungebührliche Belastung für die Unternehmen:** Mit der vorgeschlagenen Beweislastumkehr würde den Unternehmen eine Belastung von enormer Tragweite aufgebürdet. Den Unternehmen würde gleichsam von Gesetzes wegen ein volkswirtschaftlich ineffizientes Verhalten unterstellt und der Beweis des Gegenteils auferlegt. Für ein im realen Wirtschaftsleben stehendes Unternehmen ist es jedoch praktisch nicht möglich zu beurteilen, ob ein Verhalten den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt bzw. ob ein Verhalten durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist, geschweige denn, solche Gründe zu beweisen. Diese Fragen müssen im Wettbewerbsrecht für jeden Einzelfall gesondert aufgrund der spezifischen Umstände beurteilt werden. Der dafür notwendige Aufwand dürfte selbst für grosse multinationale Unternehmen meist untragbar sein – für KMUs kommt er schon gar nicht in Frage. Die Unternehmen verfügen zudem nicht über ein Instrumentarium wie die Wettbewerbskommission, um bei Wettbewerbsabreden das Ausmass der Wettbewerbsbeeinträchtigung und das Vorliegen von Effizienzgründen zu ermitteln. Insbesondere können sie (anders als die Wettbewerbskommission) nicht andere Unternehmen zur Auskunft verpflichten. Mit der vorgeschlagenen Beweislastumkehr würden die Unternehmen somit einem ständigen Rechtfertigungsdruck bei gleichzeitiger massiver Rechtsunsicherheit ausgesetzt. Die Unternehmen würden dadurch in ihrer Tätigkeit erheblich eingeschränkt. Zugleich dürfte die vorgeschlagene Beweislastumkehr in Verbindung mit der Sanktionsdrohung für Abreden gemäss (heutigem) Art. 5 Abs. 3 und 4 KG die Unternehmen zu einem volkswirtschaftlich ineffizienten Verhalten in ihrer Geschäftstätigkeit verleiten, um das Risiko einer Busse bzw. die Kosten einer Klärung der Zulässigkeit einer Abrede zu vermeiden. Im Ergebnis würde die vorgeschlagene Beweislastumkehr nicht nur ein faktisches Totalverbot aller Abreden gemäss (heutigem) Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, sondern weitgehend auch aller weiteren erheblich wettbewerbsbeeinträchtigenden Abreden bewirken. Es wäre erstaunlich, wenn dies nicht einen gravierenden Verlust an Dynamik und erhebliche negative Kostenfolgen für die gesamte schweizerische Volkswirtschaft nach sich zöge.
- **Kein Korrektiv zur Schaffung von Rechtssicherheit:** Die Unternehmen hätten bei einer Verwirklichung der vorgeschlagenen Beweislastumkehr keine Möglichkeit, die daraus für sie resultierende Rechtsunsicherheit zu beseitigen:
  - Erstens fehlt es in der Schweiz, aber auch im europäischen Umland, an einer hinreichenden Behördenpraxis zu möglichen Gründen der wirtschaftlichen Effizienz, an der sich die Unternehmen orientieren könnten.

- Zweitens sind diesbezüglich auch etwaige Sekundärerlasse (wie beispielsweise die Vertikalbekanntmachung oder die KMU-Bekanntmachung der Wettbewerbskommission) aufgrund ihrer generischen Formulierungen erfahrungsgemäss nicht besonders hilfreich. Im Falle der bisherigen Bekanntmachungen der Wettbewerbskommission kommt hinzu, dass diese den Unternehmen keine echten «sicheren Häfen» bieten, da alle relevanten Formulierungen unter einem Vorbehalt («in der Regel») stehen. Für die Zukunft sind ebenfalls keine verlässlichen Leitlinien zu erwarten. Im Gegenteil zieht der Bundesrat offensichtlich in Betracht, die bestehenden Erleichterungen bei Nichtüberschreiten der Marktanteilsschwelle von 30% gemäss der Vertikalbekanntmachung sowie bei Abreden unter Kleinstunternehmen gemäss der KMU-Bekanntmachung aufzugeben.
- Drittens hat sich auch das Meldeverfahren für potenziell sanktionsbedrohte Verhaltensweisen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. c KG in der Praxis als wertlos erwiesen. Nach dem sog. Maestro-Entscheid des Bundesgerichts (BGE 135 II 60) ist die Wettbewerbskommission nämlich nicht verpflichtet, in einem solchen Verfahren über die Zulässigkeit des gemeldeten Verhaltens zu befinden. Die Wettbewerbskommission kann überdies die mit der Meldung gewissermassen sistierte Sanktionsdrohung durch die blosser Eröffnung einer Vorabklärung oder Untersuchung wieder aufleben lassen.
- **Verstoss gegen übergeordnetes Recht:** Die vorgeschlagene Beweislastumkehr liefe faktisch auf ein Totalverbot für Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (bzw. neu Art. 5 Abs. 2 KG) hinaus. Dies stünde im Widerspruch zum Missbrauchsprinzip gemäss Art. 96 BV und wäre mithin verfassungswidrig (vgl. dazu vorne Ziff. 2). Die Beweislastumkehr stünde überdies im Widerspruch zur Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK. Die Unschuldsvermutung gilt unbestrittenermassen in allen Untersuchungen der Wettbewerbskommission, die einen sanktionsbedrohten Tatbestand zum Gegenstand haben, da solche Untersuchungen eine «strafrechtliche Anklage» im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK darstellen. Die zivilrechtliche Beweislastregel gemäss Art. 8 ZGB, nach der allfällige Rechtfertigungsgründe von den an einer Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen zu beweisen wären, ist in Verfahren vor der Wettbewerbskommission nicht anwendbar.

Aufgrund der vorstehenden, vorwiegend rechtlichen Unzulänglichkeiten der Vorlage hat der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) gegenüber der Gesetzesvorlage schwerwiegende Bedenken angebracht und angeregt, weiterhin die Erheblichkeitsprüfung bei Abreden vorzusehen und auf eine Umkehr der Beweislast für Rechtfertigungsgründe zu verzichten. ■

Kaspar Schiller\*

# Anwaltliche Unabhängigkeit – Wozu? Wie weit? Wovon?

**Stichworte:** Unabhängigkeit, notwendiger und wünschbarer Umfang, Zugang zum Recht, Interessenkonflikt, Unabhängigkeit vom Staat, vom Klienten, von Dritten

## I. Ausgangslage

### 1. Notwendigkeit oder arabischer Phönix?

Der Unabhängigkeit der Anwälte und Anwältinnen wird ein hoher Stellenwert beigemessen. Neben der Verschwiegenheit und dem Verbot von Interessenkonflikten wird die Unabhängigkeit als *einer der drei unverrückbaren Grundpfeiler* des anwaltlichen Berufsrechts bezeichnet.

So klar und unangefochten die anwaltliche Unabhängigkeit im Grundsatz scheint, so schwierig wird es, sie zu begründen und zu konkretisieren. Begründungen geraten rasch ins Allgemeine oder weichen auf das Verbot von Interessenkonflikten aus. Bei den Versuchen, die Unabhängigkeit zu konkretisieren, fällt eine gewisse Hilflosigkeit auf. Klare, sachbezogene Kriterien fehlen weitgehend. Auffällig ist auch, dass die Unabhängigkeit vor allem als schlagwortartiges Dogma im berufspolitischen Diskurs ins Feld geführt wird, wenn es darum geht, andere Dienstleister vom Anwaltsmarkt auszuzugrenzen.

Das muss Skepsis wecken. Ist die Unabhängigkeit der Anwälte wirklich notwendig? Oder ist sie nicht vielmehr ein Phantasiegebilde wie der arabische Phönix, dessen Existenz keiner anzweifelt, den aber noch niemand gesehen hat?

### 2. Ein Blick zurück

Mit dem Entstehen der Nationalstaaten im 19. Jahrhundert und deren Gesetzgebungstätigkeit nahm auch der Bedarf an ausgebildeten Juristen zu. Das bisherige, im Lauf der Zeit entstandene unübersichtliche Gewirr unterschiedlichster Formen von Prozessbeiständen rief nach einer Ordnung. Ausserdem genossen die Rechtsbeistände gegen Ende des ancien régime einen miserablen Ruf, den es zu korrigieren galt.

Vor diesem Hintergrund sind die meisten europäischen Anwaltsgesetze und die meisten Anwaltsverbände entstanden. Das anwaltliche Sonderrecht orientierte sich primär am Anwalt als Prozessvertreter, der als Teil des Rechtspflegesystems mit einer starken Bindung zum Staat als eine Art Halbbeamter begriffen wurde. Dieses Verständnis kam in einer Reihe von Loyalitätspflichten der Anwälte gegenüber dem Staat zum Ausdruck. Das Bemühen, das schlechte Anwaltsbild zu korrigieren, äusserte sich in zahlreichen Regeln, die den Anwälten ein besonderes An-

sehen verleihen sollten. Überdies gaben sich die Berufsverbände eine zunftähnliche Ordnung und unterstellten ihre Mitglieder ausgedehnten Verhaltenspflichten, insbesondere auch hinsichtlich des Verkehrs unter Berufskollegen.

Dieses Anwaltsverständnis hat sich stark geändert. Namentlich in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts war der Anwaltsberuf einem grundlegenden Wandel unterworfen. Aus Loyalitätspflichten zum Staat haben sich eigentliche Berufspflichten entwickelt. Die Verpflichtungen gegenüber Berufskollegen und -kolleginnen wurden durch Verschärfungen des Wettbewerbsrechts abgeschwächt oder aufgehoben. Der Anwalt wurde vom streng reglementierten, beamtenähnlichen Prozessvertreter sukzessive zum freien Rechtsdienstleister. Aufgrund des anhaltenden Drucks auf das anwaltliche Sonderrecht, vor allem aufgrund der Bedürfnisse der Geschäftswelt, dürfte dieser Liberalisierungsprozess noch nicht abgeschlossen sein.

Zahlreiche berufsrechtliche Begriffe und Vorschriften zeugen indessen noch heute von der traditionellen Nähe des Anwalts zum Staat, von der kartellistischen Haltung der Berufsverbände und vom Bemühen, die Anwälte gleichsam auf eine höhere Stufe zu stellen. Zu denken ist an die Anwalts-«Gebühr», an eigentliche Gebührentarife, an den Berufs-«Stand», an die «Würde» des Anwalts und des Anwaltsberufs, an Werbebeschränkungen, an Verbote von Haftungsfreizeichnungen etc. Dieses gefärbte, im Anwaltsverständnis des 19. Jahrhunderts begründete Vokabular verstellt die klare Sicht auf das Anwaltsrecht und dessen Legitimation. Bevor es unkritisch übernommen und weitergetragen wird, empfiehlt sich eine nüchterne Beurteilung im heutigen tatsächlichen und rechtlichen Umfeld. Das gilt auch für die Unabhängigkeit.

### 3. Problematische Normierung

Vollständig unabhängig, vollständig frei von allen Bindungen und Einflüssen, ist niemand. Auch Anwälte sind abhängig von Mitmenschen und Umwelt. Eine absolute, umfassende Unabhängigkeit ist eine Utopie, die nie bestanden hat und nie bestehen wird. Eine Verpflichtung zu absoluter Unabhängigkeit ist weder erfüllbar noch sinnvoll. Zudem ist die Unabhängigkeit eine innere Haltung, die einer Normierung nicht zugänglich ist. Eine unabhängige Haltung lässt sich nicht befehlen. Möglich sind höchstens programmatische Grundsätze oder aber Vorschriften zu äusseren Erscheinungsformen, die typischerweise eine Abhängigkeit oder Unabhängigkeit indizieren.

Damit stellt sich die Frage, ob ein derart abstrakter und schwer normierbarer Zustand überhaupt angeordnet werden soll. Von

\* Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner der Kanzlei Schiller Rechtsanwälte, Winterthur, ehemaliger Präsident des Schweizerischen Anwaltsverbandes. Dieser Aufsatz ist der Abdruck eines Beitrags für die Festschrift zum 70. Geburtstag von MICHAEL STRECK, dem ehemaligen Präsidenten des Deutschen Anwaltvereins DAV, in: Binnewies/Spatscheck [Hrsg.], Festschrift für Michael Streck, Köln 2011, Verlag Dr. Otto Schmidt, mit der freundlichen Genehmigung des Verlags.

vornherein kann es nicht darum gehen, den Anwälten und Anwältinnen jede Abhängigkeit zu verbieten. Zu fragen ist vielmehr, wozu der Anwalt unabhängig sein soll, wie weit und wovon.

## II. Unabhängigkeit wozu?

### 1. Rechtsstaatliche Notwendigkeit

#### a) Zugang zum Recht

Im Rechtsstaat muss jedem rechtsuchenden Bürger der Zugang zum Recht offen stehen. Nun war und ist der Bürger zu keiner Zeit in der Lage, seine Rechte selber zu kennen und schon gar nicht, sie selber wahrzunehmen. Ohne fachmännische Unterstützung kann er sich weder gegen die Willkür des Staats oder Dritter ausreichend zur Wehr setzen noch seine Rechte gegen jene durchsetzen, die sie ihm verwehren. Ohne fachmännische Unterstützung ist der Zugang zum Recht nicht gewährleistet. Im Rechtsstaat ist es deshalb notwendig, dass dem Bürger Rechtsbeistände zur Verfügung stehen, die ihn beim Zugang zum Recht unterstützen.

#### b) Rechtskontrolle und -fortbildung

Das Recht ist keine statisch feststehende Ordnung. Es entwickelt sich dynamisch aus einer Vielzahl von Interessengegensätzen, die fortlaufend entstehen und gelöst werden. Recht wird kontradiktorisch gewonnen, tagtäglich und auf allen Ebenen. Es entsteht durch Auseinandersetzung, durch den Ausgleich von Interessengegensätzen. «Alles Recht in der Welt ist erstritten worden, jeder wichtige Rechtssatz hat erst denen, die sich ihm widersetzen, abgerungen werden müssen».<sup>1</sup> Ausgewogen wird es nur, wenn Argument und Gegenargument, Angriff und Verteidigung im Gleichgewicht sind, wenn die relevanten Argumente beider Seiten gleichermaßen sorgfältig und kompetent vorgebracht werden. Die Qualität des Rechts ist umso höher, je besser der Bürger seine Interessen wahrnimmt, je besser das Scharnier zwischen Bürger und Recht funktioniert, je höher das Niveau der juristischen Argumentation ist.

Täglich stehen tausende von Rechtsfragen auf dem Prüfstand. Jedes Gesetz, jede Verordnung, jeder Verwaltungsakt und jedes rechtlich relevante Handeln Privater unterliegt der möglichen Kontrolle durch ausgewiesene Rechtsberater. Die Kontrolle hat präventive und therapeutische Wirkung. Präventiv, weil jedermann weiss, dass er bei seinem Handeln diesem Test ausgesetzt ist, und therapeutisch, weil Fehler korrigiert werden können. Hoch qualifizierte Rechtsbeistände garantieren eine wirksame Rechtskontrolle und eine ausgewogene Rechtsfortbildung.

#### c) Anwälte als Voraussetzung des Rechtsstaats

Diese Rolle des Rechtsbeistands wird in den meisten Rechtsordnungen den Anwälten zugewiesen. Anwälte und Anwältinnen sind unabdingbar für den freien Zugang zum Recht und tragen entscheidend zur Rechtskontrolle und -fortbildung bei. Sie sind

eine notwendige Voraussetzung des Rechtsstaats. Der Rechtsstaat braucht den Anwalt, um Rechtsstaat zu bleiben.<sup>2</sup>

#### d) Unbeeinflusste Interessenwahrung

Optimale Unterstützung und Interessenwahrung bedeutet, dass der Anwalt sein Mandat vorbehaltlos, einzig und allein im Interesse des Klienten führt. Der Zugang zum Recht ist nicht gewährleistet, wenn der Anwalt das Mandat gleichsam mit angezogener Handbremse führt, weil er auf die Interessen anderer schiebt, von denen er sich etwas erhofft, oder weil er auf andere Rücksicht nehmen muss. Unbeeinflusste anwaltliche Interessenwahrung ist im Rechtsstaat unabdingbar.

##### aa) Einseitige Interessenwahrung

Unbeeinflusste Interessenwahrung muss einseitige Interessenwahrung sein. Die Interessen des Klienten sind die einzige Richtschnur, ihre Vertretung die eigentliche raison d'être des Anwalts. Der Anwalt kann seine Interessenwahrungspflicht zugunsten des Klienten nicht vorbehaltlos erfüllen, wenn ihm gleichzeitig abweichende Loyalitätspflichten abverlangt werden. Anders als der Richter erfüllt der Anwalt seine rechtsstaatliche Aufgabe nicht durch objektive Wahrheitssuche und ausgewogene Rechtsanwendung, sondern dadurch, dass er die individuellen Interessen seines Klienten einseitig wahr. Der Anwalt ist Interessenvertreter seines Klienten, nicht dessen Richter. Der Anwalt muss parteiisch sein, der Richter darf es nicht.

Das gilt auch dann, wenn die Interessenwahrung verlangt, dass unsichere Rechtspositionen oder Auffassungen vertreten werden, die im Widerspruch zur herrschenden Lehre und Praxis stehen. Wenn die Anwälte und Anwältinnen nur noch gefestigte Rechtspositionen vertreten dürften, wäre dem Rechtsuchenden die Möglichkeit genommen, einen unsicheren, aber doch denkbaren Anspruch mit anwaltlicher Hilfe geltend zu machen. Die rechtsstaatliche Kontrollfunktion der Anwälte würde nicht wahrgenommen, die Rechtsfortbildung wäre gehemmt.

##### bb) Wahrung der subjektiven Interessen des Klienten

Welches die Interessen sind, die der Anwalt, die Anwältin wahren soll, bestimmt der Klient aus seiner subjektiven Sicht. Er kennt seine Interessen selbst am besten und weiss besser als jeder andere, was für ihn wesentlich und was belanglos ist. Dementsprechend entscheidet er, welche Interessen er verfolgen will, und ob und in welchem Umfang ein Anwalt oder eine Anwältin ihn dabei unterstützen soll. Das kommt im Mandat zum Ausdruck, das der Klient mit seinem Anwalt vereinbart. Rechtsordnungen, die von der Idee des mündigen Bürgers ausgehen, respektieren den Willen des Klienten.

Der Klient will zu *seinem* Recht kommen. Er beauftragt den Anwalt, die Anwältin *sein* Problem zu lösen, *seine* Vorstellungen und *seine* Ziele zu erreichen. Wenn der Anwalt ein Mandat übernimmt, ist er verpflichtet, die Klienteninteressen im vereinbarten

<sup>1</sup> RUDOLF VON JHERING, Der Kampf ums Recht, 1872, Neuauflage Frankfurt a/ Main, 2003, S. 5.

<sup>2</sup> WALTER SCHLUEP, Über Sinn und Funktion des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat, Zürich, 1994, S. 62.

Umfang mit allen von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Mitteln vorbehaltlos und nach besten Kräften zu verfolgen.

### cc) Individuelle Interessenwahrung ist Verwirklichung des Rechts

Sowohl die vertraglichen Pflichten aus dem Anwaltsmandat als auch rechtsstaatliche Gründe verlangen, dass der Anwalt, die Anwältin nur die individuellen Interessen des Klienten wahrt, parteiisch und einseitig, so wie sie der Klient aus seiner subjektiven Sicht definiert, und so wie sie mit dem Mandat verbindlich vereinbart worden sind. Indem die Anwälte unmittelbar die Interessen ihrer Klienten einseitig wahren, tragen sie mittelbar zur Verwirklichung des Rechtsstaats und zur Weiterentwicklung des Rechts bei. Gerade in der parteiischen, einseitigen Interessenvertretung liegt ihre unverzichtbare Funktion im Rechtsstaat. Der Kampf um den individuellen Anspruch ist Verwirklichung des objektiven Rechts.<sup>3</sup>

## 2. Notwendige Regulierung

Wenn also rechtsstaatlich unverzichtbar ist, dass die Anwälte und Anwältinnen die Interessen ihrer Klienten unbeeinflusst wahren, muss dies auf irgendeine Weise sichergestellt sein. Der freie Markt, das Spiel von Angebot und Nachfrage, führt nicht zum Zugang zum Recht für jedermann, insbesondere nicht zur unbeeinflussten Interessenwahrung. Deshalb ist im Rechtsstaat eine Regulierung notwendig, welche die unbeeinflusste Interessenwahrung durch die Anwälte und Anwältinnen gewährleistet.

## III. Unabhängigkeit wie weit?

### 1. Notwendiger Umfang

Die Unabhängigkeit der Anwälte ist kein Ziel in sich selbst und als solche nicht schutzbedürftig. Im Gegenteil, ihr gesetzlicher Schutz führt zur Bevorzugung eines Berufszweigs, was nicht unproblematisch ist. Jedenfalls muss die Legitimation eines Unabhängigkeitsgebots für Anwälte besonders solide abgestützt sein.

Die anwaltliche Unabhängigkeit ist jedoch insoweit erforderlich, als sie eine Voraussetzung der unbeeinflussten Interessenwahrung ist und den Zugang zum Recht sicherstellt.<sup>4</sup> Damit stellt sich die Frage, was ein Unabhängigkeitsgebot für Anwälte und Anwältinnen zur unbeeinflussten Interessenwahrung beitragen kann. Erst aus der Antwort auf diese Frage kann abgeleitet werden, ob eine Regelung zur Unabhängigkeit der Anwälte sich rechtfertigt oder sogar notwendig ist, und wie eine solche ausgestaltet werden sollte.

#### a) Keine mandatsstörende Abhängigkeiten ...

Wer unabhängig ist, lässt sich nicht beeinflussen. Mit unabhängigen Anwälten und Anwältinnen ist die unbeeinflusste Interessenwahrung gewährleistet. Aber nicht jeder, der abhängig ist,

lässt sich beeinflussen, und nicht jede Abhängigkeit der Anwälte tangiert die unbeeinflusste Interessenwahrung.

Auch enge Abhängigkeiten und Bindungen beeinträchtigen eine Mandatsführung im ausschliesslichen Klienteninteresse nicht, wenn sie mit dem Mandat nichts zu tun haben. Nur eine Unabhängigkeit, die einen *Bezug zum Mandat* aufweist, kann für den Zugang zum Recht überhaupt von Belang sein.

Aber selbst mandatsbezogene Abhängigkeiten beeinträchtigen die unbeeinflusste Interessenwahrung nicht immer. Einflüsse auf den Anwalt, die im Interesse des Klienten liegen, unterstützen vielmehr eine optimale Interessenwahrung und erleichtern den Zugang zum Recht. So ist der Anwalt zweifellos von einem Klienten abhängig, mit dem er den Grossteil seines Honorarumsatzes erzielt. Hat dieser Hauptklient ebenfalls ein Interesse daran, dass der Anwalt für einen anderen Klienten obsiegt, kann diese Abhängigkeit die unbeeinflusste Interessenwahrung nicht beeinträchtigen. Wenn schon, sollten solche unterstützende Beeinflussungen nicht verhindert, sondern gefördert werden. Um die unbeeinflusste Interessenwahrung zu gewährleisten, müssen deshalb nur diejenigen Abhängigkeiten und Bindungen ausgeschlossen sein, welche die Führung eines konkreten Mandats im alleinigen Interesse des Klienten *beeinträchtigen*, d.h. nur mandatsstörende Abhängigkeiten.

#### b) ... und Interessenkonflikte

Jede mandatsstörende Abhängigkeit ist begriffsnotwendig ein Interessenkonflikt: Der Anwalt ist im Konflikt, ob er den Interessen seines Klienten oder den Interessen desjenigen den Vorzug geben soll, von dem er abhängig ist. Es ist kein Fall denkbar, der aus rechtsstaatlichen Gründen ein Unabhängigkeitsgebot erforderte, das nicht bereits von einem Konfliktverbot abgedeckt wäre. Unter dem Gesichtswinkel der unbeeinflussten Interessenwahrung bleibt belanglos, ob, wie sehr und von wem der Anwalt abhängig ist, solange er das Verbot von Interessenkonflikten beachtet. Zwar ist die anwaltliche Unabhängigkeit im Rechtsstaat unverzichtbar. Ihr notwendiger Umfang geht aber nicht weiter als ein konsequentes Verbot von Interessenkonflikten.

Die unbeeinflusste Interessenwahrung durch die Anwälte kann mit verschiedenen Berufspflichten umgesetzt werden. Ob dies nun mit einem Unabhängigkeitsgebot oder mit einem Konfliktverbot geschieht, welches der Umfang dieser Pflichten ist und wie diese im Einzelnen ausgestaltet sind, ist nicht von Bedeutung. Wesentlich ist nur, dass sie *insgesamt* die unbeeinflusste Interessenwahrung durch den Anwalt gewährleisten.

Die Legitimation und die Verfassungsmässigkeit eines gesetzlichen Eingriffs in diesem Umfang können angesichts der rechtsstaatlichen Notwendigkeit des Zugangs zum Recht nicht zur Diskussion stehen.

#### c) Allgemeine Unabhängigkeitsgebote

Zahlreiche Rechtsordnungen verlangen von ihren Anwälten «Unabhängigkeit», ohne diese näher zu umschreiben. Was eine solche generelle Unabhängigkeit im Einzelnen bedeutet, muss der jeweiligen Rechtsordnung überlassen bleiben. Regelmässig wird

3 RUDOLF VON JHERING, Der Kampf ums Recht (Fn. 1), S. 31.

4 Vorn II 1.

aber eine allgemein formulierte Unabhängigkeit nicht ausreichen, um eine selbständige, über das Verbot von Interessenkonflikten hinausgehende Pflicht zu begründen. Wo ein Konfliktverbot besteht, wird deshalb einem unspezifizierten Gebot der anwaltlichen Unabhängigkeit in aller Regel kein eigenständiger materieller Normgehalt zukommen.

## 2. Weiter gehende Unabhängigkeit

Aus rechtsstaatlicher Sicht ist nur erforderlich, dass die Mandatsführung *tatsächlich* nicht beeinträchtigt wird.<sup>5</sup> Die blosse Möglichkeit oder Gefahr einer Beeinflussung ist noch keine Beeinflussung und beeinträchtigt den Zugang zum Recht nicht. Je nach Rechtskultur kann aber wünschbar scheinen, den Anwälten bereits bestimmte Situationen zu verbieten, die typischerweise besondere Risiken einer Beeinflussung in sich bergen. Insofern kann auch eine weiter gehende Unabhängigkeit angeordnet werden.

Bei solchen weiter gehenden Unabhängigkeitsgeboten stellt sich die Frage der *Verfassungsmässigkeit*. Es ist ein Grundprinzip des demokratischen Rechtsstaats, dass Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen, auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruhen und verhältnismässig sein müssen. Zwar kann die Bekämpfung der Risiken von Beeinflussungen der Anwälte durchaus als legitimes Anliegen angesehen werden. Ob und wie weit sich ein spezifisches Unabhängigkeitsgebot über ein Konfliktverbot hinaus rechtfertigt, liegt jedoch nicht von vornherein auf der Hand und ist im Einzelnen zu prüfen.

## IV. Unabhängigkeit wovon?

### 1. Unabhängigkeit vom Staat

Der Ursprung der anwaltlichen Unabhängigkeit liegt im Bedürfnis, den rechtsuchenden Bürger vor Staatswillkür zu schützen. Wer Rat und Hilfe gegen Übergriffe des Staats sucht, soll nicht befürchten müssen, dass sein Anwalt bei der Mandatsführung staatlicher Beeinflussung ausgesetzt ist oder Rücksichten auf Staat und Behörden nimmt. Nichts darf den Anwalt, die Anwältin hindern, engagiert und mit aller Härte und Konsequenz den Standpunkt seines Klienten gerade auch gegen den Staat durchzusetzen.

Das steht im Widerspruch zum historischen Verständnis des Anwalts als Teil des Rechtspflegesystems.<sup>6</sup> Wenn Anwälte dem Staat gegenüber zur Loyalität verpflichtet sind, ist ihre Handlungsfreiheit gegenüber dem Staat, seiner Regierung und seinen Gerichten eingeschränkt. Sie können somit den Schutz vor Staatswillkür nicht sicherstellen. Der Zugang zum Recht ist beeinträchtigt. Jede Rechtsordnung wird entscheiden müssen, ob und wie weit sie solche Eingriffe in den Rechtsstaat toleriert oder sogar wünscht.

### a) Besondere Rolle der Anwälte im Rechtspflegesystem

Sei es als verbliebener Rest eines historischen Anwaltsverständnisses oder sei es aus politischen Gründen, zahlreiche Rechtsordnungen enthalten Bestimmungen, die den Anwälten eine besondere Rolle im Rechtspflegesystem und eine besondere Nähe zum Staat zuweisen. Eine solche Staatsnähe kann von unterschiedlicher Intensität sein: von einer mehr oder weniger ausgeprägten Erwartungshaltung der Behörden über einen gewissen Anpassungsdruck bis hin zur sanktionsbewehrten Überwachung und Kontrolle der Anwaltstätigkeit in totalitären Regimes. Aber auch in Rechtsstaaten finden sich Vorschriften, Gerichtsentscheide und Literatur, welche den Anwälten Attribute und Pflichten zuordnen, die Rücksichtnahmen auf den Staat und seine Rechtspflege nahe legen. Ihre Bedeutung im Licht der rechtsstaatlich unverzichtbaren unbeeinflussten Interessenwahrung ist nicht von vornherein klar.

#### aa) Organ der Rechtspflege

Beispielsweise werden die Anwälte in zahlreichen Rechtsordnungen als «Organ der Rechtspflege», «Mitarbeiter der Justiz», «Gehilfe des Richters», «Diener des Rechts» oder dergleichen bezeichnet. Solche Begriffe suggerieren ein Subordinationsverhältnis und eine besondere Loyalität gegenüber dem Staat, die den Klienteninteressen überzuordnen sei. Zwar ist richtig, dass dem Anwalt eine unverzichtbare Bedeutung im Rechtsstaat zukommt und dass die Anwälte die Arbeit des Richters erleichtern. In diesem Sinn dient der Anwalt in der Tat der Justiz, dem Recht und dem Rechtsstaat. Er tut dies aber nur mittelbar, indem er unmittelbar die individuellen Interessen des Klienten einseitig und unbeeinflusst von Dritten wahrnimmt.<sup>7</sup> Sobald der Anwalt bei seiner Tätigkeit auf staatliche Interessen Rücksicht nimmt, gerät er in Widerspruch zur rechtsstaatlich notwendigen unbeeinflussten Interessenwahrung ausschliesslich zugunsten des Klienten. Begriffen wie «Organ der Rechtspflege» etc. kann kein normativer Gehalt zukommen, ohne dass der Rechtsstaat eingeschränkt wird.

Ähnliches gilt für die häufig vorgebrachte Aufforderung, der Anwalt habe die Rechtspflege zu unterstützen und den geordneten Gang der Justiz nicht zu behindern, ja diese sogar zu entlasten. Der geordnete Gang der Justiz ist primär durch die Gerichte aufgrund der Verfahrensordnungen und der Sitzungspolizei zu gewährleisten, nicht durch die Anwälte. Von prozessualen Rechten darf grundsätzlich Gebrauch gemacht werden. Der Anwalt sollte sich keine weiter gehende Zurückhaltung auferlegen müssen als andere Prozessteilnehmer. Andernfalls würde der Klient, der einen Anwalt beizieht, benachteiligt und beim Zugang zum Recht beeinträchtigt. Auch die Entlastung der Gerichte kann keine primäre Aufgabe der Anwälte sein. Der Anwalt hat sein Vorgehen am Interesse des Klienten zu orientieren. Ob damit dem Gericht viel oder weniger Arbeit entsteht, darf seine Überlegungen nicht beeinflussen. Jedenfalls darf die Interessenwahrung zugunsten des Klienten nicht durch Rücksichtnahmen auf staat-

<sup>5</sup> Vorn I a, b.

<sup>6</sup> Vorn I 2.

<sup>7</sup> Vorn II 1 d cc).

liche Interessen beeinträchtigt werden. Alles andere würde den Zugang des Bürgers zum Recht einschränken.

#### bb) Vertretung nur berechtigter Ansprüche

Verbreitet ist die Vorstellung, der Anwalt müsse dem Recht zum Durchbruch verhelfen. Er dürfe deshalb nur berechnete Ansprüche vertreten und nicht bewusst Unrecht fördern. Abgesehen davon, dass es das objektiv richtige Recht nicht gibt,<sup>8</sup> widerspricht eine solche Auffassung der Pflicht, das vereinbarte Mandat unbeeinflusst und ausschliesslich im Interesse des Klienten zu wahren<sup>9</sup>. Der Anwalt und die Anwältin haben den mit dem Mandat umschriebenen Interessen ihrer Klienten zum Durchbruch zu verhelfen, nicht einem wie auch immer verstandenen objektiven Recht.

#### cc) Orientierung am Allgemeininteresse

Verschiedentlich wird von den Anwälten verlangt, sie hätten sich am Interesse der Allgemeinheit, am Gemeinwohl zu orientieren. Der Begriff eines Gemeinwohls, auf das Rücksicht zu nehmen wäre, ist überaus undeutlich. Was dies in der täglichen Anwaltstätigkeit konkret bedeuten soll, wird häufig schwer zu fassen sein. Vor allem aber darf der Anwalt tun, was das Recht zulässt, ja er soll dies tun, wenn es das vereinbarte Mandat verlangt. Der Klient, der den Anwalt zu seiner Interessenwahrung bezieht, muss sich nicht gefallen lassen, dass der Anwalt mit Rücksicht auf ein Gemeinwohl von seinen vertraglich vereinbarten Pflichten abweicht. Normen, die den Anwalt und die Anwältin verpflichten, sich an den Interessen des Staats oder am Gemeinwohl zu orientieren, widersprechen der Verpflichtung, ausschliesslich die Klienteninteressen zu wahren. Sie beeinträchtigen den Zugang zum Recht und den Rechtsstaat.

#### b) Anwälte mit staatlichen Aufgaben

Vor allem in ländlichen Regionen üben Anwälte neben dem Anwaltsberuf häufig auch Funktionen in der Justiz oder in der öffentlichen Verwaltung aus. Verbreitet sind Anwälte, die als Notare tätig sind. Durch solche obrigkeitlichen Tätigkeiten entsteht eine mehr oder weniger ausgeprägte Nähe des Anwalts zum Staat, die je nach Art und Funktion der Tätigkeit als unerwünschte Abhängigkeit angesehen werden kann.

Abhängigkeiten des Anwalts vom Staat sind jedoch nicht an sich problematisch, sondern nur dann, wenn sie eine unbeeinflusste Mandatsführung im Interesse des Klienten beeinträchtigen, wenn sie mandatsstörend sind. Solange das Verbot von Interessenkonflikten in Bezug auf das konkrete Mandat nicht verletzt ist, bleibt der Anwalt für den Klienten unabhängig.<sup>10</sup> Zum Schutz des rechtsuchenden Bürgers und zur Gewährleistung des Zugangs zum Recht braucht es deshalb kein über ein konsequentes Verbot von Interessenkonflikten hinausgehendes Verbot der Übernahme staatlicher Aufgaben durch Anwälte. Eine andere Frage ist, ob

und welche Amtspflichten oder Unvereinbarkeitsverbote aus Sicht des Staates zur ordnungsgemässen Erfüllung der *obrigkeitlichen Aufgaben* nötig sind.

#### c) Verbote jeglicher Abhängigkeit vom Staat

Abhängigkeiten der Anwälte vom Staat sind immer heikel. Wenn nur staatsabhängige, angepasste Anwälte zur Verfügung stehen, wird es ungemütlich. Länder ohne freie, vom Staat unabhängige Anwälte und Anwältinnen können keine Rechtsstaaten sein. Um Klarheit zu schaffen und um die Gefahr staatlicher Einflussnahmen von vornherein auszuschliessen, mag deshalb wünschbar scheinen, nur Personen zur Anwaltstätigkeit zuzulassen, die vollständig unabhängig vom Staat sind.

Aus rechtsstaatlicher Sicht ist ein solches Verbot staatlicher Abhängigkeiten der Anwälte und Anwältinnen aber dann nicht erforderlich, wenn neben staatsabhängigen Anwälten ein ausreichendes Angebot von Anwälten und Anwältinnen zur Verfügung steht, die keine besondere Bindung zum Staat aufweisen. Ein spezifisches Verbot von Abhängigkeiten *aller* Anwälte und Anwältinnen vom Staat ist nicht erforderlich. Es kann dem Klienten überlassen werden, ob er die Nähe seines Anwalts zum Staat und zu Amtskollegen in Kauf nimmt, ob er eine solche Nähe und die damit verbundenen Kenntnisse und Beziehungen sogar wünscht, oder ob er vielmehr einen Anwalt vorzieht, der frei von jeder Bindung zum Staat ist. Das setzt voraus, dass der Klient informiert ist, welche allfällige Bindung zum Staat besteht und welche Vor- und Nachteile dies im konkreten Fall für ihn haben kann.

## 2. Unabhängigkeit vom Klienten

### a) Wahrung der Klienteninteressen

Der Klient beauftragt den Anwalt mit der Wahrung seiner Interessen. Mit der Umschreibung seiner Ziele und des Mandats und mit seinen Instruktionen nimmt er notwendigerweise Einfluss auf die Mandatsführung. In diesem Sinn sind Anwälte und Anwältinnen bei ihrer Berufstätigkeit von ihren Klienten immer beeinflusst und damit in Bezug auf das Mandat abhängig.

Beeinflussungen des Anwalts sind indessen nur dann problematisch, wenn sie die mit dem Mandat vereinbarte Wahrung der Klienteninteressen beeinträchtigen. Der Klient, der selber Einfluss auf die Mandatsführung nimmt, macht seinen Einfluss gerade deshalb geltend, weil er glaubt, dies sei zu seinem Vorteil und liege in seinem Interesse. Einflussnahmen des Klienten auf die Mandatsführung können deshalb die Klienteninteressen nicht beeinträchtigen. Sie sind nicht mandatsstörend und deshalb im Grundsatz unbedenklich.

### b) Vorbehaltlose Interessenwahrung

Der Anwalt hat die subjektiven Interessen des Klienten in dem Umfang zu wahren, als es mit dem Mandat vereinbart worden ist.<sup>11</sup> Wenn der Anwalt das Mandat übernommen hat, steht es

<sup>8</sup> Vorn II 1 b.

<sup>9</sup> Vorn II 1 d.

<sup>10</sup> Vorn III 1 a, b.

<sup>11</sup> Vorn II 1 d bb).

ihm nicht zu, davon abzuweichen oder dem Klienten vorzuschreiben, etwas anderes zu wollen.

Das gilt auch dann, wenn die Interessen des Klienten mit der Rechtsordnung nicht in Einklang stehen. Selbstverständlich darf der Anwalt keine Mandate mit rechtswidrigem Inhalt annehmen. Sollte die Interessenwahrung ein rechtswidriges Vorgehen erfordern, wird der Anwalt versuchen, den Klienten von einem rechtmässigen Weg zu überzeugen. Beharrt der Klient auf den problematischen Instruktionen, bleibt als einziger Ausweg die Niederlegung des Mandats. Gleiches gilt für ein Vorgehen, das zwar nicht rechtswidrig, aber doch unvereinbar mit den Wertvorstellungen des Anwalts ist.

Darf oder will der Anwalt ein Mandat nicht führen, hat er es abzulehnen oder niederzulegen. Niemals aber darf er es im Widerspruch zum vereinbarten Mandatsinhalt des Klienten führen. Entweder verfiert der Anwalt die Interessen im vereinbarten Umfang vorbehaltlos und engagiert – oder er führt das Mandat nicht. *Tertium non datur.*

Eine Unabhängigkeit vom Klienten mag wünschbar scheinen und auch vom Gesetzgeber angeordnet werden. Im Rechtsstaat darf dies aber niemals dazu führen, dass der Anwalt vom Mandat abweicht. Die Wahrung der Klienteninteressen muss stets Ziel und Aufgabe anwaltlichen Handelns bleiben.

### c) Innere Unabhängigkeit, hoher ethischer Massstab

Auch wenn der Anwalt aus rechtsstaatlichen Gründen von seinem Klienten nicht unabhängig sein muss, so bedeutet das nicht, dass der Anwalt, die Anwältin die Wünsche des Klienten unbekümmert um deren Inhalt und Ziel blindlings befolgen soll. Vom Anwalt darf und muss erwartet werden, dass er seine gedankliche Distanz, seine Eigenständigkeit und Souveränität gegenüber dem Klienten bewahrt. Er soll sich nicht für alles hergeben und einfach die Lösung vorschlagen, die der Klient am liebsten hört. Vielmehr soll er sich mit dem Problem des Klienten kritisch auseinandersetzen, seine eigene Meinung dazu bilden und nach seiner Überzeugung die im Interesse des Klienten beste Lösung empfehlen. Der Klient hat Anspruch auf die persönliche, schonungslos offene Beurteilung und Meinung des Anwalts, im wohlverstandenen Klienteninteresse, wie wenn der Anwalt selber in der Situation des Klienten wäre.

Dabei soll sich der Anwalt, die Anwältin nicht nur an rechtlichen, sondern auch an ethischen Massstäben orientieren. Gerade in einer zunehmend kommerzialisierten Welt und in Rechtsordnungen, die den individuellen Eigennutzen immer stärker in den Mittelpunkt stellen, soll der anwaltliche Rat auch einem hohen ethischen Anspruch standhalten. Die Anwälte und Anwältinnen sollen sich nicht nur im Rahmen der Legalität, sondern auch anständig und fair verhalten.

Innere Unabhängigkeit, Anstand und Souveränität lassen sich aber nicht anordnen. Gleichwohl ist die Unabhängigkeit vom Klienten ein berechtigtes und wesentliches Anliegen. Auch dort, wo allgemeinen Unabhängigkeitsgebote kein Eingriffscharakter zukommt, so haben sie doch ihren guten Sinn. Sie sollen die Anwälte und Anwältinnen stets ermahnen, von ihren Freiheiten Ge-

brauch zu machen, von der Freiheit der kritischen, schonungslosen Beurteilung der Angelegenheit gegenüber dem Klienten und von der Freiheit, wenn nötig ein Mandat abzulehnen oder niederzulegen.

Reine Fachkompetenz ist auch anderswo erhältlich. Die gedankliche Unabhängigkeit und die kritische Beurteilung dagegen sind untrennbar mit der Person des Anwalts, der Anwältin verbunden. Insofern ist der anwaltliche Rat auch nicht austauschbar. In dieser inneren Unabhängigkeit und in der persönlichen, kritischen Beurteilung des Anwalts liegt ein wesentlicher Wert der anwaltlichen Dienstleistung, auch wenn dies für den Klienten gelegentlich Widerstand und ein Ringen um Ziele und Vorgehen bedeutet.

Unabhängigkeit bleibt ein leeres Schlagwort, wenn sie *wirtschaftlich* nicht abgesichert ist. Verdient der Anwalt nicht genug für seinen Lebensunterhalt, steigt seine Bereitschaft zu fragwürdigem Vorgehen. Der Anwalt, der auf ein Mandat oder auf einen Klienten angewiesen ist, verliert seine innere Unabhängigkeit gegenüber dem Klienten, namentlich seine Freiheit, das Mandat abzulehnen oder niederzulegen. Auch in der Beurteilung und Mandatsführung ist er nicht mehr frei und kann versucht sein, Schritte zu empfehlen, von denen er vernünftigerweise abraten müsste. Ähnliches gilt umgekehrt auch für die Anwälte, die einzig auf kurzfristige Gewinnmaximierung aus sind oder in Strukturen arbeiten, in denen beruflicher Erfolg allein am erzielten Honorarumsatz gemessen wird. Seitdem die Anwälte nicht mehr ehrenamtlich und allenfalls für ein freiwilliges, im Belieben des Klienten stehendes *honorarium* arbeiten, besteht immer die latente Gefahr, dass der Anwalt aus kommerziellen Gründen seine eigenen Interessen denjenigen des Klienten voranstellt. Ein Verbot von Abhängigkeiten ist aber auch in diesem Zusammenhang nur insofern notwendig, als diese mandatsstörend sind, d.h. sofern sie einen Interessenkonflikt mit Eigeninteressen begründen.<sup>12</sup> Die blossе Gefahr eines Konflikts ist noch kein Konflikt. Schliesslich kann auch wirtschaftliche Unabhängigkeit nicht gesetzlich befohlen oder gewährleistet werden. Eine besondere Verpflichtung zur wirtschaftlichen Unabhängigkeit ist weder möglich noch aus rechtsstaatlichen Gründen erforderlich.

Gelegentlich wird beklagt, die Moral der Anwälte lasse mehr und mehr zu wünschen übrig. Um die Ethik im Anwaltsberuf ist es jedoch so schlecht nicht bestellt. Gewiss sind Anwälte nicht anständiger, aber auch nicht unanständiger als andere Berufsleute. Unethisches Verhalten von Anwälten hat es immer gegeben und wird es auch immer geben. Immerhin ist das grösste Kapital des Anwalts sein Ruf. Wer sich fragwürdig verhält, riskiert, dieses Kapital zu verlieren. Und wer zudem die oft fliessende Grenze zwischen Anstand und Berufsrecht überschreitet, riskiert darüber hinaus eine Disziplinierung bis hin zum Entzug seiner Zulassung und damit seiner wirtschaftlichen Existenz. Vieles spricht dafür, dass sich berufsethisches Verhalten auf die Dauer auch kommerziell lohnt. Ein Blick auf den Rechtsalltag zeigt denn auch, dass sich die allermeisten Anwälte und Anwältinnen verantwortungsbewusst und anständig verhalten. Die innere Unab-

12 Vgl. vorn II 1 b.

hängigkeit wird von den Anwälten und Anwältinnen durchaus gelebt.

### 3. Unabhängigkeit von Dritten

Damit die unbeeinflusste, vorbehaltlose Wahrung der Klienteninteressen nicht beeinträchtigt wird, müssen die Anwälte unabhängig sein. Gerade bei Abhängigkeiten und Beeinflussungen von Dritten wird deutlich, dass aus rechtsstaatlichen Gründen nur eine *mandatsstörende* Unabhängigkeit notwendig ist, die nicht weiter geht als ein Verbot von Konflikten mit Interessen Dritter.<sup>13</sup>

#### a) Unabhängigkeit vom Rechtsgegner

Dass der Anwalt nicht vom Rechtsgegner beeinflusst sein darf, bedarf keiner weiteren Begründung. Abhängigkeiten und Beeinflussungen vom Rechtsgegner sind klassische Konfliktsituationen. Ein spezifisches Gebot der Unabhängigkeit vom Rechtsgegner bringt in diesem Zusammenhang nichts, was nicht bereits ein Verbot von Interessenkonflikten leistet.

#### b) Unabhängigkeit von Anwälten derselben Kanzlei

Anwälte derselben Kanzlei werden schon aufgrund ihres Sozietäts- oder Anstellungsvertrags immer einander verpflichtet und mehr oder weniger voneinander abhängig sein. Bisweilen ist die Abhängigkeit erheblich. Es lässt sich nicht vermeiden, dass sich Bürokollegen und -kolleginnen gegenseitig beeinflussen. Solche Beeinflussungen sind aus rechtsstaatlicher Sicht dann unbedenklich, wenn die Interessenwahrung zugunsten des Klienten nicht beeinträchtigt wird. Das ist dann der Fall, wenn alle Anwälte und Anwältinnen den Interessen aller Klienten ihrer Kanzlei verpflichtet sind, d.h. wenn alle Anwälte und Anwältinnen der Kanzlei gleichsam als ein einziger Anwalt angesehen werden.

Unterstehen jedoch die Anwälte nicht einem Konfliktverbot zugunsten aller Klienten ihrer Kanzlei, erheben sich ernstliche Bedenken. Die unvermeidlichen Rücksichtnahmen und Beeinflussungen können die Mandatsführung im ausschliesslichen Interesse des Klienten beeinträchtigen und damit dessen Zugang zum Recht. Auch die viel gepriesenen *chinese walls* können keinen wirksamen Schutz bieten. Sie sind Augenwischerei.

#### c) Unabhängigkeit vom Arbeitgeber

Das Angestelltenverhältnis begründet eine intensive Bindung zum Arbeitgeber. Der Angestellte kann ein existenzielles Interesse haben, seinem Arbeitgeber gefallen zu wollen und auf diesen Rücksicht zu nehmen. Der angestellte Anwalt ist von seinem Arbeitgeber immer weisungsabhängig und beeinflussbar. Nachdem der Arbeitgeber Einfluss auf die Mandatsführung nehmen kann, muss auch er Gewähr dafür bieten, dass für ihn keine mandatsstörenden Abhängigkeiten bestehen. Ist der Arbeitgeber in diesem Sinn unabhängig und konfliktfrei, bleibt die Abhängigkeit des Anwalts von einem solchen Arbeitgeber unbedenklich. Andernfalls ist die unbeeinflusste Interessenwahrung beeinträchtigt.

Die Situation ist grundsätzlich verschieden, je nachdem ob der Arbeitgeber seinerseits Anwalt oder Nicht-Anwalt ist.

#### aa) Anstellung bei einem Anwalt

Von jeher gab und gibt es Anwälte, die bei anderen Anwälten und Anwältinnen angestellt sind. Das bietet in Bezug auf die Unabhängigkeit insofern keine Schwierigkeiten, als der Arbeitgeber ebenfalls Anwalt ist und der Anwaltsgesetzgebung untersteht. Sowohl der arbeitgebende als auch der angestellte Anwalt sind an das Verbot von Interessenkonflikten gebunden. Damit ist die unbeeinflusste Interessenwahrung, die mandatsbezogene Unabhängigkeit, trotz der Anstellung gewährleistet.

Das muss auch gelten, wenn der Anwalt bei einer Anwaltsgesellschaft angestellt ist, solange die Anwälte jeden Entscheid verhindern können, der dem Berufsrecht widerspricht. Anwälte und Anwältinnen werden deshalb in allen entscheidenden Gremien stets über die Mehrheit oder mindestens über ein Vetorecht verfügen müssen.

#### bb) Anstellung bei einem Nicht-Anwalt

Problematisch sind jedoch Anstellungen bei einem Nicht-Anwalt, welcher der Anwaltsgesetzgebung nicht untersteht. Weichen die Weisungen des Arbeitgebers von den Interessen des Klienten ab, ist der Anwalt im Konflikt, ob er diese Weisungen befolgen oder pflichtgemäss die Interessen des Klienten wahren soll. Die rechtsstaatlich unabdingbare unbeeinflusste Interessenwahrung ist nicht gewährleistet. Um Beeinflussungen der Mandatsführung durch einen Arbeitgeber von vornherein auszuschliessen, wird sich deshalb rechtfertigen lassen, jede Anstellung bei Nicht-Anwälten zu verbieten. Rechtsstaatlich notwendig ist ein solches Verbot jedoch nicht. Es genügt, wenn die mandatsbezogene Unabhängigkeit, also die Konfliktfreiheit sichergestellt ist.

#### cc) Anstellung im Zweitberuf

Ist der Anwalt in einem Zweitberuf angestellt, kann er die Anwaltstätigkeit grundsätzlich unabhängig von seinem Arbeitgeber ausüben und die Interessen seiner Klienten unbeeinflusst von diesem wahren. Der Arbeitgeber ist zur Anwaltstätigkeit nicht weisungsberechtigt. Solange kein Konflikt mit Interessen des Arbeitgebers vorliegt, ist der Anwalt in Bezug auf das Mandat unabhängig. Ein Ausschluss jedes Zweitberufs für Anwälte und Anwältinnen ist daher nicht zwingend, liesse sich aber allenfalls rechtfertigen, um die *Gefahr* von Beeinflussungen durch den Arbeitgeber zu verhindern. Bei einem generellen Zweitberufsverbot würde sich jedoch die Frage der Verhältnismässigkeit eines solchen Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit stellen.

#### d) Unabhängigkeit bei selbständiger Nebentätigkeit

Häufig nehmen Anwälte und Anwältinnen neben ihrer herkömmlichen Tätigkeit auch weitere selbständige Aufgaben wahr, die wenig oder nichts mit der Anwaltstätigkeit zu tun haben. Zu denken ist an die Tätigkeit als Mitglied eines Aufsichtsrats, als Willensvollstrecker, als Vermögensverwalter, als Mediator etc. Durch

<sup>13</sup> Vorn III 1 a, b.

solche Tätigkeiten können Abhängigkeiten entstehen, welche die unbeeinflusste Wahrung der Klienteninteressen in ihrer Anwalts-tätigkeit beeinträchtigen. Das ist jedoch solange nicht der Fall, als keine Konfliktsituation entsteht. Rechtsstaatlich ist ein über das Konfliktverbot hinausgehendes Verbot von Nebentätigkeiten nicht erforderlich.

#### e) Sonstige Unabhängigkeiten

Auch sonstige Abhängigkeiten des Anwalts von Dritten, wie z.B. gesellschaftliche oder familiäre, können für den Klienten nur insoweit relevant werden, als sie die unbeeinflusste Interessenwahrung beeinträchtigen. Sie sind daher unter dem Gesichtspunkt des Konfliktverbots zu beurteilen.

## V. Schlussbemerkungen

Ist nun die anwaltliche Unabhängigkeit eine Notwendigkeit oder ein arabischer Phönix? Nach dem Gesagten lautet die Antwort: Beides.

- Im Rechtsstaat ist die Unabhängigkeit der Anwälte und Anwältinnen insoweit *unabdingbar*, als sie die unbeeinflusste Interessenwahrung zugunsten des Klienten garantiert und damit den Zugang des rechtsuchenden Bürgers zum Recht sicherstellt.

Der *Umfang* dieser unverzichtbaren Unabhängigkeit ist deshalb begrenzt. Zwingend ist nur, dass mandatsstörende Einflüsse ausgeschlossen sind. Damit geht die notwendige Unabhängigkeit nicht weiter als ein Verbot von Interessenkonflikten. Wo bereits ein Konfliktverbot besteht, wird einem allgemeinen Unabhängigkeitsgebot kein *eigenständiger Regelungsgehalt* zukommen.

Kaspar Schiller\*

## Unabhängigkeit nach BGFA

**Stichworte:** BGFA, anwaltliche Unabhängigkeit, Voraussetzungen Registereintrag, Berufsregeln

*Der vorhergehende Beitrag<sup>1</sup> ist für eine ausländische Leserschaft geschrieben worden. Er ist deshalb allgemein gehalten, ohne Bezug auf eine bestimmte Rechtsordnung. Was die entwickelten allgemeinen Überlegungen für das Schweizer Recht bedeuten, soll im Folgenden konkretisiert werden:*

Der Schweizer Gesetzgeber hat die anwaltliche Unabhängigkeit in zwei Bestimmungen erwähnt, einerseits als Berufsregel (Art. 12 lit. b BGFA<sup>2</sup>) und andererseits als Voraussetzung für den

- Als rechtsstaatlich *nicht notwendig* erweist sich dagegen die anwaltliche Unabhängigkeit in einem weiter gehenden Umfang.

Erachtet der Gesetzgeber eine weiter gehende Unabhängigkeit dennoch als wünschbar, so muss er dies spezifisch anordnen. Solche Verpflichtungen zur Unabhängigkeit der Anwälte und Anwältinnen von bestimmten Personen oder in einer bestimmten Richtung sind jedoch stets auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen. Sie dürften diesem Test nicht immer standhalten.

Auch dort, wo einem Unabhängigkeitsgebot kein eigenständiger Regelungsgehalt zukommt, hat es gleichwohl seine Berechtigung, wenn auch nicht als Eingriffs-, so doch als Programmnorm, als *Appell* an die Anwälte und die Anwältinnen, ihre innere Unabhängigkeit zu bewahren, d.h. ihre Freiheit der unerschrockenen und engagierten Vertretung der anvertrauten Klienteninteressen, vor allem aber ihre Freiheit, dem Klienten auch einmal nein zu sagen. Dabei sollen sie durchaus einen hohen ethischen Wertmassstab anwenden.

Anwälte und Anwältinnen, die diesen Appell ignorieren, werden zwar nicht diszipliniert werden können. Sie laufen aber Gefahr, dass ihre Tätigkeit als beliebige, austauschbare commodity wahrgenommen wird, und dass sie von ihren Klienten auch dementsprechend behandelt werden. Wer dagegen den Appell zur Unabhängigkeit ernst nimmt, wird nicht nur bei der Morgentoilette seinem Spiegelbild mit gutem Gewissen in die Augen schauen können, sondern auch seinen Klienten den Halt bieten, den diese suchen. ■

\* Rechtsanwalt, Partner Kanzlei Schiller Rechtsanwälte, Winterthur.

1 Vorhergehend S. 421 ff.; im Folgenden «Aufsatz».

2 Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz) vom 23. Juni 2000 (SR 935.61).

Registereintrag (Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA). Die beiden Rechtsfiguren sind sowohl in Bezug auf die Funktion als auch auf die Rechtsfolgen streng zu unterscheiden.

- *Berufsregeln* (Art. 12 und 13 BGFA) sind Verhaltenspflichten der Anwälte und Anwältinnen. Ihre Verletzung wird gemäss Art. 17 BGFA mit disziplinarischen Sanktionen geahndet<sup>3</sup>.
- Dagegen begründen die *Voraussetzungen zum Registereintrag* (Art. 7 und 8 BGFA) keine Pflichten, sondern umschreiben die Rahmenbedingungen, die für den Eintrag verlangt wer-

3 POLEDNA, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, Zürich 2011, Art. 17 BGFA N 3.

den. Wenn ein Anwalt die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, wird er nicht diszipliniert, sondern nicht registriert<sup>4</sup>.

## 1. Berufsregel Art. 12 lit. b BGFA

Die Berufsregel zur Unabhängigkeit lautet:

«Sie (die Anwältinnen und Anwälte) üben ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung aus».

a) Der *allgemeinen Aufforderung zur unabhängigen Berufsausübung* kommt kein eigenständiger Regelungsgehalt zu.<sup>5</sup> Der Anwalt, der die übrigen Berufsregeln beachtet – insbesondere das Konfliktverbot<sup>6</sup> –, ist unabhängig im Sinn von Art. 12 lit. b BGFA. Es ist kein Verhalten des Anwalts denkbar, das rechtsstaatlich eine Sanktionierung wegen fehlender Unabhängigkeit erfordern würde, das aber nicht bereits das Verbot von Interessenkonflikten verletzt<sup>7</sup>. Soweit ersichtlich existiert denn auch kein Entscheid, der eine Verletzung der Pflicht zur unabhängigen Berufsausübung bejaht, ohne gleichzeitig einen Konflikt anzunehmen.

Das Bundesgericht betont in seinem Leitentscheid BGE 130 II 87, 94 f. unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die enge Verknüpfung und die praktische Gleichsetzung der Unabhängigkeit und des Konfliktverbots.<sup>8</sup>

b) Der zweite Halbsatz *«im eigenen Namen und auf eigene Verantwortung»* ist unglücklich formuliert. Er präzisiert nicht etwa die Unabhängigkeit, was die Systematik nahelegen könnte, sondern besagt lediglich, dass jeder Anwalt und jede Anwältin persönlich dem Berufsrecht untersteht.<sup>9</sup> Das ergibt sich schon daraus, dass die in einem Anwaltsbüro angestellten Anwälte ihren Beruf gar nicht ausüben könnten, wenn der Bestimmung eine weiter gehende Bedeutung zukäme. Das Gesetz sieht aber solche angestellten Anwälte ausdrücklich vor<sup>10</sup>.

## 2. Eintragungsvoraussetzung Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA

Um im Register eingetragen zu werden, müssen die Anwälte und Anwältinnen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA

«in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind.»

Auch diese Bestimmung enthält zwei Elemente:

a) Registriert wird nur, wer nachweist, dass er zur unabhängigen Berufsausübung *in der Lage* ist. Der Anwalt muss also seine Berufstätigkeit so organisieren, dass er die Berufsregeln einhalten kann, insbesondere das Berufsgeheimnis und das Verbot von Interessenkonflikten. Nachzuweisen ist eine ausreichende Büroinfrastruktur und das Fehlen von Absprachen und Bindungen, die den Zugriff Unbefugter auf vertrauliche Informationen oder deren Einflussnahme auf die Anwaltstätigkeit nahelegen.<sup>11</sup>

b) Im zweiten Halbsatz wird die *Anstellung bei einer nicht-registrierten Person* verboten. Dieser Halbsatz hat kürzlich zu Schwierigkeiten Anlass gegeben, namentlich in Bezug auf die Anwalts-AG. Zwar haben bisher die kantonalen Behörden den Eintrag von Anwälten zugelassen, die in einer Anwalts-AG angestellt sind,<sup>12</sup> sofern die Gesellschaft «auf allen Entscheidungsebenen von eingetragenen Anwälten und Anwältinnen beherrscht wird und diese Beherrschung so angelegt ist, dass sie auf Dauer unverändert erhalten bleibt»<sup>13</sup>.

Eher überraschend hat nun aber das Obergericht des Kantons St. Gallen den Eintrag von Anwälten in einer Anwalts-AG mit dem Argument verweigert, die AG sei keine registrierte Anwältin. Der St. Galler Entscheid ist ans Bundesgericht weitergezogen worden. In den kommenden Monaten wird geklärt sein, wie der Begriff der Anstellung im Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA auszulegen ist: ob auf das formelle Kriterium des Arbeitsvertrags allein abgestellt werden kann, wie es die St. Galler Behörden tun – oder aber ob entscheidend ist, wer materiell die Arbeitgeberfunktionen ausübt, so wie es die übrigen Kantone sehen. Selbstverständlich darf kein Anwalt von Personen Weisungen entgegennehmen, die nicht im Register eingetragen sind. Inhaltlich macht es aber keinen Unterschied, ob der Arbeitsvertrag mit einem Anwalt oder mit einer AG abgeschlossen ist, in der nur registrierte Anwälte und Anwältinnen Weisungen erteilen. Das Bundesgericht wird bei seinem Entscheid insbesondere dem Grundsatz Rechnung tragen müssen, dass die Wirtschaftsfreiheit nur soweit eingeschränkt werden darf, als dies zur Verwirklichung der mit der Zulassungsbeschränkung verfolgten Zielsetzung erforderlich ist.<sup>14</sup> ■

4 STAHELIN/OETIKER, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwalts-gesetz, 2. Auflage, Zürich 2011, Art. 7 BGFA N 2 f., Art. 8 N 1; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, Rz 165 ff.

5 Aufsatz (Fn. 1), III.1.c.; vgl. SCHILLER (Fn. 4), Rz 1028.

6 Art. 12 lit. c BGFA.

7 Aufsatz (Fn. 1), III.1.b.

8 Ebenso ZR 105/2006 Nr. 71, S. 299, E. 7, der für die Unabhängigkeit «das Kriterium des Interessenkonflikts als entscheidend» erachtet, vgl. auch E. 8.1 und 8.2.1 a.E.; NATER, SJZ 104/2008, S. 466; FELLMANN in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwalts-gesetz, 2. Auflage, Zürich 2011, Art. 12 BGFA N 59, 75 a.E.; anders dagegen DERS. N 73 a.E., N 74 und wohl auch N 81, wo die Berufsregeln und die Eintragungsvoraussetzungen sowie deren Rechtsfolgen nicht genügend auseinander gehalten werden.

9 FELLMANN (Fn. 7) Art. 12 BGFA N 62 ff., 65.

10 Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA; vgl. SCHILLER (Fn. 4), Rz 1048 ff.

11 BGE 130 II 87 ff.; SCHILLER (Fn. 4), Rz 1061 ff., 1083.

12 In den Kantonen, die die Anwalts-AG ausdrücklich zugelassen haben, praktizieren gegen 90% aller schweizerischen Anwälte und Anwältinnen; v. RECHENBERG, Anwaltsrevue 4/2010, S. 190.

13 ZR 105/2006 Nr. 71, S. 300, E. 8.2.2; STAHELIN/OETIKER (Fn. 4), Art. 8 BGFA N 34; FELLMANN (Fn. 7), Art. 12 BGFA N 62 f.; SCHILLER (Fn. 4), Rz 1247 ff., 1306 ff., 1374 ff.

14 BGE 130 II 87, E. 3 S. 93.

**Panoramainserat**

**Panoramainserat**

Dominik Gasser\*, Daniel Hunkeler\*\*, Roger König\*\*\* und Tamara Pietsch-Kojan\*\*\*\*

## Entwicklung des Insolvenz- und Sanierungsrechts in den Jahren 2009 und 2010 (Teil II)

**Stichworte:** Bankenkonzurs und Bankensanierung, Bucheffektengesetz, Einlegerschutz, Insolvenzrecht, Lugano-Übereinkommen, Mehrwertsteuergesetz, Nachlassrecht, Paulianische Anfechtung, Sanierungsrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Too big to fail

Dieser Artikel basiert auf einem Vortrag, der im Rahmen des Schweizerischen Anwaltskongresses vom 23.–25. Juni 2011 in Luzern gehalten wurde und auf dem im dazugehörigen elektronischen Tagungsband publizierten Manuskript. Der erste Teil erschien in der Anwaltsrevue 9/2011 und behandelte die in Kraft getretenen Gesetzesrevisionen seit 2009 sowie die laufenden Gesetzesrevisionen. Der vorliegende zweite Teil informiert über die aktuelle Rechtsprechung und gibt eine Übersicht über erschienene Literatur.

### III. Rechtsprechung

#### 1. Allgemeines Vollstreckungsrecht

##### a) Register

**BGE 135 III 503 ff.**<sup>1</sup> «Art. 8a SchKG; Einsicht in Protokolle und Register. Einem nicht betreibenden Gläubiger kann Einsicht in das Protokoll und die Belege des Pfändungsvollzuges in anderen Betreibungen gewährt werden, um gegenüber dem Schuldner das Begehren der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung zu prüfen (E. 3).»

Der Gläubiger und Inhaber eines Garagenbetriebes ersuchte das Betreibungsamt um einen Betreibungsregisterauszug sowie – für den Fall bereits bestehender Pfändungen – um vollständige Kopien der betreffenden Pfändungsprotokolle. Zwecks Glaubhaftmachens seines Interesses reichte der Gläubiger einen (vom Schuldner unterzeichneten) Autoabzahlungskaufvertrag ein. Das Betreibungsamt übermittelte dem Gläubiger einen detaillierten Betreibungsregisterauszug, widersetzte sich jedoch der Herausgabe der Pfändungsprotokolle: Nach Auffassung des Betreibungsamtes könne Einsicht in die Pfändungsprotokolle nur verlangen, wer den Schuldner betreibe und bereits das Fortsetzungsbegehren gestellt habe. Das war bei diesem Gläubiger nicht der Fall.

Das Bundesgericht hält dazu Folgendes fest: Pfändungsprotokolle enthalten Daten, die unter dem Schutz der Privatsphäre stehen (Art. 13 BV). Daher stelle die Herausgabe einen Eingriff in ein Freiheitsrecht dar, dessen Zulässigkeit nach dem Raster von Art. 36 Abs. 3 BV zu prüfen sei. Mit Art. 8a SchKG sei eine genügende gesetzliche Grundlage vorhanden. Sodann sei anerkannt, dass mit Blick auf die Überprüfung der Kreditwürdigkeit und den Erfolg der Zwangsvollstreckung ein öffentliches Interesse an der Einsicht in das Betreibungsregister bestehe.

In Bezug auf die Verhältnismässigkeit hält das Bundesgericht fest, der detaillierte Betreibungsregisterauszug genüge dem Interesse der Zwangsvollstreckung grundsätzlich. Ein weitergehender Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen sei ohne ein weiteres konkretes Interesse nicht gerechtfertigt. Ein solches zusätzliches Interesse könne sich daraus ergeben, dass der Gläubiger abklären wolle, ob die Voraussetzungen von Art. 190 SchKG gegeben seien. Ein Gläubiger könne u.a. gegen jeden Schuldner, der bei einer Betreibung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht habe, ohne vorgängige Betreibung beim Gericht die Konkurseröffnung verlangen (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Bereits in BGE 102 III 61 S. 62 habe das Bundesgericht anerkannt, dass das Interesse zur Abklärung, ob die Voraussetzungen von Art. 190 SchKG gegeben seien, schutzwürdig sei, weshalb die Kontaktnahme mit anderen Gläubigern zu ermöglichen sei und deren Namen und Adressen bekannt zu geben seien, wenn der Gesuchsteller dies verlange.

«Wenn es dem Interessenten auf diese Weise möglich sein soll, sich über die Einzelheiten des Pfändungsvollzuges in anderen Betreibungen ins Bild zu setzen, so ist nicht ersichtlich, weshalb ihm nicht direkt Einsicht in das Pfändungsprotokoll gegeben werden darf, um anhand dieser Angaben mögliche Schlüsse über verheimlichtes Vermögen des Schuldners zu ziehen und die Einleitung einer Konkurseröffnung nach Art. 190 SchKG zu erwägen. Unverhältnismässig wäre hingegen, Auskunft über Daten zu geben, welche hier für den Antragsteller (sei er betreibender Gläubiger oder nicht) keine Bedeutung haben oder nicht direkt mit der Betreibung im Zusammenhang stehen, wie z.B. das Scheidungsurteil als Beleg für rechtlich geschuldete Unterhaltsbeiträge.» (E. 3.5.4).

\* Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob, Bern ([www.bratschi-law.ch](http://www.bratschi-law.ch)).

\*\* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden ([www.bhlaw.ch](http://www.bhlaw.ch)).

\*\*\* MLaw, Rechtsanwalt und Betriebsökonom FH bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden ([www.bhlaw.ch](http://www.bhlaw.ch)).

\*\*\*\* MLaw, Rechtsanwältin, Bratschi Wiederkehr & Buob, Bern ([www.bratschi-law.ch](http://www.bratschi-law.ch)).

<sup>1</sup> Urteil 5A\_244/2009 vom 9. Juli 2009; der Entscheid wird besprochen von GÜNGERICH/BURRI in *ius.focus* 1/2009, S. 19 sowie von RÜETSCHI in der *Anwaltsrevue* 2009, S. 479 ff.

## b) Gebühren

**BGE 136 III 155 ff.**<sup>2</sup> «Gebühr und Auslagen für die Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 16 und 13 GebV SchKG). Wenn der Zahlungsbefehl dem Schuldner auf dem Betreibungsamt übergeben wird, nachdem das Amt zur Abholung des Zahlungsbefehls eingeladen hat, ist für die Zustellung einzig die Gebühr gemäss Art. 16 Abs. 1 GebV SchKG zu erheben (E. 3).» Anlass zur Beschwerde gibt eine Kostenrechnung des Betreibungsamtes zulasten der Gläubigerin für die Zustellung eines Zahlungsbefehls, welcher der Schuldnerin gestützt auf eine Abholungseinladung auf dem Amt übergeben wurde.

Das Bundesgericht hält fest, die Gebühr für «den Erlass, die doppelte Ausfertigung, die Eintragung und die Zustellung des Zahlungsbefehls» werde in Art. 16 Abs. 1 GebV festgesetzt. Der Wortlaut der Bestimmung lasse keinen Zweifel, dass die Verrichtungen des Betreibungsamtes für die Zustellung des Zahlungsbefehls in der Gebühr enthalten seien. Die offene Übergabe der Betreibungsurkunde sei in der Gebühr von Art. 16 Abs. 1 GebV SchKG enthalten.

Zur Gebühr kämen die Auslagen hinzu, d.h. die Geldbeträge, welche das Amt vorleiste, um die geforderte amtliche Handlung zu erbringen. Zwar müssten nach Art. 13 Abs. 1 GebV SchKG Auslagen der Zustellungen ersetzt werden. Diese seien bei der Zustellung durch das Amt auf die eingesparten Posttaxen begrenzt (Abs. 2).

Bei der Übergabe des Zahlungsbefehls auf dem Amt entstünden jedoch keine anderen, mit der Übergabe verbundenen Auslagen (nach Art. 13 GebV SchKG). Insbesondere gehöre der bloss personelle Aufwand, der bei der Übergabe des Zahlungsbefehls auf dem Amt entstehe, nicht zu den Auslagen, ebenso wenig wie die Kosten des Materials oder der Vervielfältigung gebührenpflichtiger Schriftstücke (Art. 13 Abs. 3 lit. a GebV SchKG). Dies seien allgemeine Unkosten des Amtes und daher durch die Gebühr abgedeckt (E. 3.3.3).

## 2. Prozessuales

### a) Beschwerde nach Art. 17 SchKG

**BGE 135 I 187 ff.**<sup>3</sup> «Art. 76 Abs. 1 BGG; Beschwerdeberechtigung. Der Betreibungsgläubiger, der am vorinstanzlichen Verfahren nicht teilnehmen konnte, ist zur Beschwerde gegen die Aufhebung der Nachpfändung berechtigt (E. 1.3). Art. 29 Abs. 2 BV; Anspruch auf rechtliches Gehör im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 17 f. SchKG. Der Gehörsanspruch des Betreibungsgläubigers ist verletzt, wenn die kantonale Aufsichtsbehörde eine Nachpfändung aufhebt, ohne zuvor Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (E. 1 und 2).»

X. und drei weitere Gläubiger stellten gestützt auf ihre provisorischen Verlustscheine beim Betreibungsamt Brugg den Antrag nach Art. 115 Abs. 3 SchKG, es sei das Guthaben des Schuldners

Y. bei der Kantonalbank A. nachzupfänden. Noch gleichentags teilte das Betreibungsamt der Kantonalbank (mit Anzeige gemäss Art. 99 SchKG) mit, dass die Forderung aus dem Guthaben bis zum Betrag von CHF 66 000.– rechtsgültig nur noch an das Amt geleistet werden könne. In der Folge erhob der Schuldner Beschwerde und machte u.a. geltend, wegen der Massnahme des Betreibungsamtes betreffend das Guthaben auf seinem Geschäftskonto könne er ausstehende Löhne und Mietzinsen nicht fristgerecht bezahlen.

Die untere Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde ab, die obere hingegen schützte die Beschwerde des Schuldners und hob die Nachpfändung auf – allerdings ohne zuvor die betreibende Gläubigerin anzuhören. Das Bundesgericht hielt fest, dass die obere Aufsichtsbehörde dadurch das rechtliche Gehör der Gläubigerin verletzt habe.

### b) Beschwerde ans Bundesgericht

**BGE 135 III 232 ff.**<sup>4</sup> «Einsprache gegen den Arrestbefehl (Art. 278 Abs. 1 SchKG); Rechtsnatur des Entscheides über die Weiterziehung des Einspracheentscheides (Art. 278 Abs. 3 SchKG); Kognition des Bundesgerichts; Beginn der Einsprachefrist; Willkür in der Rechtsanwendung (Art. 9 BV). Der Entscheid über die Weiterziehung des Einspracheentscheides ist – wie der Arrestentscheid – eine vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 98 BGG; die Kognition des Bundesgerichts ist auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt; Anforderungen an die Begründung der Beschwerdeschrift (E. 1.2).» Das Bundesgericht hält fest, dass der Weiterziehungsentscheid ausschliesslich das betreffende Arrestverfahren beschlage und ebenso wenig wie der Arrest selbst endgültig über Bestand und Fälligkeit der Arrestforderung befände. Daher gelte er wie der Arrestentscheid als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG und sei vom Bundesgericht nur wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte überprüfbar.

**BGE 135 III 374 ff.**<sup>5</sup> «Angabe einer unzutreffenden Beschwerdefrist in der Rechtsmittelbelehrung (Art. 49 BGG). Die rechtsunkundige Prozesspartei, die schon im kantonalen Verfahren nicht rechtskundig vertreten war und über keine einschlägige Erfahrung etwa aus früheren Verfahren verfügt, darf sich auf die im kantonalen Entscheid enthaltene unzutreffende Fristangabe (ordentliche Frist von 30 Tagen für die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG statt der nach Art. 100 Abs. 2 lit. a BGG bei Entscheiden der kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkurs-sachen geltenden Frist von 10 Tagen) verlassen (E. 1.2.2).»

**BGE 135 III 670 ff.**<sup>6</sup> «Vollstreckbarerklärung von ausländischen vorsorglichen Massnahmen gemäss LugÜ. Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen und Beschwerdegründe (E. 1).

2 Urteil 5A\_732/2009 vom 4. Februar 2010.

3 Urteil 5A\_780/2008 vom 9. Februar 2009; der Entscheid ist auch abgedruckt in SJZ 2009, S. 224 f.

4 Urteil 5A\_545/2007 vom 9. Januar 2009; der Entscheid ist auch abgedruckt m. Anm. in RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., III./B./2., vgl. ebenfalls III./B./5.

5 Urteil 5A\_814/2008 vom 12. März 2009.

6 Urteil 5A\_530/2008 vom 22. Oktober 2009; der Entscheid wird besprochen von MRAZ in ius.focus 1/2010, S. 22.

Der *Sequestro conservativo* nach italienischem Zivilprozessgesetz stellt als vorsorgliche Massnahme eine Entscheidung im Sinne von Art. 25 LugÜ dar, die in der Schweiz nach Art. 31 LugÜ vollstreckt werden kann. Der Gesuchsteller hat im Rahmen von Art. 29 Abs. 2 BV Anspruch darauf, dass sein Gutachten zur Vollstreckbarkeit im Ursprungsstaat vom schweizerischen Richter berücksichtigt wird (E. 2 und 3).»

### c) Schiedsgerichtsbarkeit

**BGE 136 III 583 ff.**<sup>7</sup> «Art. 82 und 84 SchKG, Art. 7, 9 und 177 IPRG; Schiedsvereinbarung im Rahmen eines provisorischen Rechtsöffnungsverfahrens, Rechtshängigkeit. Die – provisorische oder definitive – Rechtsöffnung kann durch ein Schiedsgericht nicht ausgesprochen werden (E. 2.1). Unter Vorbehalt einer ausdrücklichen Klausel versagt die Schiedsvereinbarung dem Betreibenden nicht das Recht, beim staatlichen Gericht die provisorische Rechtsöffnung zu verlangen (E. 2.2). Das provisorische Rechtsöffnungsverfahren begründet im Verhältnis zur Klage auf Zahlung vor einem Schiedsgericht keine Rechtshängigkeit (E. 2.3).»

## 3. Einleitungsverfahren und Rechtsöffnung

### a) Ort der Betreuung

**BGE 136 III 373 ff.**<sup>8</sup> «Art. 53 und 84 Abs. 1 SchKG; Gerichtsstand der Rechtsöffnung; Betreuungsort bei Wohnsitzwechsel. Wenn der Schuldner seit der Zustellung des Zahlungsbefehls seinen Wohnsitz verlegt und sein Gläubiger davon sichere Kenntnis erhalten hat, muss das Gesuch um Rechtsöffnung dem Gericht am neuen Wohnsitz des Schuldners gestellt werden, das seine örtliche Zuständigkeit nicht unter Hinweis auf den bisherigen Betreuungsort ablehnen darf (E. 2 und 3).»

Nach Zustellung des Zahlungsbefehls verlegte ein Schuldner seinen Wohnsitz. In Kenntnis des Wohnsitzwechsels stellten die betreibenden Gläubiger am neuen Wohnsitz des Schuldners das Gesuch um definitive Rechtsöffnung. Das Bezirksgericht am neuen Wohnort trat auf das Rechtsöffnungsgesuch nicht ein und verneinte seine Zuständigkeit mit der Begründung, auch bei nachträglicher – seit Zustellung des Zahlungsbefehls erfolgter – Wohnsitzverlegung durch den Schuldner bleibe das Gericht am bisherigen Betreuungsort für die Rechtsöffnung zuständig.

Das Bundesgericht führt aus, dass die Regelung des Betreuungsortes vor dem Hintergrund der Eigenart des schweizerischen Zwangsvollstreckungsrechts zu sehen sei. Danach beruhe der Zahlungsbefehl ausschliesslich auf den Behauptungen des Gläubigers im Betreibungsbegehren, der darin einseitig geltend mache, ihm stünde ein materiellrechtlicher, erzwingbarer und vollstreckbarer Anspruch gegenüber dem Schuldner zu. Ein derartiges System mache den Schutz des Schuldners unabdingbar. In Übereinstimmung mit der Gerichtsstandsgarantie in Art. 30

Abs. 2 BV sei der Schuldner an seinem Wohnsitz zu betreiben. Schuldbetreibungen greifen indessen über ein blosses Zweiparteienverfahren zwischen dem Betreuungsschuldner und dem Betreuungsgläubiger hinaus. Denn eine gegen einen bestimmten Schuldner durchgeführte Pfändung eröffne die Anschlussmöglichkeit für andere Gläubiger, und der über einen bestimmten Schuldner ausgesprochene Konkurs ziehe sämtliche Gläubiger in ein einheitliches Verfahren. Die Rücksichtnahme auf die unbekanntete Zahl allenfalls beteiligter Dritter erfordere insofern eine Beschränkung des Schuldnerschutzes, als der Betreuungsort dem jeweiligen Wohnsitz des Schuldners nicht während des ganzen Verfahrens nachfolgen könne. Deshalb fixiere Art. 53 SchKG das Forum zwar nicht schon zu Beginn der Betreuung, aber dann immerhin für das Fortsetzungsstadium.

### b) Rechtsvorschlag und Rechtsöffnung

**BGE 135 III 315 ff.**<sup>9</sup> «Art. 79 Abs. 1, Art. 80 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 1 SchKG; definitive Rechtsöffnung; rückwirkende Anrechnung von Unterhaltsbeiträgen. Werden im Dispositiv die bereits bezahlten Unterhaltsleistungen vorbehalten, entspricht der im Dispositiv festgelegte Geldbetrag nicht der zu zahlenden Schuld. Da der Betrag, der für die rückwirkenden Unterhaltsbeiträge bezahlt werden muss, auch nicht der Begründung im Eheschutzurteil zu entnehmen ist, kann mangels einer klaren Zahlungsverpflichtung gestützt auf dieses Urteil nicht definitive Rechtsöffnung erteilt werden (E. 2).»

In einem Eheschutzverfahren wurde der Ehemann (Beschwerdegegner) vom zuständigen Gerichtspräsidium unter anderem verpflichtet, an den persönlichen Unterhalt der Ehefrau (Beschwerdeführerin) rückwirkend monatlich vorschüssig bestimmte Unterhaltsbeiträge zu entrichten, unter Anrechnung der bereits geleisteten Zahlungen.

Das Bundesgericht hält fest, dass die zu bezahlende Summe im Urteil beziffert werden oder sich zumindest in Verbindung mit der Begründung oder aus dem Verweis auf andere Dokumente klar ergeben müsse (E. 2.3). Im vorliegenden Fall war diese Voraussetzung zwar gegeben, die Rechtsöffnung aber dennoch zu verweigern: «Die Berechnung des Unterhaltsanspruchs, wie ihn das Eheschutzgericht in das Dispositiv seiner Entscheidung aufgenommen hat, ist zwar bei rückwirkenden Unterhaltsbeiträgen notwendige Voraussetzung für die Zusprechung eines konkreten Geldbetrags. Werden aber im Dispositiv die bereits bezahlten Unterhaltsleistungen vorbehalten, entspricht der im Dispositiv festgelegte Geldbetrag nicht der zu zahlenden Schuld. Im Umfang seiner Leistungen ist nämlich die entsprechende Verpflichtung untergegangen. Wie hoch der Betrag ist, der für die rückwirkenden Beiträge bezahlt werden muss, ist weder dem Dispositiv noch der Begründung noch einem in der Begründung enthaltenen Verweis auf andere Dokumente zu entnehmen, so dass nicht gesagt werden kann, welcher Betrag geschuldet ist. Jedenfalls sind für die rückwirkenden Beiträge nicht die im Urteil genannten Beträge

7 Urteil 5A\_225/2010 vom 2. November 2010 (Originalsprache französisch).

8 Urteil 5A\_53/2010 vom 25. Juni 2010.

9 Urteil 5D\_164/2008 vom 10. Februar 2009; der Entscheid wird besprochen von GÜNGERICH/BURI in *ius.focus* 2/2009.

geschuldet. Andernfalls wäre der Vorbehalt der Anrechnung bereits geleisteter Zahlungen sinnlos» (E. 2.4).

**BGE 136 III 624 ff.**<sup>10</sup> «Art. 81 Abs. 1 SchKG und Art. 120 Abs. 2 OR; Erlöschen der Forderung in der Betreibung durch Verrechnung; bestrittene Verrechnungsforderung. Der betriebene Schuldner, der verrechnungsweise eine Schuldanerkennung entgegenhält, die bestritten ist, erbringt den Urkundenbeweis des Untergangs der betriebenen Forderung nicht (E. 4).»

Gegen die von B. eingeleitete Betreibung erhob A. Rechtsvor-schlag und machte geltend, die Forderungen von B. seien durch Verrechnung getilgt. B. habe eine Schuldanerkennung unterzeichnet und so eine Schuld in der Höhe von 2 Mio. Französischen Francs nebst Zins zu 5% anerkannt, weshalb er, A., die Verrechnung erklären könne. Keine Rolle spiele, dass der Bestand dieser Schuldanerkennung Gegenstand eines in Frankreich hängigen Gerichtsverfahrens sei.

Das Bundesgericht hält fest, dass sich A. zu Unrecht auf Art. 120 Abs. 2 OR berufe, wonach der Schuldner die Verrechnung auch dann geltend machen könne, wenn seine Gegenforderung bestritten werde. Das OR ermögliche zwar die Geltendmachung einer Verrechnungsforderung, selbst wenn diese bestritten werde. Doch könne die Wirkung der Verrechnung in solchen Fällen nur durch richterliche Klärung herbeigeführt werden. Dies sei nur nach eingehender Überprüfung der Verrechnungsforderung möglich. Bei einem summarischen Verfahren wie dem definitiven Rechtsöffnungsverfahren könne der Richter aufgrund der verfahrensrechtlichen Besonderheiten eine solche Prüfung gerade nicht vornehmen.

Art. 81 SchKG begründe die Vermutung, dass die in Betreibung gesetzte Forderung existiere. Diese Vermutung könne nur durch Beweis widerlegt werden. Daher genüge die blosser Glaubhaftmachung der Tilgung der Schuld nicht. Überdies sei nicht nur der Grund der Tilgung, d.h. die Existenz einer Verrechnungsforderung, zu beweisen, sondern auch der exakte Betrag, bis zu welchem die Schuld getilgt worden sei. Dieser Beweis sei nicht erbracht, wenn die geltend gemachte Verrechnungsforderung bestritten werde. Vorliegend sei daher die definitive Rechtsöffnung zu bestätigen.<sup>11</sup>

## 4. Betreibung auf Pfändung

### a) Pfändung

**BGE 135 III 663 ff.**<sup>12</sup> «Pflichten des Schuldners bei der Pfändung; Art. 91 SchKG. Gegenstand und Umfang der Auskunftspflicht des Schuldners (E. 3).»

Eine Gläubigerin verlangte die Nachpfändung von 100 Inhaberaktien, da der Schuldner nicht nur alleiniger Verwaltungsrat und Geschäftsführer der betreffenden AG, sondern auch deren Alleinaktionär sei. Der Schuldner bestritt, die Aktien zu besitzen, und

gab auch keine Namen weiterer Aktionäre bekannt. Das Betreibungsamt verfügte daraufhin unter Strafandrohung, der Schuldner habe die Eigentümer der Inhaberaktien zu benennen. Der Schuldner gelangte an die Aufsichtsbehörde; diese wies die Beschwerde ab. Schliesslich erhob der Schuldner Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht hält fest, dass die Regeln über die Auskunftspflicht des Schuldners unbestrittenermassen auch auf die Nachpfändung anzuwenden seien (Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Weiter hält das Bundesgericht fest, es dürfe nur gepfändet werden, was dem Schuldner rechtlich gehöre. Über die Pfändbarkeit habe aber nicht der Schuldner, sondern das Betreibungsamt zu entscheiden. Ebenso sei es Sache des Betreibungsamts, eine Pfändung unter Vormerkung von Ansprüchen Dritter vorzunehmen (Art. 106 Abs. 1 SchKG).

Ein Schuldner habe dem Betreibungsamt umfassend Auskunft zu geben, d.h. auch auf konkrete Anfragen nach bestimmten Vermögensstücken. Das gilt auch bezüglich allfälliger Veräusserungen (E. 3.2.2).

Unerheblich sei der Einwand des Schuldners, die Auskunftspflicht würde in unzulässiger Weise in die Rechte und Privatsphäre unbeteiligter Dritter eingreifen. «Das Gesetz sieht vor, dass Dritte, welche Vermögensgegenstände des Schuldners verwahren, im gleichen Umfang wie der Schuldner auskunftspflichtig sind (Art. 91 Abs. 4 SchKG), und dass sie allenfalls ihre Ansprüche im Widerspruchsverfahren (Art. 106 ff. SchKG) geltend zu machen haben» (E. 3.2.3).

### b) Verwertung

**BGE 136 III 288 ff.**<sup>13</sup> «Bestreitung des Lastenverzeichnisses (Art. 140 Abs. 2 SchKG; Art. 39 VZG); Berücksichtigung eines Schuldbriefes (Art. 842 ZGB), welcher dem Gläubiger sicherungsübereignet worden ist (Art. 35 Abs. 2 VZG). Erhält der Gläubiger einen Schuldbrief zur Sicherung übereignet, ist zwischen der durch das Grundpfand gesicherten abstrakten Forderung (Titelforderung) und der sich aus dem Grundverhältnis ergebenden kausalen Forderung (Grundforderung) zu unterscheiden. In der Grundpfandbetreibung, welche die Titelforderung zum Gegenstand hat, muss das Betreibungsamt im Lastenverzeichnis des betreffenden Grundstücks den effektiv geschuldeten Betrag des Kapitals und der Zinsen der Grundforderung aufnehmen, wenn diese Forderung weniger beträgt als die sich, vermehrt um die aus dem Grundpfand gedeckten Zinsen im Sinn von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, aus dem Schuldbrief ergebende; im umgekehrten Fall hat es den Betrag der Titelforderung mit ihren Zinsen aufzunehmen (E. 3.1–3.3). Die im Lastenverzeichnis berücksichtigten Zinsen der Titelforderung können höher sein als die im Stadium der Rechtsöffnung gewährten (E. 3.4).»

**BGE 136 III 437 ff.**<sup>14</sup> «Art. 131 Abs. 1 SchKG; Forderungsüberweisung; private Verwertung von verarrestierten Pfandge-

<sup>10</sup> Urteil 5A\_313/2010 vom 6. September 2010.

<sup>11</sup> Vgl. GÜNGERICH/BURI in ius.focus 10/2010, S. 262.

<sup>12</sup> Urteil 5A\_515/2009 vom 5. November 2009; der Entscheid wird ebenfalls besprochen von GÜNGERICH/BURI in ius.focus 2/2010, S. 18.

<sup>13</sup> Urteil 5A\_122/2009 vom 2. Februar 2010 (Originalsprache französisch).

<sup>14</sup> Urteil 5A\_849/2009 vom 18. Mai 2010.

genständen. Rechtsnatur des Entscheides über den Bestand einer nach Art. 131 Abs. 1 SchKG überwiesenen Forderung; Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 Abs. 1 BGG (E. 1.1). Wirkung der Forderungsüberweisung nach Art. 131 Abs. 1 SchKG (E. 3 Ingress). Zulässigkeit der Verrechnung, wenn ein privates Pfandverwertungsrecht (Art. 891 ZGB) nach Verarrestierung des Pfandgegenstandes ausgeübt wird (E. 3.1–3.6). Verhältnis zwischen Verwertung nach Art. 131 Abs. 1 SchKG und Widerspruchsverfahren (E. 4).»

## 5. Arrest

**BGE 135 III 232 ff.**<sup>15</sup> «Einsprache gegen den Arrestbefehl (Art. 278 Abs. 1 SchKG); [...] Die kantonale Praxis, wonach die Frist für die Einsprache gegen den Arrestbefehl für den beim Arrestvollzug anwesenden oder vertretenen Schuldner mit dem Vollzug des Arrestes beginnt, ist willkürlich. Daran ändert nichts, dass dem anwesenden oder vertretenen Schuldner Einsicht in die Arrestakten, insbesondere in den Arrestbefehl, gewährt worden ist (E. 2).»

Auf Ersuchen von Z. erliess der Arrestrichter gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG einen Arrestbefehl gegen X. und Y. über eine Forderung. Da sich das Gesuch gegen zwei Personen richtete, wurden zwei Arreste vollzogen. Anlässlich des Vollzuges waren X. und Y. persönlich und ihr Rechtsvertreter anwesend. Das handschriftliche Arrestvollzugsprotokoll wurde von X. und Y. unterzeichnet. Gleichentags bestätigte der Rechtsvertreter der beiden den Empfang der Arrestakten, welche die Arrestbeilagen und den Arrestbefehl enthielten. Der Rechtsvertreter holte ferner für die Gesuchgegner den Arrestbefehl und die Arresturkunde bei der Post ab und erhob im Anschluss Einsprache.

Der Arrestrichter hiess die Einsprachen teilweise gut und reduzierte die Arrestforderung. Diesen Entscheid zog Z. an das Obergericht des Kantons Bern weiter, welches den erstinstanzlichen Entscheid wegen Nichteinhaltens der Frist gemäss Art. 278 Abs. 1 SchKG aufhob und die Einsprachen zurückwies. Dagegen erhoben X. und Y. beim Bundesgericht Beschwerde.

Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, wann die zehntägige Frist für die Einsprache gegen den Arrestbefehl für den beim Arrestvollzug anwesenden oder vertretenen Schuldner zu laufen begann. Wer durch einen Arrest in seinen Rechten betroffen ist, kann gemäss Art. 278 Abs. 1 SchKG innert zehn Tagen, nachdem er von dessen Anordnung Kenntnis erhalten hat, beim Arrestrichter Einsprache erheben. Das Bundesgericht hat sich im vorliegenden Entscheid vom Wortlaut dieser Bestimmung weitgehend gelöst und entschieden, dass die Frist erst mit Zustellung der Abschrift der Arresturkunde zu laufen beginnt (E. 2.4).

Das Bundesgericht hält zusammenfassend fest, trotz der von einem Teil der Lehre vertretenen Auffassung lasse es sich nicht mit Art. 9 BV vereinbaren, die Einsprachefrist für den anwesen-

den Schuldner bereits mit dem Vollzug des Arrestes beginnen zu lassen. Daran ändere nichts, dass dem Schuldner persönlich oder seinem Vertreter Einsicht in die Arrestakten gewährt worden sei und er bzw. sein Vertreter vom Arrestbefehl Kenntnis erhalten habe; die Arresturkunde, welche auch den Arrestbefehl enthält (Art. 276 Abs. 1 SchKG), sei damit nicht den gesetzlichen Erfordernissen entsprechend zugestellt worden. Erst mit der gesetzlich vorgesehenen Zustellung sei mit Sicherheit erstellt, dass der Betroffene über den Inhalt des Arrestbefehls, den genauen Umfang des Arrestes und über das Rechtsmittel gegen dessen Anordnung informiert ist und mit der nötigen Kenntnis der Sachlage Einsprache erheben könne.

Diese Rechtsprechung dürfte auch nach der Arrestnovelle Bestand haben.

**BGE 136 III 379 ff.**<sup>16</sup> «Arrestbewilligung und Arrestvollzug (Art. 271 ff. und 275 SchKG); Immunität der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (Abkommen vom 10. Februar 1987 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich zur Regelung der rechtlichen Stellung der Bank in der Schweiz); Rechtsweggarantie (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 29a BV). Überprüfbarkeit des Arrestbefehls im Arrestvollzug (E. 3). Der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich anvertraute Werte ebenso wie Ansprüche gegen die Bank können ohne deren ausdrückliche vorherige Zustimmung nicht mit Arrest belegt werden. Vereinbarkeit mit der Rechtsweggarantie (E. 4).»

**BGE 135 III 474 ff.**<sup>17</sup> «Arresteinsprache (Art. 278 SchKG); Glaubhaftmachung der Arrestforderung (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG), Gegenstand der Schuldbetreibung (Art. 38 Abs. 1 SchKG). Prüfung der Arrestforderung einer dänischen Gläubigerin, die sich auf ihr Eigentum an Wertschriften beruft und von der Schuldnerin, auf welche die Vermögenswerte weiter übertragen wurden, einen auf Geldzahlung gerichteten Ersatz verlangt (E. 2 und 3).»

**BGE 135 III 551 ff.**<sup>18</sup> «Art. 98 BGG und Art. 279 Abs. 4 SchKG; Arrestprosequierung. Zulässige Rügen (E. 1.2). Der Arrestgläubiger, welcher die Anerkennungsklage ohne vorgängige Betreibung eingeleitet hat, ist befugt, die Betreibung vor der Mitteilung des Urteils einzuleiten (E. 2).»

Der Arrestgläubiger hatte nach Erlass des Arrestbefehls, jedoch vor dessen formeller Zustellung, den Arrest mittels Betreibung prosequiert. Das Betreibungsamt weigerte sich, dem Betreibungsbegehren Folge zu geben, da dieses verfrüht eingereicht worden sei. Das Bundesgericht hielt hierzu fest, die in Art. 279 Abs. 1 SchKG statuierte Pflicht, «innert zehn Tagen nach Zustellung der Arresturkunde» den Arrest zu prosequieren, bedeute nicht, dass eine gültige Prosequierung nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen könne (E. 2.3).

15 Urteil 5A\_545/2007 vom 9. Januar 2009; der Entscheid ist ebenfalls abgedruckt in BLSchK 2009, S. 103 ff. m.Anm. PETER sowie in Pra 2009, Nr. 45 m.Anm. SPÜHLER und in RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., III./H.

16 Urteil 5A\_360/2010 vom 12. Juli 2010.

17 Urteil 5A\_39/2009 vom 17. April 2009.

18 Urteil 5A\_197/2009 vom 26. Juni 2009 (Originalsprache französisch); Entscheid ebenfalls erwähnt in RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., III./H.

**BGE 135 III 608 ff.**<sup>19</sup> «Art. 271 ff. SchKG; Arrestierung von Vermögenswerten, die einem ausländischen Staat oder einer ausländischen Zentralbank gehören. Unterscheidung zwischen dem «genügenden Bezug» als Bedingung der Arrestierung von Vermögenswerten eines Schuldners, der nicht im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG in der Schweiz wohnt, und der «genügenden Binnenbeziehung» als Bedingung der Arrestierung von Vermögenswerten, die einem ausländischen Staat oder einer ausländischen Zentralbank gehören (E. 4).»

## 6. Paulianische Anfechtung

Im Zusammenhang mit dem Swissair-Konkurs, der uns schon in der letzten Ausgabe (auch) unter paulianischen Gesichtspunkten beschäftigte,<sup>20</sup> ergingen im Bereich der paulianischen Anfechtungsklagen weitere Urteile. Erwähnenswert ist vorab **BGE 136 III 247 ff.** In diesem Entscheid hatte das Bundesgericht die *Anfechtbarkeit von Darlehenszinszahlungen* im Lichte von Art. 288 SchKG (sogenannte Absichtsanfechtung<sup>21</sup>) zu beurteilen.<sup>22</sup> Die Absichtspauliana knüpft an drei Voraussetzungen: (erstens) an die Schädigung der Gläubigergesamtheit, die (zweitens) vom Schuldner absichtlich vorgenommen wurde und die (drittens) für den begünstigten Dritten erkennbar sein musste. Am 28. September 2001 leistete die SAir Group AG an die Banque LB Lux S.A. fällige Zinszahlungen über CHF 1 545 694.44. Nur sechs Tage nach dieser Transaktion, am 4. Oktober 2001, ersuchte die SAir Group AG um provisorische Nachlassstundung, die ihr gewährt und später in eine definitive umgewandelt wurde. Während das Handelsgericht des Kantons Zürich erst das Vorliegen des dritten Kriteriums (Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht der Banque LB Lux S.A.) verneinte, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass bereits das erste Kriterium (Gläubigerschädigung) nicht erfüllt gewesen sei. Zwar führten im Resultat beide Entscheide zur Ablehnung des paulianischen Anfechtungsanspruchs der Klägerin. Dennoch ist die Begründung des Bundesgerichts bemerkenswert, gerade in Bezug auf die Anfechtbarkeit von Darlehenszinszahlungen: Es qualifiziert die Bezahlung von (fälligen) Darlehenszinsen als *gleichwertige Gegenleistung*<sup>23</sup> für das fortgesetzte Zurverfügungstellen des Darlehens, weshalb *keine Gläubigerschädigung*

i.S.v. Art. 288 SchKG vorliege.<sup>24</sup> Somit behandelt das Bundesgericht die Zahlungen von Darlehenszinsen anders als die Rückzahlung eines ungesicherten Darlehens, welche es nicht als gleichwertige Gegenleistung qualifizierte.<sup>25</sup> Zudem weist es darauf hin, dass die *Anfechtungsklage – als Ausnahmetatbestand – restriktiv* zu handhaben sei.<sup>26</sup> Entsprechend müsse dem Schuldner selbst in schwierigen Zeiten respektive bei finanziell angespannter Lage eine normale Geschäftstätigkeit möglich sein. Demgegenüber greife die Anfechtungsklage bei *unlauteren Machenschaften*, beispielsweise wenn Vollstreckungssubstrat beiseite geschafft worden sei, das sich bei normalem Geschäftsgebaren noch in der Masse vorgefunden hätte.<sup>27</sup>

**BGE 136 III 341 ff.** handelt von der *Fristwahrung und Klageänderung* im paulianischen Anfechtungsverfahren.<sup>28</sup>

Die M. AG (Rechtsvorgängerin der N. AG) verkaufte im Oktober 2002 insgesamt drei Grundstücke an die Y GmbH. Am 7. November 2005 wurde über die N. AG der Konkurs eröffnet. Im Konkursverfahren liess sich eine Gläubigerin den Anfechtungsanspruch (bezüglich der drei Grundstückveräusserungen) gegen die Y GmbH i.S.v. Art. 260 SchKG abtreten. Die Gläubigerin erhob sodann am 17. Januar 2007 eine Anfechtungsklage nach Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung) und verlangte, die Y. GmbH sei zu verpflichten, ihr CHF 420 000.– nebst Zins zu bezahlen. Am 19. Dezember 2007 *änderte* die Klägerin ihr Klagebegehren dahin ab, es sei festzustellen, dass die drei Grundstücke zur Verwertung herangezogen werden könnten und der Konkursmasse der N. AG zurückzugeben seien; allenfalls sei die GmbH zu verpflichten, ihr CHF 420 000.– nebst Zins zu bezahlen. Die Beklagte machte geltend, bezüglich des Antrags auf Rückübertragung der Grundstücke sei die Zweijahresfrist des Art. 292 Ziff. 2 SchKG nicht eingehalten worden, weshalb der Anspruch *verwirkt* sei.<sup>29</sup> Das Bundesgericht hörte die Einrede der Verwirkung nicht.<sup>30</sup> Es begründete dies damit, dass bereits der Klageschrift zur Sache klar zu entnehmen gewesen sei, dass sich die Geldforderung aus einem Anfechtungstatbestand ableite.<sup>31</sup> Entsprechend habe die Beklagte Y. GmbH bereits zu diesem Zeitpunkt den Klagegrund gekannt – vor Ablauf der Verwirkungsfrist des Art. 292 Ziff. 2 SchKG.

19 Urteil 5A\_261/2009 vom 1. September 2009 (Originalsprache französisch); Entscheid ebenfalls besprochen von GÜNGERICH/BURI in *ius.focus* 2/2009, S. 20 sowie erwähnt in RÜETSCHI, *Entwicklungen* 2009, a.a.O., III./H.

20 HUNKELER, *Entwicklungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2007 und 2008*, a.a.O., S. 1370–1372.

21 Vgl. dazu EMMENEGGER, *Das Sanierungsdarlehen*, in: *Kreditrecht*, Basel 2010, S. 159 ff.

22 Hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Darlehensrückzahlungen vgl. den Entscheid «Swissair/ZKB» (BGE 134 III 452) sowie (statt vieler) HUNKELER, *Entwicklungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2007 und 2008*, a.a.O., S. 1371 f.

23 Vgl. etwa LORANDI, *Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung*, Ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, *BISchK* 6/2009, S. 227–229; RÜETSCHI, *Entwicklungen* 2010, a.a.O., III./K.; VOGT, *Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltpflicht der Organe*, *Kreditrecht*, Basel 2010, S. 213 f.

24 BGE 136 III 247 E. 3–7 S. 250–255; vgl. HUNKELER, *Entwicklungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2007 und 2008*, a.a.O., S. 1371 f.

25 BGE 134 III 452 E. 3.1 S. 455; BERNHARDT, *Die Causa Swissair: Kondensstreifen am juristischen Himmel*, *Jusletter* vom 9. August 2010; EMMENEGGER, a.a.O., S. 165 ff.; HUNKELER, *Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen*, *Kreditrecht*, Basel 2010, S. 147–149; VOGT, *Neue Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und aktienrechtliche Sorgfaltpflicht*, *Kreditrecht*, Basel 2010, S. 207–214.

26 Vgl. auch das Urteil **5A\_420/2008** vom 28. Mai 2009, wo das Bundesgericht die Anfechtbarkeit einer «Share Swap Transaction» zu beurteilen hatte. Es verneinte ebenfalls das Vorliegen von Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung) mangels einer Gläubigerschädigung. Vgl. die kritische Würdigung dieses Urteils von ZELWEGGER/GUTKNECHT, *Paulianische Anfechtung von Zahlungen im Rahmen eines Total Return Swap*, *SZW* 2010, S. 267 ff; vgl. RÜETSCHI, *Entwicklungen* 2010, a.a.O., IV./O.

27 BGE 134 III 452 E. 2 S. 249 f.

28 Vgl. HUNKELER/DOMANIG, *Fristwahrung und Klageänderung im paulianischen Anfechtungsverfahren*, *Jusletter* vom 8. November 2010.

29 BGE 136 III 341 (Sachverhalt S. 342).

30 Vgl. HUNKELER/DOMANIG, a.a.O., Rz 5.

31 Vgl. BGE 136 III 341 E. 4.1 f. S. 343 f.

Demzufolge könne der Anfechtungsklägerin die Einrede der Verwirkung nicht entgegengehalten werden, wenn sie zunächst nur die Zusprechung eines Geldbetrages verlangt und (erst) nach Ablauf der Verwirkungsfrist von Art. 292 Ziff. 2 SchKG ihr Klagebegehren abgeändert und auch die Einbeziehung der fraglichen Gegenstände (vorliegend der Grundstücke) in die Konkursmasse verlangt habe.<sup>32</sup>

In **BGE 135 III 666 ff.** setzte sich das Bundesgericht mit der Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen eine *ausländische Konkursverwaltung in der Schweiz eine Anfechtungsklage* nach Art. 285 ff. SchKG erheben könne. Eine solche Klage setzt gemäss dem höchstrichterlichen Entscheid zunächst einmal voraus, dass der ausländische Konkurs in der Schweiz *gemäss Art. 166 IPRG anerkannt* wird. Als Folge davon darf die ausländische Konkursverwaltung grundsätzlich die Anfechtungsklage erheben. Diese richtet sich nach Art. 171 IPRG, der auf die Art. 285–292 SchKG verweist. Die Anerkennung des ausländischen Konkurses alleine genügt jedoch noch nicht. Vielmehr verlangt das Bundesgericht zusätzlich, dass das schweizerische Konkursamt und die privilegierten Gläubiger *auf die Geltendmachung der Anfechtungsansprüche verzichtet* haben. Erst danach kann die ausländische Masse Anfechtungsansprüche gemäss Art. 171 IPRG i.V.m. Art. 285–292 SchKG geltend machen und den Prozesslöh direkt der ausländischen Masse zuführen.<sup>33</sup>

Mit der *Frage der Passivlegitimation bei Anfechtungsklagen* beschäftigte sich das Bundesgericht (unter anderem) in **BGE 135 III 265 ff.** und in **BGE 135 III 513 ff.** Nach Art. 290 SchKG richtet sich die paulianische Anfechtungsklage gegen Personen, die mit dem Schuldner die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben oder von ihm in anfechtbarer Weise begünstigt worden sind, sowie gegen ihre Erben oder andere Gesamtnachfolger und gegen bösgläubige Dritte.<sup>34</sup> Mit **BGE 135 III 265 ff.** stellte das Bundesgericht klar, dass der *tatsächlich Begünstigte* passivlegitimiert ist.<sup>35</sup> In casu erhob die Flughafen Zürich AG auf Grund eines Inkassovertags mit Skyguide Flugsicherungsgebühren. Gläubigerin und Begünstigte war daher Skyguide, weshalb nur sie passivlegitimiert gewesen wäre – und nicht die eingeklagte Flughafen Zürich AG.<sup>36</sup> Sodann setzte sich das Bundesgericht in **BGE 135 III 513 ff.** mit der *Bösgläubigkeit eines Dritten* i.S.v. Art. 290 SchKG auseinander. Diese Begrifflichkeit erfasst den Rechtsnachfolger (Singularsukzessor) des Anfechtungsbeklagten (Vertragspartner des Schuldners), der vom Bestand der Anfechtungsschuld wusste<sup>37</sup> oder davon bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte wissen müssen.<sup>38</sup> Massgeblich für die Beurteilung, ob jemand bösgläubig war, ist der *Zeitpunkt der Rechtsnachfolge* (Singularsukzession), nicht etwa derjenige der anfechtbaren Handlung. Als Folge der

Bösgläubigkeit haftet dieser mit dem Vertragspartner des Schuldners solidarisch.<sup>39</sup>

## 7. Konkurs- und Nachlassrecht

### 7.1. Abtretung von Rechtsansprüchen – zulässige Einreden

Das Bundesgericht kam in **BGE 136 III 107 ff.** zum Schluss, dass einem Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG nur Einreden entgegengebracht werden können, die *unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft vor Konkurseröffnung* bestanden haben. Konkret behandelte es die Frage, wann ein Abtretungsgläubiger eine Schiedsklausel in den Statuten der konkursiten Aktiengesellschaft beachten muss. Eine Gläubigerin, die zugleich Aktionärin der Gesellschaft war, liess sich vorliegend – gestützt auf Art. 757 OR i.V.m. Art. 260 SchKG – von einer konkursiten Aktiengesellschaft Verantwortlichkeitsansprüche gegen Verwaltungsratsmitglieder abtreten. Die Verwaltungsratsmitglieder erhoben, unter Berufung auf eine Klausel in den Statuten der Aktiengesellschaft, die Schiedseinrede, was das Bundesgericht aus folgenden Gründen nicht schützte:

Verantwortlichkeitsansprüche sind nach Art. 757 OR genau *be-sehen Ansprüche der Gläubigergesamtheit gegenüber den Organen*, nicht etwa solche der Aktiengesellschaft selber. Deshalb kann ein beklagtes Verwaltungsratsmitglied als Organ der konkursiten Aktiengesellschaft einem Abtretungsgläubiger nur diejenigen Einreden entgegenhalten, die ihm auch gegenüber der Gläubigergesamtheit zustehen. Einreden gegenüber der Gesellschaft oder den Abtretungsgläubigern persönlich sind nicht zulässig. Schliesslich weist das Gericht aber darauf hin, dass die Ablösung des Anspruchs der Gesellschaft durch die Gläubigergesamtheit im Konkurs allein dem Ausschluss derjenigen Einreden dient, die den Abtretungsgläubigern gegenüber nicht gerechtfertigt sind. Einreden hingegen, die unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft vor Konkurseröffnung bestanden haben, sind zulässig, so etwa die Verrechnungseinrede gemäss Art. 120 ff. OR.<sup>40</sup> Weil aber eine statutarische Schiedsklausel nicht unabhängig von der Willensbildung der Aktiengesellschaft besteht, hat diese gegenüber der Gläubigergesamtheit keine Wirkung, weshalb sich die Verwaltungsräte nicht darauf berufen konnten.<sup>41</sup>

### 7.2. Rechtskraftwirkung des Kollokationsprozesses

Hinsichtlich einer Kollokationsklage im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung (Art. 321 Abs. 1 i.V.m. Art. 250 Abs. 1 SchKG) wies das Bundesgericht in **BGE 135 III 470 ff.** darauf hin, dass der *Kollokationsprozess ausschliesslich der Bereinigung des Kollokationsplans* dient. Über das Konkurs- respektive Nachlassverfahren hinaus zeitigt der Kollokationsprozess keine Rechtskraftwirkung. Weil das Schuldverhältnis als solches (zwischen Schuldner und Gläubiger) nicht rechtskräftig festgelegt wird, handelt es sich bei der Kollokation von Ansprüchen aus einem Arbeitsverhältnis nicht um einen arbeitsrechtlichen Fall. Daher muss

32 Vgl. RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., III./K.

33 BGE 135 III 666 E. 3.2 und 3.2.1 S. 667 f.; vgl. auch BGE 135 III 40 E. 2.5.1 S. 44.

34 Vgl. auch BGE 135 III 513 E. 7.1 S. 524.

35 Vgl. LORANDI, a.a.O., S. 230.

36 BGE 135 III 265 E. 3 S. 268 f.

37 Vgl. BGE 130 III 235 E. 6.1.1 S. 238 f.

38 Vgl. BGE 52 II 46 E. 2 Abs. 2 S. 57 f.; Urteil 5A\_210/2007 vom 7. Februar 2008 E. 5.2.

39 BGE 135 III 513 E. 7.1 S. 524 f.; BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 291 N 10.

40 BGE 136 III 107 E. 2.5.1 S. 109.

41 BGE 136 III 107 E. 2.5.2 S. 109.

in diesem Zusammenhang bei Beschwerden in Zivilsachen an das Bundesgericht die Streitwertgrenze von CHF 30 000.– beachtet werden (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).<sup>42</sup> Des Weiteren sind dem unterliegenden Beschwerdeführer auch die Gerichtskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 66 Abs. 1 BGG).<sup>43</sup>

### 7.3. Rechtsmittel in der Wechselbetreibung

Nach Art. 174 Abs. 1 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichts innert zehn Tagen nach seiner Eröffnung an das obere kantonale Gericht weitergezogen werden. Diese Bestimmung gelangt im Rahmen der Wechselbetreibung gemäss **Urteil 5A\_268/2010 vom 30. April 2010** nicht zur Anwendung.<sup>44</sup> Denn Art. 189 Abs. 2 SchKG, der abschliessend auf sieben Bestimmungen der ordentlichen Konkursbetreibung verweist, erwähnt Art. 174 SchKG nicht, weshalb weder der Entscheid des Konkursgerichts über die Aussetzung noch die Eröffnung des Konkurses an das obere Gericht weitergezogen werden können. Daher ist gegen den Entscheid des Konkursgerichts im Rahmen einer Wechselbetreibung (*nur*) die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zulässig, auch wenn der Entscheid nicht vom oberen Gericht erlassen wurde.<sup>45</sup>

### 7.4. Voraussetzungen des Konkursaufschubs – und Abgrenzung zum Nachlassverfahren

Die richterliche Gewährung eines Konkursaufschubs (Art. 725a OR)<sup>46</sup> setzt eine Überschuldungsanzeige i.S.v. Art. 725a Abs. 1 OR voraus, einschliesslich einer von der Revisionsstelle geprüften Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR.<sup>47</sup> Die Möglichkeit des **Konkursaufschubs** ist gemäss bundesgerichtlichem **Urteil 5A\_269/2010 vom 3. September 2010**<sup>48</sup> klar abzugrenzen von der Nachlassstundung gemäss Art. 293 ff. SchKG.

In dem zugrunde liegenden Fall beantragte eine Aktiengesellschaft beim Bezirksgericht Baden einen «Konkursaufschub». Dieser wurde ihr von der zuständigen Konkursrichterin gestützt auf Art. 725a OR – zu Unrecht – bewilligt.<sup>49</sup> Danach stellte die Aktiengesellschaft ein Gesuch um Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG) und beantragte gleichzeitig das Aussetzen des Entscheids über den Konkurs (Art. 173a SchKG), was beides bewilligt wurde. Nachdem kein Nachlassvertrag zustande kam, zog die Aktiengesellschaft ihr Gesuch um Nachlassstundung zurück, worauf das Nachlassverfahren als erledigt *abgeschrieben* wurde. Schliesslich eröffnete die Bezirksgerichtspräsidentin, gestützt auf die Überschuldungsanzeige in Anwendung von Art. 192 SchKG und

Art. 725a Abs. 1 erster Satz OR, den Konkurs über die Aktiengesellschaft.

Gemäss Art. 725a OR darf der Konkurs nur eröffnet werden, wenn eine Überschuldungsanzeige vorliegt. Eine solche fingierte das Obergericht des Kantons Aargau, weil die Aktiengesellschaft einen Konkursaufschub erwirkt hatte. Diese Auffassung des Obergerichts teilte das Bundesgericht nicht, weshalb es den Entscheid aufhob. Es führte aus, dass der *Konkursaufschub nur im Zusammenhang mit einer Überschuldungsanzeige möglich ist* und nicht vorsorglich im Hinblick auf das mögliche Konkursbegehren eines Gläubigers beantragt werden kann. Eine solche Überschuldungsanzeige i.S.v. Art. 725a OR erfolgte aber vorliegend gerade nicht,<sup>50</sup> womit die Aktiengesellschaft zu Unrecht einen Konkursaufschub erwirkt hatte. Eine Überschuldungsanzeige kann nicht fingiert werden. Vielmehr sind der Konkursaufschub (Art. 725a OR) und die Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG) zwei voneinander unabhängige Verfahren, die nicht etwa nebeneinander bestehen. Im Übrigen erblickte das Bundesgericht einen Widerspruch in der Tatsache, dass der Konkurs gestützt auf ein Nachlassgesuch ausgesprochen wurde, das von den Nachlassbehörden als rechtskräftig zurückgezogen erachtet wurde. Abschliessend hielt das Bundesgericht zutreffend fest, ein Entscheid des Nachlassrichters über das Nichtzustandekommen des Nachlassvertrags stelle keinen gesetzlichen Grund zur Konkurseröffnung dar, sondern müsse vom Gläubiger nach Art. 309 i.V.m. Art. 190 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG beantragt werden.<sup>51</sup>

## 8. Bankenkongress

### 8.1. Zentrale Rolle der FINMA

Das Bankengesetz enthält sowohl Massnahmen bei Insolvenzgefahr (vgl. Art. 25 BankG) als auch besondere Bestimmungen bezüglich Bankenkongress (vgl. Art. 33–37g BankG). In allen Fällen nimmt die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) eine wichtige Position ein. Bereits im Stadium der Insolvenzgefahr kann sie, innerhalb ihres weiten Ermessensspielraums,<sup>52</sup> geeignete Massnahmen anordnen, – gegebenenfalls sogar den Konkurs über eine Bank verhängen (Art. 25 Abs. 1 lit. c BankG i.V.m. Art. 33 ff. BankG).

### 8.2. Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen

Die Bestimmungen über den Bankenkongress finden auch Anwendung auf die Liquidation von Personen, die ohne Bewilligung einer den Banken oder den bewilligten Effektenhändlern vorbehaltenen Tätigkeit nachgehen.<sup>53</sup> Regelmässig Anlass für Streitigkeiten bildet die unerlaubte gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen.<sup>54</sup> Genau davon handelt auch der Sach-

42 BGE 135 III 470 E. 1.2 S. 472 f.

43 BGE 135 III 470 E. 3 S. 473.

44 Urteil 5A\_268/2010 vom 30. April 2010, Die Praxis 2011 1, S. 65–67 (bearbeitet von SPÜHLER).

45 Urteil 5A\_268/2010 vom 30. April 2010 E. 1.2.

46 Diese Bestimmung soll nach dem Willen des Bundesrats aufgehoben und in das SchKG integriert werden (vgl. II./1. hiervor).

47 Urteil 5A\_269/2010 vom 3. September 2010 E. 3.5.

48 Vgl. Urteil 5A\_269/2010 vom 3. September 2010, SZPZ 2011 1, S. 67–70 sowie die Fallbesprechung von MABILLARD, S. 71–74.

49 Urteil 5A\_269/2010 vom 3. September 2010 E. 3.3.2.

50 Urteil 5A\_269/2010 vom 3. September 2010 E. 3.3.3.

51 Urteil 5A\_269/2010 vom 3. September 2010 E. 3.5; vgl. auch die Fallbesprechung von MABILLARD, a.a.O., S. 73 Ziff. 5.

52 Urteil 2C\_237/2009 vom 28. September 2009 E. 3.2.1.

53 Vgl. BGE 136 II 43 E. 3.2 S. 46.

54 Vgl. BGE 136 II 43 ff.; Urteil 2C\_74/2009 vom 22. Juni 2009; Urteil BVGer A-3535/2010 vom 14. Juli 2010; Urteil BVGer B-4888/2010 vom 8. Dezember 2010.

verhalt in **BGE 136 II 43 ff.** Das Bundesgericht hält in jenem Entscheid fest, dass Art. 31 FINMAG die FINMA berechtigt, alle notwendigen Verfügungen zu erlassen, die Missstände beseitigen und den ordnungsgemässen Zustand wiederherstellen.<sup>55</sup> «Geht eine Gesellschaft unbewilligt einer den Banken oder den bewilligten Effektenhändlern vorbehaltenen Tätigkeit nach, kann die FINMA sie im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot, Treu und Glauben usw.) aufsichtsrechtlich liquidieren» (vgl. Art. 37 Abs. 3 FINMAG).<sup>56</sup> Soweit sich das betroffene Unternehmen als *überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig* erweist, verfügt die FINMA den *Bankenkurs – analog den Bestimmungen von Art. 33 ff. BankG*. Auch für deren Durchführung sind die Bestimmungen des BankG sinngemäss anwendbar, wobei die Sanierungsfähigkeit (vgl. Art. 28 ff. BankG) regelmässig nicht mehr geprüft werden muss.<sup>57</sup> Anwendbar sind auch die Bestimmungen über das SchKG, soweit die Bankengesetzgebung nichts Abweichendes regelt, wobei Art. 34 Abs. 3 BankG die FINMA in jedem Fall berechtigt, *abweichende Verfügungen und Anordnungen zu treffen*.<sup>58</sup>

Des Weiteren bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung hinsichtlich der *Gruppentätigkeit*, die sich durch arbeitsteiliges Vorgehen verschiedener Personen auszeichnet. Danach kann eine bewilligungspflichtige Tätigkeit als Effektenhändler beziehungsweise eine bankenrechtlich unzulässige Entgegennahme von Publikumsgeldern auch bei Gruppentätigkeiten vorliegen, weshalb die einzelnen Gruppengesellschaften als Gesamtbild zu betrachten, zu beurteilen und (gegebenenfalls)<sup>59</sup> zu liquidieren sind.<sup>60</sup>

## 9. Internationale Verhältnisse

**BGE 136 II 566 ff.**<sup>61</sup> «Lugano-Übereinkommen; Gerichtsstand der provisorischen Rechtsöffnung. Die provisorische Rechtsöffnung fällt unter Art. 16 Ziff. 5 LugÜ. Der Gerichtsstand der provisorischen Rechtsöffnung ist deshalb nicht Gegenstand einer Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 17 LugÜ) (E. 3).»

Die Sparkasse Y. mit Sitz in Deutschland betrieb X. mit Wohnsitz in der Schweiz. Die Sparkasse stützte ihre Forderung auf einen vom Betriebenen als «Selbstschuldner» unterzeichneten Bürgschaftsvertrag, mit welchem Forderungen der Sparkasse gegen die W. GmbH aus einem Rahmenvertrag für Fremdwährungsdarlehen gesichert worden waren. In diesem Bürgschaftsvertrag wurde der Sitz der Sparkasse Y. in Deutschland als Gerichtsstand bestimmt.

Das Bundesgericht beurteilte einzig die Frage, ob die Schweizer Gerichte zur Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung zuständig seien. Der Beschwerdeführer X. berief sich auf die im

Bürgschaftsvertrag enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung, wonach der Gerichtsstand am Sitz der Sparkasse vereinbart worden war.

Das Bundesgericht prüfte die in der Lehre umstrittene Frage, ob aufgrund von Art. 16 Z. 5 LugÜ für die provisorische Rechtsöffnung eine zwingende Zuständigkeit gelte.

Die Auffassung, wonach die provisorische Rechtsöffnung nicht unter Art. 16 Ziff. 5 LugÜ falle, werde im Wesentlichen damit begründet, dass es sich dabei nach dem System des LugÜ nicht um ein Zwangsvollstreckungs-, sondern um ein Erkenntnisverfahren, also um ein materiellrechtliches Verfahren, handle. Das Bundesgericht habe allerdings stets an der rein betriebsrechtlichen Natur der provisorischen Rechtsöffnung festgehalten. Der Rechtsöffnungsrichter befinde nicht über den Bestand der in Betreuung gesetzten Forderung, sondern einzig über deren Vollstreckbarkeit. Dass im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens vorfrageweise auch gewisse materiellrechtliche Punkte zu berücksichtigen seien, ändere an der Rechtsnatur desselben nichts.

Der provisorischen Rechtsöffnung komme aufgrund des anders gelagerten Streitgegenstandes keine Rechtskraftwirkung für den späteren Forderungsprozess zu, der Ausgang des Rechtsöffnungsverfahrens beeinflusse lediglich die Parteirollenverteilung für den materiellen Prozess. Die vom Schuldbetriebsrecht vorgesehene Abfolge von provisorischer Rechtsöffnung und Forderungsprozess zeige, dass es sich beim vorausgehenden Rechtsöffnungsverfahren nicht um ein Erkenntnisverfahren handeln könne. Die Aneinanderreihung zweier materiellrechtlicher Verfahren wäre nicht sinnvoll.

Zusammenfassend hält das Bundesgericht richtigerweise fest, der Bezug der provisorischen Rechtsöffnung zur Zwangsvollstreckung sei dermassen eng, dass sie unter Art. 16 Ziff. 5 LugÜ zu subsumieren sei. Der Gerichtsstand der provisorischen Rechtsöffnung stehe somit nicht zur Disposition und könne in einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht derogiert werden.

**BGE 136 III 575:**<sup>62</sup> «Art. 30a, 33 Abs. 2, Art. 74 Abs. 1 SchKG; Betreuung gegen einen ausländischen Staat; Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages. Voraussetzungen für die Zustellung des Zahlungsbefehls und für die Verlängerung der Rechtsvorschlagsfrist in einer gegen einen Staat eingeleiteten Betreuung (E. 4).»

**BGE 136 III 587 ff.:**<sup>63</sup> «Art. 85a Abs. 2 und Art. 173 Abs. 1 SchKG; Einstellung der Betreuung und Aussetzung des Konkursentscheides. Wird vor dem Entscheid über das Konkursbegehren eine negative Feststellungsklage anhängig gemacht, ist zuerst über die Einstellung der Betreuung zu befinden; diese kann superprovisorisch verfügt werden (E. 2).»

Nachdem die Schuldnerin (Beschwerdeführerin) äusserst kurz vor der Konkursverhandlung die negative Feststellungsklage eingereicht habe, habe sie nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass vor dem Konkursstermin wenigstens vorläufig über die Einstellung der Betreuung entschieden würde. Sie habe alles

55 BGE 136 II 43 E. 3.1 S. 46.

56 BGE 136 II 43 E. 3.2 [erster Satz] S. 46.

57 Vgl. BGE 136 II 43 E. 3.2 S. 46.

58 Urteil 2C\_237/2009 vom 28. September 2009 E. 3.2.1.

59 Vgl. BGE 136 II 43 E. 7 S. 55–60.

60 Vgl. BGE 136 II 43 E. 4.3.1 S. 49.

61 Urteil 5A\_36/2010 vom 7. Oktober 2010.

62 Urteil 5A\_286/2010 vom 7. Oktober 2010.

63 Urteil 5A\_534/2010 vom 28. Oktober 2010; Entscheid ist ebenfalls besprochen von GÜNGERICH/BURI in ius.focus 1/2011, S. 20.

getan, was ihr aufgrund der allein vom erstinstanzlichen Gericht zu verantwortenden Terminplanung möglich gewesen sei, und sie müsse sich nicht entgegenhalten lassen, sie hätte ihre Klage so spät eingereicht, dass keine Anhörung der Gegenpartei mehr habe stattfinden können. Dies umso mehr, als eine superprovisorische Einstellung der Betreuung ohne weiteres möglich gewesen wäre. Es sei nicht ausgeschlossen, die vorläufige Einstellung, bei der es sich um eine vorsorgliche Massnahme handle, bei dringender Gefahr nach den Modalitäten des kantonalen Verfahrensrechts vorab superprovisorisch zu verfügen und sodann nach Anhörung der Gegenpartei im Rahmen der vorsorglichen Massnahme zu bestätigen oder zurückzunehmen. Dass die geforderte dringende Gefahr vorliegend gegeben gewesen sei, brauche nicht weiter ausgeführt zu werden.

Die Bundesgerichtspraxis zu Art. 85a SchKG öffnet dem Schuldner Tür und Tor, mit diesem ausserordentlichen Behelf den Betreuungsgläubiger – oder den Gläubiger, der die Konkurseröffnung gestützt auf einen materiellen Konkursgrund verlangt (Art. 190 SchKG) –, im letzten Moment doch noch auszubremesen.

#### IV. Literaturverzeichnis (Auswahl)

- ABEGGLEN SANDRO/WEBER PHILIPPE/BONO DANIEL/HUBER ANDREA, Too big to fail and Basle III: Switzerland at the forefront, in: PLC Capital Markets Handbook 2011.
- AEMISEGGER CLAUDE, Qualifizierte Schuldurkunden und SchKG, Zürich 2009.
- AMREIN BRUNO, KMU und das SchKG oder «Recht haben heisst nicht Geld bekommen», 4. Aufl., Zürich 2009.
- BAUER THOMAS Nachhaltige Unternehmenssanierung – Ein Diskussionsbeitrag zur Revision des Obligationenrechts, ST 2010, S. 455.
- BERGER BERNHARD, Treuhand- und Trustverhältnisse in der Einzelzwangsvollstreckung und im Konkurs, ZZZ 2008/2009, S. 147–159.
- BIANCHI DORIS, Der Arbeitnehmerschutz ist keine Hürde bei Sanierungen, Die Volkswirtschaft 2010/5, S. 31
- BIERI RAPHAEL/KILCHMANN JÖRG, Risiko einer paulianischen Anfechtung bei Unternehmenskäufen, in: Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2009/2010, Zürich 2010, S. 30–37.
- BOLLER URS, Der neue Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG, *AJP/PJA* 2/2010, 187 ff.
- BOVEY GREGORY, L'obligation des tiers de renseigner l'office des poursuites et des faillites (Art. 91 al. 4 et 222 al. 4 LP), *JdT* 2009 II, S. 62–77.
- BRACONI ANDREA, Interdiction des poursuites individuelles après l'ouverture de la faillite (Art. 206 al. 1 LP) et date de naissance de la créance de dépendants – Note sur l'arrêt de la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral du 23 mai 1997 dans la cause 7B.44/1997, *SZZP* 2010, S. 81–85.
- BÜHLER CHRISTOPH B., Aussergerichtliche Sanierung der Aktiengesellschaft, Lösungsansätze zur Verbesserung der aktienrechtlichen Rahmenbedingungen der Sanierung de lege ferenda, ST 2010, S. 444–454; DERS., Sanierung nach Aktienrecht de lege lata et ferenda, Zürich 2010.
- COURVOISIER MATTHIAS, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, in: *Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2008/2009*, Zürich 2009, S. 217–228.
- DALLA TORRE LUCA/LEISINGER BENJAMIN/MOSIMANN OLIVIER/REY MATTHIAS/SCHOTT ANSGAR/WEBER MARTIN KARL, Sicherheiten nach Bucheffektengesetz – theoretische und praktische Aspekte, «recht» 2010/01, S. 16–29.
- DUC PABLO, Die laufende Reform des Unternehmenssanierungsrechts aus praktischer Sicht, *Die Volkswirtschaft* 2010/5, S. 32.
- EGELI RAOUL, Gläubigerschutz Recht Transparent, Zürich 2010.
- EMMENEGGER SUSAN, Das Sanierungsdarlehen, in: *Kreditrecht*, Basel 2010, S. 153–189.
- ERNST WOLFGANG, Die Zahlung fälliger Schuld als Fall der paulianischen Anfechtung in Geschichte und Gegenwart, *SJZ* 2010, S. 389–395 (Teil 1) sowie S. 417–425 (Teil 2).
- FATZER PETER, Erleichterungen für Auffanggesellschaften: Genügt die Revision des Sanierungsrechts?, *Die Volkswirtschaft* 2010/5, S. 28 f.
- FORSTMOSER PETER, Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in: *Festschrift für Rudolf Tschäni*, Zürich 2010, S. 431–448.
- FRICTHI EUGEN, Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung, Zürich 2010.
- FURRER URS, Sanierungen erleichtern, flexibles Arbeitsrecht bewahren, *Die Volkswirtschaft* 2010/5, S. 30.
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, *Kurzkommentar*, Zürich/St.Gallen 2010.
- GATTLEN THOMAS, Die Verwertung zugunsten der Gläubiger im System des Unternehmenssanierungsrechts der Schweiz.
- GEHRI MYRIAM A./KOSTKIEWICZ GREGOR H., Anerkennung ausländischer Insolvenzscheide in der Schweiz – ein neuer Réduit National?, *SZIER* 2009, S. 193–222.
- GIANNATTASIO MARIA, Le statut des bateaux, en particulier dans l'exécution forcée, et la procédure de limitation de la responsabilité moyennant constitution d'un fonds de limitation, Zürich 2009.
- GILLIERON PIERRE-ROBERT, L'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir opérée par la poursuite pour dettes contre une communauté héréditaire, *JdT* 2009 II, S. 97–106.
- GIROUD ROGER, SchKG: Schemen und Abläufe, Zürich 2009.
- GLANZMANN LUKAS, Sanierungsdarlehen, *ZBJV* 2010, S. 261 ff.; DERS. Unternehmen in der Krise – Rückzahlung und Besicherung von Darlehen, *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht*, Bern 2010, S. 223–242.
- HUBER UELI, Clawback risks in connection with loans to debtors in distress, *International Law Office Newsletter*, April 16, 2010.

- HUBER UELI/ZOLLER ANNE SABINE, Multinational Enterprise Liability in Insolvency Proceedings, in: European Lawyer Reference Series, London 2010.
- HUNKELER DANIEL (HRSG.), Kurzkomentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Basel 2009; DERS., Konkursrechtliche Privilegierung der Mehrwertsteuer, Jusletter vom 26. Oktober 2009; DERS., Zinszahlungen beim Darlehen sind grundsätzlich paulianisch nicht anfechtbar, Jusletter vom 15. März 2009; DERS., Entwicklung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2007 und 2008, in: Fellmann/Poledna (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2009, Bern 2009, S. 1346 ff.; DERS., Neues zur Revision des Unternehmenssanierungsrechts, Jusletter vom 25. Januar 2010; DERS., Umfassende Revision des Sanierungsrechts lanciert, Jusletter vom 13. September 2010; DERS., Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen, in: Kreditrecht, Basel 2010, S. 137–151; DERS., Bankensanierung – insbesondere unter internationalen Aspekten, SZW/RSDA 6/2010.
- HUNKELER DANIEL/DOMANIG ANDREA, Fristwahrung und Klageänderung im paulianischen Anfechtungsverfahren, Jusletter vom 8. November 2010.
- HUNKELER DANIEL/ROTHENBÜHLER FRITZ, Insolvenzzrechtliche Irrwege im Bereich der Mehrwertsteuer, Jusletter vom 29. November 2010.
- JAEGER RAPHAEL/HAUTLE THOMAS, Bankenkonzurs und Einlagensicherung in der Schweiz, AJP 2009, S. 395–404.
- JEKER MARC J., Die konkurs- und strafrechtliche Aufarbeitung der Kriminalinsolvenz, Zürich 2009.
- KLEIBOLD THORSTEN, Liabilität und Liquidität in der Unternehmenskrise: Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit im Kontext des Schweizer Gesellschafts- und Insolvenzrechts, in: Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Bern 2009, S. 151–172.
- KOBEL ESTHER/SCHMID KARIN/ROTH DANIEL, Bewilligungspflichtige Finanzmarktaktivität, TREX – Der Treuhandexperte 2/2009, S. 78–81.
- KRAMPF MICHAEL/BAUMGARTNER GABRIELA/SCHOCH HANS/BRÄUNLICH KELLER IMTRAUD, Erfolgreich als KMU. Krisenfest mit Kunden, Personal, Lieferanten und Geldgebern. Ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis, Zürich 2010.
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Unterhaltsverträge als Vollstreckungstitel im schweizerischen nationalen und internationalen Recht, ZBJV 04/2010, S. 324.
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/RODRIGUEZ RODRIGO, Der unwidersprochene Zahlungsbefehl im revidierten Lugano-Übereinkommen, Jusletter 26. April 2010.
- KREUTZ DENISE, Pensionskassen- und AHV-Beiträge im Konkurs des Arbeitgebers, Jusletter vom 23. Februar 2009.
- KREUTZ DENISE/MUTTI CHRISTOPH, Baurechte im Zwangsverwertungsverfahren, BISchK 2009, S. 85–92.
- PETER V. KUNZ, TBTF – Überlegungen zur «Too big to Fail»-Problematik, Jusletter 17. Mai 2010.
- KÜNZLER ADRIAN, Liquidation einer Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs: Bezugspunkte zwischen den Bereichen Überschuldung und Organisationsmangel, REPRAX 2009/3, S. 1–9.
- LORANDI FRANCO, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung, Ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, BISchK 6/2009, S. 213–236; DERS., Nachlassvertrag im Privatkonkurs, AJP 2009, S. 565–574; DERS., Hüst und hott bei den Konkursprivilegien, Plädoyer 5/2010, S. 32–39; DERS., Aktuelles zum Bankenkonzurs, in: Nobel (Hrsg.), St. Galler Bankrechtstag 2009, Bern 2010, S. 105–129 (zit. Bankenkonzurs); DERS., Konkursprivileg für Forderungen einer Personalvorsorgeeinrichtung gegenüber einem angeschlossenen Arbeitgeber aus Anleiheobligationen, ARV 2010, S. 91–93 (zit. Konkursprivileg).
- LORANDI FRANCO/ERISMANN MICHAEL, Nachlassvertrag im Konkurs (Art. 332 SchKG), AJP 2009, S. 331–345.
- MABILLARD RAMON, Konkursaufschub: Provisorische Nachlassstundung ohne Sachwalter?, ZZZ 2008/2009, S. 363–379; DERS., Fallbesprechung Urteil 5A\_269/2010 vom 3. September 2010, SZP 2011, S. 71–74; DERS., Kündigung der Dauer-schuldverhältnisse im ordentlichen Nachlassverfahren. Prozessuale Kompensation des materiell-rechtlichen Eingriffs gemäss Art. 297a VE-SchKG, BISchK 2010, S. 189–205.
- MEIER-DIETERLE FELIX C., Arrestpraxis ab 1. Januar 2011, AJP/PJA 2010, S. 1211 ff.
- MILANI DOMINIK, Die Behandlung der konkursrechtlichen Kollokationsklage im vereinfachten Verfahren, in: Schriften zum schweizerischen Zivilprozessrecht, Band 7, 2011.
- NAEGELI GEORG, Die Auswirkungen der Konkurserklärung auf ein hängiges Schiedsverfahren, Jusletter vom 31. August 2009.
- PETER HANSJÖRG, Le point sur le droit des poursuites et des faillites/Entwicklungen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, SJZ 2009, S. 361–366; DERS., Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bern 2010.
- PFÄFFLI ROLAND/BYLAND DANIELA, Ein aktuelles Urteil aus Lausanne im Spannungsfeld zwischen Konkurs, Scheidung und Grundbuch, Jusletter vom 23. November 2009.
- REBSAMEN THOMAS, Anfechtbarkeit von Sanierungsleistungen, Jusletter vom 21. September 2009.
- REISER HANS, Rechtsprechung zum Arrest im Jahre 2008 mit Nachtrag zum Jahr 2007: Eine Übersicht, BSchK 2009, S. 1 ff.
- REYMOND JACQUES, La poursuite contre une succession, JdT 2009 II, S. 45–61.
- RODRIGUEZ RODRIGO, Sicherung und Vollstreckung nach revidiertem Lugano-Übereinkommen, AJP/PJA 12/2009, 1550 ff.; DERS., Latest developments in Swiss Insolvency Law: the Swissair insolvency and (some of) its consequences, in: Banca d'Italia (Ed.), Quaderni di ricerca giuridica Nr. 69, Rome 2011; DERS., Die Empfehlungen der UNCITRAL zur Behandlung von Gruppeninsolvenzen unter Berücksichtigung der Sanierungs-

- rechtsrevision in der Schweiz, ZZPInt 1/2011; DERS., Sicherung und Vollstreckung nach revidiertem Lugano Übereinkommen, AJP 2009, S. 1550–1562.
- ROTH JÜRIG, Die nachrangige Behandlung von Darlehen in der Insolvenz, SJZ 2009, S. 413–422; DERS., Die vorrangige Behandlung von Darlehen in der Insolvenz, SJZ 2009, S. 457–466; DERS., Sanierungsdarlehen: Nachrang – Gleichrang – Vorrang, Basel 2009.
- ROTH MARKUS, Revision der Sanierungsverfahren: Schuldnerfreundlich, gläubigerfeindlich, Die Volkswirtschaft 2010/5, S. 33.
- RÜETSCHI DAVID, njus.ch, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Entwicklungen 2009, Bern 2010 (zit. Entwicklungen 2009); DERS., njus.ch, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Entwicklungen 2010, Bern 2011 (zit. Entwicklungen 2010); DERS., Zur Revision des Sanierungsrechts, Die Volkswirtschaft 2010/5, S. 4–7; DERS., Begrenzung des Arbeitnehmerprivilegs im Konkurs, Jusletter 19. Juli 2010.
- SCHWANDER DANIEL, Arrestrechtliche Neuerungen im Zuge der Umsetzung des revidierten Lugano-Übereinkommens ZBJV 9/2010, S. 641 ff.
- SOGO MIGUEL, Kleine Arrestrevision, grosse Auswirkungen – zur geplanten Anpassung des Arrestrechts im Rahmen der Revision des Lugano-Übereinkommens, SZP 2009, S. 75–98.
- SPÜHLER KARL/GEHRI MYRIAM A., Fälle im Zivilprozessrecht sowie im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2009.
- STAEHELIN DANIEL, Neues Arrestrecht ab 2011, Jusletter 11. Oktober 2010.
- STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Band SchKG I (Art. 1–158) und Band SchKG II (Art. 159–352), 2. vollständig überarbeitete und aktualisierte Aufl., Basel 2010; DERS. Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I und II, 2. Aufl., 2010.
- STABLE DOMINIC, Die Online-Auktion als alternative Verwertungsmassnahme im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich/St. Gallen 2010.
- STÖCKLI KURT, Der Verkauf von Betriebsteilen während der Nachlassstundung, Anwaltsrevue 2/2010, S. 68.
- STOFFEL WALTER A., Unterlage zur Berner Tagung zum «Zusammenspiel des revLugÜ mit dem revSchKG und der schweizerischen ZPO» vom 10. September 2010.
- STOFFEL WALTER A./CHABLOZ ISABELLE, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 2<sup>e</sup> éd., Bern 2010.
- STUDER FRANZ, Das Retentionsrecht im neuen Sanierungsverfahren: Abschaffung von Gläubigerprivilegien zur Verbesserung der Sanierungsaussichten von Unternehmungen?, AJP 2009, S. 1453 ff.
- THÉVENOZ LUC/ZULAUF URS, Bank- und Finanzmarktrecht BF 2011, Regulierung und Selbstregulierung der Finanzmärkte der Schweiz (inkl. FINMA), Bern 2011.
- VOGT HANS-UELI, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung, GesKR 2009, S. 163 ff.; DERS., Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, in: Kreditrecht, Basel 2010, S. 191–226; DERS., Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, AJP 2010, S. 1075–1091.
- VOGT HANS-UELI/KÄSER THOMAS, Paulianische Anfechtung der Rückzahlung eines Kredits und von Zahlungen im Rahmen einer share swap transaction, GesKR 2009, S. 583 ff.
- VOGT HANS-UELI/SCHÖNBÄCHLER MARCEL, Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der Gesellschaft: Modalitäten der Geltendmachung und Zulässigkeit von Einreden, Besprechung der Bundesgerichtsurteile 4A-463/2009 vom 7. Dezember 2009 und 4A\_446/2009 vom 8. Dezember 2009, GesKR 2010, S. 446–256.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/BILEK EVA, Aktienrechtliche Querbezüge zum geplanten Bucheffektengesetz (BEG), SZW/RSDA 2/2008, S. 193–207.
- WALTHER FRIDOLIN, Die neue Schweizer ZPO und das SchKG – Zehn praxisrelevante Neuerungen, SZP 2008, S. 417 ff.
- WICKI JODOK, Sanierung gescheitert – Rückerstattung der Honorare der Revisionsstelle und von Beratern, Der Treuhanderxperte 2009, S. 112–114.
- WOLFGANG ERNST, Die Zahlung fälliger Schuld als Fall der paulianischen Anfechtung in Geschichte und Gegenwart, SJZ 2010, S. 389 ff., 417 ff.
- WÜTHRICH KARL, Aussonderung des Leasingobjektes im Konkurs des Leasingnehmers, Anwaltsrevue 2009, S. 415–418.
- ZELLWEGE-GUTKNECHT CORINNE, Finanzmarktprivatrecht 2007/08: Leitentscheide und weitere Entscheide des Bundesgerichts, recht 2009, S. 54 ff.; DIES. Paulianische Anfechtung von Zahlungen im Rahmen eines Total Return Swap, SZW 2010, S. 267 ff.
- ZILTENER FELIX, Die Konkurrenz von Konkursverlustscheinforderungen im Prozess betreffend Feststellung neuen Vermögens, ZZZ 2009, S. 19–28.
- ZULAUF URS, Schweizer Bankensanierungsrecht – geeignet für systemrelevante Banken? – Ein Vergleich mit den Vorschlägen in Deutschland –, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht (Deutschland) 64 (2010), S. 1525 ff. ■

Roland Pfäffli\* und Daniela Byland\*\*

# Zur Öffnung des Grundbuchs für die Anwaltschaft

**Stichworte:** Immobiliarsachenrecht, Grundbuch, Anwalt

Mit der Inkraftsetzung der Teilrevision des Immobiliarsachenrechts am 1. Januar 2012 wird ebenfalls die total revidierte Grundbuchverordnung in Kraft treten. Dadurch wird der Zugang zu den Grundbuchdaten für die Anwaltschaft wesentlich erleichtert.

## 1. Ausgangslage

Am 23. September 2011 hat der Bundesrat die vom eidgenössischen Parlament beschlossene Teilrevision des Immobiliarsachenrechts auf den 1. Januar 2012 in Kraft gesetzt. Auf diesen Zeitpunkt wird auch die total revidierte Grundbuchverordnung (GBV) sowie die neue Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung (EÖBV) in Kraft treten.

Die Gesetzesvorlage basiert auf der Motion von Ständerat FRITZ SCHIESSER (Glarus) vom 19. März 1998<sup>1</sup>. Er verlangte vom Bundesrat eine Vorlage, mit welcher der Schuldbrief als (papierloses) Registerpfand ausgestaltet wird. Der Register-Schuldbrief bildet deshalb den Kernpunkt der Gesetzesrevision<sup>2</sup>. Die Gelegenheit wurde benutzt, um weitere Institute des Sachenrechts anzupassen. Auch wurden die Weichen gestellt, damit das Grundbuch vermehrt seine Funktion als Bodeninformationssystem erfüllen kann. Es wird auf den ausführlichen Beitrag in der Anwaltsrevue 8/2011, S. 325 ff. verwiesen.

## 2. Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs bis zum 31. Dezember 2011

In Art. 970 Abs. 1 ZGB ist der Grundsatz festgehalten, wonach jede Person, die ein Interesse glaubhaft macht, Anspruch darauf hat, dass ihr Einsicht in das Grundbuch gewährt wird. Ohne Angabe eines Interesses ist gemäss Art. 970 Abs. 2 ZGB jede Person berechtigt, Auskunft über folgende Daten des Hauptbuchs zu erhalten: Bezeichnung des Grundstücks und Grundstückbeschreibung, Name sowie Identifikation des Eigentümers, Eigentumsform und Erwerbsdatum. Zudem wurde der Bundesrat ermächtigt, weitere Angaben betreffend Dienstbarkeiten, Grundlasten und Anmerkungen zu bezeichnen, die ohne das Glaubhaftmachen eines Interesses öffentlich gemacht werden dürfen (Art. 970 Abs. 3 ZGB). Von dieser Kompetenz hat der Bundesrat Gebrauch gemacht und in Art. 106a Abs. 1 lit. b und c GBV bestimmt, dass folgende Angaben öffentlich sind: Alle Dienstbarkeiten und Grundlasten;

\* Dr. iur., Notar/Grundbuchverwalter von Thun.

\*\* MLaw, Notarin, Zollikofen.

1 Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1998 S. 575 f.

2 Vgl. Bundesblatt 2009, S. 8779 ff.

sämtliche Anmerkungen mit Ausnahme von Grundbuchsperrern, von Veräusserungsbeschränkungen nach BVG, von Eigentumsbeschränkungen im Zusammenhang mit der Wohneigentumsförderung sowie von auf kantonalem Recht beruhenden Eigentumsbeschränkungen mit Pfandrechtscharakter.

Die Rechtsanwältinnen und die Rechtsanwälte haben nur dann einen Anspruch auf einen vollständigen Grundbuchauszug (mit sämtlichen Grundpfandrechten, Vormerkungen und Anmerkungen), wenn sie ein berechtigtes Interesse nachweisen, was in der Regel durch die Vorlage einer Vollmacht (des effektiv Interessierten) geschieht<sup>3</sup>. Ohne irgendwelchen Interessennachweis kann der Rechtsanwalt vom Grundbuchamt einen reduzierten Grundbuchauszug verlangen mit den Angaben von Eigentum (inkl. Eigentumsform), Dienstbarkeiten, Grundlasten und den gemäss Art. 106a Abs. 1 lit. c GBV zulässigen Anmerkungen.

## 3. Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs ab 1. Januar 2012

In der am 1. Januar 2012 in Kraft tretenden Grundbuchverordnung ist die Bestimmung von Art. 28 Abs. 1 lit. c GBV für die Anwaltschaft besonders zu beachten. Nach dieser Bestimmung kann aufgrund besonderer Vereinbarung den im Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten der Zugang zu den Daten des Hauptbuchs, des Tagebuchs und der Hilfsregister gewährt werden, die sie zur Ausübung des Berufs benötigen, und zwar ohne dass sie im Einzelfall ein Interesse glaubhaft machen müssen.

Konkret heisst dies, dass die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte ohne Interessennachweis einen vollständigen Grundbuchauszug (insbesondere mit allen Grundpfandrechten, Vor- und Anmerkungen) beim Grundbuchamt verlangen können. Es wird bei einer Bestellung vorausgesetzt und deshalb nicht nachgeprüft, ob der Auszug für die Ausübung des Berufs notwendig ist. Auch eine Einschreibung im Tagebuch kann für die Anwaltschaft sehr nützlich sein, insbesondere bei einem Bauhandwerkerpfandrecht, sofern der Eigentümer gewechselt hat und die Handänderung wohl angemeldet, aber noch nicht im Hauptbuch vollzogen worden ist<sup>4</sup>.

Die Kantone können aber auch mit den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten Vereinbarungen über den Zugriff auf elek-

3 Vgl. Kreisschreiben vom 24.3.1959 der Justizdirektion des Kantons Bern betreffend Grundbuchaufschlag und Erteilung von Auszügen, ZBGR 1960, S. 121 ff.; Meinungsäusserung vom 20.8.1970 der Justizdirektion des Kantons Bern, Der bernische Notar, BN 1970, S. 46 f.

4 Vgl. Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Basel/Zürich/Genf 2008, S. 565 ff.

tronisch gespeicherte Daten des Grundbuchs abschliessen. Solche Vereinbarungen können bereits heute mit den Urkundspersonen abgeschlossen werden, so dass diese als Dienstleistung (gegenüber dem Kunden) und zur Entlastung der Grundbuchämter die Grundbuchdaten direkt aus ihrer Kanzlei abrufen können, selbstverständlich ohne diese zu mutieren. Dies ist jedoch nur in denjenigen Kantonen möglich, in welchen ein EDV-Grundbuch standardmässig geführt wird.

Christian Leupi\*

## «Durchklick»: SuisseID und Sicherheit

**Stichworte:** SuisseID, Sicherheit, Zwei-Faktor-Authentisierung, Präventivmassnahmen

Bereits kurz nach der Lancierung der SuisseID im Sommer 2010 erschienen Medienberichte, wonach die SuisseID unsicher und bereits erfolgreich «gehackt» worden sei. Entsprechende Live-Demonstrationen erfolgten an diversen Veranstaltungen zum Thema IT-Sicherheit. Das SECO sah sich in der Folge sogar dazu veranlasst, eine Stellungnahme zur Sicherheit der SuisseID zu veröffentlichen.

Bei genauerer Betrachtung ergab sich allerdings, dass die Angriffsszenarien hauptsächlich auf unsichere und mit Schadprogrammen befallene Computer der Benutzerinnen und Benutzer zurückzuführen sind.

### Zwei-Faktor-Authentisierung

Die SuisseID ist ein sogenanntes Zwei-Faktor-Authentisierungssystem. Der Benutzer benötigt somit neben der Kenntnis des von ihm festgelegten PIN (als Faktor «Wissen») auch den physischen Zugriff auf die SuisseID (als Faktor «Besitz»). Ohne das eine oder das andere ist die Nutzung und damit das elektronische Unterschreiben bzw. der Login nicht möglich.

Damit ähnelt die SuisseID diversen bereits langjährig etablierten Verfahren, die z.B. bei Bankkarten oder Tokens, welche in regelmässigen Zeitabständen Zahlencodes generieren, Anwendung finden. Ein Angreifer müsste also in den Besitz von beiden Faktoren kommen, um die SuisseID für das Login bzw. für die digitale Unterschrift missbrauchen zu können.

### Angriffsmöglichkeiten

Ein Angreifer muss die SuisseID aber nicht tatsächlich in den Händen halten, um diese zu missbrauchen. Dieser könnte allenfalls über auf dem Computer des Benutzers eingeschleuste Schadprogramme Zugriff auf das Computersystem erhalten. Dies geschieht über Software, welche einerseits eine Hintertür in den Computer

### 4. Schlussbemerkung

Mittelfristig ist eine vollständige Öffnung der Grundbuchdaten für jedermann denkbar. Die Tendenzen im Ausland zeigen auch in diese Richtung. In England und Wales können beispielsweise seit einigen Jahren ohne Interessennachweis alle Grundbuchdaten in Erfahrung gebracht werden, was übrigens in Schottland bereits seit dem Jahr 1617 der Fall ist. ■

des Benutzers öffnet (sog. Backdoors oder Trojaner) und andererseits Tastatureingaben mitliest (sog. Keylogger). Dabei ist jedoch nicht die SuisseID selbst Angriffsziel, sondern wird quasi indirekt über den «gehackten» Computer mitbenutzt. Für einen solchen Zugriff ist aber vorausgesetzt, dass der Computer erstens mit Schadprogrammen befallen ist und zweitens die SuisseID tatsächlich im Lesegerät steckt und damit ein indirekter Zugriff im Zeitpunkt des Angriffs überhaupt möglich ist.

Auf Grund des Designs der SuisseID kann zumindest im aktuellen Stand der Technik ausgeschlossen werden, dass diese analog zu Angriffen auf Bancomat-Karten kopiert werden könnte.

### Präventivmassnahmen

Dem potenziellen Missbrauchsrisiko durch Angriffsszenarien über das Internet kann allerdings durch diverse einfache Präventionsmassnahmen begegnet werden. Grundsätzlich ist es in der Verantwortung jedes Nutzers, seinen Computer gegen einen Befall mit Schadsoftware zu schützen. Dazu gehört in der heutigen Zeit im Minimum eine Antivirus-Software. Weiter ist auch dem sorgfältigen Umgang mit der SuisseID Rechnung zu tragen. Diese sollte sinnvollerweise nach Gebrauch aus dem Lesegerät entfernt werden, was die Möglichkeiten eines Missbrauchs über das Internet drastisch verringert.

Nicht zu vernachlässigen sind natürlich «lokale» Missbräuche, weshalb z.B. die PIN weder Dritten zugänglich gemacht noch notiert werden sollte. Ebenso wichtig ist eine sichere Aufbewahrung der SuisseID.

### Fazit

Es entspricht einer Binsenwahrheit im IT-Bereich, dass es keine hundertprozentige Sicherheit gibt. Dies gilt auch für die SuisseID. Allerdings kann der Benutzer mit einfachen und effektiven Präventionsmassnahmen die sichere Nutzung der SuisseID und damit auch das sichere elektronische Unterschreiben selbst gewährleisten. ■

\* Lic. iur., MAS Business Information Technology, Partner bei Grossenbacher Rechtsanwälte, Luzern. [www.gr-law.ch](http://www.gr-law.ch)

Christian Leupi\*

## «Clic informatique»: SuisseID et sécurité

**Mots-clés:** SuisseID, sécurité, conditions cumulatives pour s'authentifier, mesures de précaution

Peu après le lancement de la SuisseID durant l'été 2010, certains communiqués de presse annonçaient que cette carte n'était pas sûre et qu'elle avait déjà été piratée avec succès. Des démonstrations de piratage ont été présentées en live lors de diverses rencontres abordant le thème de la sécurité IT. Par la suite, le SECO s'est même senti obligé de publier une prise de position quant à la sécurité de la SuisseID.

En y regardant de plus près, on a toutefois pu constater que les scénarios d'attaque avaient essentiellement été développés sur des ordinateurs non sécurisés et infectés de virus.

### Quelles sont les deux conditions nécessaires pour utiliser la SuisseID?

L'utilisateur de la SuisseID doit remplir deux conditions cumulatives pour s'authentifier. Il doit tout d'abord connaître le PIN qu'il a lui-même choisi (facteur «connaissance»), mais également détenir physiquement la SuisseID (facteur «possession»). Si l'une de ces conditions fait défaut, tant l'utilisation, le login que la signature électronique sont en principe bloqués.

La SuisseID repose donc sur des processus connus depuis longtemps et similaires à ceux utilisés par les cartes bancaires ou d'autres systèmes d'identification qui génèrent à intervalles réguliers des codes chiffrés. Pour un usage abusif de la SuisseID, qu'il s'agisse du simple login ou de l'insertion de la signature électronique dans un document, un pirate devrait ainsi connaître le PIN et avoir la carte entre les mains.

### Une attaque est-elle néanmoins possible?

La condition de la détention physique de la carte souffre une exception. Il n'est en effet pas exclu qu'un pirate puisse s'introduire clandestinement sur l'ordinateur du détenteur de la SuisseID au moyen d'un logiciel malveillant. Grâce à celui-ci, le pirate pourra, d'une part, accéder à l'ordinateur au moyen d'une *backdoor* ou d'un cheval de Troie et, d'autre part, saisir des caractères du clavier avec un *keylogger*. Une telle attaque ne vise pas uniquement

la SuisseID, mais s'en prend à tout l'ordinateur piraté. Nonobstant, pour qu'une telle situation se produise, il faudra non seulement que l'ordinateur soit infecté d'un tel programme, mais surtout que la SuisseID soit branchée au lecteur de carte, rendant ainsi possible un accès non autorisé.

En tenant compte du format de la SuisseID et de l'état actuel des techniques utilisées, on peut en revanche exclure qu'une SuisseID puisse être «recopiée» abusivement, à l'opposé de ce qui a pu se produire avec des cartes pour distributeurs automatiques de billets.

### Quelles sont les mesures de précaution à adopter?

Le risque d'un éventuel usage abusif via Internet peut être écarté par quelques mesures de précaution simples à appliquer. Rappelons qu'il est de la responsabilité de tout un chacun de protéger son ordinateur contre des logiciels malveillants. Un antivirus constitue aujourd'hui une mesure préventive minimale. Pour le surplus, il s'agira de manipuler sa carte avec une certaine prudence. Par exemple, après utilisation, le mieux sera de débrancher sa SuisseID du lecteur, ce qui permettra de réduire drastiquement la probabilité d'un usage abusif via Internet.

Enfin, il convient de ne pas sous-estimer le fait qu'un usage abusif «local» est toujours possible, de sorte qu'il sera judicieux de ne pas noter son PIN à un endroit visible ou de le divulguer à des tiers. La conservation de la SuisseID en un lieu sûr est évidemment importante aussi.

### Résumé

Une sécurité absolue n'existe pas en matière d'IT. Ce principe s'applique également à la SuisseID. Toutefois, grâce à quelques mesures de précaution élémentaires, l'utilisateur pourra lui-même assurer la sécurité de sa SuisseID et sa signature électronique. ■

\* Licencié en droit, MAS Business Information Technology, associé chez Grossenbacher Rechtsanwälte, Lucerne. [www.gr-law.ch](http://www.gr-law.ch)

## ■ Verfassungsrecht/Droit constitutionnel (I)

### Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 64 Abs. 1 BGG; Unentgeltliche Rechtspflege

Die Beschwerdeführerin ersucht um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren. Diese kann einer Partei gewährt werden, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, sofern ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 64 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerdeführerin ist zwar mit ihrem Antrag auf Gutheissung der Rechtsverzögerungsbeschwerde nicht durchgedrungen. Für die Beurteilung der Frage, ob die Beschwerde im Zeitpunkt des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege aussichtslos gewesen sei, ist entscheidend, dass das Obergericht im angefochtenen Entscheid zahlreiche Zeitabschnitte erwähnt, in denen die Beschwerdegegnerin untätig geblieben ist. Zu beachten ist ferner, dass im konkreten Verfahren, das von Gesetzes wegen (Art. 280 aZGB; Art. 203 ZPO) rasch durchzuführen war, trotz der im Juli 2010 gegebenen Spruchreife auch im Januar 2011 die Hauptverhandlung noch nicht angesetzt war. Die Beschwerdeführerin hat sich überdies auf bundesgerichtliche Rechtsprechung berufen können, wonach kantonale Behörden namentlich auch bei organisatorischen Mängeln dem Vorwurf der Rechtsverzögerung nicht entgangen sind. Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, die Gewinnaussichten der vorliegenden Beschwerde hätten sich als bedeutend geringer erwiesen als die Verlustgefahren. Die Beschwerde galt somit auch bezüglich der Rechtsverzögerung nicht als von vornherein aussichtslos. Was den Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege für das kantonale Verfahren anbelangt, hat die Beschwerdeführerin obsiegt. Damit war die Beschwerde zum Zeitpunkt des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege insgesamt nicht aussichtslos.

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A\_191/2011, 30.6.2011, X. c. Obergericht des Kantons Bern; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

### Art. 29 Abs. 3 BV; Unentgeltliche Prozessführung, Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens

Die Vorinstanz verkennt das Wesen der Prognose, deren es für die Entscheidung über die Prozessaussichten bedarf. Einerseits hat sie nicht zunächst über die Unbefangenheit des Gutachters und die Schlüssigkeit des Gutachtens zu entscheiden, um dann die Prozessaussichten zu beurteilen, sondern sie hat die Erfolgchancen der gegen das Gutachten erhobenen Einwände bei der Gesamtbeurteilung der Prozessaussichten zu berücksichtigen.

Andererseits darf sich die Prognose nicht danach ausrichten, wie ein Urteil aufgrund der Aktenlage im Zeitpunkt der Entscheidung über die unentgeltliche Rechtspflege lauten müsste, sondern sie hat mögliche zukünftige Entwicklungen des Verfahrens in die Beurteilung einzubeziehen. Besteht die ernsthafte Aussicht, dass sich der bisherige Prozessstandpunkt des Bedürftigen im weiteren Verfahren, etwa aufgrund der Abnahme beantragter, geeigneter Beweise, erhärten lassen könnte, darf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht zufolge Aussichtslosigkeit ab-

gewiesen werden. Vielmehr halten sich diesfalls Erfolgsaussichten und Verlustmöglichkeiten etwa die Waage. Würde bei derartigen Unsicherheit über den zukünftigen Verfahrensverlauf der mittellosen Partei die unentgeltliche Prozessführung verweigert, würde ihr damit im Ergebnis der Zugang zum Gericht verwehrt, den die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gerade garantieren sollte, denn der bedürftigen Prozesspartei bliebe die Möglichkeit verschlossen, mit der Fortsetzung des Verfahrens eine für sie günstige Wendung zu bewirken.

Indem die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege verweigerte, obwohl sie selbst annahm, es sei nicht auszuschliessen, dass dem Beschwerdeführer im weiteren Verlauf des Verfahrens gelingen könnte, die Beweiskraft des erwähnten Gutachtens zu erschüttern, versties sie gegen Art. 29 Abs. 3 BV.

(I. zivilrechtliche Abteilung, 4A\_255/2011, 4.7.2011, A. c. X. AG und Handelsgericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

### Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG; Unentgeltlicher Rechtsbeistand

Nach Art. 62 Abs. 2 der Gebührenverordnung vom 23. September 1996 zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG; SR 281.35) darf die Aufsichtsbehörde in betreibungs- und konkursrechtlichen Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zusprechen. Dies verbietet jedoch nicht, der rechtssuchenden Partei bei gegebenen Voraussetzungen die unentgeltliche Verbeiständung zu bewilligen (Urteil 5A\_781/2010 vom 16. Februar 2011 E. 4.1).

Entgegen der Auffassung des Obergerichts lässt zudem die im betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahren gemäss Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vorherrschende Untersuchungsmaxime eine anwaltliche Vertretung nicht ohne weiteres als unnötig erscheinen, auch wenn in diesen Fällen in der Regel eine anwaltliche Mitwirkung nicht erforderlich sein dürfte (BGE 130 I 180 E. 3.2 und 3.3 S. 183 f.; 122 III 392 E. 3c S. 394; 122 I 8 E. 2c S. 9 f.; Urteil 5P.346/2004 vom 8. November 2004 E. 2.2, in: Pra 2005 S. 272; s.a. COMETTA/MÖCKLI, a.a.O., N. 35 zu Art. 20a SchKG; DIETH, in: Kurzkomentar SchKG, 2009, N. 16 zu Art. 20a SchKG; ERARD, in: Commentaire romand, 2005, N. 15 zu Art. 20a SchKG; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. I, 1999, N. 108 zu Art. 17 SchKG; teilweise kritisch MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, 2008, S. 131 f.; EUGSTER, in: Kommentar SchKG/Gebührenverordnung, 2008, N. 10 zu Art. 62 GebV; LORANDI, Die Besonderheiten der Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörde in SchKG-Sachen, AJP 2007, S. 445).

Das sachgerechte Anlegen eines jeden Verfahrens und dessen richtige Leitung erfordern von der Behörde eine umfassende Kenntnis der einschlägigen Rechtsfragen, geht es doch darum, die rechtserheblichen tatsächlichen Umstände einfließen zu lassen. Die Erfahrung zeigt, dass ein schlecht begonnenes Verfahren später nur sehr schwer in die richtige Bahn zu bringen ist. Abgesehen davon, dass die Untersuchungsmaxime allfällige Fehlleistungen der Behörde nicht zu verhindern vermag, ist zu bedenken,

dass sie nicht unbegrenzt ist. Sie verpflichtet die Behörde zwar, von sich aus alle Elemente in Betracht zu ziehen, die entscheidungswesentlich sind, und unabhängig von den Anträgen der Parteien Beweise zu erheben. Diese Pflicht entbindet die Beteiligten indessen nicht davon, durch Hinweise zum Sachverhalt oder Bezeichnung von Beweisen am Verfahren mitzuwirken (BGE 130 I 180 E. 3.2 S. 183 f. mit Hinweisen; insbesondere zur Mitwirkungspflicht im betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren vgl. BGE 123 III 328 E. 3 S. 329).

Gilt deshalb die Untersuchungsmaxime nicht uneingeschränkt, weil die Parteien zur Mitwirkung verpflichtet sind, erweist sich die unentgeltliche Verbeiständung nicht von vornherein als hinfällig. Das Obergericht konnte damit die Prüfung der Notwendigkeit einer Verbeiständung nicht mit dem blossen Hinweis auf die im betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren herrschende Untersuchungsmaxime abweisen.

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A\_336/2011, 8.8.2011, A. et al. c. Obergericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

### Art. 30 Abs. 1 BV; Verfassungsmässiger Richter

Ob eine nachträgliche Änderung im einmal gebildeten Spruchkörper zulässig ist, hat die ältere Rechtsprechung nicht unter dem Blickwinkel der Garantie des verfassungsmässigen Richters geprüft (vgl. BGE 96 I 321 E. 2a S. 323), sondern als Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Danach haben die Prozessparteien einen Anspruch darauf, dass kein Gerichtsmitglied urteilt, das nicht Kenntnis von ihren Vorbringen und vom Beweisverfahren hat. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist deshalb verletzt und das Verfahren (ganz oder teilweise) zu wiederholen, wenn nicht alle an der Beurteilung beteiligten Gerichtsmitglieder an der ausschliesslich mündlichen, in keinem Protokoll festgehaltenen Beweisabnahme mitgewirkt haben. Er ist umgekehrt gewahrt, soweit dem an der Beurteilung neu teilnehmenden Gerichtsmitglied der Prozessstoff durch Aktenstudium zugänglich gemacht werden kann und dadurch alle am Urteil mitwirkenden Gerichtsmitglieder die gleichen Kenntnisse haben (vgl. BGE 96 I 321 E. 2b und 2c S. 323 f.; 117 Ia 133 E. 1e S. 134 f.). Nach der neueren Rechtsprechung kann auch der Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes Gericht verletzt sein (Art. 30 Abs. 1 BV), wenn die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Verlauf des Verfahrens ohne hinreichende sachliche Gründe geändert wird. Eine Veränderung der Besetzung ist einzelfallbezogen zulässig, wenn etwa ein Mitglied des Gerichts aus Altersgründen ausscheidet oder wegen einer länger dauernden Krankheit sein Amt nicht ausüben kann (vgl. Urteil 6P.102/2005 vom 26. Juni 2006 E. 2.2, in: ZBI 108/2007, S. 44), unzulässig hingegen, wenn zum Beispiel ein Gerichtsmitglied, das die Parteien nicht angehört hat und sich über deren Vorbringen nicht durch ein Protokoll hat unterrichten können, am Urteilsspruch beteiligt war (vgl. Urteil 4P.163/2005 vom 6. September 2005 E. 4, in: Pra 95/2006 Nr. 62, S. 445 f. und SZP 2006, S. 1).

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A\_429/2011, 9.8.2011, X. c. Y. und Z. und Obergericht des Kantons Aargau; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

### Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 44 ATSG; Begutachtung, rechtliches Gehör

Muss der Versicherungsträger zur Abklärung des Sachverhalts ein Gutachten einer oder eines unabhängigen Sachverständigen einholen, gibt er der Partei deren oder dessen Namen bekannt (Art. 44 Satz 1 ATSG). Diese kann den Gutachter aus triftigen Gründen ablehnen und Gegenvorschläge machen (Art. 44 Satz 2 ATSG). Nach der zu dieser Bestimmung ergangenen Rechtsprechung (BGE 132 V 376; vgl. auch BGE 135 V 254 E. 3.2 S. 256) ist der versicherten Person vorgängig mitzuteilen, von wem eine Begutachtung durchgeführt wird. Sind dem Versicherungsträger bei der Anordnung einer Expertise die Namen der vorgesehenen Ärztinnen und Ärzte noch nicht bekannt, genügt es, wenn diese der versicherten Person – allenfalls durch die beauftragte Gutachterstelle – zu einem späteren Zeitpunkt eröffnet werden. Dies muss indessen frühzeitig genug erfolgen, damit sie in der Lage ist, noch vor der eigentlichen Begutachtung ihre Mitwirkungsrechte wahrzunehmen. Einwände sind gegenüber dem Sozialversicherer geltend zu machen, welcher darüber noch vor der eigentlichen Begutachtung befinden sollte (Urteile 8C\_254/2010 vom 15. September 2010 E. 4.1.1, 9C\_243/2010 vom 28. Juni 2011, zur Publikation vorgesehen, 8C\_741/2009 vom 11. Mai 2010 E. 3.2).

(II. sozialrechtliche Abteilung, 9C\_228/2011, 10.8.2011, A. c. IV-Stelle und Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

### Art. 9 BV; Unzutreffende Rechtsmittelbelehrung

Der erstinstanzliche Entscheid vom 2. Februar 2011 enthält folgende Rechtsmittelbelehrung: «Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Kantonsgericht Wallis, 1950 Sitten, Beschwerde eingereicht werden (Art. 11 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Strafprozessordnung des Kantons Wallis vom 11. Februar 2009 und Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO)».

Diese Rechtsmittelbelehrung ist in zweierlei Hinsicht nicht zutreffend. Die erste Instanz fällt ihren Entscheid nach dem Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung am 1. Januar 2011 (StPO; SR 312.0). Damit ist vorliegend das neue Verfahrensrecht anwendbar (Art. 454 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 15 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung vom 12. November 2009 des Kantons Wallis [SGS 314.2] i.V.m. Art. 51 Abs. 1 e contrario der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009 [SR 312.1]). Gegen einen materiellen Endentscheid wie den erstinstanzlichen Einspracheentscheid ist grundsätzlich nicht die Beschwerde, sondern die Berufung zu erheben (Art. 394 lit. a i.V.m. Art. 398 Abs. 1 StPO). Zudem beträgt die Frist bei beiden Rechtsmitteln nicht dreissig, sondern zehn Tage, d.h. die Berufung ist innert zehn Tagen seit Eröffnung des Entscheids zu erklären (Art. 396 Abs. 1 bzw. Art. 399 Abs. 1 StPO). Während zur zweifellosen Feststellung des zulässigen Rechtsmittels die Literatur beizuziehen war, war dies hinsichtlich der Frist offensichtlich entbehrlich. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ergibt sie sich bereits aus dem Gesetzestext. Gerade

weil auf den 1. Januar 2011 bekanntermassen ein neues Verfahrensrecht in Kraft getreten ist, kann sich ein Rechtsanwalt nicht allein auf eine Rechtsmittelbelehrung stützen. Dass diese durch einen Juristen verfasst wurde, wie es meistens der Fall ist, ändert hieran nichts (hierzu Urteil 1C\_280/2010 vom 16. September 2010 E. 2.3). Bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung erkennen können und müssen.

(Strafrechtliche Abteilung, 6B\_295/2011, 26.8.2011, X. c. Polizeigericht Visp und Kantonsgericht des Kantons Wallis; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

## ■ Verwaltungsrecht/Droit administratif (II)

### Art. 9 et 17 LLCA; Radiation d'un avocat du registre

L'analogie que fait le recourant avec un manquement qui justifierait le prononcé d'une interdiction temporaire de pratiquer au sens de l'art. 17 al. 1 let. d LLCA n'est pas pertinente. En effet, il faut distinguer la mesure administrative que représente la radiation du registre prévue à l'art. 9 LLCA, de l'interdiction de pratiquer, mesure disciplinaire au sens de l'art. 17 LLCA. Les deux procédures sont indépendantes. La radiation d'un avocat du registre n'empêche ainsi ni l'ouverture ni la poursuite d'une procédure disciplinaire (ALAIN BAUER/PHILIPPE BAUER, ad art. 17 LLCA, in: Commentaire romand, op. cit., p. 226 N 20; cf. arrêt 2P.194/2004 du 23 mars 2005 consid. 3.5). Un avocat interdit de pratiquer au sens de l'art. 17 al. 1 let. d LLCA n'est pas rayé du registre s'il remplit toujours les conditions des art. 7 et 8 LLCA (STAEHELIN/OETIKER, ad art. 9 LLCA, in: op. cit., p. 102 N 8), mais l'interdiction sera inscrite au registre (cf. art. 20 LLCA; BOHNET/MARTENET, op. cit., p. 913 N 2239). A l'inverse, la radiation peut aussi être justifiée sous l'angle de l'art. 8 al. 1 let. b LLCA, alors qu'aucune sanction disciplinaire ne s'impose (cf. BOHNET/MARTENET, op. cit., p. 309 N 699). Tel est par exemple le cas si la condamnation pénale de l'avocat porte sur des faits qui certes se révèlent incompatibles avec la profession d'avocat, mais qui n'ont rien à voir avec son activité professionnelle (par exemple, des abus sexuels commis dans un cadre privé) ou de l'avocat faisant l'objet d'un acte de défaut de biens (cf. art. 8 al. 1 let. c LLCA). Il importe donc peu de savoir si les faits pour lesquels le recourant a été condamné auraient justifié le prononcé d'une sanction disciplinaire consistant en une interdiction temporaire de pratiquer.

(II<sup>e</sup> Cour de droit public, 2C\_187/2011, 28.7.2011, X. c/Présidente de l'Autorité de surveillance des avocats VS; publication de l'arrêt prévue dans le RO. – condensé *Bü*)

### Art. 12 LLCA; Avertissement

L'art. 12 let. a LLCA dispose que l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence. Cette disposition constitue une clause générale, qui ne se limite pas aux rapports professionnels de l'avocat avec ses clients, mais aussi avec les autorités et ses confrères (cf. réf.). Il suppose toutefois l'existence d'un manque-

ment significatif aux devoirs de la profession (cf. réf.). Il appartient en particulier à l'avocat de rendre compte à son client, à première demande, non seulement sur la conduite du mandat et l'évolution du dossier, mais aussi au sujet de toute circonstance susceptible de concerner le client, en particulier s'agissant des frais et honoraires (cf. réf.). La facturation d'honoraires à un client au bénéfice de l'assistance judiciaire, même si le montant reçu de l'Etat ne couvre pas l'entier des honoraires en question, constitue une violation des devoirs professionnels qui mérite d'être sanctionnée disciplinairement (cf. réf.). Par conséquent, un avocat dont le client a obtenu l'assistance judiciaire et qui, malgré cela, ne donne pas suite aux requêtes de celui-ci tendant au remboursement des avances de frais versées, viole ses devoirs au sens de l'art. 12 let. a LLCA. Contrairement à ce que soutient le recourant, le fait que l'avocat soit, en application de l'art. 12 let. g LLCA, tenu d'accepter les défenses d'office et les mandats d'assistance judiciaire, ne modifie ni n'atténue les devoirs précités. Certes, l'avocat désigné dans le cadre de l'assistance judiciaire est lié à l'Etat par un rapport de droit public (cf. réf.) et possède une prétention en indemnisation de nature publique envers les autorités, sur la base de la législation applicable, pour autant que les conditions à l'octroi de l'assistance judiciaire soient réalisées (cf. réf.). Selon la pratique genevoise citée par le recourant, ce lien particulier avec l'Etat va jusqu'à imposer à l'avocat une obligation d'informer le service compétent en matière d'assistance juridique de toute amélioration sensible de la situation financière de son client et aussi d'annoncer audit service les provisions sur honoraires que ledit client aurait versées (cf. réf.). Le Tribunal fédéral n'a pas à examiner le bien-fondé de cette pratique cantonale. En effet, on ne peut en tous les cas pas en déduire que le défenseur d'office serait en droit de se substituer à l'autorité compétente et de se comporter comme si son mandant ne remplissait plus les conditions de l'assistance judiciaire, alors qu'une décision en force l'octroie.

Le recourant ne pouvait, sous le couvert de l'art. 12 let. g LLCA, présumer lui-même du caractère infondé de la décision d'assistance judiciaire et en tirer les conséquences, alors que celle-ci était entrée en force. Partant, vis-à-vis de l'autorité, il restait tenu de fournir sa liste de frais, permettant de calculer son indemnité. Même si la loi ne fixe aucun délai pour ce faire, l'avocat, dont le mandat a été résilié le 15 février 2007 et qui a appris sa nomination d'office en mars 2007, mais qui, en octobre 2009, soit plus de deux ans et demi après, n'a toujours pas déposé sa liste de frais manque indéniablement à son devoir général de diligence. Vis-à-vis de son ancien client, il ne pouvait conserver l'avance de frais prélevée, dès lors que celui-ci avait obtenu l'assistance judiciaire. Il devait donc lui remettre spontanément les CHF 3 000.– versés à ce titre dès la décision d'assistance judiciaire en sa possession. L'avocat qui non seulement ne l'a pas fait, mais a refusé de donner suite à deux requêtes de son ancien client tendant à la libération des CHF 3 000.– des 24 avril et 3 mai 2007, a également manqué à ses devoirs. Enfin, comme le comportement de l'avocat ne peut se justifier par le respect de ses obligations envers l'Etat découlant

de l'assistance judiciaire, on ne saurait le suivre lorsqu'il affirme qu'il ne s'agit pas de violations significatives des devoirs de sa profession. Dans ces circonstances, le Tribunal cantonal n'a pas violé le droit fédéral en considérant que le recourant avait enfreint l'art. 12 let. a LLCA.

(II<sup>e</sup> Cour de droit public, 2C\_452/2011, 25.8.2011, X. c/Commission du Barreau FR; arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

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

#### Art. 381 CC; Proposition de tuteur

A teneur de l'art. 381 CC, la personne à protéger peut proposer une personne à désigner en qualité de tuteur. La proposition de l'incapable quant au choix de son tuteur n'est soumise à aucune forme particulière; celle-ci ne peut néanmoins s'écarter de la proposition de l'incapable que s'il existe de justes motifs s'opposant à la désignation de cette personne en qualité de tuteur (cf. réf.). Si de tels motifs justifient de s'écarter du vœu de l'incapable, l'autorité doit motiver sa décision et exposer les motifs ayant fondé le rejet de la proposition (arrêt 5P.332/2000 du 5 octobre 2000 consid. 3a).

L'art. 381 CC a été introduit exclusivement dans l'intérêt public et non dans l'intérêt privé de ceux qui sont habilités à proposer un tuteur (arrêt 5P.394/2002 du 17 janvier 2003 consid. 2.2). Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que l'art. 388 al. 2 CC, selon lequel tout intéressé peut former opposition contre une nomination illégale, doit être considéré comme une disposition particulière du droit de la tutelle, indépendante de la procédure de désignation d'un tuteur prévue aux art. 380 et 381 CC (cf. réf.).

Il ressort de l'arrêt attaqué que le recourant a sollicité la nomination de son conseil en qualité de tuteur, ce qui est manifestement inexact au vu des écritures déposées par le conseil du recourant en première instance (art. 105 al. 2 LTF). L'autorité précédente a confirmé la décision du Tribunal tutélaire et refusé de désigner la personne suggérée par le recourant, sans exposer son raisonnement. Dès lors que le juge de première instance n'a même pas discuté cet aspect dans l'ordonnance et qu'il s'écarte du vœu de l'incapable, l'autorité cantonale ne saurait se contenter de confirmer sans autre la décision de première instance. Quant à l'argument des juges précédents à l'appui de leur refus d'examiner cette question, à savoir que le recourant aurait dû s'opposer à la désignation de l'avocate Y. dans le délai de dix jours prévu à l'art. 388 al. 2 CC, il tombe à faux. Cette disposition ne confère pas la qualité pour recourir contre une violation de l'art. 381 CC (cf. réf.).

(II<sup>e</sup> Cour de droit civil, 5A\_17/2011, 20.7.2011, A. c/Tribunal tutélaire du canton de Genève; arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

#### Art. 291 ZPO, Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG und Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO; Nicht wieder gutzumachender Nachteil, Ehescheidung (Einigungsverhandlung)

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Weigerung, eine Einigungsverhandlung anzusetzen, begründe einen rechtlichen Nachteil, weil dadurch ein im Scheidungsverfahren zwingend vorgesehener Verfahrensschritt übersprungen würde.

Ob die Einigungsverhandlung gemäss Art. 291 ZPO tatsächlich zwingend ist, kann an dieser Stelle nicht beantwortet werden. Diese Frage beschlägt die Begründetheit der Beschwerde an das Obergericht. Immerhin sieht die ZPO diesen Verfahrensschritt ausdrücklich vor. Die Auffassung der Beschwerdeführerin über die zwingende Natur der Einigungsverhandlung erscheint denn auch nicht von vornherein abwegig. Fällt die Einigungsverhandlung aus, kann sie nicht nachgeholt werden. Die Angelegenheiten, welche Gegenstand der Einigungsverhandlung bilden würden, müssten dann allenfalls in anderem Zusammenhang behandelt werden. Selbst falls die Möglichkeit bestehen sollte, die übergangenen Verfahrensinhalte in einer anderen Prozessphase nachzuholen, ändert dies aber nichts daran, dass in womöglich rechtswidriger Weise ein Prozessabschnitt übersprungen wurde. Dieser verfahrensmässige Nachteil lässt sich im weiteren Prozess und im Endurteil nicht beseitigen. Der angefochtene Zwischenentscheid kann somit einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

Es bleibt zu beurteilen, ob auch die Vorinstanz auf die Beschwerde hätte eintreten müssen. Gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO sind prozessleitende Verfügungen mit Beschwerde anfechtbar, wenn durch sie ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Die französische Fassung verlangt «un préjudice difficilement réparable» und die italienische «un pregiudizio difficilmente riparabile».

Die Vorinstanz hat mit äusserst knapper Begründung festgehalten, der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO dürfe nicht bloss tatsächlicher, sondern müsse rechtlicher Natur und so beschaffen sein, dass er durch einen der Beschwerdeführerin günstigen Endentscheid nicht mehr vollständig behoben werden könne. Die von der Beschwerdeführerin behauptete Verweigerung eines zwingend im Scheidungsverfahren vorgesehenen Verfahrensschrittes stelle keinen solchen Nachteil dar.

Nachdem der geltend gemachte Nachteil dafür ausreicht, dass das Bundesgericht auf die Beschwerde in Zivilsachen eintritt, folgt daraus ohne weiteres, dass auch die Vorinstanz auf die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO hätte eintreten müssen. Kann der Zwischenentscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG bewirken, so kann er erst recht einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nach sich ziehen.

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A\_233/2011, 5.8.2011, X. c. Z. und Obergericht de Kantons Zug; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

**Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO; Zuständigkeit, Gerichtsstand**

Das Obergericht hat einen Verzicht der Beschwerdeführerin auf den ordentlichen Wohnsitzgerichtsstand (Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO; vgl. bereits Art. 3 Abs. 1 lit. a aGestG) aufgrund eines sog. normativen Konsenses angenommen.

Vereinbarungen prozessrechtlicher Natur sind wie alle Verträge nach Massgabe des Vertrauensprinzips zu beurteilen. Ob ein gültiger Verzicht auf den Wohnsitzrichter vorliegt, hängt davon ab, ob der Vertragspartner des Verzichtenden in guten Treuen annehmen durfte, sein Gegenkontrahent habe mit dem Akzept zum Vertrag auch der Gerichtsstandsvereinbarung zugestimmt. Da die in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Gerichtsstandsklausel in der Regel eine geschäftsfremde und damit ungewöhnliche Bestimmung darstellt und zudem ein verfassungsmässiges Recht (Art. 30 Abs. 2 BV) beschränkt, ist diese Annahme nur dann gerechtfertigt, wenn davon ausgegangen werden kann, der Verzichtende habe von der Gerichtsstandsklausel tatsächlich Kenntnis genommen und ihre Bedeutung richtig erkannt. Ist der Verzichtende geschäftserfahren und rechtskundig, so darf sein Vertragspartner einen solchen bewussten Verzicht auf den Wohnsitzrichter in aller Regel dann annehmen, wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Vertragsofferte beigelegt waren oder wenn ihm aus früheren Geschäftsbeziehungen deren Anwendbarkeit und Inhalt bekannt waren. Unter diesen Umständen kann von einem erfahrenen und rechtskundigen Geschäftspartner erwartet werden, dass er die Gerichtsstandsklausel beachtet und versteht, ferner, dass er sie ausdrücklich ablehnt, wenn er mit dem Verzicht auf den Wohnsitzrichter nicht einverstanden ist (vgl. BGE 118 Ia 294 E. 2a S. 297; 104 Ia 278 E. 3 S. 280 f.; bestätigt im Entscheid 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.1).

(I. zivilrechtliche Abteilung, 4A\_347/2011, 10.8.2011, X. c. Y. AG und Obergericht des Kantons Solothurn; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

## ■ Strafrecht, StPO und Strafvollzug/Droit pénal, CPP et exécution des peines (IV)

**Art. 132 CPP; Dies a quo pour désignation d'un avocat d'office**

La demande d'assistance judiciaire du 13 janvier 2011 fait suite à une lettre du 11 janvier 2011 dans laquelle M<sup>e</sup> X. annonçait qu'il intervenait pour la défense du prévenu et faisait signer par celui-ci une procuration en sa faveur. La demande d'assistance judiciaire fait aussi clairement ressortir l'intention de M<sup>e</sup> X d'intervenir lui-même et immédiatement en faveur du recourant, même s'il a précédemment déclaré excuser l'avocat zurichois. Cela ressort également des observations déposées le 17 janvier 2011 au Tmc, ainsi que de la lettre adressée le même jour au Ministère public. Le recourant ne saurait être privé du bénéfice de l'assistance judiciaire pour ces démarches au seul motif que son précédent avocat a tardé à annoncer la fin de son mandat. L'arrêt attaqué, qui omet de tenir compte des interventions effectives de M<sup>e</sup> X et se fonde

sur un critère purement formel (la date de réception de la lettre de confirmation du précédent mandataire), consacre un formalisme excessif et viole le droit à l'assistance judiciaire complète tel qu'il résulte notamment de l'art. 132 CPP.

(I<sup>re</sup> Cour de droit public; 1B\_227/2011, 11.8.2011, A. c/Ministère public du canton de Genève; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

**Art. 173 Ziff. 1 und Art. 14 StGB; Üble Nachrede**

Die Erlaubtheit einer ehrverletzenden Äusserung kann sich aus Art. 14 StGB ergeben. Gemäss dieser Bestimmung, die ihrem Gehalt nach grundsätzlich dem früheren Art. 32 aStGB entspricht, verhält sich rechtmässig, wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, auch wenn die Tat nach dem StGB oder einem andern Gesetz mit Strafe bedroht ist. Prozessparteien können sich gemäss der Rechtsprechung bei allfälligen ehrenrührigen Bemerkungen auf ihre prozessualen Darlegungspflichten und damit auf Art. 14 StGB berufen. Die gleichen Befugnisse stehen auch dem Anwalt zu, der eine Partei vertritt, sofern seine Ausführungen sachbezogen sind, sich auf das für die Erläuterung des jeweiligen Standpunktes Notwendige beschränken, nicht wider besseres Wissen erfolgen und bloss Vermutungen als solche bezeichnen (BGE 135 IV 177 E. 4; 131 IV 154 E. 1.3.1; je mit Hinweisen). Innerhalb dieser Grenzen sollen die Anwälte die Interessen ihrer Mandanten auch pointiert vertreten dürfen, um die zu erläuternden Rechtspositionen nachhaltig auf den Punkt zu bringen. Hinzunehmen ist dabei ein gewisses Mass an übertreibenden Bewertungen und gar Provokationen, soweit sich die anwaltlichen Äusserungen weder als völlig sachwidrig noch als unnötig beleidigend erweisen (Urteile 6B\_906/2009 vom 22. Dezember 2009 E. 2.2; 6S.453/2004 vom 2. Mai 2005 E. 4.1 mit Hinweisen). Der Rechtfertigungsgrund von Art. 14 StGB hat Vorrang vor dem Entlastungsbeweis im Sinne von Art. 173 Ziff. 2 StGB (BGE 131 IV 154 E. 1.3.1 mit Hinweisen). [...]

Die Rechtsprechung verpflichtet die Prozessparteien, Vermutungen als solche zu bezeichnen. Dies gilt u.a. für Äusserungen im Rahmen von Strafanzeigen (Urteil 6S.490/2002 vom 9. Januar 2004 E. 3.2; vgl. auch Urteil 2A.499/2006 vom 11. Juni 2007 E. 2.2), welche oftmals auf Vermutungen basieren, nicht jedoch für im betreffenden (Zivil-)Verfahren zu beweisende oder zumindest glaubhaft zu machende Tatsachen (vgl. BGE 131 IV 154 E. 1.4; Urteil 6B\_906/2009 vom 22. Dezember 2009 E. 2.3).

(Strafrechtliche Abteilung, 6B\_358/2011, 22.8.2011, X. c. A. und Obergericht des Kantons Schaffhausen; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

**Art. 5 CEDH; Détention pour motifs de sûreté**

La détention pour des motifs de sûreté commence lorsque l'acte d'accusation est notifié au tribunal de première instance et s'achève lorsque le jugement devient exécutoire, que le prévenu commence à purger sa sanction privative de liberté ou qu'il soit libéré (art. 220 al. 2 CPP).

Comme exposé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 1B\_222/2011 du 1<sup>er</sup> juin 2011, il ressort de l'interprétation littérale de l'art. 229 al. 3 let. b CPP (en lien avec l'art. 227 al. 7 CPP) que le Tmc peut ordonner une détention pour des motifs de sûreté de 3

mois au plus (voire de 6 mois au plus dans des cas exceptionnels), lorsqu'il y a eu détention provisoire préalable. L'avis exprimé par certains auteurs – qui estiment que la détention pour des motifs de sûreté est prononcée pour une durée qui n'est pas limitée puisque, sous réserve d'une mise en liberté (art. 230 ou 233 CPP), elle est appelée à durer jusqu'aux débats, voire jusqu'au moment de l'exécution du jugement (art. 440 CPP) – n'a pas été suivi par le Tribunal. Il a en effet considéré qu'il n'était pas possible de s'écarter de l'interprétation littérale claire de l'art. 229 al. 3 CPP et de l'application analogique qu'il impose. Un contrôle à intervalles réguliers de la légalité de la détention pour des motifs de sûreté – qu'il y ait eu ou non détention provisoire préalable –, tout comme de la détention provisoire, doit être assuré par le Tmc, et cela indépendamment du fait que l'inculpé peut en tout temps demander sa mise en liberté.

La cour cantonale ne remet pas en cause cette interprétation, elle estime toutefois que cette nouvelle jurisprudence ne s'applique pas aux détentions pour des motifs de sûreté ordonnées sans limitation de temps avant le prononcé de l'arrêt en question; la jurisprudence du Tribunal fédéral n'obligerait pas les autorités compétentes à réviser spontanément les détentions prononcées pour une période non limitée, afin de leur fixer une durée. La cour cantonale perd cependant de vue que les dispositions du CPP dont il est question sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Aussi dès cette date, toute prolongation de la détention pour des motifs de sûreté devait être fixée pour une durée maximale de 3 mois, éventuellement 6 mois. L'arrêt du Tribunal fédéral précité ne fait d'ailleurs que présenter dans un cas particulier l'interprétation littérale de la disposition en cause.

Par conséquent, conformément à l'art. 229 al. 3 CPP en lien avec l'art. 227 al. 3 CPP, le titre juridique de détention de la recourante devait être renouvelé au plus tard le 18 juin 2011, à savoir à l'échéance du délai ordinaire de 3 mois.

(1<sup>re</sup> Cour de droit public, 1B\_386/2011, 26.8.2011, X. c/Ministère public du canton de Genève; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

### Art. 132 CPP; Difficultés particulières, capacité du recourant

La recourante ne conteste pas qu'il ne s'agit pas d'un cas de défense obligatoire au sens de l'art. 130 CPP, ni que la peine pécuniaire qui lui a été infligée en première instance est inférieure au minimum légal de 120 jours-amende prévu à l'art. 132 al. 3 CPP. Il y a donc uniquement lieu d'examiner si l'affaire soulève des difficultés particulières sous l'angle des faits ou du droit, compte tenu des capacités de la recourante.

Il est vrai que la cause n'est pas en soi objectivement compliquée au point de nécessiter l'intervention d'un avocat. La recourante, ressortissante érythréenne, n'est toutefois pas de langue maternelle française: si elle a une maîtrise suffisante du français pour s'exprimer oralement, il n'en va pas nécessairement de même s'agissant de rédiger un recours contre un jugement de condamnation, ce d'autant moins qu'elle n'a été scolarisée en Erythrée que jusqu'à l'âge de 7 ans et qu'a fortiori elle ne dispose d'aucune formation juridique. Pour contester avec succès le juge-

ment du Tribunal de police devant la Cour d'appel pénale, il lui appartient notamment de démontrer que les conditions de réalisation de l'infraction de lésion corporelle simple qualifiée ne sont pas réunies. Compte tenu des capacités de la recourante, la cause présente une certaine difficulté au niveau des faits et du droit. De plus, les intérêts en jeu sont importants pour la recourante, qui fait valoir son innocence alors qu'elle s'est vue condamnée pour lésions corporelles simples à l'encontre de ses propres enfants. Pour ces raisons, l'assistance d'un avocat est légitime. Au demeurant, l'instance précédente ne peut être suivie lorsqu'elle retient que la recourante a démontré être capable de se défendre efficacement seule en première instance: l'intéressée explique à cet égard qu'une assistante sociale l'a aidée, qu'elle lui a établi une liste de témoins et qu'elle lui a préparé le document qu'elle a lu d'entrée de cause lors de l'audience de jugement et qui a été considéré comme une question préjudicielle. Si un tel mode de faire peut se comprendre et être admissible en première instance, cette manière de procéder ne convient pas devant l'autorité d'appel où la recourante devra faire face à trois magistrats professionnels.

(1<sup>re</sup> Cour de droit public, 1B\_372/2011, 29.8.2011, X. c/Ministère public de l'arrondissement de Lausanne; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

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

BGE	Praxis	Gegenstand
137 II 222	Nr. 93	Begriff der Lotterie; Abgrenzung Lotteriegesezt/Spielbankengesetz, Spiel «Tactilo»
137 III 133	Nr. 96	Grundpfandverwertung; Zinsenlauf bei pfandgesicherten Forderungen
137 III 158	Nr. 95	In ausländischer Währung lautende Geldschulden; ausservertragliche Verpflichtungen
137 IV 22	Nr. 100	Beschwerdelegitimation der Anklagebehörde in Haftsachen
137 IV 33	Nr. 99	Auslandtaten; Tragweite formeller Rechtshilferegeln; Geldwäschereihandlungen im Kosovo
137 V 82	Nr. 101	Ergänzungsleistungen; anrechenbare Einnahmen und anerkannte Ausgaben einer geschiedenen Person, die weiterhin mit dem Ex-Ehegatten in häuslicher Gemeinschaft zusammenlebt

Die Praxis – 100. Jg. 2011 – ISSN 1017-8147 – erscheint monatlich; [www.legalis.ch](http://www.legalis.ch)





## Der SAV teilt mit La FSA vous informe

### News «Fachanwalt SAV/Fachanwältin SAV»

#### Spezialisierungskurs im Arbeitsrecht

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich führt in Zusammenarbeit mit den Universitäten Basel und St. Gallen sowie dem Schweizerischen Anwaltsverband im Zeitraum von **Ende August 2012 bis Ende März 2013** den **vierten** Spezialisierungskurs im Arbeitsrecht durch. Der Kurs umfasst neben der notwendigen Vor- und Nachbereitung 120 Stunden. Bei Bestehen der abschliessenden, schriftlichen Prüfung wird das «Certificate of Advanced Studies der Universität Zürich in Arbeitsrecht» verliehen. Die erfolgreiche Absolvierung dieses Kurses stellt eine der Voraussetzungen dar, um den Fachanwaltstitel zu erlangen. Die Kursdaten lauten wie folgt:

Mi, 22.8.2012, nachmittags: Einführungsveranstaltung (Zürich)  
Fr/Sa, 31.8./1.9.2012: Block I (St. Gallen)  
Fr/Sa, 21./22.9.2012: Block II (Basel)  
Fr/Sa, 26./27.10.2012: Block III (Luzern)  
Fr/Sa, 16./17.11.2012: Block IV (Zürich)  
Fr/Sa, 7./8.12.2012: Block V (Zürich)  
Fr/Sa, 11./12.1.2013: Block VI (St. Gallen)  
Fr/Sa, 1./2.2.2013: Block VII (Zürich)  
Fr/Sa, 1./2.3.2013: Block VIII (Konofingen)  
Sa, 23.3.2013: schriftliche Prüfung (Zürich)

Die Anmeldung erfolgt zweistufig. Die **verbindliche Anmeldung** zum Kurs muss bis am **29.2.2012** mit dem **Anmeldeformular** erfolgen. Über die Durchführung des Kurses wird spätestens nach Ablauf dieser Anmeldefrist entschieden. Kommt der Kurs zustande, werden die Angemeldeten benachrichtigt und erhalten eine **Nachfrist** zum Einreichen von mindestens **10 Fallbeschreibungen** mittels Formular «Fallbeschreibung» bis am **2.4.2012**.

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

#### Spezialisierungskurs im Erbrecht

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich führt in Zusammenarbeit mit der Universität Luzern sowie dem Schweizerischen Anwaltsverband im Zeitraum von **Ende August 2012 bis Mitte April 2013** den **fünften** Spezialisierungskurs im Erbrecht durch. Der Kurs umfasst neben der notwendigen Vor- und Nachbereitung 120 Stunden. Bei Bestehen der abschliessenden schriftlichen Prüfung wird das «Certificate of Advanced Studies der Universität Zürich in Erbrecht» verliehen. Die erfolgreiche Ab-

solvierung dieses Kurses stellt eine der Voraussetzungen dar, um den Fachanwaltstitel zu erlangen. Die Kursdaten lauten wie folgt:

18.6.2012: «KVK» – Einstimmung der Zugelassenen auf die Abläufe  
30.8.–1.9.2012: 1. Block  
25.–27.10.2012: 2. Block  
22.–24.11.2012: 3. Block  
10.–12.1.2013: 4. Block  
14.–16.3.2013: 5. Block  
13.4.2013: Schriftliche Prüfung

**Anmeldeschluss** ist der **31. März 2012**.

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

#### 10. Tagung für Informatik und Recht

Notieren Sie sich den Donnerstag, 8. Dezember 2011. Die Tagung für Informatik und Recht befasst sich in diesem Jahr mit dem elektronischen Behördenverkehr in der Schweiz und bringt die verschiedenen Akteure an einen Tisch. Neben dem Direktor des BJ werden Vertreter kantonaler Gerichte sowie Anwälte über ihre ersten Erfahrungen mit dem elektronischen Rechtsverkehr diskutieren. Zudem haben namhafte Referenten aus dem benachbarten Österreich, wo bereits seit mehreren Jahren erfolgreich elektronisch gearbeitet wird, ihre Teilnahme zugesagt.

Datum: 8. Dezember 2011  
Zeit: 8.30 bis 16.15 Uhr  
Ort: Bern, Berner Rathaus  
Sprache: Simultanübersetzung deutsch/französisch

Für mehr Informationen: [www.sav-fsa.ch/Veranstaltungen](http://www.sav-fsa.ch/Veranstaltungen)

#### Alle Vergünstigungen SAV auf einen Blick

##### Versicherungen

Auf unserer Website, unter [www.service.sav-fsa.ch/Versicherungen](http://www.service.sav-fsa.ch/Versicherungen), können diverse Versicherungsangebote abgerufen werden.

##### Wirtschaftsinformationen/Interessenkollision

Deltavista, der marktführende Anbieter für Wirtschaftsinformationen, betreibt den grössten Informationspool der Schweiz und unterstützt Juristen und Anwälte durch einfaches Aufzeigen der

wirtschaftlichen Netzwerke und Zusammenhänge. So können präzise die Verbindungen zu einem bestehenden oder potenziellen Mandanten aufgezeigt werden, wodurch Interessenskonflikte fundiert abgeklärt und nötigenfalls durch aktives Monitoring überwacht werden können. Zusätzlich betreibt Deltavista den grössten Risikodatenpool der Schweiz, wodurch Bonitätsrisiken zuverlässig abgeklärt werden können. Deltavista offeriert den SAV-Mitgliedern folgendes Kennenlernangebot: Der erste Monat nach Vertragsabschluss ist gratis, damit sie das Deltavista Informationsangebot besser kennenlernen können. Informationen unter:

<https://www.deltavista.com/content/view/155/249/lang,ge/>

### Flotten-Rabatt von Mercedes-Benz für SAV-Mitglieder

Aktivmitglieder des Schweizerischen Anwaltsverbandes können auf Neuwagen, die sie über offizielle Sales-Partner des Importeurs beziehen, die nachfolgenden Nachlässe beanspruchen:

- 13% Nachlass auf Mercedes-Benz Personenwagen exkl. Viano, SLS AMG und Maybach (Bei Sondermodellen/Ausstattungs Paketen gelten reduzierte Nachlässe)
- 10% Nachlass auf smart Pulse, Passion und Pure inkl. Klima, Automat, Audio und 5% auf smart Pure Stickerpreis Gilt auch für Angestellte von Aktivmitgliedern des Schweizerischen Anwaltsverbandes (Bei Sondermodellen/Ausstattungs Paketen gelten reduzierte Nachlässe.)
- Neumitglieder (< 12 Monate) erhalten für ihre erste Bestellung ein Sonderleasing von 2.9%.
- Interessenten können das Antragsformular unter [www.sav-fsa.ch](http://www.sav-fsa.ch), Rubrik «Member-Service/Vergünstigungen» herunterladen, dieses ausfüllen und beim offiziellen Sales-Partner vorweisen.

### Bürostühle: Spezialangebot der Vitra AG für SAV-Mitglieder

Es freut uns, dass die Vitra AG ihr Spezialangebot für Bürostühle über den Anwaltskongress hinaus aufrecht erhält und den SAV-Mitgliedern weiterhin einen **Sonderrabatt von 15%** auf das gesamte Sortiment gewährt.

Bestellungen können über Teo Jakob AG, einem Fachhandelspartner der Vitra AG, wie folgt getätigt werden:

- über den Online-Shop der Teo Jakob AG: <https://shop.teojakob.ch>
  1. Oben rechts in der Volltextsuche den Namen «Vitra» eingeben und den/die gewünschten Artikel wählen.
  2. Den/die Artikel in den Warenkorb einfügen, «zur Kasse» gehen und sich registrieren.
  3. Beim Bestellabschluss die Zahlungsart «Rechnung» wählen und in den Bemerkungen den Text «SAV 2011» eingeben.
  4. Bestellung abschliessen.

Teo Jakob AG stellt in der Folge eine Auftragsbestätigung aus, worin die 15% Rabatt auf den Vitra-Produkten enthalten sind.

- oder direkt an folgenden Standorten:  
Baar-Sihlbrugg/Bern/Genève/Solothurn/Visp/Winterthur/Zürich  
Neumarkt/Zürich Tiefenbrunnen

### 10<sup>e</sup> Journée d'informatique juridique

Veillez noter la date du 8 décembre 2011. La prochaine Journée d'informatique juridique abordera le thème de la communication électronique avec les tribunaux et autorités suisses et réunira les différents acteurs autour d'une table. Aux côtés du directeur de l'OFJ, des avocats et des représentants de tribunaux cantonaux évoqueront leurs premières expériences en matière de communication électronique. Par ailleurs, des conférenciers renommés d'Autriche, là où l'on travaille électroniquement depuis des années avec succès, ont d'ores et déjà confirmé leur présence à cette prochaine Journée d'informatique juridique.

Date: 8 décembre 2011

Heures: de 8h30 à 16h15

Lieu: hôtel de ville de Berne (Berner Rathaus)

Langue: traduction simultanée allemand/français

Informations sous [www.sav-fsa.ch/Manifestations](http://www.sav-fsa.ch/Manifestations).

### Toutes les réductions FSA du premier coup d'œil

#### Assurances

En cliquant sur [www.service.sav-fsa.ch/assurances](http://www.service.sav-fsa.ch/assurances), notre site Web vous permet de trouver plusieurs offres d'assurances.

#### Renseignements commerciaux/collision d'intérêt

Deltavista, leader sur le marché du renseignement commercial, entretient la plus grande base de données helvétique en la matière, et soutient les juristes et avocats en représentant de manière simple et transparente les réseaux d'interdépendances commerciales. Ainsi les relations d'un mandat existant ou potentiel peuvent être clarifiés rapidement et, si nécessaire, surveillées par un outil de monitoring actif. De plus, elle propose la plus grande base de données de risque, grâce à laquelle les risques de solvabilité sont clarifiés rapidement. Deltavista propose une offre découverte pour les membres FSA: Les requêtes effectuées durant le premier mois après la conclusion du contrat vous sont offertes gracieusement afin que vous puissiez mieux connaître les services de Deltavista informations sous: <https://www.deltavista.com/content/view/155/249/lang,ge/>

#### Rabais de flotte de Mercedes-Benz pour les membres FSA

Les membres actifs de la Fédération Suisse des Avocats qui commandent une voiture neuve auprès d'un sales partner officiel de l'importateur peuvent se prévaloir des remises suivantes:

- 13% de remise sur les véhicules personnels de Mercedes-Benz, à l'exclusion des modèles Viano, SLS AMG et Maybach.

(Une remise moins importante peut s'appliquer à certains modèles spéciaux ou à des gammes d'équipements particulières)

- 10% de remise sur smart Pulse, Passion et Pure, y compris climatisation, boîte automatique et équipement audio, et 5% sur le prix affiché d'une smart Pure.

Cette offre est également valable pour les employés des membres actifs de la Fédération Suisse des Avocats.

(Une remise moins importante peut s'appliquer à certains modèles spéciaux ou à des gammes d'équipements particulières)

- Les nouveaux membres FSA inscrits depuis moins d'une année obtiennent pour leur première commande un leasing préférentiel de 2,9%.
- Les personnes intéressées peuvent remplir le formulaire qui se trouve sous [www.sav-fsa.ch](http://www.sav-fsa.ch), rubrique «Service membres/Réductions». Ce formulaire doit ensuite être présenté au sales partner officiel.

### Chaises de bureau: offre spéciale de Vitra SA réservée aux membres FSA

Nous avons le plaisir de vous annoncer que Vitra SA maintient l'offre spéciale proposée lors du Congrès des avocats, de sorte

que les membres FSA continuent de bénéficier d'un **rabais spécial de 15%** sur tout l'assortiment.

Les commandes peuvent se faire auprès de Teo Jakob SA, revendeur spécialisé de Vitra SA, comme suit:

- sur l'online-shop de Teo Jakob SA:
  1. <https://shop.teojakob.ch>
  2. Insérer le nom «Vitra» sur «Volltextsuche» et choisir l'article désiré
  3. Ajouter au panier (Warenkorb) l'article choisi, passer la commande et faire l'enregistrement
  4. Sélectionner «Sur facture» comme moyen de paiement et inscrire le texte «SAV 2011»
  5. Cliquer «Passer commande» pour terminer

Par la suite, Teo Jakob SA établira une confirmation de commande sur laquelle figurera le rabais de 15% pour les produits Vitra.

- ou directement à l'un des points de vente suivants:  
Baar-Sihlbrugg/Bern/Genève/Soleure/Viège/Winterthur/  
Zurich Neumarkt/Zurich Tiefenbrunnen



## Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

### Zivilrecht/Droit civil

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, <a href="mailto:sjwz@sjwz.ch">sjwz@sjwz.ch</a> , <a href="http://www.sjwz.ch">www.sjwz.ch</a>
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, <a href="mailto:info@sav-fsa.ch">info@sav-fsa.ch</a> , <a href="http://www.sav-fsa.ch">www.sav-fsa.ch</a>
24.11.2011	Haftpflicht- und Versicherungsrecht «at noon»	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, <a href="mailto:irp@unisg.ch">irp@unisg.ch</a> , <a href="http://www.irp.unisg.ch">www.irp.unisg.ch</a>
30.11.2011	St. Galler Tagung zum Eherecht	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, <a href="mailto:irp@unisg.ch">irp@unisg.ch</a> , <a href="http://www.irp.unisg.ch">www.irp.unisg.ch</a>

### Handelsrecht

04.11.2011	Aktienrechtsforum 2011	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, <a href="mailto:irp@unisg.ch">irp@unisg.ch</a> , <a href="http://www.irp.unisg.ch">www.irp.unisg.ch</a>
23.11.2011	Kapitalmarktsanktionen VII	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich Tel. 044 634 48 91, <a href="mailto:eiz@eiz.uzh.ch">eiz@eiz.uzh.ch</a>

### Zivilprozessrecht/SchKG/Code de procédure civile/LP

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, <a href="http://www.svcl.ch">www.svcl.ch</a> , <a href="http://www.cl-pool.ch">www.cl-pool.ch</a>
Februar/März 2012	Winterkurs Mediation 2012	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Marktstätte 15, D-78462 Konstanz Tel. 0049 7531 819430, <a href="http://www.ksfm.de">www.ksfm.de</a> , <a href="mailto:info@ksfm.de">info@ksfm.de</a>
08.–09.05.2012	Kurz-Zeit-Mediation	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Marktstätte 15, D-78462 Konstanz Tel. 0049 7531 819430, <a href="http://www.ksfm.de">www.ksfm.de</a> , <a href="mailto:info@ksfm.de">info@ksfm.de</a>

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

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, <a href="mailto:Recht-Aktuell-ius@unibas.ch">Recht-Aktuell-ius@unibas.ch</a> , <a href="http://www.recht-aktuell.ch">www.recht-aktuell.ch</a>
------------	---	-------	--

### Öffentliches Recht/Droit public

02.11.2011	Trends im öffentlichen Beschaffungswesen	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich Tel. 044 634 48 91, <a href="mailto:eiz@eiz.uzh.ch">eiz@eiz.uzh.ch</a>
18.11.2011	Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, <a href="mailto:irp@unisg.ch">irp@unisg.ch</a> , <a href="http://www.irp.unisg.ch">www.irp.unisg.ch</a>
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, <a href="mailto:info@sav-fsa.ch">info@sav-fsa.ch</a> , <a href="http://www.sav-fsa.ch">www.sav-fsa.ch</a>
22.11.2011	Personalrechtstagung	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, <a href="mailto:irp@unisg.ch">irp@unisg.ch</a> , <a href="http://www.irp.unisg.ch">www.irp.unisg.ch</a>
23.11.2011	Novembertagung Sozialversicherungsrecht	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, <a href="mailto:irp@unisg.ch">irp@unisg.ch</a> , <a href="http://www.irp.unisg.ch">www.irp.unisg.ch</a>
29.11.2011	Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, <a href="mailto:irp@unisg.ch">irp@unisg.ch</a> , <a href="http://www.irp.unisg.ch">www.irp.unisg.ch</a>
30.11.2011	Baurechtstagung	Luzern	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, <a href="mailto:irp@unisg.ch">irp@unisg.ch</a> , <a href="http://www.irp.unisg.ch">www.irp.unisg.ch</a>

### Diverses/Divers

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, <a href="mailto:europa@unibas.ch">europa@unibas.ch</a> , <a href="http://www.europa.unibas.ch">www.europa.unibas.ch</a>
	LL.M. (Legum Magister/Legum Magistra) DAS (Diploma of Advanced Studies in Law)	Bern	Universität Bern, Dekanat RW-Fakultät, Schanzenekstrasse 1, Postfach 8573, 3001 Bern, Tel. 031 631 30 84
15.11.2011	The 8th Zurich Annual Conference on International Trust and Inheritance Law Practice	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich Tel. 044 634 48 91, <a href="mailto:eiz@eiz.uzh.ch">eiz@eiz.uzh.ch</a>

